

# **BGer 5A 398/2010 vom 31. August 2010**

Bundesgericht, 2010-08-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_398\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_398_2010)

FR: TF 5A 398/2010 du 31 août 2010

IT: TF 5A 398/2010 del 31 agosto 2010

## **Regeste**

poursuite en réalisation de gage, mainlevée d'opposition | Droit des poursuites et faillites

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 134 III 115 consid. 1 p. 117 et les arrêts cités). Le jugement entrepris est une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ) contre des consorts simples par une juridiction cantonale de dernière instance ( art. 75 LTF ). En tant qu'il porte sur la constatation que A. \_\_\_\_\_ est débiteur de l'intimée de la somme de 300'000 fr., la valeur litigieuse atteint 30'000 fr., de sorte que le recours en matière civile de celui-ci est en principe recevable ( art. 74 al. 1 let. b LTF ). Dans la mesure où B. \_\_\_\_\_ SA s'en prend, pour sa part, uniquement à la mise à sa charge d'une partie des dépens, cette valeur litigieuse n'est pas atteinte et son recours en matière civile n'est pas ouvert. L'intitulé erroné d'un recours ne nuit pas à son auteur, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui aurait dû être interjeté soient réunies et qu'il soit possible de convertir le recours dans son ensemble ( ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382). En l'espèce, une conversion du recours est possible, dès lors que la recourante se plaint d'arbitraire ( art. 9 Cst. ) dans l'application du droit cantonal, à savoir de la violation d'un droit constitutionnel ( art. 116 LTF ). Les recourants ont qualité pour recourir, car ils ont pris part à la procédure devant l'autorité précédente et ont un intérêt juridique à la modification de la décision attaquée ( art. 76 al. 1 et 115 LTF ). Enfin, le recours a été déposé dans le délai ( art. 45, 100 al. 1 et 117 LTF ) et la forme prévus par la loi ( art. 42 LTF ). I. Sur le recours de A. \_\_\_\_\_

### **E. 2.1**

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties. Compte tenu des exigences de motivation posées, sous peine d'irrecevabilité ( art. 108 al. 1 let. b LTF ), à l' art. 42 al. 2 LTF , le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une juridiction de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser lorsqu'elles ne sont plus discutées devant lui ( ATF 133 IV 150 consid. 1.2 p. 152).

### **E. 2.2**

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui

soutient que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ( art. 97 al. 1 LTF ), à savoir que les constatations de fait sont arbitraires au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation. Le Tribunal fédéral n'examine en effet la violation de l'interdiction de l'arbitraire que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant ( art. 106 al. 2 LTF ), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (principe d'allégation; ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287).

### **E. 3.1**

La cour cantonale a considéré que la réelle et commune intention des parties était de laisser subsister la créance découlant de la convention de crédit hypothécaire du 31 août 2005 aux côtés de la cédule hypothécaire. Celle-ci a été transférée à l'intimée en propriété à titre fiduciaire, c'est-à-dire aux fins de garantie et les parties ont exclu la novation. En cas de transfert fiduciaire aux fins de garantie, seule la créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, tandis que la créance causale peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire. Ainsi, le créancier qui introduit la poursuite en réalisation de gage immobilier poursuit la créance incorporée dans la cédule. La cédule hypothécaire est une reconnaissance de dette au sens de l' art. 82 al. 1 LP pour la créance incorporée à l'encontre du débiteur figurant dans ce titre, mais seulement dans la mesure où il est inscrit. Or, depuis l'entrée en vigueur le 1er janvier 1997 du nouvel art. 53 ORF, la désignation obligatoire dans la cédule du nom du débiteur a été abandonnée. Si la cédule hypothécaire ne comporte pas d'indication du débiteur, le créancier ne pourra obtenir la mainlevée provisoire que s'il produit une copie légalisée de l'acte constitutif dans lequel la dette a été reconnue. En l'espèce, la cédule hypothécaire produite ne contient pas l'indication du débiteur; le conseil des appelants a néanmoins admis que A. \_\_\_\_\_ était le débiteur de cette cédule. S'agissant de la société appelante, ni l'acte de constitution de la cédule, ni une éventuelle réquisition écrite de la société appelante au Conservateur du Registre foncier n'a été versé à la procédure; la cause étant soumise à la maxime des débats et l'intimée supportant le fardeau de l'administration de la preuve sur ce point, il appartenait à cette dernière de produire les pièces nécessaires selon les formes prescrites et en temps utile. Pour le surplus, la convention du 28 août 2005 n'indique pas que la société appelante est également débitrice de la cédule, indépendamment du fait que ladite convention ne revêt pas la forme authentique ( art. 799 al. 2 CC ). La société appelante ne s'y reconnaît en effet que comme la débitrice de la créance de base; ainsi l'intimée n'établit pas qu'elle est créancière de la société appelante.

### **E. 3.2**

Toujours selon l'arrêt attaqué, le créancier n'est fondé à recouvrer la créance cédulaire que si le débiteur ne s'acquitte pas de la créance (garantie) exigible. Par conséquent, le recouvrement de la créance incorporée dans la cédule suppose tant l'exigibilité de la créance causale que celle de la créance cédulaire. En l'espèce, la convention du 31 août 2005 prévoyait que le solde du prêt devenait exigible en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de la convention. Supportant le fardeau de la preuve de l'inexigibilité de la créance déduite en poursuite, il appartenait ainsi aux appelants d'établir qu'ils avaient exécuté leurs obligations, ce à quoi ils ont failli. Il s'ensuit que la créance garantie est exigible. Par ailleurs, selon la cédule hypothécaire, celle-ci était dénonçable en tout temps moyennant un préavis de six mois. Par courrier du 30 octobre 2006 adressé aux appelants,

l'intimée a dénoncé au remboursement la convention de crédit hypothécaire et la cédule avec effet au 1er mai 2007. Il est manifeste que ce délai de six mois était écoulé au moment où la poursuite a été requise, à savoir le 4 mai 2007, de sorte que la cédule a été valablement dénoncée.

#### **E. 4.1**

Le recourant soutient que la cour cantonale a admis à tort qu'il est débiteur de la cédule hypothécaire, alors que sa situation est identique à celle de B. \_\_\_\_\_ SA, à l'égard de laquelle les juges précédents ont considéré à juste titre que l'intimée n'avait pas démontré, bien qu'il lui appartenait de le faire, qu'elle était débitrice de la cédule. Cette critique tombe à faux. En effet, l'arrêt attaqué retient que le conseil des recourants a admis que A. \_\_\_\_\_ était le débiteur de cette cédule. Or, le recourant ne s'en prend pas à cette constatation de fait, de sorte que celui-ci doit être tenu pour établi (cf. supra, consid. 2.2). Le grief du recourant est ainsi infondé.

#### **E. 4.2**

A titre subsidiaire, "pour le cas où le Tribunal fédéral devait considérer que l'intimée est titulaire d'une créance de 300'000 fr. envers A. \_\_\_\_\_", le recourant fait valoir que cette créance ne serait pas fondée. La cour cantonale aurait erré en retenant que les recourants s'étaient déclarés solidairement débiteurs du découvert de 286'099 fr. 45 sans exceptions ni réserve, de sorte que cela emportait reconnaissance dudit solde. Il ressortirait des pièces produites que ce solde n'a jamais pu être vérifié préalablement faute pour les recourants d'avoir pu obtenir les pièces sollicitées à de nombreuses reprises. Qui plus est, il serait prouvé que les montants de 69'950 fr. versés de janvier à septembre 2004 n'auraient pas été déduits. Par cette critique, le recourant s'en prend aux constatations de fait de la cour cantonale, sans démontrer - ni tenter d'ailleurs de le faire - en quoi ces faits auraient été établis de manière manifestement inexacte. De nature purement appellatoire, et en l'absence de toute démonstration de l'arbitraire, son grief est irrecevable (cf. supra, consid. 2.2).

#### **E. 4.3**

Le recourant soutient également que la dette n'était pas exigible et que le contrat du 31 août 2005 ainsi que la cédule hypothécaire n'auraient pas été dénoncés valablement par l'intimée le 30 octobre 2006 pour le 1er mai 2007. Les juges précédents auraient retenu à tort que les recourants n'avaient pas établi avoir exécuté leurs obligations, violant ainsi l'art. 91 CO, qui prévoit que le créancier est en demeure lorsqu'il refuse notamment d'accomplir les actes préparatoires qui lui incombent et sans lesquels le débiteur ne peut exécuter son obligation. En l'espèce, l'intimée n'aurait pas fait parvenir à la SI B. \_\_\_\_\_ les divers documents nécessaires à la vérification des montants qu'elle réclamait. La SI B. \_\_\_\_\_ n'aurait eu d'autre choix, dans ces circonstances, que de résilier le contrat de gérance, ce qui constituerait une résiliation pour justes motifs; selon les recourants, "à la lumière de ce qui précède, la clause prévoyant que la dénonciation du mandat de gérance entraîne l'exigibilité immédiate du solde du prêt est nulle". Ainsi, faute de demeure du débiteur, la dénonciation ne serait pas valable et le contrat conclu par les parties toujours en vigueur. Ce grief tombe à faux. Il ressort en effet de l'arrêt attaqué que la résiliation du contrat de gérance - que les recourants s'étaient engagés à ne pas résilier avant le remboursement de la dette et des intérêts - est antérieure à leur demande tendant à la transmission de différents documents nécessaires à la vérification des montants réclamés par l'intimée. L'argumentation du recourant, pour autant qu'elle soit compréhensible, est ainsi dénuée de fondement.

#### **E. 4.4**

Le recourant invoque que, même si on devait admettre par impossible l'exigibilité de la créance causale, le montant de cette créance est inférieur (286'099 fr.45) à la créance cédulaire (300'000 fr.), de sorte que la poursuite ne devrait être admise que pour ce premier montant. Si le créancier poursuit pour le montant de la créance incorporée dans le titre alors que la créance garantie est d'un montant inférieur, le débiteur poursuivi peut opposer les exceptions personnelles dont il dispose contre le poursuivant (propriétaire fiduciaire), en particulier l'exception tirée de la convention de fiducie, et exiger la limitation de la somme réclamée au montant de la créance garantie (ou causale; art. 855 al. 2 et 872 CC ; cf. arrêt 4A\_451/2009 du 25 février 2010 consid. 5.1 in fine; 5A\_122/2009 du 2 février 2010 consid. 3.2 destiné à la publication; 5A\_226/2007 du 20 novembre 2007 consid. 5.1. et les références). En l'espèce, le recourant oublie que la créance causale de l'intimée s'élève à 322'279 fr. 45 selon le commandement de payer notifié le 22 août 2007 à A.\_\_\_\_\_ et qu'il lui appartenait de prouver qu'elle était inférieure à la créance cédulaire, ce qu'il n'a pas démontré. Le fait que le recourant se soit reconnu débiteur de la somme de 286'099 fr. 45 ne suffit pas à démontrer que la créance causale s'élève à ce montant.

#### **E. 4.5**

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir rejeté l'exception de compensation qu'il avait soulevée, relative à une prétendue créance en dommages-intérêts du fait de la violation du contrat de gérance par l'intimée et, notamment, par son organe G.\_\_\_\_\_. Il reproche aux juges précédents d'avoir fait fi du conflit d'intérêts existant en la personne de celui-ci, agissant à la fois comme organe de la SI B.\_\_\_\_\_ et de C.\_\_\_\_\_ SA, et de l'absence de reddition des comptes pourtant réclamée à plusieurs reprises, de l'absence d'information et de la violation du devoir de fidélité. Les recourants avaient sollicité que des mesures probatoires soient ordonnées de manière à leur permettre de prouver ce qu'ils alléguaient, notamment l'audition de G.\_\_\_\_\_. En refusant d'ordonner ces mesures probatoires ou de renvoyer le dossier au premier juge, la cour cantonale aurait violé le droit d'être entendu des intéressés, respectivement aurait appliqué de manière arbitraire les art. 192 et 197 LPC . La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu, garanti par l' art. 29 al. 2 Cst. , en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant au fait de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos ( ATF 135 I 187 consid. 2.2 p. 190; 129 II 497 consid. 2.2 p. 504 s.). Que le droit à la preuve soit fondé sur l' art. 29 al. 2 Cst. ou sur l' art. 8 CC , qui s'applique si les moyens de preuve sont invoqués en relation avec un droit subjectif privé découlant d'une norme de droit matériel fédéral (arrêt 5A\_726/2009 du 30 avril 2010 consid. 3.1), ses conditions n'en sont pas différentes. Le droit à la preuve n'existe que s'il s'agit d'établir un fait pertinent, qui n'est pas déjà prouvé, par une mesure probatoire adéquate, laquelle a été régulièrement offerte selon les règles de la loi de procédure applicable ( ATF 133 III 189 consid. 5.2.2 p. 195, 295 consid. 7. 1 p. 299; 129 III 18 consid. 2.6 p. 24 et les références citées). Une mesure probatoire peut être refusée à la suite d'une appréciation anticipée des preuves, c'est-à-dire lorsque l'autorité parvient à la conclusion que l'administration de la preuve sollicitée ne pourrait plus modifier sa conviction ( ATF 131 I 153 consid. 3 p. 157; 129 III 18 consid. 2.6 p. 25). Si le juge a refusé une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, celle-ci ne peut être contestée qu'en invoquant l'arbitraire ( art. 9 Cst. ). Devant la cour cantonale, les recourants

avaient soutenu que l'intimée aurait violé ses obligations de mandataire en omettant de les informer que les charges d'exploitation n'étaient plus couvertes et en s'abstenant de formuler des demandes de paiement pour celles-ci. Ils faisaient valoir que si l'intimée n'avait pas laissé s'accumuler et avancé les sommes nécessaires au paiement des diverses charges de la sorte, celles-ci auraient pu être réglées au fur et à mesure; l'intimée les aurait ainsi contraints de signer la convention de crédit hypothécaire du 31 août 2005 lui causant de cette manière un dommage de 286'099 fr. 45. A cet égard, les juges précédents ont estimé que les appelants n'avaient pas été contraints de signer cette convention et qu'ils ont reconnu devoir la somme de 286'099 fr. 45, en renonçant à en contester le fondement. Il s'ensuit que si la société appelante avait payé au fur et à mesure les charges, elle aurait diminué ses actifs d'un montant de 286'099 fr. 45; par conséquent, elle n'avait pas subi de préjudice. Le recourant se borne à affirmer qu'il s'est vu refuser les mesures probatoires sollicitées, à savoir l'interrogatoire des parties et l'audition de témoins, sans préciser l'identité de ceux-ci, ni en quoi chacune de ces auditions pourrait être pertinente pour l'issue du litige. Dans ces conditions, sa critique n'est pas suffisamment motivée; partant, elle est irrecevable. II. Sur le recours de B. \_\_\_\_\_ SA

### **E. 5.1**

B. \_\_\_\_\_ SA soutient que la cour cantonale serait tombée dans l'arbitraire en la condamnant conjointement et solidairement avec A. \_\_\_\_\_ au paiement des deux tiers des dépens. Conformément à l' art. 176 LPC , tout jugement, même incident, doit condamner aux dépens la partie qui succombe. Or, la dernière instance cantonale a retenu que B. \_\_\_\_\_ SA n'était pas débitrice du montant réclamé dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier dirigée contre elle. L'intimée a ainsi été déboutée de toutes ses conclusions à l'égard de B. \_\_\_\_\_ SA; c'est donc elle qui aurait dû être condamnée aux dépens.

### **E. 5.2**

Par sa critique, la recourante ne s'en prend pas à la motivation de la cour cantonale. Celle-ci a en effet tenu compte du fait que l'intimée, dont les conclusions tendaient à la reconnaissance de sa qualité de créancière des deux parties appelantes, n'obtenait gain de cause qu'à l'endroit de l'une d'elles; elle a toutefois jugé que, bien qu'elle ne soit pas débitrice de l'intimée, la société appelante ne s'était pas libérée du gage grevant sa parcelle en garantie de la dette de son administrateur; il se justifiait ainsi, selon les juges précédents, de condamner les appelants solidairement aux deux tiers des dépens des deux instances. Faute de diriger son grief contre les considérants topiques de la cour cantonale, la critique de la recourante est irrecevable (cf. supra, consid. 2.1).

### **E. 6**

Vu ce qui précède, le recours de B. \_\_\_\_\_ SA, traité comme recours constitutionnel subsidiaire, est irrecevable. Le recours en matière civile de A. \_\_\_\_\_ est rejeté dans la mesure où il est recevable. Les recourants, qui succombent, supporteront les frais judiciaires, à raison d'un septième pour la recourante et de six septièmes pour le recourant ( art. 66 al. 1 et 5 LTF ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimée, qui n'a pas été invitée à se déterminer.