

# BGer 5A 74/2011 vom 16. Februar 2012

Bundesgericht, 2012-02-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_74\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_74_2011)

FR: TF 5A 74/2011 du 16 février 2012

IT: TF 5A 74/2011 del 16 febbraio 2012

## Regeste

mainlevée d'opposition | Droit des poursuites et faillites

## Erwägungen

### E. 1.1

La décision rendue en matière de mainlevée - définitive ou provisoire - de l'opposition est une décision finale au sens de l' art. 90 LTF puisqu'elle met fin à l'instance ( ATF 134 III 115 consid. 1.1). Elle peut faire l'objet du recours en matière civile ( art. 72 al. 2 let. a LTF ) lorsque la valeur litigieuse atteint, comme en l'espèce, au moins 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ; ATF 133 III 399 consid. 1.3). Interjeté en temps utile ( art. 46 al. 1 let . c et 100 al. 1 LTF ) par la partie qui a succombé (partiellement) en instance cantonale ( art. 76 al. 1 LTF ) à l'encontre d'une telle décision prise sur recours en dernière instance cantonale ( art. 75 LTF ), le présent recours est en principe recevable.

### E. 1.2

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend les droits constitutionnels ( art. 95 let. a LTF ; ATF 133 III 446 consid. 3.1, 462 consid. 2.3). 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; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 133 III 545 consid. 2.2). Il ne connaît toutefois de la violation des droits fondamentaux que si ce grief a été soulevé et motivé par le recourant ("principe d'allégation"; art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 I 83 consid. 3.2; 133 II 249 consid. 1.4.2).

### E. 1.3

Saisi d'un recours en matière civile, 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'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Le recourant qui entend se plaindre d'un établissement manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire ( art. 9 Cst. ; ATF 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252) - des faits doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (consid. 1.2), étant rappelé que l'appréciation des preuves n'est arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a fait des déductions insoutenables ( ATF 129 I 8 consid. 2.1).

### E. 1.4

Lorsqu'il admet un recours, le Tribunal fédéral peut statuer lui-même sur le fond ( art. 107 al. 2 LTF ) et donc prononcer la mainlevée de l'opposition, s'il dispose de tous les faits nécessaires; en effet, ni le recours en matière civile ni le recours constitutionnel ne sont purement cassatoires (arrêt 5A\_62/2009 du 2 juillet 2009 consid. 3).

### **E. 1.5**

Dépourvu de toute motivation, le chef de conclusions tendant à ce qu'il soit constaté que la gérance légale n'a plus lieu d'être est irrecevable au regard de l' art. 42 al. 1 et 2 LTF .

### **E. 2**

La cour cantonale a exposé les principes relatifs au pactum de non petendo, expliquant notamment qu'en cas de transfert de la cédula hypothécaire à fin de garantie, comme en l'espèce, la convention de fiducie oblige le créancier à ne pas faire usage des créances incorporées, c'est-à-dire à ne pas poursuivre le paiement, au-delà de ce qui est nécessaire à cette fonction de garantie. Elle s'est toutefois contentée d'affirmer qu'elle statuait en vertu du pactum de non petendo, mais elle n'a rien décidé quant à l'application au cas particulier des principes qu'elle venait d'exposer, se bornant à évoquer - la créance résultant du rapport contractuel de base (limite de crédit maximum de 17'443'177 fr., somme en capital de 14'087'480 fr. exigible le 21 avril 2009), sans la comparer avec la créance cédulaire, avant de déterminer la mesure dans laquelle la mainlevée pouvait être accordée dans la poursuite en réalisation de gage immobilier de la parcelle ici en cause. Si elle l'avait fait, elle aurait en réalité statué sur un moyen que, d'après le dossier, le poursuivi n'a pas soulevé, l'exception tirée du pactum de non petendo et fondée sur l' art. 872 CC étant, au stade de la mainlevée d'opposition, un moyen libératoire qu'il appartient au poursuivi de faire valoir ( art. 82 al. 2 LP ; cf. CHRISTIAN DENYS, Cédula hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3 ss, p. 15; DANIEL STAEHELIN, Commentaire bâlois, n. 22 ad art. 855 CC ; NICOLAS DE GOTTRAU, Transfert de propriété et cession à fin de garantie, in Sûretés et garanties bancaires, CEDIDAC n° 33, p. 214 et les références citées; RSJ 2005 p. 430), un examen d'office n'intervenant, le cas échéant, qu'au stade de la réalisation, dans le cadre de l'épuration de l'état des charges ( art. 140 LP et 35 al. 2 ORFI; ATF 136 III 288 consid. 3.2). Le recourant n'invoque aucun grief en relation avec le pactum de non petendo. Il ne prétend d'ailleurs même pas avoir soulevé un moyen libératoire fondé sur celui-ci.

### **E. 3**

Le recourant soutient que la cour cantonale n'a manifestement pas compris le sens et la portée de la lettre du 12 décembre 2008 en estimant que ce courrier constituait une reconnaissance de dette au sens de l' art. 82 LP et en en déduisant qu'il avait reconnu l'exigibilité du montant de 14'087'480 fr. Il ne ressort nullement de l'arrêt attaqué que la cour cantonale a considéré le courrier en question comme une reconnaissance de dette. Ce qu'elle a considéré comme telle, ailleurs dans son arrêt, c'est la cédula hypothécaire, titre déterminant pour la mainlevée provisoire de l'opposition dans la poursuite en réalisation de gage immobilier en cause, pour autant que la créance hypothécaire ait été dénoncée au remboursement (consid. IIb p. 9/10), et dont le recourant s'était explicitement reconnu débiteur du montant nominal dans l'acte de transfert de propriété à fin de garantie des 6/11 septembre 2006 ainsi que dans l'acte de sortie d'indivision successorale (consid. IIId p. 13). En revanche, la cour cantonale a bien déduit de la lettre du 12 décembre 2008 que le recourant avait reconnu que le montant de 14'087'480 fr. était exigible. A teneur de cette lettre, le recourant devait en substance confirmer son accord sur le fait qu'il reconnaissait

par sa signature que les créances de 5'994'000 fr. et de 8'000'000 fr. en prêts hypothécaires n°s xxxx et xxxx, étaient "dues et exigibles" et qu'elles portaient intérêt au taux de 4 % dès le 30 septembre, respectivement le 4 novembre 2008. Le recourant a contresigné la lettre "pour accord sur la présente", soit sur le contenu qui vient d'être résumé. Le fait qu'il ait ajouté des "annotations" concernant l'existence d'un autre prêt hypothécaire, sans assortir cet ajout de réserves ou de conditions, n'était pas de nature à modifier en quoi que ce soit la reconnaissance donnée par sa signature. En constatant que le poursuivi, ayant contresigné un précédent courrier de la poursuivante du 12 décembre 2008, avait reconnu que la somme de 14'087'480 fr. était exigible, la cour cantonale n'a donc pas procédé, ainsi que le prétend le recourant, à un établissement manifestement inexact des faits au sens de l' art. 97 al. 1 LTF .

#### **E. 4**

L'exigibilité des créances issues des prêts hypothécaires (créances causales) étant ainsi valablement constatée et entraînant automatiquement celle des créances hypothécaires (créances abstraites) selon le chiffre 4 de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie, le recourant se plaint manifestement à tort d'une prétendue absence d'exigibilité du montant réclamé par la poursuivante.

#### **E. 5**

Le recourant tente tout aussi vainement d'exciper de l'invalidité de la dénonciation de la convention de crédit-cadre du 6 septembre 2006 en se fondant sur le chiffre 10.2 de celle-ci (résiliation extraordinaire). Il prétend n'avoir jamais été en retard dans le paiement des amortissements ou des intérêts et se réfère au courrier de dénonciation de l'intimée du 12 février 2009, lequel ne faisait pas état d'un tel retard. Selon les constatations du juge de première instance, qui n'ont pas été remises en cause en instance de recours cantonale, la résiliation du crédit par la poursuivante est intervenue non pas selon les règles de la résiliation extraordinaire, mais selon celles de la résiliation ordinaire à forme de l'art. 10.1 de la convention. Or, en vertu de cette disposition, la banque était en droit de résilier la convention "à tout moment avec effet immédiat ainsi que de refuser de mettre la limite de crédit à disposition, selon sa propre appréciation du cas d'espèce et sans indication des motifs". Le grief est donc manifestement mal fondé.

#### **E. 6**

Le recourant soutient que lui et sa soeur étant propriétaires en main commune de tous les immeubles objet des gages visés par la convention de crédit-cadre du 6 septembre 2006 et, de surcroît, codébiteurs solidaires, ils auraient dû être actionnés en commun dans le cadre de la procédure de mainlevée d'opposition. Cette consorité n'ayant pas été respectée, la requête de mainlevée d'opposition aurait dû être rejetée. En vertu de l' art. 70 al. 2 LP , lorsque des codébiteurs sont poursuivis simultanément, un commandement de payer doit être notifié à chacun d'eux. Les codébiteurs sont donc poursuivis non pas par une seule et même poursuite, mais par autant de poursuites distinctes qu'il y a de codébiteurs (P.-R. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 15 et 22 ad art. 70 LP ; KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2e éd. n. 11 s. ad art. 70 LP ), et cela même lorsqu'il s'agit de poursuites en réalisation de gage et que le droit constitué en gage est le même à l'égard de tous les codébiteurs (cf. art. 88 al. 1 et 4 ORFI ; GILLIÉRON, op. cit., n. 20 ad art. 70 LP ). L'opposition faite par l'un des codébiteurs n'a d'effet qu'en ce qui

le concerne et demeure sans influence sur les autres poursuites ( ATF 28 I 79 ; GILLIÉRON, *ibidem*), la poursuite ne pouvant être continuée et la réalisation exécutée tant que les commandements de payer notifiés et au poursuivi et au copoursuivi ne sont pas passés en force (cf. art. 88 al. 3 et 4 ORFI ; GILLIÉRON, *op. cit.*, n. 22 ad art. 153 LP ). Il suit de là que le grief du recourant doit être rejeté.

### **E. 7.1**

En se faisant remettre les cédules en cause pour garantir sa créance de base, d'un montant maximum de 17'443'177 fr., l'intimée a obtenu le droit, incorporé dans les cédules ( art. 842 al. 1 CC ), de faire réaliser les immeubles mis en gage, à concurrence du montant total garanti par les cédules, soit le montant nominal de 18'424'300 fr. (cf. faits ci-dessus, let. A). Lorsqu'une créance est ainsi garantie par plusieurs immeubles, la poursuite en réalisation de gage doit porter sur tous les immeubles et le créancier doit poursuivre la réalisation de ceux-ci simultanément (art. 816 al. 3, 1<sup>ère</sup> phrase, CC; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, tome III, 3e éd., n. 2787). Cette règle est impérative et doit au besoin être appliquée d'office ( ATF 100 III 48 ). En l'espèce, elle a été respectée.

### **E. 7.2**

En principe, la mise en gage de plusieurs immeubles pour garantir une seule créance implique une répartition de la garantie sur les divers immeubles ( art. 798 al. 2 et 3 CC ), chacun de ceux-ci ne répondant alors que pour la somme fixée lors de la répartition. A certaines conditions cependant (appartenance des immeubles grevés au même propriétaire ou à des codébiteurs solidaires), la mise en gage peut être réalisée au moyen d'un droit de gage collectif ( art. 798 al. 1 CC ). Dans ce cas, chaque immeuble garantit la totalité de la créance et le créancier peut se faire désintéresser sur le produit de la réalisation de chacun des immeubles grevés, mais il n'a qu'un seul et même droit de gage, l'engagement collectif devant en outre ressortir de l'inscription au registre foncier ( art. 42 al. 1 ORF ) et, pour les cédules hypothécaires, figurer sur le titre ( art. 53 al. 3 ORF ; cf. STEINAUER, *op. cit.*, n. 2661 s. et les références de doctrine citées à la note 52, n. 2665 et 2667). En l'espèce, l'on ne se trouve pas en présence d'un gage collectif au sens de l' art. 798 al. 1 CC , dès lors, notamment, qu'il n'existe pas qu'un seul et même droit de gage (cf. ATF 126 III 33 consid. 2), mais plusieurs, et qu'un engagement collectif n'est pas spécifié sur les titres comme le requiert l' art. 53 al. 3 ORF . L'on a donc affaire ici à un engagement de plusieurs immeubles avec répartition de la garantie au sens de l' art. 798 al. 2 CC . Dans ce cas, la répartition de la garantie se fait, sauf convention contraire, proportionnellement à la valeur des divers immeubles ( art. 798 al. 3 CC ). Cette répartition intervient en principe lors de la réalisation (art. 133 ss/156 al. 1 LP). En l'espèce, toutefois, elle a fait l'objet d'une décision cantonale qui est contestée devant le Tribunal fédéral au stade déjà de la mainlevée d'opposition. L'arrêt que celui-ci est appelé à rendre à ce stade ne peut avoir de portée définitive qu'en ce qui concerne le mode de répartition; il ne saurait en avoir quant aux montants puisque, selon la jurisprudence, le créancier gagiste poursuivant peut, au stade de l'épuration de l'état des charges ( art. 140 LP ), produire d'autres ou de plus amples droits que ceux réclamés dans la réquisition de poursuite, par exemple des intérêts supplémentaires ou la partie de la créance pour laquelle la mainlevée de l'opposition lui a été refusée, étant en outre observé qu'au stade de la mainlevée, le juge qui la prononce ne connaît pas encore le jour de la réquisition de vente et n'est donc pas en mesure d'allouer les intérêts courants prévus par l'art. 818 al. 1 ch. 3 in fine CC ( ATF 136 III 288 consid. 3.4 et la jurisprudence citée).

### E. 7.3

L'intimée était autorisée par la convention de crédit-cadre (ch. 17.2) et l'acte de transfert de propriété à fin de garantie (ch. 4) à décider seule de l'ordre prioritaire dans lequel créances et titres seraient amortis ou réalisés, dès lors et au besoin en dérogeant au système légal en cas de pluralité de gages (droit dispositif; cf. STEINAUER, op. cit., n. 2668 s; DAVID DÜRR, in Commentaire zurichois, n. 145, 148 ss ad art. 798 CC ; BERNARD TRAUFFER/CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, in Commentaire bâlois, n. 19 ad art. 798 CC ). Or, une manifestation de volonté de sa part fait défaut à cet égard. Cela étant, l'art. 798 al. 3 CC s'applique.

### E. 7.4

La décision attaquée viole l'art. 798 al. 3 CC en ordonnant un autre mode de répartition que celui de la répartition proportionnelle. Conformément à ce mode de répartition, la fraction (ci-après: c) de la créance totale (ci-après: C) que doit garantir chaque immeuble correspond à la valeur estimative de cet immeuble (ci-après: v) par rapport à la valeur estimative de l'ensemble des immeubles (ci-après: V). A défaut d'estimation, qui n'est ordonnée qu'au stade de la réalisation ( art. 140 al. 3 LP ), il y a lieu de prendre en considération le montant nominal des cédulas hypothécaires. Selon la formule établie par STEINAUER (op. cit., n. 2669 s.), la répartition donne les résultats suivants pour les immeubles objet des poursuites parallèles en cause:  $parcelle\ C\ v\ V\ c\ 261\ 14'087'480\ x\ (8'100'000/18'424'300) = 6'193'374.40$   $940\ 14'087'480\ x\ (2'500'000/18'424'300) = 1'911'535.30$   $198\ 14'087'480\ x\ (3'200'000/18'424'300) = 2'446'765.20$   $200\ 14'087'480\ x\ (400'000/18'424'300) = 305'845.60$   $834/839\ 14'087'480\ x\ (205'000/18'424'300) = 156'745.90$   $835/841\ 14'087'480\ x\ (219'300/18'424'300) = 167'679.90$   $1205\ 14'087'480\ x\ (3'800'000/18'424'300) = 2'905'533.70$  Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier visée par le présent recours, la décision attaquée a accordé la mainlevée provisoire à concurrence de 287'480 fr. plus intérêt à 5 %, taux applicable à la créance causale. Sur recours de la poursuivante (cause 5A\_32/2011), l'arrêt attaqué a été réformé et la mainlevée provisoire accordée à concurrence de 305'845 fr. 60 plus intérêts. Le recourant n'étant ainsi pas lésé, son recours doit être rejeté.

### E. 8

En vertu de l'art. 64 al. 1 LTF, une partie peut obtenir l'assistance judiciaire à la double condition qu'elle ne dispose pas de ressources suffisantes et que ses conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec. S'agissant de la première condition, il appartient au requérant d'établir et de documenter son indigence ( ATF 125 IV 161 consid. 4a p. 164). En l'espèce, le recourant allègue n'avoir aucun revenu professionnel, étant en détention, ni aucune fortune à disposition, dès lors que les revenus des immeubles qu'il possède en indivision avec sa soeur ont été séquestrés conformément à une ordonnance pénale du 18 avril 2007, qu'une action en partage et des poursuites en réalisation de gage concernant ses immeubles sont en cours et que la part sur l'immeuble qu'il possède en copropriété avec son épouse fait également l'objet d'un séquestre pénal. Il ne donne toutefois aucune indication chiffrée permettant d'évaluer son besoin, se contentant de renvoyer aux décisions rendues au pénal. Or, il va de soi que les valeurs patrimoniales séquestrées ou confisquées par le juge pénal ne peuvent être que celles constituant le résultat de l'infraction reprochée ou celles destinées à décider ou à récompenser l'auteur de celle-ci (cf. art. 70 al. 1 CP ). Rien n'indique que le recourant ne disposerait pas d'autres avoirs à côté de ces valeurs patrimoniales séquestrées ou confisquées. Le fait qu'une action en partage soit en cours n'est

pas décisif. Il en va de même du fait que le recourant fasse l'objet de poursuites, l'indigence n'étant pas nécessairement assimilée à l'insolvabilité (arrêt 4P.50/1992 du 16 juin 1992 consid. 7 c/bb p. 12). La demande d'assistance judiciaire doit donc être rejetée faute pour le recourant d'établir sa prétendue indigence.

#### **E. 9**

Les frais judiciaires doivent par conséquent être mis à la charge du recourant ( art. 66 al. 1 LTF ). L'intimée, qui a conclu au rejet du recours, a droit à des dépens ( art. 68 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.