

## VD\_FINDINFO Jug / 2019 / 5 vom 21. Mai 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-05-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_Jug\\_\\_\\_2019\\_\\_\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2019___5)

FR: VD\_FINDINFO Jug / 2019 / 5 du 21 mai 2019

IT: VD\_FINDINFO Jug / 2019 / 5 del 21 maggio 2019

### Regeste

CÉDULE HYPOTHÉCAIRE SUR PAPIER, TITRE AU PORTEUR, ACTION EN LIBÉRATION DE DETTE, PRÊT DE CONSOMMATION, MAINLEVÉE DÉFINITIVE, CAUTIONNEMENT SOLIDAIRE, CRÉANCE GARANTIE PAR GAGE, CODE DE PROCÉDURE CIVILE CANTONAL, REMISE CONVENTIONNELLE DE DETTE | 590 al. 1 CC, 842 CC, 102 CO, 115 CO, 312 CO, 318 CO, 492 CO, 496 CO, 70 al. 2 LP, 83 al. 2 LP

### Erwägungen

#### E. 24

al. 2 CO), mais tenu pour ratifié puisque le demandeur n'a jamais déclaré sa résolution de ne pas le maintenir (art. 31 al. 1 et 2 CO). e) aa) Au vu de ce qui précède, le grief selon lequel la défenderesse aurait dilapidé les actifs essentiels des sociétés du groupe R.\_\_\_\_\_ au détriment et à l'insu du demandeur, est sans fondement. Premièrement, il est établi, en particulier sur la base des déclarations du demandeur lui-même, que les sociétés n'avaient aucune valeur économique, déjà au 29 juillet 1997. D'autre part, il est faux de prétendre que le demandeur n'était plus actif en leur sein avant le 6 décembre 1997. Encore une fois, le raisonnement des demandeurs n'est pas prouvé, et il est même contredit par le résultat de l'instruction. Aucun dommage ne peut donc être retenu à cet égard. bb) De même, aucun manque à gagner n'est établi au titre de la fin des activités des sociétés du groupe R.\_\_\_\_\_. Au contraire, ce chef de prétentions du demandeur repose sur la prémisse erronée de la viabilité des sociétés, que l'expert W.\_\_\_\_\_ a exclue. C'est donc également à tort que les demandeurs invoquent la responsabilité de la défenderesse sur ce point. f) Cela scelle le sort des conclusions jointes des deux demandeurs, qui seront intégralement rejetées. VI. Cela étant, il convient de se pencher sur leurs conclusions en libération de dette, qui appellent les considérations préalables suivantes. a) Par courrier du 4 décembre 1996, la défenderesse a offert aux deux demandeurs, "conjointement et solidairement", deux prêts hypothécaires de 2'500'000 fr. et 500'000 fr. (ultérieurement désignés sous FFF et GGG), garantis par les cédules BBB et CCC, respectivement DDD et EEE. Les demandeurs ont signé et retourné ce document le 23 janvier 1997. Il faut qualifier ce contrat. Tant la défenderesse que les demandeurs se réfèrent à un prêt hypothécaire, qui selon la défenderesse serait un contrat innommé soumis aux règles du prêt de consommation (art. 312 ss CO). Par un prêt de consommation, le prêteur s'oblige à transférer la propriété d'une somme d'argent ou d'autres choses fongibles à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de lui en rendre autant de même espèce et qualité (art. 312 CO). La restitution du prêt est soumise à deux conditions: premièrement, la remise des fonds à l'emprunteur et, deuxièmement, l'obligation de restitution stipulée à charge de celui-ci. L'obligation de restitution de l'emprunteur est un élément essentiel du contrat. Elle résulte

non pas du paiement fait par le prêteur, mais de la promesse de restitution qu'implique le contrat de prêt. La remise de l'argent n'est qu'une condition de l'obligation de restituer (cf. ATF 144 III 93 consid. 5.1.1 et l'arrêt cité). Celui qui agit en restitution d'un prêt doit apporter la preuve non seulement de la remise des fonds, mais encore et au premier chef du contrat de prêt de consommation et, par conséquent, de l'obligation de restitution qui en découle ; en principe, il n'est au bénéfice d'aucune présomption légale (cf. ATF 83 II 209 consid. 2 ; pour le tout cf. TF 5A\_626/2017 du 29 juin 2018 consid. 3.3.1 in medio ). En l'occurrence il n'est ni contesté, ni contestable, que les parties sont convenues de la mise à disposition des demandeurs, par la défenderesse, de sommes dont le remboursement ultérieur était expressément prévu. Le courrier du 4 décembre 1996 mentionne d'ailleurs un "prêt". Les parties ont par conséquent conclu, simultanément, deux prêts de consommation (art. 312 ss CO), et réglé les points essentiels de ces contrats (cf. art. 2 al. 1 CO). Le fait qu'il s'agisse de prêts "hypothécaires" se rapporte à l'usage prévu pour l'argent, mais ne change rien à la qualification du contrat. b) Les demandeurs contestent toute solidarité entre eux, faisant valoir que le prêt (recte : les deux prêts) ont été concédés au seul demandeur, qui est également seul propriétaire de l'immeuble grevé par les cédulas cédées en garantie. Il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout (art. 143 al. 1 CO). Selon l'art. 144 CO, le créancier peut, à son choix, exiger de tous les débiteurs solidaires ou de l'un d'eux l'exécution intégrale ou partielle de l'obligation (al. 1), et les débiteurs demeurent tous obligés jusqu'à l'extinction totale de la dette (al. 2). En l'occurrence, l'engagement solidaire des deux demandeurs ressort expressément du contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997. Aucune modification ultérieure n'est en outre prouvée, ni même alléguée. On doit donc écarter le moyen des demandeurs, qui est manifestement mal fondé. c) Cela étant, il ressort de l'offre du 4 décembre 1996 que ce document n'avait pas vocation à servir de contrat définitif. Des "variations" par rapport à son texte y sont ainsi réservées ; du reste, pour le prêt FFF, il est indiqué que le taux et la durée figuraient à titre indicatif, et feraient l'objet d'une fixation définitive ultérieurement ; en outre, le remboursement et le renouvellement du prêt sont prévus à une "échéance" qui ne ressort pas du courrier, comme du reste pour le prêt GGG. Il faudra dès lors déterminer, le cas échéant, s'il existe un accord des parties sur les points secondaires du contrat, et subsidiairement compléter celui-ci en tenant compte de la nature de l'affaire (cf. art. 2 al. 2 CO ; cf. ég. art. 18 al. 1 CO). d) Le prêt FFF porte sur 2'500'000 fr. en capital. L'offre du 4 décembre 1996 prévoit le remboursement intégral à l'échéance du contrat, sans amortissement dans l'intervalle, sous réserve "exceptionnellement" d'un remboursement anticipé à la demande de la défenderesse ; "à titre indicatif", l'offre mentionne en outre des intérêts annuels à 4,5% durant 5 ans, puis 4,75% durant 6 ans, payables semestriellement. Les montants des prêts hypothécaires devaient être versés sur deux comptes du demandeur, mais la date de ce versement ne ressort pas de l'état de fait. Par courrier du 7 juillet 2000, la défenderesse a dénoncé les deux prêts hypothécaires, mettant en particulier les demandeurs en demeure de lui verser 2'500'000 fr. plus intérêts à 4,5 % dès le 1<sup>er</sup> juillet 1999 au titre du prêt ici en cause. Se fondant sur un avis d'échéance de la défenderesse, l'expert W. \_\_\_\_\_ a calculé les montants dus par les demandeurs à la défenderesse aux 31 janvier et 30 juin 2003. Le montant en capital est resté fixe à 2'500'000 fr., ainsi que des échéances impayées par 481'630 fr., mais l'intérêt à 4,5% l'an représentait 9'687 fr. 50 au 31 janvier 2003 (depuis le 31 décembre 2002) et 56'250 fr. au 30 juin 2003 (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003) ; au 30 juin 2003, l'expert W. \_\_\_\_\_ a encore retenu un amortissement de 25'000 fr., des indemnités

de retard par 6'250 fr., et des frais par 50 francs. Dans sa réponse du 18 août 2003, la défenderesse fait valoir un intérêt à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2001 sur l'entier des prétentions faisant l'objet de sa conclusion reconventionnelle n° II, qui semble être l'intérêt moratoire (cf. infra). Dans son mémoire, elle invoque un prêt de 2'500'000 fr., plus intérêts à 4,5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 1999. Le prêt porte ainsi sur 2'500'000 fr., plus intérêts conventionnels à 4,5% l'an. En revanche l'amortissement de ce prêt, mentionné dans l'avis du 30 juin 2003 soumis à l'expert W. \_\_\_\_\_, contredit directement l'offre du 4 décembre 1996 ; un accord séparé à cet égard n'est pas prouvé, ni même allégué. Du reste, si le versement du montant prêté n'est pas contesté sur le principe, la date de son exécution, à laquelle l'intérêt a commencé à courir, n'est pas établie. Ces faits ne sont en particulier pas prouvés par les écrits de la défenderesse, qu'il s'agisse de son courrier du 7 juillet 2000 ou de son avis d'échéance du 30 juin 2003, qui ne lient pas les demandeurs. Certes, l'expert W. \_\_\_\_\_ s'y est référé, mais sans relever des éléments techniques corroborant la date du 1<sup>er</sup> juillet 1999 avancée par la défenderesse, et l'expertise n'est donc pas décisive sur ce point. Au contraire, les échéances impayées que l'expert a constatées, savoir 481'630 fr., correspondent à l'intérêt progressivement échu sur 1'563 jours ; or, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1999, une telle période courrait jusqu'au 11 octobre 2003, mais l'avis de la défenderesse date du 30 juin 2003. Quoi qu'il en soit, la défenderesse a dénoncé le prêt par courrier du 7 juillet 2000 ; ainsi, le prêt était alors réputé en mains des demandeurs qui, en cas de déroulement régulier du contrat, auraient dû verser des intérêts conventionnels au moins depuis cette date. Pour le surplus, l'offre du 4 décembre 1996 ne prévoit ni pénalités, ni d'autres frais, et un accord des parties à ces sujets n'a pas été allégué, ni prouvé. Il est par conséquent établi, faute d'indice plus précis, que les parties ont conclu un prêt de 2'500'000 fr., plus intérêt à 4,5% l'an dès le 7 juillet 2000. L'offre du 4 décembre 1996 prévoit un intérêt annuel de 4,75% après cinq années, mais la date de ce changement de taux n'est pas établie ; la créance mise en poursuite, ressortant du commandement de payer dans la poursuite HHH-01, porte uniquement sur un intérêt au taux annuel de 4,5%, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner si ce taux aurait dû évoluer. e) Le prêt GGG porte quant à lui sur 500'000 fr. en capital. L'offre du 4 décembre 1996 prévoit des intérêts à 5% l'an payables semestriellement, un amortissement de 2% sous forme de demi-annuités constantes par lesquelles l'amortissement augmente dans la mesure où le versement de l'intérêt diminue, et l'établissement d'un ordre permanent pour, notamment les demi-annuités constantes du prêt hypothécaire ici en cause. L'expert W. \_\_\_\_\_, sur la base d'un second avis d'échéance de la défenderesse au 30 juin 2003, a retenu que la dette en capital et les échéances impayées s'élevaient, tant au 31 janvier qu'au 30 juin 2003, à 479'276 fr. 10 et 134'091 fr. 20. Selon lui, l'intérêt échu, au taux annuel de 5,25%, représentait 2'166 fr. 73 à la première date (depuis le 31 décembre 2002) et 12'581 fr. au 30 juin 2003 (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003) ; à cette seconde date, l'expert W. \_\_\_\_\_ a par ailleurs retenu un amortissement de 5'494 fr., des indemnités de retard par 1'198 fr., et des frais par 50 francs. Outre la conclusion reconventionnelle n° II prise au pied de sa réponse du 18 août 2003, mentionnant un intérêt à 5% l'an sur l'entier des prétentions en remboursement du prêt, la défenderesse invoque dans son mémoire un solde du prêt de 479'276 fr. 10, plus intérêts à 5,25% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 1999. En l'espèce, seul le montant initial du prêt en capital, par 500'000 fr., est établi. Il n'est pas contesté que ce montant ait été versé, mais on ignore à quelle date, et le cours des intérêts, au taux annuel de 5% prévu dans l'offre, faute pour les parties d'avoir allégué un accord ultérieur différent, n'est dès lors pas déterminable. Pour la même raison, on ignore quand a débuté l'amortissement du capital prêté par 2%, ainsi que

l'évolution des intérêts subséquents. A nouveau, on ne peut pas se fier à cet égard aux écrits unilatéraux de la défenderesse, ni aux constatations de l'expert W. \_\_\_\_\_, qui s'est du reste fondé sur un taux d'intérêt annuel de 5,25% qui est contredit par ce qui précède. Le solde de 479'276 fr. 10 ne permet pas non plus de reconstituer un plan des paiements précédents ; il ne le serait d'ailleurs que sur la base des écrits de la défenderesse, qui sont contestés dans un contexte contractuel au demeurant incomplètement documenté. Cela étant, on peut déduire de ce qui précède que les demandeurs, après la dénonciation du prêt, devaient verser à la défenderesse un montant de 500'000 fr. à titre de capital restant et d'amortissement échu. L'intérêt conventionnel sur ces prétentions n'est toutefois pas établi.

f) Si le contrat ne fixe ni terme de restitution ni délai d'avertissement, et n'oblige pas l'emprunteur à rendre la chose à première réquisition, l'emprunteur a, pour la restituer, six semaines qui commencent à courir dès la première réclamation du prêteur (art. 318 CO). aa) L'offre du 4 décembre 1996 ne prévoit pas expressément de terme pour le prêt FFF, mais un remboursement intégral à l'échéance du contrat ; la durée théorique de celui-ci ressort quant à elle du taux et de la durée des intérêts prévus – originellement à titre indicatif, mais aucune modification ultérieure n'est établie à ce sujet –, par 4,5% l'an sur cinq ans puis 4,75% l'an sur six ans, soit onze ans en tout. L'offre réserve toutefois le remboursement anticipé sur demande de la défenderesse, "exceptionnellement" et sans qu'une hausse des taux le justifie. Il faut en déduire qu'elle a ainsi réservé de pouvoir exiger le remboursement anticipé pour justes motifs (cf. art. 2 al. 2 CO). En l'espèce, la défenderesse a déclaré par courrier du 7 juillet 2000 dénoncer notamment le prêt FFF, avec mise en demeure de rembourser le capital et les intérêts échus au 20 janvier 2001 ; il ressort d'un courrier adressé le même jour au demandeur que celui-ci ne s'était pas acquitté des montants dont il était débiteur envers elle à d'autres titres. On doit en déduire qu'il en va de même pour le prêt ici en cause. Les demandeurs le contestent, reprochant à la défenderesse de ne pas tenir compte de montants qu'ils auraient versés ; ces montants n'étant toutefois pas établis, ce grief n'emporte pas la conviction. Par conséquent, la défenderesse a valablement dénoncé le prêt FFF pour justes motifs. Le délai au 20 janvier 2001 ne pose pas aucune difficulté à cet égard, dans la mesure où il excède les six semaines prévues par l'art. 318 CO ; moins de cinq ans séparent en outre cette date de celle de l'acceptation de l'offre de la défenderesse par les demandeurs, le 23 janvier 1997, de sorte que la question d'un changement de taux d'intérêt en cours de contrat ne se pose pas en l'espèce. bb) L'offre du 4 décembre 1996 ne prévoit pas de conditions particulières régissant la dénonciation du prêt GGG, et il faut dans ce cas appliquer l'art. 318 CO. La dénonciation de ce prêt est également intervenue par courrier de la défenderesse du 7 juillet 2000, avec effet au 20 janvier 2001, soit dans un délai supérieur aux six semaines prévues par l'art. 318 CO. Cela ne pose aucune difficulté, le titulaire du droit de dénonciation pouvant octroyer à l'obligé un délai supérieur au délai légal sans pour autant affecter la validité de la dénonciation. C'est le lieu de relever que, nonobstant l'absence de preuve d'un intérêt conventionnel, les demandeurs étaient dès le 21 janvier 2001 en demeure de payer le solde du prêt et les amortissements échus (cf. art. 102 al. 1 CO), pour un montant total de 500'000 fr. entraînant l'intérêt moratoire de 5% l'an (art. 104 al. 1 CO). VII. Le contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997 prévoit la cession des cédules hypothécaires BBB et CCC en garantie du prêt FFF, et des cédules hypothécaires DDD et EEE en garantie du prêt GGG. a) Le droit de la cédule hypothécaire a été modifié lors de la révision du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (RO 2011 pp 4637 ss spéc. 4657). Les cédules hypothécaires du cas d'espèce restent en l'occurrence soumises à l'ancien droit (art. 1 al. 1 et 26 al. 1 Tit. fin. CC ; ATF 140 III 180 consid. 3 ; TF

5A\_734/2018 du 4 décembre 2018 consid. 4.3.1). b) La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 aCC ; cf. ég. art. 842 al. 1 CC à la teneur identique). Elle incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier qui en est l'accessoire, en ce sens que son existence et son montant dépendent de ceux de la créance cédulaire (art. 114 al. 1 CO) et qu'il la suit en cas de transfert (art. 170 al. 1 CO). Ces deux éléments constitutifs de la cédula hypothécaire forment une unité stricte et ont par conséquent un sort juridique commun (cf. ATF 140 III 36 consid. 4 ; TF 5A\_326/2018 du 28 septembre 2018 consid. 4.1.1 et les autres réf. cit.). Selon une partie de la doctrine, la cédula hypothécaire comprend en réalité trois aspects, la loi ne mentionnant pas le papier-valeur constatant la créance et le droit de gage immobilier constitué pour sa garantie (cf. Kamerzin, *Le contrat constitutif de cédula hypothécaire*, Thèse, Fribourg 2003, n. 10 p. 6 avec réf. cit.). Sous cet angle, la cédula hypothécaire, dressée par le conservateur du registre foncier (cf. art. 857 al. 1 aCC) est un titre authentique (ATF 129 III 12 consid. 2.1 et réf. cit. ; cf. ég. TF 5A\_734/2018 précité consid. 4.3.2). Elle fait dès lors foi des faits qu'elle constate et dont l'inexactitude n'est pas prouvée (art. 9 al. 1 CC). c) En principe, la constitution d'une cédula hypothécaire éteint par novation l'obligation dont elle résulte (cf. art. 855 al. 1 aCC). Cela étant, la cédula hypothécaire est souvent en pratique utilisée pour servir de garantie à une autre créance. Lorsqu'une créance est garantie par une cédula, on se trouve dans la situation où deux créances vont coexister : la créance incorporée dans la cédula, d'une part, et celle résultant du rapport contractuel de base, d'autre part (cf. Denys, *Cédula hypothécaire et mainlevée*, in *JdT* 2008 II pp 3 ss spéc. 3 s., avec réf. à Kamerzin, op. cit.). Lorsque les parties conviennent – par contrat de fiducie – que la cédula hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire; Sicherungsübereignung), il n'y a pas novation de la créance garantie ; la créance incorporée dans la cédula se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédula hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédula a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 144 III 29 consid. 4.2). Le fait que la créance causale et la créance abstraite coexistent ne signifie nullement que les deux créances s'ajoutent l'une à l'autre en ce sens que le créancier pourrait exiger cumulativement l'exécution des deux créances, ni qu'il pourrait choisir entre la poursuite ordinaire en recouvrement de la créance causale et la poursuite en réalisation de gage pour la créance abstraite, le créancier ayant, sauf convention contraire, l'obligation de chercher d'abord la créance abstraite (ATF 140 III 180 consid. 5.1.3 ss ; pour le tout cf. TF 5A\_734/2018 précité consid. 4.3.2 et les autres arrêts cités). d) Le principe de base consiste en ce que le créancier ne peut utiliser les droits de la cédula hypothécaire que dans les limites de ce qu'exige la garantie de la créance causale (Kamerzin, op. cit., nn 188 s. p. 85 et réf. cit. ; cf. aussi sur ce point ATF 119 II 328, *JdT* 1995 II pp 87 ss spéc. 90, cité in Kamerzin, op. cit., n. 194 p. 87). A l'inverse des autres créances, la créance cédulaire n'est pas éteinte par le paiement (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 cf. art. 853 CC ; précédemment cf. ATF 105 III 122 consid. 5b, *JdT* 1981 II 75, cité par Staehelin in *Basler Kommentar ZGB II*, op. cit., n. 1 ad art. 853 CC). La loi actuelle permet au débiteur, après le remboursement intégral de créance cédulaire, d'obtenir le transfert de la cédula en ses

mains (art. 853 ch. 2 CC), et de la réemployer pour garantir une autre créance de base (art. 854 al. 2 C ; Steinauer, op. cit., nn 3060 et 3063 pp 405 et 407). Tel était déjà le cas sous l'ancien droit (ATF 105 III 122 précité consid. 5b), l'art. 863 aCC permettant notamment, en cas d'extinction de la dette à défaut de créancier, au débiteur de renégocier de nouveau le titre entré en sa possession. e) En l'espèce, les cédules au porteur DDD d'un montant de 415'000 fr., et EEE d'un montant de 320'000 fr., constituées le 15 janvier 1984, ont été postposées en deuxième et égalité de rang le 22 juillet 1992. Le 11 août 1992, le demandeur a remis ces deux cédules hypothécaires à la défenderesse, en lien avec une proposition de crédit de construction de cette dernière du 13 mars 1992. Au jour de la postposition précitée, le 22 juillet 1992, le demandeur a constitué, en premier et égalité de rang, les cédules au porteur CCC d'un montant de 1'000'000 fr., et CCC d'un montant par la suite augmenté à 1'500'000 fr. le 8 décembre 1993. Par acte du 20 avril 1994, le demandeur en qualité de débiteur et cédant, et la demanderesse en qualité de débitrice, ont signé deux actes de cession de ces cédules en faveur de la défenderesse, en propriété et à titre de garantie d'un titre hypothécaire. Les prétentions ici en cause se rapportent à une cession ultérieure. Ainsi, par offre du 4 décembre 1996, la défenderesse a proposé aux demandeurs l'octroi des prêts hypothécaires FFF et GGG, moyennant la remise des quatre cédules précitées en garantie ; les demandeurs ont chacun signé ce courrier le 23 janvier 1997, et l'ont retourné à la défenderesse. Celle-ci a allégué et produit les quatre cédules hypothécaires en procédure. Il n'est pas décisif que d'autres déclarations de cession, des 11 août 1992 et 20 avril 1994, précèdent celle conclue les 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997, puisque le remploi d'une cédule est licite (cf. supra let. d). f) aa) Pour qu'il puisse valablement se prévaloir de la créance abstraite dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, le créancier poursuivant doit être le détenteur de la cédule hypothécaire et le débiteur de cette cédule inscrit sur le titre produit ou, à tout le moins, faut-il que le débiteur poursuivi reconnaisse sa qualité de débiteur de la cédule ou que cette qualité résulte de l'acte de cession de propriété de la cédule qu'il a signé. Si la cédule hypothécaire ne comporte pas l'indication du débiteur, le créancier ne pourra obtenir la mainlevée provisoire que s'il produit une copie légalisée de l'acte constitutif conservé au registre foncier ou la convention de sûretés contresignée dans laquelle le poursuivi se reconnaît débiteur de la cédule cédée à titre de sûretés (ATF 140 III 36 consid. 3 ; TF 5A\_734/2018 précité consid. 4.3.3 et les autres arrêts cités). Ces principes seront également appliqués à la présente action en libération de dette. bb) La qualité de créancière cédulaire de la défenderesse est en l'espèce manifeste, vu la cession des quatre cédules au porteur par acte des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997. En outre, le demandeur a constitué les cédules BBB et CCC le 22 juillet 1992, dont il est manifestement l'obligé. La situation est différente pour les cédules DDD et EEE, qui grevaient déjà l'immeuble lors de son acquisition par le demandeur le 12 avril 1989. Les parties n'ont pas allégué qu'il aurait alors repris la dette cédulaire. La défenderesse soutient que cela ressort de l'acte de cession du 20 avril 1994, antérieur à la cession ici en cause. Elle invoque à cet égard les pièces 108 et 109, produites à l'appui des allégués 139 et 140. Ces allégués sont toutefois restreints au principe de la cession, à l'exclusion des termes et conditions alors exprimés ; ils ont du reste été admis par les autres parties, et les moyens de preuve fournis à cet égard n'ont donc pas fait l'objet de l'instruction. Cela étant, la cession ultérieure des cédules à la défenderesse par le demandeur démontre la qualité de débiteur cédulaire de ce dernier, que les parties concernées ne contestent pas. cc) Cela ne vaut toutefois pas pour la demanderesse. En effet, l'offre du 4 décembre 1996 signée par les demandeurs mentionne expressément la cession

des quatre cédules "par G.R. \_\_\_\_\_", à l'exclusion de son épouse. Il n'est non plus établi que la demanderesse, à un moment ou à un autre, serait devenue débitrice cédulaire solidaire, par une reprise de dette à titre solidaire (cf. art. 175 ss CO) ou de toute autre manière. La demanderesse n'est ainsi pas débitrice cédulaire. g) Le service de l'intérêt est réglé librement par les parties, sous réserve des dispositions contre l'usure (art. 795 al. 1 CC resté inchangé). Dans le cas d'espèce, la défenderesse n'a pas allégué que les cédules prévoyaient un intérêt conventionnel, ni a fortiori à quel taux. Il n'est toutefois pas douteux que les quatre cédules ici en cause, qui ont servi de garanties à plusieurs créances causales à travers le temps, entraînent des intérêts. Leur taux ne saurait être inférieur au taux légal de l'intérêt moratoire de 5% (cf. art. 104 al. 1 CO), et couvre donc les intérêts annuels de 4,5% et 5% prévus par les prêts FFF et GGG (cf. supra consid. VI/d s.). h) Sauf stipulation contraire, la cédule hypothécaire ne peut être dénoncée, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts (art. 844 al. 1 aCC). En l'occurrence, le contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997 vaut manifestement stipulation au sens de l'art. 844 al. 1 CC, sous peine de retirer aux cédules hypothécaires leur fonction de garantie. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le courrier de dénonciation du 7 juillet 2000 de la défenderesse, qui porte sur les quatre cédules hypothécaires en sus des deux prêts garantis. A l'instar de ce qui a été exposé en lien avec les créances causales (cf. supra consid. VI/f/aa), il faut ainsi retenir que les cédules BBB, CCC, DDD et EEE ont été dénoncées avec effet au 20 janvier 2001. VIII. A la lumière de tout ce qui précède, on peut à ce stade se pencher sur les conclusions en libération de dette des demandeurs. a) L'action en libération de dette est le pendant de l'action en reconnaissance de dette, au sens de l'art. 79 LP, dont elle ne se distingue que par le renversement du rôle procédural des parties. En effet, le créancier est défendeur au lieu d'être demandeur. La répartition du fardeau de la preuve est en revanche inchangée. Il incombe donc au défendeur (le poursuivant) d'établir que la créance litigieuse a pris naissance, par exemple en produisant une reconnaissance de dette. Quant au demandeur (le poursuivi), il devra établir la non-existence ou le défaut d'exigibilité de la dette constatée par le titre de mainlevée provisoire (ATF 131 III 268 consid. 3.1; TF 5A\_70/2018 précité consid. 3.3.1.2 in fine et les autres réf. cit.). b) Conformément à ce qui précède, il convient de déterminer si les créances en poursuite sont les créances causales issues des prêts hypothécaires, ou les créances abstraites découlant des quatre cédules hypothécaires. Les commandements de payer notifiés le 29 mai 2001 aux demandeurs dans les poursuites en réalisation du gage HHH-01, HHH-02, III-01 et III-02 mentionnent le "solde dû sur le prêt hypothécaire FFF (réd. : respectivement GGG) ouvert au nom de G.R. \_\_\_\_\_ et F.B.R. \_\_\_\_\_ garanti par les cédules hypothécaires BBB et CCC (réd. : respectivement DDD et EEE)". Il n'est pas douteux que les créances en poursuite sont les créances cédulaires. Il s'agit en effet de poursuites en réalisation du gage mentionnant expressément les cédules. Il y est également fait référence aux prêts hypothécaires, mais cela s'explique par le rôle de garantie des cédules, tel qu'il ressort du contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997. Les constatations de l'expert W. \_\_\_\_\_, selon lesquelles les prononcés de mainlevée portent sur les créances issues des prêts hypothécaires, ne change rien à cette qualification, qui relève du droit. c) Il découle de cela que les demandeurs doivent voir leurs conclusions en libération de dette admises en tant qu'elles concernent la demanderesse, qui est débitrice solidaire causale, mais pas cédulaire (cf. supra consid. VI/b et VII/f/cc). Il faut ainsi faire droit aux conclusions en libération de dette n° II et IV des demandeurs, portant sur les créances faisant l'objet des poursuites en réalisation du gage HHH-02 et III-02. d)

Cela étant, le demandeur est débiteur envers la défenderesse des créances abstraites issues des cédules hypothécaires BBB par 1'500'000 fr. et CCC par 1'000'000 fr., à chaque fois plus intérêt à 5% l'an, à concurrence de la créance causale qu'elles garantissent issue du prêt FFF par 2'500'000 fr. plus intérêts à 4,5% l'an dès le 7 juillet 2000 (cf. supra consid. VI/d). La défenderesse peut en outre faire valoir les créances abstraites issues des cédules DDD par 415'000 fr. et EEE par 320'000 fr., à chaque fois plus intérêts au taux annuel de 5%, à hauteur de la créance causale garantie issue du prêt GGG, par 500'000 fr. en capital et amortissements échus, mais restreinte par les conclusions de la défenderesse, par 479'276 fr. 10 plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 21 janvier 2001 (cf. supra consid. VI/e et f/bb). e) C'est le lieu d'examiner les moyens des demandeurs pour mettre ces prétentions en échec. aa) Les demandeurs soutiennent d'abord que le montant couvert par les quatre prononcés de mainlevée excède le montant nominal du crédit hypothécaire qui leur a été octroyé, limité à 2'800'000 francs. Selon eux, il faut en déduire que les prétentions de la défenderesse ne sont pas établies à satisfaction du droit, tant pour les montants en capital, que pour les intérêts dus sur ceux-ci, "quoi que tente d'en dire l'expert". Ils invoquent les limites de la garantie de la créance causale (cf. supra consid. VII/d). Cela étant, et dans la mesure où la défenderesse entendait agir contre les deux demandeurs solidairement, c'est à bon droit qu'elle a requis l'ouverture de deux poursuites distinctes pour chaque créance, portant chacune sur l'entier du montant concerné (art. 70 al. 2 LP ; cf. supra consid. III/a). C'est ainsi à juste titre que l'expert W. \_\_\_\_\_ a écarté la disproportion invoquée par les demandeurs, a fortiori dès lors que les demandeurs obtiennent gain de cause sur leurs conclusions en libération de dette concernant la défenderesse. Quoi qu'il en soit, et comme on vient de le voir, les montants des prétentions en capital et intérêts sont dûment établis, même s'ils ne le sont pas dans la mesure alléguée par la défenderesse. Le moyen des demandeurs doit donc être rejeté. bb) Ceux-ci font en outre grief à la défenderesse de ne pas avoir tenu compte des montants qu'ils auraient versés, à titre d'amortissement ou d'intérêts. Comme déjà exposé, il leur incombait cependant d'alléguer et prouver ces faits. Tel n'est pas le cas en l'espèce, et ce moyen sera également rejeté. cc) Les demandeurs soutiennent, dans leur mémoire de droit, que le demandeur a signé les actes de cession en propriété et à fin de garantie en faveur de la défenderesse en ignorant les engagements futurs qu'il aurait auprès d'elle. Selon eux, la défenderesse aurait augmenté ses prétentions en procédure pour obtenir le remboursement d'engagements pris par un ancien associé du demandeur. Comme on l'a vu, c'est par contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997 que le demandeur a cédé les quatre cédules hypothécaires ici en cause à la défenderesse. Ces cédules avaient déjà été cédées, en particulier par actes des 11 août 1992 et 20 avril 1994, mais cela ne concerne pas les prétentions causales ici en cause. Quoi qu'il en soit, l'offre du 4 décembre 1996 décrit les créances garanties, et une erreur du demandeur n'est pas prouvée, ni même alléguée à cet égard. Du reste, et à l'instar de ce qui a été exposé en lien avec le contrat du 6 décembre 1997 relatif au capital-actions des sociétés du groupe R. \_\_\_\_\_, une partie au contrat ne peut se prévaloir de son erreur que si elle déclare se libérer du contrat vicié (art. 31 al. 1 et 2 CO ; cf. supra consid. V/d/bb), et tel n'a pas été le cas en l'espèce. Ce moyen des demandeurs sera donc derechef écarté. dd) Les demandeurs prétendent encore qu'il ne serait pas établi que la dette ait été dénoncée au remboursement. C'est toutefois oublier le courrier de la défenderesse du 7 juillet 2000, dont on a examiné la portée (cf. supra consid. VII/h). Manifestement mal fondé, ce moyen doit une nouvelle fois être écarté. ee) Le demandeur invoque encore la compensation de ses propres prétentions envers la

défenderesse. Au vu du sort de la conclusion jointe n° VI des demandeurs, qui porte sur la même créance (cf. supra consid. V), ce moyen doit être rejeté également dans le cadre de l'action en libération de dette. f) En définitive, les conclusions en libération de dette n° I et III des demandeurs doivent être rejetées à concurrence des prétentions cédulaires de la défenderesse, pour l'entier du capital et une partie des intérêts. IX. A titre reconventionnel, la défenderesse conclut au prononcé de la mainlevée définitive des oppositions formées par les demandeurs (conclusion n° III). Les demandeurs ont quant à eux conclu au maintien définitif de ces quatre oppositions (conclusion n° V). a) Saisi d'une réclamation pécuniaire ayant le même objet, le juge civil peut prononcer la mainlevée définitive de l'opposition en même temps qu'il statue sur le fond, si les conditions en sont réunies (art. 36 al. 2 LVLP [loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955 ; BLV 280.05] ; ATF 120 III 119 c. 4, JdT 1997 II 72, SJ 1986 p. 359, et les arrêts cités). 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), 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 ; TF 5A\_75/2011 précité consid. 6 et les réf. cit.). b) Dans son mémoire, la défenderesse mentionne l'art. 153 al. 2 let. b LP prévoyant qu'un exemplaire du commandement de payer doit être notifié au conjoint lorsque l'immeuble grevé sert de logement familial au sens de l'art. 169 CC. Selon elle, il n'y aurait alors qu'une poursuite, mais plusieurs poursuivis pouvant exercer leurs droits indépendamment les uns des autres. En substance, elle soutient ainsi que la mainlevée définitive des oppositions de la demanderesse serait demandée dans des poursuites ouvertes contre le demandeur. Cet exposé est toutefois contredit par l'état de fait. En effet, le demandeur et la défenderesse n'ont pas reçu un exemplaire des mêmes commandements de payer, mais des actes séparés, dans des poursuites distinctes ayant chacune son numéro. La défenderesse ne peut s'en prendre qu'à elle-même à cet égard, puisqu'elle a certes déposé seulement deux réquisitions de poursuite le 23 avril 2001, mais qu'elle y a à chaque fois désigné les deux demandeurs en tant que débiteurs, conjointement et solidairement. C'est ainsi à tort qu'elle soutient actuellement qu'il n'existerait que deux procédures de poursuite, ayant fait l'objet de notifications séparées à chacun des demandeurs. Par conséquent, la mainlevée ne sera pas prononcée pour les créances mises en poursuites contre la demanderesse, qui n'est pas créancière cédulaire (cf. supra consid. VI/f/cc), et les conclusions reconventionnelles de la défenderesse seront rejetées dans cette mesure. Elles seront toutefois admises dans la mesure où la mainlevée des oppositions du demandeur est demandée, à concurrence des montants rappelés ci-dessus (cf. supra consid. VIII/d). c) La conclusion n° III des demandeurs, dans la mesure où elle ne doit pas être rejetée, est quant à elle couverte par leurs conclusions n° II et IV, selon lesquelles aucune suite ne pourra être donnée aux poursuites ouvertes contre la demanderesse. Il n'y a ainsi pas lieu de statuer à nouveau en la matière. X. Il reste ainsi à analyser les conclusions reconventionnelles en paiement de la défenderesse, en particulier envers les demandeurs solidairement entre eux pour un montant de 3'671'870 fr. 10 avec intérêts à 5% l'an dès le 20 janvier 2001. a) Elle invoque à cet égard les créances issues du contrat de prêts des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997. Il s'agit en d'autres termes de créances causales (cf. supra consid. VII/c). Dans la mesure où les créances causales et cédulaires coexistent, il est loisible à la défenderesse de conclure au paiement aux deux titres. Cela n'expose pas le demandeur, qui est doublement débiteur, au risque de s'acquitter deux fois de la même dette, puisqu'il bénéficie de l'exception de

l'art. 41 al. 1 bis LP, qui lui permet de demander par le biais d'une plainte que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage ( *beneficium excussionis realis* ; cf. ATF 140 III 180 spéc. consid. 5.1.3). Cette exception a toutefois trait à la procédure d'exécution forcée et non au fond, de sorte qu'elle est sans effet dans le présent procès. C'est d'autant moins le cas qu'à l'inverse de son époux, la demanderesse est exclusivement débitrice causale, même à titre solidaire, et qu'elle ne bénéficie pas de cette exception. b) Cela étant, il a été déterminé que les demandeurs, solidairement entre eux (cf. supra consid. VI/b), sont débiteurs de la défenderesse d'un montant de 2'500'000 fr. plus intérêts conventionnels à 4,5% l'an dès le 7 juillet 2000 au titre du prêt FFF (cf. supra consid. VI/d), et d'un montant de 500'000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 21 janvier 2001 au titre du prêt GGG (cf. supra consid. VI/e et f/bb). c) Les conclusions de la défenderesse portent sur un montant supérieur. L'intéressée détaille dans son mémoire, en lien avec sa conclusion augmentée à hauteur de 3'701'870 fr. 50 en capital – mais dans cette mesure irrecevable (cf. supra consid. III/d/aa) – que cela découle des constatations de l'expert W. \_\_\_\_\_ au 30 juin 2003. aa) En lien avec le prêt FFF, celui-ci a retenu le montant en capital par 2'500'000 fr., des échéances impayées par 481'630 fr., des intérêts à 4,5% échus du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2003 par 56'250 fr., un amortissement de 56'250 fr., des indemnités de retard par 6'250 fr., ainsi que 50 fr. de frais. La défenderesse conclut au paiement d'un intérêt à 5% l'an sur le tout depuis le 20 janvier 2001. Comme on l'a vu, le contrat des 4 décembre 1996 et 23 janvier 1997 ne prévoit pas d'amortissement, pénalités et frais de recouvrement (cf. supra consid. VI/d). Les deux premiers chefs de prétentions requièrent un fondement contractuel qui n'est pas établi ; quant aux frais, ils peuvent en principe être invoqués au titre du dommage en cas de demeure du débiteur (cf. art. 106 al. 1 CO), mais il incombe dans ce cas à la partie qui s'en prévaut d'alléguer et prouver les circonstances de fait les justifiant (cf. supra consid. II/b), et tel n'est pas le cas en l'espèce. En outre, des intérêts ne peuvent pas eux-mêmes porter intérêts (cf. art. 105 al. 3 CO), sous réserve du cas – non réalisé en l'espèce – où le prêteur prouve que les intérêts sur un prêt de consommation sont devenus, par novation, des éléments du capital (art. 314 al. 3 CO ; cf. ATF 130 III 694 consid. 2.2.3 ; TF 4A\_69/2018 du 12 février 2019 consid. 4.1.2). S'il est dès lors correct de compter des intérêts moratoires à 5% l'an dès la demeure des demandeurs, le 21 janvier 2001 (cf. le courrier de la défenderesse du 7 juillet 2000 et l'art. 104 al. 1 CO), ceux-ci remplacent l'intérêt conventionnel à 4,5% l'an, mais ne s'y ajoutent pas, ni ne portent sur les intérêts échus. Au vu de ce qui précède, le montant retenu par l'expert W. \_\_\_\_\_ à titre d'échéances impayées n'emporte pas la conviction, et l'on condamnera dès lors les demandeurs, solidairement entre eux, au paiement du capital par 2'500'000 fr., des intérêts conventionnels à 4,5% l'an sur cette somme du 7 juillet 2000 au 20 janvier 2001, et aux intérêts moratoires sur le même montant dès le 21 janvier 2001. bb) Quant aux prétentions découlant du prêt GGG, l'expert W. \_\_\_\_\_ a retenu un solde du montant en capital par 479'276 fr. 10, des échéances impayées par 134'091 fr. 20, des intérêts à 5,5% échus du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2003 par 12'581 fr., un amortissement de 5'494 fr., des indemnités de retard par 1'198 fr., et 50 fr. de frais. La défenderesse conclut à nouveau au paiement d'un intérêt à 5% l'an sur le tout depuis le 20 janvier 2001. Les fondements des indemnités et frais ne sont à nouveau pas établis, de même qu'un accord novant les créances en intérêts, et soumettant celles-ci à l'intérêt moratoire. En outre, les montants retenus par l'expert W. \_\_\_\_\_ pour distinguer le solde du capital des montants à amortir ne convainquent pas, vu le taux d'intérêt annuel de 5,5% retenu au lieu des 5% l'an prévus par l'offre du 4 décembre 1996. Cela étant, la défenderesse a versé 500'000 fr. aux demandeurs, qui sont

ses débiteurs de ce montant, à titre de remboursement du capital ou d'amortissements, qu'ils n'ont pas prouvé avoir payé. Seul l'intérêt moratoire sur ce montant est établi, à hauteur de 5% l'an dès le 21 janvier 2001. Il sera dès lors fait droit aux conclusions de la défenderesse dans cette mesure. XI. Par sa conclusion reconventionnelle n° I, la défenderesse demande le paiement, par le demandeur, de 10'882'482 fr. en capital, plus divers intérêts. Ce montant est en particulier fondé sur un contrat de cautionnement du 16 décembre 1988 par 4'200'000 fr., et deux autres du 28 janvier 1997 par 3'500'000 fr. et 1'400'000 fr., à chaque fois avec intérêt à 5% l'an dès le 10 décembre 1999. a) Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur. Il ne peut exister que sur une obligation valable. Une obligation future ou conditionnelle peut être garantie pour l'éventualité où elle sortirait effet (art. 492 al. 1 et 2 CO). L'objet du cautionnement porte sur la garantie d'une créance principale. Le cautionnement se caractérise ainsi par sa nature accessoire: l'obligation de la caution dépend de l'existence et du contenu de la dette principale, laquelle doit être déterminée ou, en tout cas, déterminable dès la conclusion du contrat. Dire quelle est la créance garantie est une question d'interprétation du contrat (ATF 120 II 35 consid. 3a et réf. cit., rés. in JdT 1995 I 157 ; TF 5A\_389/2016 du 21 septembre 2016 consid. 3.1.2). La validité du cautionnement est subordonnée à la déclaration écrite de la caution et à l'indication numérique, dans l'acte même, du montant total à concurrence duquel la caution est tenue (art. 493 al. 1 CO). En outre, lorsque la caution est une personne physique, la déclaration de cautionnement doit revêtir la forme authentique, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce (cf. art. 493 al. 2 CO). L'art. 494 CO, dans sa version en vigueur jusqu'au 30 novembre 2005 applicable en l'espèce (cf. art. 1 al. 1 Tit. fin. CC), prévoit qu'une personne mariée ne peut cautionner valablement qu'avec le consentement écrit de son conjoint (cf. al. 1 in initio), à l'exception des cas où le cautionnement est donné par une personne inscrite au Registre du commerce en qualité, notamment, d'administrateur d'une société anonyme (cf. al. 2, abrogé depuis lors). Selon l'art. 496 al. 1 CO, si la caution s'oblige avec le débiteur en prenant la qualification de caution solidaire, le créancier peut la poursuivre avant de rechercher le débiteur et de réaliser ses gages immobiliers, à condition que le débiteur soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'acquitter, ou que son insolvabilité soit notoire. Ainsi, pour que le créancier soit admis à poursuivre la caution avant le débiteur principal, la dette doit être exigible et le débiteur en retard, c'est-à-dire qu'il ne s'exécute pas, après l'échéance, dans les délais habituels en affaires, soit dans le délai habituellement accordé par un créancier à son débiteur après le moment où la dette est devenue exigible. Par ailleurs, le débiteur doit en plus être en situation de retard qualifié, savoir qu'il doit avoir été sommé de payer par le créancier (TF 4A\_223/2009 du 14 juillet 2009 consid. 3.1). Le créancier ne peut poursuivre la caution avant d'avoir réalisé ses gages sur les meubles et créances que dans la mesure où, en particulier, il en a été convenu ainsi, respectivement si le débiteur est en faillite (cf. art. 496 al. 2 CO). L'art. 499 CO prévoit par ailleurs que la caution n'est tenue qu'à concurrence du montant total indiqué dans l'acte de cautionnement (cf. al. 1) et, dans cette limite, sauf convention contraire, du montant de la dette et des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur, en particulier (al. 2 ch. 1). En cas de cautionnement par une personne physique, le montant total dont celle-ci est tenue diminue chaque année, sauf dérogation convenue d'emblée (cf. art. 500 al. 1 in initio CO). Le moment à partir duquel la caution est tenue de prêter découle de l'art. 501 al. 1 CO, selon lequel la poursuite ne peut être contrainte de payer avant le terme fixé pour le paiement de la dette, même si l'exigibilité en

est avancée par la faillite du débiteur. b) aa) La défenderesse fait en premier lieu valoir une créance de 4'200'000 fr. issue d'un contrat de cautionnement du 16 décembre 1988. A cette date, le demandeur était déjà l'administrateur de J. \_\_\_\_\_ SA, jusqu'à sa radiation le 18 mars 1998. En tant que caution solidaire, aux côtés de Z. \_\_\_\_\_ en nom propre comme caution solidaire et pour la société emprunteuse, il a signé avec F. \_\_\_\_\_ un contrat de prêt pour 4'200'000 fr. plus intérêt à 5,25% l'an, garanti par deux cédulas hypothécaires. Ce contrat prévoit la dénonciation au remboursement partiel ou total moyennant un préavis de six mois, ainsi que l'exigibilité immédiate en cas de mise en œuvre de "l'un des procédés juridiques de la LP". Le même jour, Z. \_\_\_\_\_ et le demandeur ont signé un acte de cautionnement solidaire en la forme authentique en faveur de la défenderesse, pour 4'200'000 fr. liés aux "engagements contractés par J. \_\_\_\_\_ SA envers le F. \_\_\_\_\_", comprenant une déclaration de renonciation à la réduction prévue à l'art. 500 al. 1 CO. La défenderesse, qui a repris les droits obligations du F. \_\_\_\_\_ avec effet au 31 décembre 1995, a été admise à l'état de collocation dans la faillite de J. \_\_\_\_\_ SA, ouverte par prononcé du 12 août 1999. Par courrier du 10 décembre 1999, la défenderesse a invité le demandeur au paiement du cautionnement ici en cause. Par lettre du 14 décembre 1999 dans la faillite, la défenderesse a indiqué être la créancière, au titre du prêtJJJ, d'un montant de 7'506'061 fr. 80 arrêté au jour de la faillite. A lire le rapport après réforme de l'expert A. \_\_\_\_\_ du 5 septembre 2015, la créance de la défenderesse au titre du prêt hypothécaire s'élevait à 6'930'000 fr. en capital plus 568'458 fr. 33 d'intérêts au jour de la faillite. L'intéressée a perçu 2'481'193 fr. 10 en tant que créancière gagiste, puis 527'625 fr. d'intérêts le 14 décembre 1999, mais conserve un découvert de 4'356'281 fr. 48.

bb) Le contrat de cautionnement a ainsi été conclu selon les formes de l'art. 493 CO, et sans que le consentement de la demanderesse soit requis. Il s'agit expressément d'un contrat de cautionnement solidaire au sens de l'art. 496 CO, pour lequel le demandeur peut être poursuivi seul, pour l'entier du montant dû. Le contrat de prêt hypothécaire garanti par ce cautionnement prévoit l'exigibilité du montant en cas de faillite de J. \_\_\_\_\_ SA, qui a été prononcée le 12 août 1999. Cette faillite rendait la créance garantie immédiatement exigible. La défenderesse a dans un premier temps agi en réalisation de gage contre la société débitrice, et peut dès lors faire appel à la caution pour son découvert de 4'356'281 fr. 48 (art. 496 al. 1 et 2 CO), qui correspond à la créance garantie à dire d'expert A. \_\_\_\_\_. Le demandeur a reçu le courrier de la défenderesse du 10 décembre 1999 le samedi 11 décembre 1999, et l'intérêt moratoire, au taux légal de 5% l'an, a ainsi commencé à courir le lendemain. Le demandeur sera ainsi condamné au paiement, en mains de la défenderesse, de 4'200'000 fr. plus intérêt à 5% l'an dès le 12 décembre 1999. c) aa) La défenderesse invoque en outre deux contrats de cautionnement solidaire en la forme authentique du 28 janvier 1997, dont l'un portant sur 1'400'000 fr. en garantie de ses créances envers N. \_\_\_\_\_ SA. Le contrat a été conclu à une date à laquelle le demandeur était l'administrateur de cette société, avec signature individuelle. Le cautionnement couvrait les comptes courants débiteurs [...]30 et [...]31. Par ce contrat de cautionnement, le demandeur a accepté que la défenderesse le recherche avant la réalisation de gages et que le montant de la créance soit déterminé par les documents de la défenderesse, et a renoncé à la réduction de l'art. 500 al. 1 CO. La faillite de N. \_\_\_\_\_ SA a été prononcée le 1 er octobre 1999. La défenderesse a produit des créances dans cette faillite et a été admise à l'état de collocation pour un montant de 1'232'815 fr. 45, correspondant au solde débiteur du compte [...]30, après déduction du solde désormais créancier du compte [...]31. Dans son courrier du 10 décembre 1999 mentionné au point précédent, elle a invité le demandeur

à s'acquitter également du montant de 1'400'000 fr. prévu par le contrat de caution ici en cause. L'expert A. \_\_\_\_\_ s'est prononcé sur la dette de N. \_\_\_\_\_ SA envers la défenderesse au jour de sa faillite, issue des comptes courants garantis précités, qu'il a chiffrée à 1'232'787 fr. 41 en capital, intérêts échus et commission, après déduction du solde positif du compte [...]. bb) A l'instar de ce qui a été exposé au point précédent la validité du contrat de cautionnement solidaire n'est pas contestable, et un consentement de la demanderesse n'était pas requis. L'exigibilité de la créance garantie est en outre établie, au vu de la faillite de N. \_\_\_\_\_ SA (au sujet du contrat de compte courant, cf. infra consid. XII/a). Le solde de la créance, après que la défenderesse a obtenu partiellement satisfaction dans la faillite de la société, ressort pour le surplus des constatations de l'expert A. \_\_\_\_\_ ; le demandeur s'était par ailleurs engagé, dans le cadre du contrat de cautionnement, à reconnaître le solde mentionné dans les documents de la défenderesse. Le courrier du 10 décembre 1999 par lequel celle-ci l'a invité à verser les montants des cautions s'étend aussi au contrat ici en cause, l'intéressée ayant toutefois invoqué 1'400'000 fr. au lieu des 1'232'787 fr. 41 retenus par l'expert A. \_\_\_\_\_. L'appel à la caution n'en demeure pas moins valable. L'octroi des intérêts courants sur le montant suit également le raisonnement détaillé au point précédent. Il sera par conséquent fait droit à ce chef de prétentions de la défenderesse à concurrence d'un montant arrondi au centime inférieur par 1'232'787 fr. 40, plus intérêts à 5% l'an dès le 12 décembre 1999. d) aa) Le second contrat de cautionnement du 28 janvier 1997 porte sur 3'500'000 fr. liés aux engagements de J. \_\_\_\_\_ SA envers la défenderesse au titre des comptes courants débiteurs [...].95, [...].96 et [...].95. Le demandeur était alors inscrit comme administrateur de cette société, comme on l'a vu, et le contrat prévoit les mêmes conditions que celles exposées au point précédent. Ce cautionnement de 3'500'000 fr. est également mentionné dans le courrier de la défenderesse au demandeur du 10 décembre 1999. L'expert A. \_\_\_\_\_ a déterminé, dans son rapport après réforme du 5 septembre 2015 que les trois soldes débiteurs au jour de la faillite de la société le 12 août 1999 étaient de 3'135'641 fr. 33, 5'330'410 fr. 70 et 974'239 fr. 31, soit 9'440'291 fr. 34 en tout. bb) Ce chef de prétentions se distingue de ceux développés ci-dessus. Par courrier du 29 juillet 1997, la défenderesse a ainsi offert au demandeur une limite de crédit de 5'500'000 fr. pour le sauvetage des sociétés de son groupe, comprenant en particulier 3'500'000 fr. pour le "remboursement partiel des engagements Banque S. \_\_\_\_\_, moyennant l'annulation de votre cautionnement du même montant" ; le demandeur a contresigné ce courrier pour accord. Ces 3'500'000 fr. n'ont pas été versés (cf. supra consid. V à ce sujet), mais la défenderesse a néanmoins confirmé l'abandon du cautionnement solidaire de 3'500'000 fr. par lettre du 12 septembre 1997. cc) Un accord tendant à mettre un terme aux rapports contractuels entre les parties, respectivement à les considérer comme nuls et non avenus, constitue un contrat résolutoire. La jurisprudence rattache cette institution à la remise conventionnelle (" Aufhebung durch Übereinkunft ", " annullamento mediante convenzione "), en vertu de laquelle il n'est besoin d'aucune forme spéciale pour annuler ou réduire conventionnellement une créance, lors même que, d'après la loi ou la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous certaines conditions de forme (art. 115 CO). Ainsi, la remise conventionnelle de dette constitue un contrat bilatéral, qui n'exige le respect d'aucune forme, par lequel le créancier et le débiteur conviennent d'éteindre une créance ou un rapport juridique (ATF 131 III 586 consid. 4.2.3.4; TF 5A\_884/2014 du 30 janvier 2015 consid. 5.3 est autres arrêts cités). Büscher distingue le contrat résolutoire de la remise conventionnelle en fonction de l'objet auquel il est mis fin,

savoir le fondement des créances pour le premier et la créance elle-même pour le second (Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen in AISUF n. 345, Fribourg 2015, nn. 29 ss.). Cet auteur relève cependant que les deux institutions fonctionnent de manière très semblable, et admet que les conditions de la remise conventionnelle s'appliquent également au contrat résolutoire (loc. cit.). dd) En procédure, la défenderesse a allégué avoir adressé à J. \_\_\_\_\_ SA de nouvelles conditions de crédit sans en alléguer le détail (cf. all. 210) qui ne lui auraient pas été retournées approuvées (cf. all. 211). Les courriers du 12 septembre 1997 produits à l'appui de ces allégués mentionnent en réalité la confirmation de l'abandon du cautionnement solidaire, qui est dès lors couverte par ces allégués, qu'elle contredit. L'accord résolutoire ressort du reste déjà de l'offre du 29 juillet 1997, que le demandeur a contresignée pour accord. Il y a donc eu accord résolutoire, qui lie la défenderesse. Le fait que les autres engagements de l'offre du 29 juillet 1997 n'aient pas été exécutés n'y change rien ; ces engagements liaient d'ailleurs la défenderesse à J. \_\_\_\_\_ SA, aujourd'hui radiée du Registre du commerce, mais pas le demandeur. En tant qu'elles sont fondées sur le contrat de cautionnement du 29 juillet 1997 relatif à J. \_\_\_\_\_ SA, les prétentions de la défenderesse sont ainsi mal fondées. On n'identifie au surplus aucun autre fondement juridique à ces prétentions découlant de l'état de fait, et les conclusions de la défenderesse seront dès lors rejetées dans cette mesure. e) Au vu de tout ce qui précède, le demandeur sera condamné à verser à la défenderesse la somme de 5'432'787 fr. 40 (4'200'000 fr. + 1'232'787 fr. 40), plus intérêts à 5% l'an dès le 12 décembre 1999. XII. La défenderesse exige finalement le paiement du solde débiteur de trois comptes courants par 1'782'486 fr. 35, plus intérêt à 6,5% dès le 1er juillet 2003. Les demandeurs contestent être débiteurs de ce montants. a) Le prêt doit être distingué du crédit en compte courant ( Kontokorrentkredit ), dont le montant est variable, car celui-ci est déterminé par le preneur du crédit qui peut, dans la limite qui lui est fixée, effectuer des retraits et devenir débiteur de la banque (ATF 136 III 627 consid. 2). Le crédit en compte courant est un contrat innommé. Le contrat d'ouverture de crédit en compte courant ne constitue pas une reconnaissance de dette, ni pour la limite de crédit, ni pour le solde passif du compte, puisque son montant est évolutif (ATF 132 III 480 consid. 4.2, JdT 2007 II 75). Les retraits et les remboursements sont comptabilisés en compte courant ; les prétentions et contre-prétentions s'éteignent par compensation, si bien qu'une nouvelle dette prend naissance à concurrence du solde. Il y a novation lorsque le solde du compte a été arrêté et reconnu dans un bien-trouvé ( Richtigbefund ) au sens de l'art. 117 al. 2 CO ; les parties peuvent aussi convenir d'une reconnaissance tacite du solde (ATF 130 III 694 consid. 2.2.1 s. ; pour le tout TF 69/2018 précité consid. 4.2.1 et les autres réf. cit.). C'est la règle en matière bancaire (TF 4A\_127/2010 du 7 février 2011 consid. 5). Certains auteurs admettant un accord tacite en l'absence de contestation dans un délai raisonnable, même en l'absence d'accord exprès à ce sujet (Gabriel, in Basler Kommentar OR II, 6e éd., 2015, n. 12 ad art. 117 CO). b) En l'espèce, la défenderesse se réfère à trois relevés de bouclément établis le 11 août 2003, exposant le solde au 30 juin 2003 des comptes débiteurs courants [...].85, [...].39 et [...].10. Il est fait référence au premier compte dans une lettre de la défenderesse au demandeur du 22 décembre 1992, et aux deux autres dans le courrier de la première au second du 4 décembre 1996, parallèle à l'offre de prêts du même jour. Le 14 avril 1999, le demandeur a signé trois nouvelles offres de crédit relatives aux trois comptes, à chaque fois avec intérêt débiteur au taux de de 5,5% l'an plus commission de ¼% par trimestre, et un taux en cas de dépassement pouvant atteindre 3% par année de plus que le taux du marché. La défenderesse a exigé le remboursement des trois comptes dans son courrier du 7 juillet

2000, à concurrence de 893'339 fr. 05 pour le compte [...].85, de 84'547 fr. 45 pour le compte [...].39, et de 392'808 fr. 15 pour le compte [...].10, à chaque fois avec intérêts et commission dès le 1<sup>er</sup> juillet 2000. Le versement de ces montants n'est toutefois pas établi. Par la suite, la défenderesse a établi le 11 août 2003 trois nouveaux relevés de comptes, arrêtés au 30 juin 2003, faisant état de soldes débiteurs de 1'144'703 fr. 90 pour le premier, 519'730 fr. 10 pour le deuxième et 118'052 fr. 35 pour le troisième, soit un total de 1'782'486 fr. 35. Il n'est pas établi que le demandeur ait réagi à ces relevés jusqu'au dépôt de sa réplique des deux demandeurs le 14 février 2005, dans laquelle ils ont contesté les allégués 150 à 154 de la défenderesse relatifs aux soldes débiteurs précités. En procédure, l'expert W.\_\_\_\_\_ a confirmé les termes convenus le 14 avril 1999 et retranscrit le contenu de ces relevés, mais sans apporter d'élément nouveau. c) Un accord exprès, entraînant novation au sens de l'art. 117 al. 2 CO, ne ressort pas de ce qui précède, et la défenderesse n'a pas non plus allégué que les relations contractuelles seraient régies par des conditions générales particulières. Cela étant, le demandeur a reçu les trois décomptes au mois d'août 2003, sans réagir, y compris après s'être vu notifier la réponse de la défenderesse du 18 août 2003, par laquelle elle a fait valoir ses prétentions en procédure, pièces à l'appui. La réplique du 14 février 2005 est en effet tardive à l'aune de ce qui précède, et ne comprend du reste aucun allégué en lien avec ces prétentions. Une réponse était de bonne foi attendue du demandeur, et en l'absence d'une telle réponse, celui-ci est réputé avoir admis tacitement la novation au 30 juin 2003 de ses dettes issues des trois comptes courants (art. 117 al. 2 CO). Ces montants entraînent un intérêt conventionnel dès le 1<sup>er</sup> juillet 2003, qu'il convient de viser au taux de 5,5% admis le 14 avril 1999 par le demandeur, puis l'intérêt moratoire au même taux (art. 104 al. 2 CO). Un accord ultérieur fixant l'intérêt aux 6,5% l'an exigés par la défenderesse ne ressort en effet pas de l'état de fait, et l'accord tacite de novation ne vaut pas dans cette mesure. On fera ainsi droit aux conclusions de la défenderesse, à hauteur de 1'782'486 fr. 35, plus intérêt à 5,5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2003. XIII. a) K.P.\_\_\_\_\_ et H.P.\_\_\_\_\_, solidairement entre elles, obtiennent intégralement gain de cause sur leurs conclusions libératoires. Elles ont dès lors droit à de pleins dépens, à la charge des demandeurs solidairement entre eux, qu'il convient d'arrêter à 52'026 fr., savoir : a) 30'000 fr. à titre de participation aux honoraires de leur conseil; b) 1'500 fr. pour les débours de celui-ci; c) 20'526 fr. en remboursement de leur coupon de justice. b) La Banque S.\_\_\_\_\_ succombe quant à elle sur les conclusions en libération de dette des demandeurs en tant qu'elles concernent la demanderesse, et dans une très faible mesure en tant qu'elles concernent le demandeur. Elle obtient gain de cause dans la même mesure sur ses conclusions reconventionnelles en mainlevée. Ses conclusions reconventionnelles en paiement sont quant à elles presque intégralement admises à l'encontre des demandeurs solidairement, et dans une mesure des deux tiers à l'encontre du demandeur seul. Elle a dès lors droit à des dépens réduits d'un quart, à la charge des demandeurs solidairement entre eux, qu'il convient d'arrêter à 191'341 fr. 50, savoir : a) 60'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 3'000 fr. pour les débours de celui-ci; c) 128'341 fr. 50 en remboursement des trois quarts de son coupon de justice.

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