

## **VD\_FINDINFO ML / 2011 / 89 vom 17. Juni 2010**

VD Tribunal cantonal, 2010-06-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ML\\_\\_\\_2011\\_\\_\\_89](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ML___2011___89)

FR: VD\_FINDINFO ML / 2011 / 89 du 17 juin 2010

IT: VD\_FINDINFO ML / 2011 / 89 del 17 giugno 2010

### **Regeste**

CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE, GAGE IMMOBILIER, MAINLEVÉE PROVISOIRE,  
CÉDULE HYPOTHÉCAIRE | 82 LP

### **Erwägungen**

#### **E. 7**

septembre 2006/416 ; CPF, 27 avril 2006/172). La créance incorporée dans une cédule hypothécaire doit clairement être distinguée de la créance causale issue du rapport contractuel de base et résultant, par exemple, d'un contrat de prêt (ATF 119 III 105, JT 1996 II 115 ; ATF 115 II 149 c. 3, rés. in JT 1989 I 583). Seule la créance incorporée dans la cédule hypothécaire jouit d'un droit de gage immobilier et peut, par conséquent, fonder une poursuite en réalisation d'un tel gage (BISchK 2005 p. 185 ; JT 2004 II 70, BISchK 2005 p. 190). En vertu de l'art. 855 al. 1 CC, la constitution d'une cédule hypothécaire éteint par novation l'obligation dont elle résulte et donne naissance à une créance nouvelle, qui est abstraite, en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause. Tel est le cas lorsque la cédule est constituée alors que les parties sont déjà créancière et débitrice l'une de l'autre, notamment lorsqu'il s'agit de garantir par la cédule un prêt déjà contracté. La nouvelle créance née de la constitution de la cédule prend ainsi la place de l'ancienne (Steinauer, Les droits réels, t. III, 3<sup>ème</sup> éd., nn. 2932 ss, pp. 313 ss). Cette règle est toutefois de droit dispositif (art. 855 al. 2 CC) et les parties peuvent convenir d'une juxtaposition des deux créances, la créance abstraite venant doubler la créance causale aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement (Gilliéron, Les titres de gage créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l'exécution forcée selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, in Mélanges Paul Piotet, pp. 273 ss, spéc. pp. 297 et 300 ; ATF 132 III 166 c. 6.2 ; ATF 119 III 105 précité, JT 1996 II 115). Savoir si l'on est en présence d'une garantie directe ou d'une garantie fiduciaire dépend du contenu du contrat passé entre les parties. Lorsque toutes les clauses obligationnelles relatives aux intérêts, au remboursement et à la dénonciation de la créance sont énoncées dans le titre que constitue la cédule, on est en présence d'une garantie directe. Lorsqu'une convention séparée contient des clauses obligationnelles, il faut la qualifier : si elle contient une mention qu'il s'agit-là de précisions de la cédule, celle-ci constitue alors une garantie directe ; si, en revanche, elle est intitulée prêt, compte-courant ou contrat de crédit et renvoie à la cédule hypothécaire en tant que garantie, le rapport juridique de base subsiste et la cédule est remise à titre de garantie fiduciaire (TF 5A\_303/2009 du 5 août 2009 c. 3.4 in initio ; Staehelin, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, in PJA 1994 pp. 1255 ss, pp. 1258-1259). En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe bien des créances distinctes : la cédule hypothécaire invoquée à l'appui de la présente poursuite a été établie le 16 septembre 1981, donc antérieurement à l'octroi de la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006 qui

précise que cette cédule est remise en garantie de prêts hypothécaires accordés au poursuivi et à sa codébitrice solidaire comme, du reste, le stipule l'acte de transfert de propriété à fin de garantie de cette cédule à la poursuivante. La créance abstraite n'a donc pas remplacé la créance causale, mais elle est venue la doubler aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement. Dans le commandement de payer, la poursuivante s'est explicitement prévalu, à juste titre, de la créance abstraite, seule à même de faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, puisque seule assortie d'un droit de gage immobilier. c) La qualité de propriétaire du titre hypothécaire est une condition indispensable pour être reconnu titulaire de la créance incorporée dans le titre. Le créancier qui reçoit une cédule hypothécaire au porteur comme cessionnaire – soit en pleine propriété, soit à titre fiduciaire – devient titulaire de la créance et du droit de gage immobilier incorporés dans le papier-valeur (art. 842 et 859 CC) ; il peut dénoncer la créance au remboursement et, cas échéant, introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier. En revanche, le créancier qui reçoit une telle cédule en nantissement n'est titulaire que d'un droit de gage mobilier sur la créance incorporée. Certes, une cédule hypothécaire au porteur est un titre au porteur au sens de l'art. 978 al. 1 CO et la simple détention des titres visés par cette disposition légale suffit en principe pour exercer les droits qui leur sont incorporés. Mais, en vertu de l'art. 906 al. 1 CC, seul le propriétaire d'une créance engagée peut la dénoncer au remboursement ou en opérer le recouvrement (Steinauer, op. cit., n. 3159c, pp 458-459). A moins que ces facultés ne lui aient été spécialement octroyées par convention, le créancier nanti d'une cédule hypothécaire au porteur ne peut dès lors pas exercer les droits incorporés dans le titre (ATF 97 III 119, rés. in JT 1973 II 27 ; Denys, op. cit., p. 8 ; Favre/Liniger, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée, in SJ 1995 pp. 101 ss, p. 105 ; TF 5C.249/2004 du 2 mars 2005 c. 2.2 et les réf. cit.) ; il n'est pas titulaire de la créance (ATF 115 II 149 précité c. 2, rés. in JT 1989 I 583) et ne pourra la dénoncer au remboursement – puis, au besoin, exercer une poursuite en réalisation de gage immobilier – que s'il se la fait d'abord adjuger dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage mobilier (TF 5C.11/2005 du 27 mai 2005 c. 3.1). Conformément à l'art. 930 al. 1 CC, le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Cette règle s'applique notamment aux titres au porteur, à l'égard desquels les présomptions des art. 930 ss CC valent tant pour le droit sur le titre que pour le droit incorporé à celui-ci. A moins que sa possession ne soit suspecte ou équivoque, le détenteur d'une cédule hypothécaire au porteur qui s'en prétend propriétaire est dès lors présumé en avoir acquis la propriété et, partant, être titulaire de la créance, garantie par un gage immobilier, incorporée dans le papier-valeur (Favre/Liniger, op. cit., p. 106). Il peut opposer cette présomption à quiconque, notamment au débiteur qui lui a remis la cédule, puisqu'il prétend posséder à titre de propriétaire – et non en tant que titulaire d'un droit réel restreint ou d'un droit personnel – et que la restriction prévue à l'art. 931 al. 2 in fine CC ne s'applique dès lors pas (ATF 54 II 244 c. 2, JT 1929 I 117 ; TF 5C.11/2005 du 27 mai 2005 précité, c. 3.2.1). Dans le cas présent, la poursuivante, qui a la possession de la cédule hypothécaire dont elle se dit propriétaire, est par conséquent présumée titulaire des droits incorporés dans ce titre. Elle peut en outre se prévaloir de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie qui prévoit expressément qu'elle reçoit et acquiert la propriété de cette cédule. d) La cédule hypothécaire est un titre de mainlevée contre son débiteur, savoir contre le débiteur de la créance abstraite en poursuite, et non contre le débiteur de la ou des créance(s) causale(s) (CPF, 30 octobre 2003/379). Si elle comporte l'indication du débiteur, la cédule constitue un titre de mainlevée provisoire contre le débiteur mentionné sur la cédule (ATF 129 III 12 c. 2.2 in initio, JT 2003 II 35). L'art. 832 al. 1 CC, applicable par

renvoi de l'art. 846 CC, prévoit que l'aliénation de l'immeuble hypothéqué n'apporte, sauf convention contraire, aucun changement à l'obligation du débiteur et à la garantie. Ainsi, la seule preuve de l'aliénation de l'immeuble n'emporte pas par elle-même changement du débiteur de la dette garantie par le gage immobilier (ATF 121 III 256 c. 3a, rés. in JT 1996 I 187), de sorte que cette seule circonstance ne permet pas de prononcer la mainlevée contre le nouveau propriétaire mentionné sur la cédula. Si la dette a été reprise par un tiers, et que le changement de débiteur n'a pas été inscrit sur le titre par le conservateur du registre foncier, il appartient à ce débiteur d'établir - voire même seulement de rendre vraisemblable - la reprise de dette pour se libérer. Pour ce faire, il bénéficie en cas d'acquisition de l'immeuble par un tiers avec reprise de dette interne de la présomption d'acceptation du créancier qui résulte de l'art. 832 al. 2 CC (ATF 129 III 12 précité c. 2.2, JT 2003 II 35 et les réf. cit.). Le créancier poursuivant peut aussi établir par la production d'autres actes que la cédula que le nouvel acquéreur a repris la dette abstraite contenue dans la cédula (Denys, op. cit., p. 11). Si la cédula ne comporte pas l'indication d'un débiteur, le créancier ne pourra obtenir de même la mainlevée provisoire que s'il produit en plus de la cédula, une copie légalisée de la pièce justificative contenant l'engagement du débiteur (Denys, op. cit., p. 12 ; ATF 129 III 12 précité c. 2.5, JT 2003 II 35 et les réf. cit.). En l'espèce, le poursuivi s'est explicitement reconnu débiteur du montant nominal du titre hypothécaire dans l'acte de transfert de propriété à fin de garantie des 6 et 11 septembre 2006 ; en outre, la poursuivante a produit l'acte de sortie d'indivision successorale dans lequel le poursuivi s'est notamment reconnu débiteur de la dette incorporée dans la cédula hypothécaire produite par la poursuivante. Ces déclarations répondent ainsi aux exigences posées par la jurisprudence quant à l'engagement du débiteur d'une cédula ne comportant pas l'indication du débiteur. e) Dans une poursuite en réalisation de gage immobilier fondée sur une cédula hypothécaire, la mainlevée de l'opposition ne peut être prononcée que lorsque la cédula a été dénoncée au remboursement et que son paiement était exigible au moment du dépôt de la réquisition de poursuite (Denys, op. cit., p. 14 ; Foëx, Les actes de disposition sur les cédulas hypothécaires, in Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, p. 126 ; de Gottrau, Transfert de propriété et cession à fin de garantie : principes, et application dans le domaine bancaire, in Sûretés et garanties bancaires, CEDIDAC n° 33, pp. 173 ss, pp. 211-212 ; Panchaud/Caprez, op. cit., § 14 et les réf. cit.). L'art. 844 al. 1 CC dispose que, sauf stipulation contraire, la cédula hypothécaire ne peut être dénoncée que moyennant un préavis de six mois pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Cette règle est toutefois de droit dispositif de sorte que les parties peuvent convenir d'un délai plus court ou d'un autre terme (Steinauer, op. cit., n. 2943, p. 320 ; Favre/Liniger, op. cit., p. 106). En l'espèce, la cédula prévoit qu'elle peut être dénoncée en tout temps, moyennant un préavis donné six mois à l'avance. Cependant, l'acte de transfert de propriété à fin de garantie prévoit, à son chiffre 4, qu'E. \_\_\_\_\_ SA est en droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires constituées en garantie dès l'exigibilité, fût-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits. En adoptant une telle clause, les parties ont, par une disposition particulière, dérogé à la clause figurant dans la cédula. Certes, à défaut d'être indiquée au registre foncier, une telle convention dérogatoire n'est pas opposable au tiers acquéreur de la cédula (Steinauer, op. cit., n. 2943a, p. 320), mais elle n'en reste pas moins valable entre parties (Stahelin, Basler Kommentar, n. 9 ad art. 858 CC ; ATF 123 III 97, JT 1998 I 57). Par lettre du 12 février 2009, la poursuivante a notamment résilié la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006 et demandé le remboursement des prêts échus pour le 31 mars 2009 à

concurrence de 14'087'480 fr. ainsi que le rembourse-ment du prêt venant à échéance le 17 avril 2009, à concurrence de 3'040'910 fr. 11 auxquels s'ajoutaient les intérêts sur ce prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2009 au 31 mars 2009, par 30'351 fr. 75. Ayant contresigné une précédente correspondance de la poursuivante du 12 décembre 2008, le poursuivi avait reconnu que la première de ces sommes était exigible. En vertu de la clause conventionnelle précitée, la poursuivante pouvait ainsi indubitablement réclamer la créance abstraite correspondante, valablement dénoncée. En revanche, à défaut d'autre document produit devant le premier juge par la poursuivante, il paraît difficile de considérer, sur la seule affirmation contenue dans la lettre de résiliation, que le dernier prêt était exigible au 17 avril 2009. A cet égard, le raisonnement du premier juge, selon lequel à défaut de document il fallait considérer que l'art. 318 CO s'applique, n'est pas correct, car cette disposition ne règle que le cas (rare) où les parties à un contrat de prêt de durée indéterminée n'ont pas convenu d'un régime particulier pour la résiliation. Elle ne s'applique pas aux cas où le prêt est de durée déterminée (Bovet, Commentaire romand, nn. 1 et 2 ad art. 318 CO). Or, d'après la convention de contrat-cadre de financement immobilier, l'utilisation des crédits octroyés se faisait par des hypothèques fixes d'une durée de un à sept ans. On ne peut ainsi conclure à l'octroi d'un prêt de durée indéterminée ne contenant pas de clause de résiliation. La poursuivante n'a ainsi pas établi que ce dernier prêt était exigible et, par conséquent, elle n'a pas établi que la créance abstraite correspondante l'était également. f) Le transfert de la propriété d'une cédule hypothécaire et des droits qu'elle incorpore peut s'effectuer de deux manières. Le titulaire de la cédule et l'acquéreur peuvent convenir d'une part que la cédule sera transférée sans réserve à ce dernier. Mais les parties peuvent également convenir que la cédule hypothécaire ne sera transférée qu'à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance dont l'acquéreur est titulaire. Dans le premier cas, on parle de transfert (pur et simple ou sans réserve) de la cédule hypothécaire ou de transfert en « pleine propriété » ; il y a utilisation directe de la cédule et la garantie est dite directe. Dans la seconde hypothèse, l'on parle de transfert de propriété aux fins de garantie – ou, parfois de cession fiduciaire aux fins de garantie si l'on vise la créance incorporée dans la cédule (Steinauer, op. cit., n. 3057a et note infrapaginale n. 61, p. 386) – ; la sûreté procurée au bénéficiaire est une garantie fiduciaire (Foëx, op. cit., pp. 115-116). La remise d'une cédule hypothécaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire) peut revêtir deux formes : soit la constitution d'une cédule aux fins de garantie, la cédule étant d'emblée créée pour être remise à titre fiduciaire au créancier, soit le transfert de propriété aux fins de garantie d'une cédule existante (Foëx, op. cit., p. 121). En recourant au transfert (ou à la constitution) d'une cédule à fin de garantie, les parties visent à garantir une ou plusieurs créances de l'acquéreur (le fiduciaire). Cette créance, qui est généralement dirigée contre l'aliénateur (le fiduciaire), subsiste lors de la remise de la cédule hypothécaire. Le fiduciaire acquiert la propriété du titre et la titularité des droits incorporés, tout en conservant la ou les créances de base, résultant par exemple d'un contrat de prêt; mais il s'engage simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la ou des créances garanties. Le transfert fiduciaire est un transfert lié, conditionné par le but poursuivi par les parties (Foëx, op. cit., pp. 121-122). En cas de transfert à fin de garantie, le fiduciaire acquiert la pleine propriété du titre et la pleine titularité des droits incorporés, conformément à la théorie du transfert intégral des droits au fiduciaire (Vollrechtstheorie) développée notamment eu égard au *numerus clausus* des droits réels. Ce n'est qu'inter partes, dans ses relations avec le fiduciaire, que les pouvoirs du fiduciaire sont limités : selon la formule consacrée, le fiduciaire peut plus que ce qu'il n'a le droit de faire. Le fiduciaire est donc pleinement

propriétaire de la cédula, mais il est obligé envers le fiduciaire à ne pas exercer les droits ainsi acquis en garantie au-delà de ce que requiert son désintéressement : ainsi, par exemple, le fiduciaire a l'obligation de retransférer la propriété de la cédula au fiduciaire s'il est désintéressé, ce qui implique qu'il ne doit pas l'aliéner à un tiers dans l'intervalle (Foëx, op. cit., p. 124 ; Steinauer, op. cit., n. 3054c, pp. 383-384). Lorsque le bien cédé en garantie est une cédula hypothécaire, la convention fiduciaire oblige le créancier à ne pas faire usage des créances incorporées, c'est-à-dire à ne pas en poursuivre le paiement, au-delà de ce qui est nécessaire à cette fonction de garantie. En d'autres termes, la convention implique nécessairement un pactum de non petendo portant sur la créance cédulaire dont la poursuite n'est pas nécessaire pour garantir le remboursement des créances en compte. Ce pacte constitue une exception que le débiteur peut opposer au créancier garanti, en vertu de l'art. 872 CC, si ce dernier prétend néanmoins se faire payer l'intégralité de la créance cédulaire. Ce pacte de non petendo, lorsqu'il affecte la créance objet de la poursuite, est un moyen libératoire que le poursuivi peut faire valoir au stade de la mainlevée (art. 82 al. 2 LP ; Denys, op. cit., p. 15 ; Staehelin, Basler Kommentar, op. cit., n. 22 ad art. 855 CC ; de Gottrau, op. cit., p. 214 et les réf. cit. ; RSJ 2005 p. 430). Ainsi, lorsque la banque créancière choisit la voie de la poursuite en réalisation de gage immobilier, elle fait valoir la créance incorporée dans la cédula, et non pas la créance résultant de sa créance contractuelle avec son client. Dans la procédure d'exécution forcée, le gage immobilier garantit au maximum le capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires, ainsi que les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance (art. 818 al. 1 ch. 3 CC). Il convient que la banque créancière établisse le montant de sa créance résultant du rapport contractuel de base, intérêts inclus, à la date de la réquisition de poursuite; se présentent alors trois hypothèses : soit la créance résultant du rapport contractuel de base est inférieur au montant nominal de la créance incorporée dans la cédula, auquel cas la banque créancière ne peut intenter une poursuite que pour une somme équivalente à ce qui lui est effectivement dû en capital et intérêts en vertu du contrat de prêt; soit la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédula majoré des intérêts conventionnels (intérêts des trois années échus et intérêts ayant couru depuis la dernière échéance) auquel cas la banque créancière peut faire valoir l'intégralité de la créance incorporée dans la cédula ainsi que les intérêts couverts par le droit de gage au sens de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC ; soit, enfin, la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédula, mais inférieure au montant maximal couvert par le gage immobilier (à savoir le capital et les intérêts conventionnels échus de trois années et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance), auquel cas les intérêts conventionnels dus pour la cédula doivent être réduits de sorte que la banque créancière ne réclame pas plus que sa créance effective, le fiduciaire ne devant pas faire un usage de la cédula qui aille au-delà de ce qui est nécessaire à son complet désintéressement (de Gottrau, op. cit., pp. 213 à 215 et les réf. cit. aux notes infrapaginales nn. 125 à 131). En l'occurrence, les cédulas hypothécaires, notamment celle de 205'000 fr. grevant en 1<sup>er</sup> rang les parts de propriété par étages [...], ont été remises à la poursuivante à titre fiduciaire pour garantir une série de prêts hypothécaires dans une limite de crédit maximum de 17'443'177 fr., selon la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, seule une somme en capital de 14'087'480 fr. était exigible le 21 avril 2009, lors de l'envoi des réquisitions de poursuite. Par conséquent, en vertu du pactum de non petendo, le premier

juge ne pouvait accorder la mainlevée dans ces différentes procédures parallèles qu'à concurrence du total de cette somme, avec au surplus un intérêt moratoire limité à celui applicable à la créance causale, soit au taux de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO). Il faut alors déterminer pour quelles cédules la mainlevée peut être octroyée et pour lesquelles elle doit être refusée. Les réquisitions de poursuite ayant été adressées le même jour à l'office des poursuites, l'ordre doit être déterminé par celui figurant dans la convention de crédit-cadre et non le numéro attribué par l'office. Ainsi, la mainlevée peut être accordée pour les poursuites en réalisation de gage pour les parcelles suivantes : - n° [...] (3'500'000 fr., 2'500'000 fr. et 2'100'000 fr.), - n° [...] (2'500'000 fr.), - n° [...] (2'700'000 fr. et 500'000 fr.), et partiellement accordée pour la poursuite en réalisation de gage immobilier de la parcelle : - n° [...], à concurrence de 287'480 fr. (soit 14'087'480 fr. ./ 13'800'000 fr.). La mainlevée doit en revanche être refusée pour les autres poursuites (concernant les parcelles [...] (205'000 fr.), [...] (219'300 fr.) et [...] (3'800'000 fr.)). III. S'agissant de la présente poursuite, le recours doit donc être admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que l'opposition formée par A.M. \_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 5'057'678 de l'Office des poursuites de Vevey, notifié à la réquisition d'E. \_\_\_\_\_ SA, est maintenue. Les frais de première instance de la poursuivante sont fixés à 660 fr. et il n'est pas alloué de dépens de première instance. Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 1'050 fr. et l'intimée doit lui verser la somme de 2'100 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

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