

## **VD\_FINDINFO ML / 2012 / 304 vom 11. Dezember 2012**

VD Tribunal cantonal, 2012-12-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ML\\_\\_\\_2012\\_\\_\\_304](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ML___2012___304)

FR: VD\_FINDINFO ML / 2012 / 304 du 11 décembre 2012

IT: VD\_FINDINFO ML / 2012 / 304 del 11 dicembre 2012

### **Regeste**

GAGE IMMOBILIER, CRÉDIT HYPOTHÉCAIRE, CÉDULE HYPOTHÉCAIRE | 872  
CC, 82 LP

### **Erwägungen**

#### **E. 15**

juillet 2012 (art. 142 al. 3 CPC). Il est écrit et motivé et contient des conclusions tendant à limiter l'octroi de la mainlevée de l'opposition qui avait été accordée (sur l'exigence de conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4, rés. in SJ 2012 I 373). Le recours est ainsi recevable. b) La révision du CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) portant sur les droits de gages immobiliers (art. 793 ss CC) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Selon l'art. 1 du Titre final du CC, les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. Il n'y a donc pas d'effet rétroactif. La cédule hypothécaire invoquée dans la présente poursuite, du 20 mai 2008, continue donc à être régie par les dispositions du Code civil en vigueur au moment où elle a été constituée. II. a) Le poursuivant dont la poursuite est frappée d'opposition peut, s'il se trouve au bénéfice d'une reconnaissance de dette, requérir la mainlevée provisoire de l'opposition, que le juge prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP). Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, op. cit., n. 29 ad art. 82 LP; ATF 136 III 627 c. 2 ; ATF 136 III 624 c. 4.2.2; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP). b) Dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, la cédule hypothécaire – comme la lettre de rente – est une reconnaissance de

dette abstraite et un titre à la mainlevée provisoire de l'opposition que ce soit la prétention déduite en poursuite et/ou le droit de gage allégué qui soient contestés, mais pour autant que la créance hypothécaire ait été dénoncée au remboursement conformément à l'art. 844 CC (Gilliéron, op. cit., n. 64 ad art. 82 LP). Contrairement aux poursuites ordinaires, une poursuite en réalisation de gage immobilier se continue par la réalisation du gage et non par la saisie ou la faillite du poursuivi (art. 41 al. 1 et 154 LP). Ainsi, pour pouvoir obtenir la mainlevée de l'opposition qui porte tant sur la créance que sur le droit de gage (art. 85 ORFI), le créancier doit faire valoir dans la poursuite une créance assortie d'un droit de gage immobilier et l'opposition devra être maintenue si le créancier n'établit pas par pièces tant sa créance que son droit de gage (Denys, Cédule hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3 ss, p. 14; Jaques, Exécution forcée spéciales des cédules hypothécaires, in BLSchK 2001, pp. 201 ss, p. 207 et les références citées à la note infrapaginale n. 25; CPF, 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 consid. 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 (Aebi, Poursuite en réalisation de gage et procédure de mainlevée, in JT 2012 II 24 ss, pp. 36-37; BLSchK 2005 p. 185; JT 2004 II 70, BLSchK 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 consid. 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 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'il existe une convention séparée mais que celle-ci mentionne qu'elle ne contient que des précisions de la cédule, celle-ci constitue une garantie directe ; si, en revanche, une telle convention 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 consid. 3.4 in initio; Staehelin, *Betriebung 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 : le contrat de crédit conclu entre la poursuivie et N.\_\_\_\_\_ SA prévoyait qu'une cédule hypothécaire devait être remise en propriété à la banque à titre de garantie. 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 cédula 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 (cf. art. 842 et 859 CC dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011) ; il peut dénoncer la créance au remboursement et, cas échéant, introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier. Dans le cas présent, la poursuivante, qui a la possession de la cédula hypothécaire dont elle se dit propriétaire, est par conséquent présumée titulaire des droits incorporés dans ce titre. d) Le transfert de la propriété d'une cédula hypothécaire et des droits qu'elle incorpore peut s'effectuer de deux manières. Le titulaire de la cédula et l'acquéreur peuvent convenir d'une part que la cédula sera transférée sans réserve à ce dernier. Mais les parties peuvent également convenir que la cédula 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 cédula hypothécaire ou de transfert en « pleine propriété » ; il y a utilisation directe de la cédula 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 cédula (cf. Steinauer, op. cit., n. 3057a et note infrapaginale n. 61, p. 386) - ; la sûreté procurée au bénéficiaire est une garantie fiduciaire (Foëx, Les actes de disposition sur les cédulas hypothécaires, in Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, pp. 115-116). La remise d'une cédula hypothécaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire) peut revêtir deux formes : soit la constitution d'une cédula aux fins de garantie, la cédula étant d'emblée créée pour être remise à titre fiduciaire au créancier, soit le transfert de propriété aux fins de garantie d'une cédula existante (Foëx, op. cit., p. 121). En recourant au transfert (ou à la constitution) d'une cédula 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 cédula 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). C'est là l'opinion de la doctrine dominante (Denys, op. cit., p. 15 ; Staehelin, Basler Kommentar, op. cit., n. 22 ad art. 855 CC ; 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, p. 214 et les références citées) consacrée par la jurisprudence (RSJ 2005 p. 430 ; CPF, 26 février 2009/43; CPF, 29 novembre 2007/449; CPF, 7 septembre 2006/416; CPF, 30 octobre 2003/379). Ainsi, lorsque la banque créancière choisit la voie de la poursuite en réalisation de gage immobilier, elle fait valoir la créance incorporée dans la cédule, 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). Lorsque le montant de la créance résultant du rapport contractuel de base, intérêts inclus, à la date de la réquisition de poursuite est établi, 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 cédule, 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 cédule 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 cédule 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 cédule, 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 cédule 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 cédule qui aille au-delà de ce qui est nécessaire à son complet désintéressement (de Gottrau, op. cit., pp. 213 à 215 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 125 à 131). En l'espèce, la cédule hypothécaire, de 452'000 fr., a été remise à la poursuivante à titre fiduciaire pour garantir un prêt hypothécaire d'un maximum de 300'000 francs. Il ressort des pièces figurant au dossier qu'à la date du 21 mai 2010, la créance causale était de 257'651 fr. 11. Le prêt étant toutefois exigible, selon la poursuivante elle-même, depuis le 30 septembre 2009, le mécanisme lié à la comptabilisation des intérêts ne pouvait plus avoir lieu depuis cette date. Calculé à un taux de 5 % (l'art. 73 CO mentionné dans l'attestation établie par la poursuivante le 21 mai 2012), le montant de la créance causale était donc de 249'681 fr. 80 au 30 septembre 2009 (5% calculé sur 233 jours), les intérêts courus entre le 30 septembre 2009 et le 21 mai 2010 se montant à 7'969 fr. 30. Pour la période du 22 mai 2010 au 31 décembre 2011, l'intérêt à 5

% (calculé sur 589 jours) s'élève 20'145 fr. 55. Ainsi, à la date du 31 décembre 2011, la créance causale s'élevait à 277'796 fr. 65 (représentant 249'681 fr. 80 en capital et 28'114 fr. 85 en intérêts). Il en découle que, en conformité de la première des trois hypothèses susmentionnées, la mainlevée doit être prononcée à concurrence de 277'796 fr. 65 avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 sur 249'681 fr. 80. Le recours doit être admis sur ce point. e) Le premier juge a arrêté à 660 fr. les frais judiciaires, avancés par la poursuivante, et astreint la poursuivie à lui rembourser lesdits frais à concurrence de 410 fr., ainsi qu'à lui verser la somme de 3'720 fr. à titre de défraiement de son représentant professionnel, dans une proportion de 62 %, La recourante prétend à des dépens de première instance, soutenant que l'intimée n'a pas obtenu entièrement gain de cause. Elle estime que dans une cause comme celle qui nous occupe, l'indemnité allouée en première instance à titre de défraiement du représentant professionnel ne saurait dépasser 3'000 fr. pour la partie qui obtient entièrement gain de cause. Elle conclut à l'allocation d'une indemnité de 1'860 fr. à la poursuivante (62 % de 3'000 fr.) et de 1'140 fr. pour elle-même (38 % de 3'000 fr.), la répartition des frais de justice restant inchangée. L'art. 106 al. 2 CPC prévoit que lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause. Ces termes un peu sybillins se réfèrent en réalité à une répartition proportionnelle à la mesure où chacune a succombé, conformément à une solution consacrée par les anciens articles 156 al. 3 et 159 al. 3 aOJ, par la pratique du Tribunal fédéral et par nombre d'anciennes procédures cantonales (Tappy, CPC commenté, n. 33 ad art. 106 CPC). Après avoir déterminé dans quelle mesure chaque partie succombe, le tribunal doit fixer, après compensation, l'indemnité que l'une des parties doit verser à l'autre, l'important à ce stade étant de ne pas perdre de vue que chaque partie a assumé des frais. Il faut donc additionner la masse des frais de procédure, la partie succombant principalement gardant ces frais, elle doit payer à l'autre le solde; une autre manière de calculer est de soustraire les fractions que chacune doit supporter puis d'appliquer la nouvelle fraction aux frais d'une seule partie (Corboz, Commentaire LTF, n. 42 ad art. 68 LTF). Selon l'art. 6 TDC ( Tarif des dépens en matière civile, RSV 270.11.6), pour une valeur litigieuse située entre 250'000 fr. et 500'000 fr., le défraiement d'un avocat se situe entre 4'000 fr. et 9'000 francs. Au vu d'une valeur litigieuse de 452'000 fr. et compte tenu de la complexité de l'affaire, un montant de 6'000 fr. n'est pas excessif. En obtenant gain de cause pour 62 % de ses conclusions, la poursuivante devait se voir allouer le 24 % (62 % moins 38 %) de ces frais, soit 1'440 francs (24 % de 6'000 fr.) et non 3'720 francs. A ces 1'440 fr. s'ajoutent la part des frais mis à la charge de la poursuivie, par 410 fr., ce qui donne 1'850 fr. au total. Le recours doit être partiellement admis sur ce point. III. Ainsi, le recours est partiellement admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que la mainlevée est accordée à concurrence de 277'796 fr. 65, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 sur 249'681 fr. 80, l'opposition étant maintenue pour le surplus. Les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 660 fr. sont mis partiellement à la charge de la poursuivante, par 250 fr., et partiellement à la charge de la poursuivie, par 410 francs. La poursuivie doit en outre verser à la poursuivante la somme de 1'850 fr. à titre de dépens. Les frais de deuxième instance sont arrêtés à 405 fr. et mis à la charge de l'intimée qui succombe pour l'essentiel. L'intimée doit en outre payer à la recourante de pleins dépens, fixés à 500 francs.