

## VD\_FINDINFO ML / 2015 / 22 vom 13. Februar 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-02-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_ML\\_\\_\\_2015\\_\\_\\_22](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_ML___2015___22)

FR: VD\_FINDINFO ML / 2015 / 22 du 13 février 2015

IT: VD\_FINDINFO ML / 2015 / 22 del 13 febbraio 2015

### Regeste

MAINLEVÉE PROVISOIRE, PRÊT DE CONSOMMATION, POUVOIR DE REPRÉSENTATION, SIGNATURE COLLECTIVE, SOLIDARITÉ, CÉDULE HYPOTHÉCAIRE SUR PAPIER, NANTISSEMENT, BENEFICIUM EXCUSSIONIS REALIS | 842 CC, 143 CO, 144 CO, 38 al. 2 CO, 544 al. 3 CO, 718a CO, 41 al. 1 LP, 41 al. 1bis LP, 82 LP

### Erwägungen

#### E. 2

in fine CO permet d'inscrire une restriction au pouvoir de représentation sous la forme d'une représentation commune qui implique que, pour engager la société, plusieurs représentants autorisés doivent agir ensemble en apposant collectivement leur signature. La représentation est collective dès lors que la société n'est engagée que moyennant la signature de plusieurs personnes. Du point de vue temporel, la signature des représentants n'a pas besoin d'être simultanée. En cas de signatures successives, la société ne sera obligée qu'à partir du moment où le dernier représentant (collectif) aura signé (Peter/Cavadini, op. cit., nn. 21-24 ad art. 718a CO). En cas de représentation collective, la signature d'un seul représentant n'engage en principe pas la société (Watter Rolf, Basler Kommentar, OR II, n. 18 ad art. 718a CO). Doctrine et jurisprudence admettent toutefois qu'il peut être remédié au défaut de pouvoir de représentation en établissant une ratification ultérieure, fondée sur l'art. 38 al. 2 CO. Cette disposition, qui prévoit expressément la ratification postérieure d'actes juridiques qui auraient été passés par une personne sans pouvoirs de représentation, est applicable par analogie aux organes d'une personne morale. Si une personne qui ne peut engager une société que par une signature collective a agi seule, son acte peut être validé postérieurement par l'approbation de la société représentée ; cette approbation peut aussi être donnée tacitement (TF 9C\_446/2014, c. 3.1 et les réf. cit.). c) En l'espèce, il résulte du registre du commerce que les personnes ayant qualité pour engager la recourante sont B. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, chacun avec signature collective à deux. Il est admis par les parties dans leurs écritures que la signature qui figure dans la convention du 7 mai 2012 sous le sceau de « [...] » est celle de B. \_\_\_\_\_. Celui-ci est mentionné dans la convention comme intervenant à titre personnel, mais aussi comme représentant des sociétés « [...] » et, aux côtés de H. \_\_\_\_\_, « K. \_\_\_\_\_ ». L'autre signature apposée au pied de la convention du 7 mai 2012 est celle de A. \_\_\_\_\_. La signature de H. \_\_\_\_\_ n'y figure donc pas. Ce dernier a, en revanche, signé – aux côtés de B. \_\_\_\_\_ et de A. \_\_\_\_\_ – l'avenant du 31 juillet 2012, par lequel les emprunteurs ont certifié avoir reçu le montant de 200'000 fr. et confirmé la remise d'une cédule hypothécaire en garantie du prêt. En signant cet avenant, qui fait partie intégrante de la convention du 7 mai 2012, H. \_\_\_\_\_ a donc validé, respective-ment ratifié, l'acte dans son ensemble. La

recourante est dès lors valablement engagée par la signature de ses deux administrateurs. Le prêt, qui avait pour but de permettre des promotions immobilières et des opérations commerciales, est manifestement en lien avec le but social de la recourante. Cela étant, l'argument de la recourante tiré du défaut de signature collective est mal fondé. IV. a) Le juge de la mainlevée doit vérifier d'office la triple identité, soit celle entre le poursuivant et le créancier désigné dans la reconnaissance de dette, celle entre le poursuivi et le débiteur et celle entre la créance déduite en poursuite et la créance constatée par la reconnaissance de dette (Panchaud/Caprez, op. cit., §§ 17, 20 et 25). S'il y a plusieurs débiteurs pour la même créance, la mainlevée ne peut être accordée contre l'un d'eux pour l'entier de la créance, sauf cas de solidarité. La solidarité passive, qui permet au créancier de rechercher chaque codébiteur pour l'entier de la dette (art. 144 CO), ne se présume pas ; elle résulte soit de la loi, soit de la convention des parties (art. 143 CO). Le contrat sur lequel repose la solidarité passive n'est soumis à aucune forme (TF 4C.24/2007 c. 5; ATF 129 III 702 c. 2.1, JT 2004 I 535). Un engagement solidaire naît d'abord par la déclaration expresse des parties qui utilisent le terme « solidaire » ou « débiteur pour le tout ». Il peut aussi se former par actes concluants ou tacitement. Un engagement tacite ne sera toutefois retenu qu'en présence d'un comportement univoque, qui ne suscite raisonnablement aucun doute, tel qu'il résulte des circonstances ou du contexte du contrat interprété conformément au principe de la confiance. D'une manière générale, un comportement purement passif ne saurait être tenu pour la manifestation d'une volonté de s'engager, en particulier pour l'acceptation d'une offre. Le seul fait qu'un engagement ait été pris en commun ne fait pas non plus naître la solidarité (ATF 123 III 53, c. 5, rés. In JT 1999 I 179; Romy, Commentaire romand, n. 7 ad art. 143 CO). En l'absence de déclaration expresse, la solidarité passive peut cependant être déduite d'éléments ou de circonstances démontrant que les débiteurs ont eu l'intention de s'engager solidairement entre eux (Romy, op. cit., n. 7 ad art. 143 CO; Schnyder, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 143 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, p. 837). Ces circonstances doivent être interprétées d'après le principe de la confiance, mais elles doivent être indubitables (ATF 123 III 53 c. 5a, rés. in JT 1999 I 179; ATF 49 III 205 c. 4 non traduit in JT 1925 II 18). Elles peuvent résulter par exemple de l'interdépendance des dispositions d'un contrat ou d'éléments de fait particuliers (ATF 116 II 707 c. 3, JT 1991 I 357), notamment du fait que des partenaires ont entrepris ensemble la réalisation d'un but commun (RSJ 1994 p. 218, n. 26; RVJ 1992 p. 346 c. 3). Les dispositions du CO sur la société simple prévoient un cas de solidarité légale à l'art. 544 al. 3. En vertu de cette disposition, chacun des associés d'une société simple répond solidairement des dettes contractées envers les tiers. b) En l'espèce, le prêt a été accordé par l'intimé à trois entités juridiques, dont la recourante, pour leur permettre de conduire leurs projets immobiliers et commerciaux. Les montants empruntés devaient être versés sur un fond commun. Cela permet de conclure, à tout le moins, à l'existence d'un but commun aux trois emprunteurs, donc à l'existence d'un cas de solidarité passive, sans qu'il y ait lieu de rechercher si toutes les conditions pour la conclusion d'un contrat de société simple sont remplies en l'espèce. Il en découle que la recourante peut être recherchée pour le tout. V. a) La recourante se prévaut encore de la remise au notaire [...] d'une cédule hypothécaire de 200'000 fr. en garantie du prêt ; elle fait valoir que l'intimé devait s'en prendre en premier lieu au gage. Le juge de la mainlevée doit examiner tout moyen libératoire pris de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la dette. Dans le contentieux de la mainlevée provisoire, il suffit au débiteur de rendre le moyen libératoire vraisemblable (art. 82 al. 1 LP). b) aa) Lorsqu'une créance est garantie par gage, la poursuite doit se continuer par la réalisation du gage (art.

41 al. 1 LP). L'exception du bénéfice de discussion réelle ( *beneficium excussionis realis*) permet au débiteur d'exiger que son créancier se désintéresse d'abord sur l'objet du bien remis en gage. Il peut l'invoquer par la voie de la plainte contre la notification du commandement de payer (art. 41 al. 1bis LP) et doit alors démontrer de façon claire que la créance en poursuite est garantie par un gage défini par l'art. 37 LP (TF 5A\_686/2013, c.5.1.4 ; ATF 129 III 360, c. 1). Bien qu'elle soit réglementée par l'art. 41 al. 1bis LP, l'exception du bénéfice de discussion réelle est une exception de droit matériel (TF 5A\_686/2013, c. 5.1.4 et les réf. citées, en particulier Steinauer, *Les droits réels*, 4<sup>ème</sup> édition T. III, n. 2785a). Elle est de droit dispositif en ce sens que les parties peuvent convenir de l'ordre dans lequel l'objet du gage et le reste du patrimoine du débiteur servent de garantie (*idem*). Dans cet arrêt – où il s'agissait d'une poursuite ordinaire pour une créance causale issue d'un contrat de prêt garanti par une cédule hypothécaire remise en propriété au créancier à titre de garantie fiduciaire et où se déroulait parallèlement une poursuite en réalisation de gage immobilier pour la créance abstraite incorporée dans la cédule – le Tribunal fédéral a dit que l'art. 41 al. 1bis LP n'était pas applicable pour les motifs exposés dans un précédent arrêt (TF 5A\_295/2012), soit parce que la créance causale en poursuite n'était pas garantie par un gage, au contraire de la créance abstraite. Il a dès lors considéré que l'exception du bénéfice de discussion réelle devait être examinée par le juge de la mainlevée dans le cadre de la procédure d'opposition (TF 5A\_686/2013 c. 5.1.6). Le bénéfice de discussion réelle peut être invoqué aussi bien en présence d'un droit de gage immobilier qu'en présence d'un gage mobilier (ATF 129 III 360, c. 2, JT 2004 II 14). bb) Le droit de la cédule hypothécaire (art. 842 ss CC, Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) a été modifié lors de la révision du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (RO 2011 4637 ss, spéc. p. 4657) . Les cédules hypothécaires en cause ayant été remises en garantie, si elles l'ont été, après l'entrée en vigueur du nouveau droit, les nouvelles dispositions s'appliquent en l'espèce (TF 5A\_686/2013, c. 3 et les réf. cit.). La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Il s'agit d'un papier-valeur qui incorpore à la fois une créance et le droit de gage immobilier qui en est l'accessoire (TF 5A\_295/2012, c. 4.2). Elle a la forme d'une cédule hypothécaire de registre ou de cédule hypothécaire sur papier (art. 843 CO). La cédule peut être utilisée en garantie directe d'une créance, lorsque le créancier renonce à sa créance de base au profit de la créance cédulaire incorporée dans la cédule qui la remplace, ou en garantie fiduciaire lorsque les deux créances – causale et abstraite – subsistent et continuent à coexister. Les parties peuvent aussi constituer en faveur du titulaire de la créance de base un droit de gage mobilier (analogue au nantissement) sur la cédule hypothécaire : le titulaire de la créance de base ne devient pas titulaire de la créance abstraite, mais peut au besoin faire réaliser la cédule ; celle-ci est alors utilisée en garantie indirecte (Steinauer, *op. cit.*, n. 2953). Seul le propriétaire de la cédule hypothécaire est titulaire de la créance abstraite incorporée dans la cédule. Cette créance abstraite est garantie par un gage immobilier, soit l'immeuble grevé, et son recouvrement doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (TF 5A\_295/2012, 4.2.1). En cas de nantissement, le créancier n'acquiert qu'un droit de gage mobilier (art. 37 al. 2 LP) et doit, le cas échéant, poursuivre en réalisation de gage mobilier (ATF 122 III 95). La propriété de la cédule s'acquiert par la remise de la cédule en pleine propriété au créancier ou par sa réalisation au terme de la procédure de réalisation de gage mobilier. Le transfert de la cédule sur papier est soumis aux règles ordinaires de l'acquisition des droits réels ainsi qu'aux règles particulières de l'acquisition des papiers-valeurs. Il nécessite un titre d'acquisition – généralement un

contrat (vente, donation, apport dans une société) – et une opération d'acquisition, impliquant notamment un transfert de la possession du titre (Steinauer, op. cit., nn. 3000 ss) . Le nantissement d'une cédula suppose un contrat de nantissement entre le constituant du gage et le créancier et une opération d'acquisition, soit un acte de disposition et un transfert de possession (Steinauer, op. cit., nn. 3144 ss). Le législateur exige un transfert de possession qualifié ; il faut que le constituant perde la maîtrise sur l'objet mis en gage. Parmi les modes de transfert de la possession, sont suffisants pour la constitution d'un nantissement notamment la remise de l'objet au créancier gagiste, entre présents ou entre absents, ou la délégation de possession, dans le cas où un tiers a la possession immédiate de l'objet et où le constituant transfère au créancier gagiste, par un contrat possessoire, sa possession médiate sur cet objet. Dans ce dernier cas, le nantissement ne prend toutefois naissance qu'à partir du moment où le tiers possesseur immédiat a été avisé du transfert (art. 924 CC; Steinauer, op. cit., n. 3151). cc) En l'espèce, la poursuivie n'a pas déposé plainte contre la notification du commandement de payer. L'arrêt cité plus haut (TF 5A\_686/2013) ne dit pas clairement si le moyen pris de l'exception du bénéfice de discussion réelle doit être examiné par le juge de la mainlevée seulement lorsque la voie de la plainte n'est pas ouverte. Cette question peut toutefois demeurer indécise, vu ce qui suit. La recourante invoque une cédula hypothécaire de 200'000 fr. en garantie de la créance. Si la convention du 7 mai 2012 parle effectivement d'une cédula hypothécaire de ce montant, l'avenant du 31 juillet 2012 mentionne une autre cédula, d'un montant de 1'000'000 fr., de numéro et de rang différents et grevant d'autres immeubles. Il est donc manifeste qu'il y a eu changement de la garantie. La recourante ne prétend d'ailleurs pas que le dépôt de la cédula de 200'000 fr. ait fait l'objet d'une confirmation comme le prévoit la convention. La recourante ne rend pas vraisemblable un nantissement de la cédula mentionnée dans l'avenant du 31 juillet 2012. En effet, l'indication : « une cédula hypothécaire (...) est mise en garantie du prêt (...) auprès du notaire [...] » (lettre B de l'avenant) ne permet pas de dire si le notaire [...] est déjà en possession de la cédula ou si celle-ci doit lui être remise. Dans le premier cas, il pourrait s'agir d'un contrat possessoire, où le notaire serait le possesseur immédiat ; l'avenant n'est toutefois signé que par le prêteur et l'emprunteur. Il n'est pas signé par le notaire [...], et il n'est pas allégué que ce dernier aurait été avisé du transfert de la possession. Dans le second cas, il ne ressort pas de l'acte qu'un transfert de la possession a eu lieu en main du notaire, ni que celui-ci serait le représentant du créancier. Dès lors, un transfert de la possession, nécessaire aussi bien au nantissement qu'au transfert du droit de propriété, n'a pas été rendu vraisemblable. Le moyen, à supposer qu'il soit invoqué et doive être examiné, est donc mal fondé. c) Le prêt, dont l'échéance contractuelle intervenait au plus tard le 30 avril 2014, était exigible au jour de la réquisition de poursuite. Le contrat règle la question des intérêts, lesquels sont dus au taux de 5% l'an à la fin de chaque semestre (ch. 5). En cas de retard dans le remboursement ou le paiement de l'intérêt, ce dernier est porté à 6% sur la totalité du capital non remboursé à temps (ch. 6). La recourante n'établit pas avoir payé les intérêts au-delà du premier semestre de l'année 2013. Elle doit donc un intérêt au taux de 6% dès le 1<sup>er</sup> juillet 2013 sur le capital de 200'000 fr., comme alloué par le premier juge. VI. Au vu des considérants qui précèdent, le recours doit être rejeté et le prononcé attaqué confirmé. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 900 fr., sont mis à la charge de la recourante K.\_\_\_\_\_. Celle-ci devra en outre verser à l'intimé A.\_\_\_\_\_ le montant de 3'000 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.