

## **VD\_GERICHTE CO04.017327 vom 13. April 2011**

VD Tribunal cantonal, 2011-04-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_CO04.017327](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CO04.017327)

FR: VD\_GERICHTE CO04.017327 du 13 avril 2011

IT: VD\_GERICHTE CO04.017327 del 13 aprile 2011

### **Erwägungen**

#### **E. 21**

Le 18 juillet 2003, la société [...] a sollicité un ajournement de faillite. Dans cette requête, la société a fait valoir que, pour six magasins de prêt-à-porter, les loyers cumulés annuels étaient de 956'240 fr. et, pour trois magasins de décoration, de 306'000 fr., et que, depuis le mois de janvier 2003, la société avait été touchée de plein fouet par la crise. Par décision de la Présidente du Tribunal d'arrondissement de [...] du 3 octobre 2003, faisant suite à une audience du 18 septembre 2003, l'ajournement de faillite a été accordé jusqu'au 30 avril 2004. Simultanément, un curateur a été désigné à la société en la personne de [...], qui a aussi œuvré avec le concours notamment du demandeur et D.\_\_\_\_\_.

#### **E. 22**

Par lettres signatures et sous plis simples du 24 juillet 2003 adressées au demandeur, la défenderesse a résilié les crédits accordés à forme des PH nos [...] et [...], ainsi que le crédit faisant l'objet du compte courant débiteur no [...], mettant le demandeur en demeure de lui rembourser les créances issues des prêts hypothécaires pour le 31 janvier 2004 et la créance issue du compte courant no [...] pour le 31 août 2003. Par ces lettres, elle a également dénoncé au remboursement pour le 31 janvier

- 15 - 2004 la cédule hypothécaire de 5'500'000 fr. grevant en premier rang la parcelle no [...]. Le demandeur n'a pas effectué de paiement à la suite de cette dénonciation.

#### **E. 23**

A la fin de l'année 2003, la société [...] a offert à la défenderesse de racheter l'immeuble gagé en faveur de celle-ci pour un montant de 2'500'000 fr., ce que la défenderesse a refusé.

#### **E. 24**

L'administration de la société [...] n'a pas soumis de comptes de l'année 2003 au contrôle de son organe de révision.

#### **E. 25**

Par lettre du 26 février 2004 adressée au demandeur, la défenderesse l'a informé avoir eu connaissance de sa volonté de reprendre les démarches de vente de son immeuble et lui a communiqué les coordonnées de courtiers actifs sur le marché des immeubles commerciaux, tout en précisant que ce renseignement n'engageait nullement sa responsabilité, que le demandeur restait totalement libre de les contacter et que la dénonciation des crédits restait totalement valable ainsi que les créances de la défenderesse exigibles. Parmi les courtiers mentionnés par la défenderesse, figure la société [...] qui a effectué une expertise de l'immeuble de [...] le 23 avril 2004, dont il ressort une valeur de vente de 3'900'000 francs. La société [...] a également effectué une expertise le 8 avril 2004 dont il ressort une valeur de 3'960'000 francs.

## E. 26

Le 20 avril 2004, le curateur [...] a établi un "rapport au 19 avril 2004 sur la situation de la société [...] à [...]", accompagné d'un bilan et compte de profits et pertes provisoires au 31 décembre 2003, ainsi que d'un bilan et compte de profits et pertes provisoires au 31 mars 2004. Le bilan provisoire au 31 décembre 2003, après comptabilisation d'une perte de l'exercice de 2'243'105 fr. 31 a fait ressortir des fonds propres négatifs, soit un surendettement de 2'243'105 fr. 31, alors que les produits d'exploitation, soit le chiffre d'affaires, se sont

- 16 - élevés à 11'502'126 fr. 95 pour 2003 et ont dépassé de plus de cinq millions de francs le montant des charges de matière et de marchandises porté dans les comptes pour 6'552'569 fr. 58. Il a fait ressortir, à l'actif, des liquidités pour 852'221 fr. 59, des marchandises pour 1'190'000 fr. et un total d'actif circulant de 2'346'570 fr. 69. Pendant la période d'ajournement de la faillite, l'estimation du stock, après avoir été abaissée à 1'190'000 fr. au 31 décembre 2003, a été portée à 1'311'000 fr. dans la situation provisoire au 31 mars 2004. Un document intitulé "Détail Stock au 31.03.04" fait ressortir un stock total de 1'924'190 fr. 44, savoir 1'037'968 fr. 64 à titre de "Total Prêt-Porter" et 886'221 fr. 80 à titre de "Total Meuble". Le chiffre d'affaires est passé de 13'497'390 fr. 56 pour 2002 à 11'502'126 fr. 95 en 2003. Dans le même temps, la société a augmenté le taux de ses amortissements et a constitué des provisions supplémentaires pour pertes sur débiteurs tout en passant en compte des charges exceptionnelles de 353'392 fr. 28. Au titre des mesures prises pour assurer la pérennité de l'entreprise, le curateur a indiqué ce qui suit: " Magasins: vente du magasin «meubles et décoration» à [...] dont la rentabilité décroissait très rapidement, pour financer l'ouverture du magasin prêt-à-porter au Centre commercial de [...]. Ce magasin a généré un important chiffre d'affaires dès son ouverture en novembre 2003. Infrastructure/personnel: des mesures de restructuration ont permis de diminuer les charges mensuelles d'environ CHF 120'000.-- Stocks: liquidation des stocks anciens, gestion des stocks informatisée. Achats: tous les achats marchandises depuis le 18 septembre 2003 sont payés cash avec un escompte financier. Recherche partenaires financiers: les personnes contactées (privées et institutionnelles) pour investir dans la société [...] ne sont pas entrées en matière. "

- 17 -

## E. 27

Le 26 avril 2004, D.\_\_\_\_\_ a constitué une nouvelle société anonyme, [...], inscrite au registre du commerce le 30 avril 2004, dont il a souscrit 5'999 des dix mille actions de mille francs chacune, tandis que [...] a souscrit 4'000 actions de cette société et en est devenue l'administratrice. Cette société a établi son siège [...], à la rue de [...], sur l'aire de la parcelle no [...] que le demandeur a achetée à la défenderesse. B.F.\_\_\_\_\_ est devenue administratrice de cette société avec D.\_\_\_\_\_, responsable financier de la société [...], qui exerce également une activité au sein de cette société [...]. Le 4 mai 2004, D.\_\_\_\_\_ et [...] ont constitué la société à responsabilité limitée [...], dont le but est le commerce de biens de toute nature, et dont le siège se situe à [...], à la rue de [...]. Le 13 mai 2004, une société anonyme [...] a été inscrite au registre du commerce, avec pour administrateurs [...], D.\_\_\_\_\_ et B.F.\_\_\_\_\_, et dont le but social est le commerce de biens de toute nature. Le siège de cette société est fixé à [...], à la rue de [...]. Le 18 mai 2004, une société [...], ayant pour but le commerce de produits liés à l'industrie du textile, des meubles, d'objets mobiliers, d'articles d'ameublement, d'agencement d'intérieurs et de magasins et

toute décoration intérieure, ainsi que les services et conseils s'y rapportant, a transféré son siège à [...], à la rue de [...]. Le même jour, D. \_\_\_\_\_ et [...] en sont devenus les directeurs inscrits au registre du commerce avec signature individuelle. D. \_\_\_\_\_ en est devenu l'administrateur unique selon inscription au journal du registre du commerce du 4 avril 2005. Au mois de juin 2004, D. \_\_\_\_\_ est devenu administrateur et président de la société [...], avec pour co-administrateurs [...] et B.F. \_\_\_\_\_. Cette société exploite les boutiques à l'enseigne "[...]" et a pour but social le commerce de marchandises de diverses natures, notamment tissus, vêtements et chaussures. Cette société a fait inscrire

- 18 - au même moment sa nouvelle adresse rue de [...] à [...] au registre du commerce, soit sur l'aire de la parcelle no [...] que le demandeur a achetée à la défenderesse. Le bail d'une durée de dix ans signé par le demandeur en qualité de bailleur en faveur de la société [...] et portant sur une zone de stockage, un bureau et six places de parc intérieures de l'immeuble sis à la rue [...] à [...], date du 28 novembre 2002. Les diverses sociétés dirigées par le demandeur, par D. \_\_\_\_\_, par [...] et par B.F. \_\_\_\_\_ ont repris les anciennes activités de la société [...], dont le nom est toujours utilisé comme enseigne pour un de leurs commerces à [...].

### **E. 28**

La société [...] a été dissoute par suite de faillite qui a pris effet le 29 avril 2004. La défenderesse a été admise comme créancière à l'état de collocation pour des créances représentant au total 2'189'399 fr. 05. Dans cette faillite, l'administration de la faillite, l'office des faillites de [...], a porté ce qui suit au chiffre III. 1. de l'inventaire: " ACTION EN RESPONSABILITE Sont inventoriés les droits de la masse contre toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de la société en faillite, pour le dommage qu'elles ont causé en manquant à leurs devoirs, selon les articles 752 et suivants CO. Une copie du présent inventaire est notifiée ce jour à la personne de la société figurant au Registre du commerce lors de la déclaration de faillite, soit: M. A.F. \_\_\_\_\_ Ch. [...] [...] Administrateur unique à charge pour le prénommé d'aviser de cette décision les autres personnes ayant participé aux opérations et activités de la société faillie, dès sa création." A la suite d'une proposition par voie de circulaire du 22 juillet 2005, la majorité des créanciers de la société faillie [...] a renoncé à faire

- 19 - valoir elle-même les droits relatifs à l'action en responsabilité prévus selon les dispositions des art. 752 ss CO (code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) et conformément au chiffre III. 1. de l'inventaire, appartenant à la masse. L'administration de la faillite a délivré à divers créanciers admis à l'état de collocation une cession de droits de la masse à teneur de l'art. 260 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1) portant sur ces droits. Parmi ces créanciers figurent notamment la défenderesse, la Société [...], la société [...], la société [...], la société [...] et la société [...]. L'administration de la faillite a fixé aux créanciers cessionnaires un délai au

### **E. 31**

décembre 1996 à 12'201'086 fr. pour celui bouclé au 31 janvier 2000. La faillite a eu pour conséquence que le demandeur a perdu la totalité du capital-actions de la société [...] qui était, avant l'acquisition de l'immeuble de [...], de plus de 1'000'000 fr., ainsi qu'un potentiel de gain de salaire qui n'était pas inférieur à 300'000 fr. par an. Selon l'expert, le montant des créances causales de la défenderesse contre le demandeur, issues des PH nos [...] et [...] n'était pas inférieur à 4'675'000 fr. au 30 juin 2003, savoir 3'575'000 fr. s'agissant de la

créance issue du PH no [...] et 1'100'000 fr. s'agissant de la créance issue du PH no [...]. Il s'agit des hypothèques sur l'immeuble.

- 24 -

### **E. 32**

Un complément d'expertise a été ordonné et l'expert a déposé son rapport complémentaire le 26 novembre 2009. S'agissant des intérêts du prêt, l'expert explique qu'en admettant que la totalité du prêt a été utilisé, les intérêts sur le solde représentent un supplément de charges de 15'625 francs. Concernant les frais d'entretien de l'immeuble, l'expert constate que le montant de 51'000 fr. a été largement calculé, les frais effectifs d'entretien ne devant pas dépasser 30'000 fr. environ. Sur la base de ces deux éléments, l'expert maintient que le disponible pour amortir l'emprunt calculé à 128'000 fr. représente, avec une marge de plus ou moins 5%, le montant à disposition pour les dits amortissements. Se fondant sur des pièces complémentaires qui lui ont été remises dans le cadre du complément d'expertise, l'expert observe que la totalité des lignes de crédit a effectivement été fournie par la défenderesse. Selon l'expert, le passif de la société fait état des dettes bancaires suivantes: 31.12.1995 228'395 fr. 55 31.12.1996 791'153 fr. 20 31.12.1997 284'350 fr. 35 31.01.1999 336'310 fr. 95 31.01.2000 423'180 fr. 98 31.12.2000 2'034'355 fr. 69 31.12.2001 1'801'674 fr. 36 31.12.2002 1'956'326 fr. 87 De ces postes, il ressort que la société avait une ligne de crédit qui n'était pas remboursée mais renouvelée. L'augmentation au 31 décembre 2000 provient de l'installation et de l'agencement du stock de 1'037'000 francs. D'après l'expert, sur la base des comptes présentés, on peut dire que la société a reçu les capitaux nécessaires à son exploitation et à son développement.

- 25 - S'agissant de l'investissement nécessaire pour rendre l'immeuble utilisable, l'expert observe que les comptes de l'exercice 2000 font état d'investissements pour l'installation et l'agencement de l'immeuble de 404'673 fr. 60, le solde du compte au 1er février 2000 s'élevait à 44'000 francs. Selon l'expert, l'investissement en informatique pour l'année 2000 s'élève à 92'812 fr. 95. Il n'est pas possible d'affirmer que cet investissement est en totalité en relation avec l'immeuble de [...]. L'état de l'équipement informatique préexistant n'est pas connu, de sorte qu'il n'est pas possible de dire si les investissements étaient de toute façon nécessaires. La totalité de ces fonds a été avancée par la défenderesse. Les investissements effectués par la société ne sont pas disproportionnés par rapport à la taille de l'entreprise et à son développement. L'expert relève encore que la société utilisait la défenderesse pour ses relations commerciales, mais rien n'indique que la défenderesse entretenait avec elle des relations différentes de celles qu'elle entretient avec ses autres clients. L'expert confirme qu'il n'y a pas de corrélation entre l'achat de l'immeuble et la faillite de l'entreprise, celle-ci devant être imputée à des causes liées à la marche des affaires.

### **E. 33**

Le demandeur a invoqué la compensation.

### **E. 34**

D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

### **E. 35**

Par demande du 20 août 2004, le demandeur A.F. \_\_\_\_\_ a ouvert action devant la Cour civile du Tribunal cantonal et a conclu, avec dépens, à ce qu'il soit prononcé: " I.- Que

A.F. \_\_\_\_\_ n'est pas débiteur de la C. \_\_\_\_\_ des sommes de 3'575'000 fr. avec intérêt à 3,35% du 1er juillet

- 26 - 2003 et 1'100'000 fr. avec intérêt à 5% du 1er juillet 2003.

- 27 - II.- Qu'en conséquence l'opposition formée par A.F. \_\_\_\_\_ à la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] notifiée le 3 mai 2004 est maintenue." Par réponse du 17 janvier 2005, la défenderesse C. \_\_\_\_\_ a conclu, avec suite de frais et dépens, à libération des conclusions du demandeur, libre cours étant donné à la poursuite en réalisation de gage immobilier no [...] de l'Office des poursuites de l'arrondissement de [...]. Par réplique du 6 juin 2005, le demandeur a conclu, avec dépens, au rejet des conclusions de la réponse et a complété, respectivement augmenté, ses conclusions prises en demande, avec dépens, comme suit: " III. nouvelle: Que la C. \_\_\_\_\_ est la débitrice de A.F. \_\_\_\_\_ de la somme de CHF 1'000'000.-- (un million de francs), valeur échue. On se réserve d'augmenter cette conclusion après le dépôt du rapport d'expertise. " Par duplique du 10 janvier 2006, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions du demandeur. E n d r o i t : I. Le demandeur exerce l'action en libération de dette et conclut en outre au versement du montant de 1'000'000 fr. par la défenderesse. Il soutient que les parties ont été liées par un contrat de mandat et que la défenderesse a violé ses obligations contractuelles. Plus particulièrement, elle aurait violé son obligation de fidélité et ses devoirs d'information, de conseil et de mise en garde lors de l'acquisition de l'immeuble de [...], causant au demandeur un dommage que celui-ci oppose en compensation.

- 28 - La défenderesse soutient pour sa part qu'elle n'a violé aucune obligation contractuelle ni commis aucun acte illicite à l'égard du demandeur, qui n'a subi aucun dommage et n'est titulaire d'aucune créance à son encontre. Elle considère en outre qu'elle est fondée à faire valoir la créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire, de sorte que l'action en libération de dette ne peut qu'être rejetée. II. L'action exercée par le demandeur étant une action en libération de dette, il convient d'examiner en premier lieu les conditions de recevabilité de cette action. a) A teneur de l'art. 83 al. 2 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), le débiteur peut, dans les vingt jours à compter de la mainlevée, intenter au for de la poursuite une action en libération de dette. Le juge est tenu d'examiner d'office le respect du délai d'ouverture d'action (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 60 ad art. 83 LP; Ruedin, L'action en libération de dette, FJS 957, p. 5). Le calcul de ce délai relève du droit fédéral. Si le droit cantonal de procédure – en l'espèce l'ancien droit, applicable en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC – ouvre une voie de recours ordinaire contre le prononcé de mainlevée provisoire, le délai pour ouvrir action en libération de dette court du jour où le délai de recours est expiré sans avoir été utilisé ou du jour de la notification de la décision de l'autorité de recours ou encore du jour du retrait du recours, sans qu'il importe que la décision de mainlevée soit provisoirement exécutoire (TF 5A\_516/2007 du 24 janvier 2008). b) En l'espèce, le dispositif de la décision de mainlevée de l'opposition a été notifié au demandeur le 26 juillet 2004, notification reportée au 2 août 2004 compte tenu des fêtes de poursuites et du dimanche 1er août 2004 (art. 56 ch. 1 et 2 LP). Le demandeur a ouvert la présente action par demande du 20 août 2004, soit en temps utile.

- 29 - III. a) L'action en libération de dette de l'art. 83 al. 2 LP est une action négatoire de droit, fondée sur le droit matériel, qui aboutit à un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée en dehors de la poursuite en cours quant à l'existence de la créance litigieuse (ATF

128 III 44 c. 4a, JT 2001 II 71, SJ 2002 I 174; ATF 127 III 232 c. 3a, JT 2001 II 19). Elle est le pendant de l'action en reconnaissance de dette de l'art. 79 LP et a pour objet la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance déduite en poursuite au moment de la réquisition de poursuite (ATF 124 III 207 c. 3a, JT 1999 II 55, SJ 1998 I 644; ATF 118 III 40 c. 5a, JT 1994 II 112 et les références citées). Elle est limitée à la créance qui fait l'objet de la poursuite (ATF 124 III 207 c. 3b/bb, JT 1999 II 55, SJ 1998 I 644). Cette action se distingue de l'action en reconnaissance de dette par le renversement du rôle procédural des parties. Le fardeau de la preuve et la charge de l'allégation ne sont en revanche pas renversés. Le fait que le débiteur ait matériellement une position de défendeur dans l'action en libération de dette trouve en définitive son origine dans le mécanisme de la mainlevée (ATF 130 III 285 c. 5.3.1, JT 2005 II 117, SJ 2004 I 269; ATF 127 III 232 c. 3a et les références citées; ATF 116 II 131 c. 2, JT 1992 II 63; Gilliéron, op. cit., n. 55 ad art. 83 LP; Muster, La reconnaissance de dette abstraite, Art. 17 CO et 82 ss LP : étude historique et de droit actuel, thèse Lausanne 2004, pp. 232-233; Tevini du Pasquier, Commentaire romand, nn. 7 ad art. 17 CO). Les parties ne sont pas limitées aux moyens invoqués dans la procédure de mainlevée (ATF 122 III 262, SJ 1996 I 628 c. 2a ; ATF 116 II 131 c. 2, JT 1992 II 63 ; Gilliéron, op. cit., n. 55 ad art. 83 LP). Néanmoins, le créancier défendeur à l'action en libération de dette bénéficie d'une position privilégiée du fait qu'il détient, en règle générale, sinon dans tous les cas, la reconnaissance de dette (art. 82 LP) qui lui a permis d'obtenir la mainlevée provisoire. La reconnaissance de dette se définit comme la déclaration par laquelle un débiteur manifeste au créancier qu'une dette déterminée existe (TF 4C.30/2006 du 18 mai 2006 c. 3.2; Schwenger, Commentaire bâlois, 4ème édition, n. 2 ad art. 17 CO; Tevini du Pasquier, op. cit., n. 1 ad art. 17 CO). La reconnaissance de

- 30 - dette peut être causale, lorsque la cause de l'obligation est mentionnée expressément dans la reconnaissance de dette ou qu'elle ressort manifestement des circonstances. Elle est abstraite lorsqu'elle n'énonce pas la cause de l'obligation (TF 4C.30/2006 du 18 mai 2006 c. 3.2; Schwenger, op. cit., n. 5 ad art. 17 CO et les références citées). Dans les deux cas, la reconnaissance de dette est valable (art. 17 CO). La cause sous-jacente doit cependant exister et être valable (ATF 105 II 183 c. 4a, JT 1980 I 221; Tevini du Pasquier, op. cit., n. 2 ad art. 17 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2ème édition, p. 157). En effet, en droit suisse, la reconnaissance de dette, même abstraite, a pour objet une obligation causale (ATF 105 II 183 c. 4a, JT 1980 I 221), l'art. 17 CO n'ayant pas d'incidence sur l'existence matérielle de l'obligation du débiteur (ATF 131 III 268 c. 3.2). Ainsi, le créancier – formellement défendeur – et détenteur d'une reconnaissance de dette n'a pas à prouver la cause de sa créance, ni la réalisation d'autres conditions que celles qui sont indiquées dans l'acte de reconnaissance. Dans un tel cas, il appartient au débiteur qui conteste la dette d'établir la cause de l'obligation et de démontrer qu'elle n'est pas valable, par exemple parce que le rapport juridique à la base de la reconnaissance est inexistant, nul (art. 19 et 20 CO), invalide ou simulé (art. 18 CO) (ATF 131 III 268 c. 3.2; ATF 96 II 383 c. 3a, JT 1972 I 150). b) Les banques qui octroient des crédits constituent généralement des sûretés en leur faveur pour réduire les risques qu'elles courent. Ces sûretés peuvent être de nature réelle et être constituées d'un actif dont la banque peut disposer le cas échéant pour récupérer ce qui lui est dû (Lombardini, Droit bancaire suisse, 2ème éd., p. 875). La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 CC). Il s'agit d'un papier-valeur qui incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier, qui en est l'accessoire (Denys, Cédula hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3). En principe, sa constitution éteint par novation l'obligation dont elle résulte (art. 855 al. 1 CC) et donne

naissance à une créance nouvelle, à savoir la créance résultant de la reconnaissance de dette exprimée dans le titre, laquelle est abstraite,

- 31 - en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause (art. 17 CO). Cette règle est toutefois de droit dispositif (art. 855 al. 2 CC) et les parties peuvent convenir d'une juxtaposition des deux créances. On distingue alors la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire dont le créancier est propriétaire, et la créance causale résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite constatée dans la cédule est destinée à doubler la créance causale aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement. Seule la créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, tandis que la créance causale peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire (TF 7B.175/2001 du 11 octobre 2001 c. 1a; Denys, op. cit., pp. 3-5). c) En l'espèce, la défenderesse a accordé au demandeur un prêt hypothécaire de 3'575'000 fr., moyennant cession en propriété d'une cédule hypothécaire en premier rang de 5'000'000 fr. à augmenter à 5'500'000 fr., grevant la parcelle no [...] sise à [...]. Une cédule hypothécaire d'un montant de 5'500'000 fr., due au porteur par le demandeur et grevant en premier rang l'immeuble parcelle no [...] à [...], a été constituée. Ce titre stipule que le créancier ou le débiteur peuvent dénoncer en tout temps le prêt au remboursement total ou partiel moyennant un préavis de six mois. Le demandeur a signé en faveur de la défenderesse un acte de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire par lequel il a confirmé la cession à la défenderesse de la propriété de cette cédule hypothécaire en garantie des prétentions de la défenderesse à son encontre. Le 24 juillet 2003, la défenderesse a dénoncé la cédule hypothécaire au remboursement pour le 31 janvier 2004, soit dans le respect des délais prévus par les conditions du titre en question. La défenderesse a fait notifier au demandeur un commandement de payer dans une poursuite en réalisation d'un gage immobilier le 3 mai 2004 tendant au paiement des montants dus sur la cédule hypothécaire. La poursuite porte donc sur la créance abstraite, le demandeur, débiteur désigné sur le titre hypothécaire, a la qualité de débiteur cédulaire et la

- 32 - défenderesse, propriétaire de la cédule, a la qualité de créancière cédulaire. d) Le transfert de la propriété d'une cédule hypothécaire et des droits qui y sont incorporés peut s'effectuer de deux manières. Le titulaire de la cédule et l'acquéreur peuvent convenir que la cédule sera transférée sans réserve à ce dernier ou que la cédule ne lui sera transférée qu'à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance dont l'acquéreur est titulaire. Le second cas, soit la remise d'une cédule hypothécaire en garantie fiduciaire, implique nécessairement la renonciation des parties à la novation ainsi que la juxtaposition de la créance incorporée et de la créance garantie, le but des parties étant de garantir la seconde et non de la substituer par la première (Steinauer, Les droits réels, tome III, 3ème éd., n. 2933f; Foëx, Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, en particulier pp. 124 ss). En d'autres termes, lorsqu'une cédule hypothécaire fait l'objet d'un transfert de propriété aux fins de garantie, 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'oblige simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la ou des créances garanties (Foëx, op. cit., pp. 121 ss). La légitimation selon le droit des papiers- valeurs lui permet de se présenter à l'égard des

tiers comme le titulaire absolu des droits incorporés. Or, en raison de la convention de garantie, il est obligé envers le fiduciaire de ne faire usage de cet excès de la faculté de disposer juridiquement que dans le cadre convenu (ATF 119 II 326 c. 2b, JT 1995 II 87). Le créancier de la créance abstraite n'a droit au capital et intérêts sur celle-ci qu'à concurrence du capital et des intérêts conventionnels de la créance causale. La créance abstraite sert donc de plafond (Denys, op. cit., p. 16). Si la créance résultant du rapport contractuel de base est inférieure au montant de la créance incorporée dans la cédula, le créancier ne peut agir dans la poursuite en réalisation de gage que pour la somme équivalente à ce qui est effectivement dû en capital et intérêts en vertu de la créance causale (de Gottrau, Transfert de

- 33 - propriété et cession à fin de garantie in *Sûreté et garanties bancaires*, publication CEDIDAC n° 33, pp. 213-214; Denys, op. cit., spéc. § 9.4, p. 16). La convention fiduciaire 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. Ce pacte constitue une exception que le débiteur peut opposer au créancier garanti, en vertu de l'art. 872 CC, si ce dernier prétend se faire payer l'intégralité de la créance cédulaire (RSJ 2005 p. 430 c. 3; CPF, S. J. c. B., 30 octobre 2003, n° 379; Staehelin, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3ème éd., n. 22 ad art. 855 CC); le débiteur peut alors exiger la limitation de la somme réclamée au montant de la créance causale (avec intérêts; TF 5A\_122/2009 du 2 février 2010 c. 3.2). Il appartient au débiteur d'établir que la créance causale est inférieure à la créance abstraite et dans quelle mesure, à titre de fait libératoire (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210]). Si au contraire, la créance résultant du rapport de base est supérieure au montant nominal de la créance cédulaire, le créancier peut faire valoir dans la poursuite spéciale l'intégralité de la créance cédulaire avec les intérêts de trois années échus, intérêts courants et intérêts moratoires (cf. art. 818 al. 1 ch. 3 CC; TF 5A\_122/2009 du 2 février 2010 c. 3.2). Le taux de l'intérêt des trois annuités échues et des intérêts courants est celui fixé dans la convention de fiducie (Jaques, Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires, *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs [BISchK]* 2001 pp. 201 ss, spéc. p. 215; Zobl, Zur Sicherungs-übereignung von Schuldbriefen, *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier [RNRF]* 68/1987 pp. 281 ss, spéc. p. 290). Pour le solde de la créance résultant de la relation contractuelle de base, il peut agir par la poursuite ordinaire (de Gottrau, op. cit., pp. 213-214). Il y a donc lieu de faire un double calcul - d'une part de la créance causale avec intérêts à tel pour cent, d'autre part de la créance abstraite avec intérêts de trois ans à tel autre pour cent et intérêts courants -, et vérifier si la première est plus ou moins élevée que la seconde (TF 4A\_451/2009 du 25 février 2010). La garantie hypothécaire prend fin le jour de la réalisation forcée, même si le produit de la réalisation ne couvre pas toute la dette garantie, le créancier conservant

- 34 - une créance chirographaire pour les intérêts non couverts (Steinauer, op. cit., nn. 2794b, 2794c, 2794d, 2795; ATF 96 III 83, JT 1971 II 60). Dans ses rapports avec son débiteur, la banque conclut un accord qui détermine les obligations des parties par rapports aux actifs en question et les conditions auxquelles la banque peut les réaliser (Lombardini, *Droit bancaire suisse*, p. 897). Le créancier qui veut récupérer ce qui lui est dû doit avoir préalablement dénoncé la créance incorporée dans la cédula (Lombardini, op. cit., p. 903). En l'espèce, les créances causales sont de respectivement 3'575'000 fr. avec intérêt à 3,35% l'an dès le 1er juillet 2003 et de 1'100'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 1er juillet 2003, et la créance abstraite est de 5'500'000 francs. En procédant au double calcul effectué selon la

méthode du Tribunal fédéral, on constate que le montant de la créance causale, avec intérêts, dépasse celui de la créance abstraite – dont on ne connaît pas le taux d'intérêt – dans le courant de l'année 2008 ([3'575'000 fr. x 3,35% l'an, soit 119'762 fr. 50] + [1'100'000 fr. x 5% l'an, soit 55'000 fr.] qui donne un intérêt annuel total de 174'762 fr. 50). Ainsi, la défenderesse peut faire valoir l'intégralité de la créance cédulaire dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier ouverte à l'encontre du demandeur. e) Pour que l'acquéreur à titre fiduciaire d'une cédula hypothécaire puisse engager une poursuite en réalisation de gage immobilier, il faut que soient exigibles aussi bien la créance incorporée dans le titre – par la dénonciation préalable de la cédula hypothécaire – que la créance garantie – par la dénonciation du contrat de prêt (Foëx, op. cit., p. 126; Denys, op. cit., §§ 8.1 ss et § 9.3, pp. 12 ss). Il sied donc d'examiner si la défenderesse a satisfait à ses obligations en dénonçant valablement la cédula hypothécaire litigieuse ainsi que les contrats de prêt et de compte courant.

- 35 - A teneur de l'art. 844 CC, sauf stipulation contraire, les cédules hypothécaires ne peuvent être dénoncées, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts (al. 1), la législation cantonale pouvant réserver des dispositions restrictives au sujet de leur dénonciation (al. 2). Cette disposition est de nature dispositives et n'a qu'une portée subsidiaire par rapport à la convention des parties (Staehelin, op. cit., n. 5 ad art. 844 CC; Steinauer, op. cit., n. 2943). Ainsi, celles-ci peuvent déroger non seulement quant au délai légal mais aussi quant au terme de dénonciation. Ces éléments n'étant pas essentiels au contrat de gage, la convention n'est pas soumise au respect de la forme authentique (ATF 123 III 97 c. 2, JT 1998 I 57, SJ 1997 I 526; voir également : Foëx, op. cit., p. 142 et la jurisprudence citée). Le droit vaudois ne connaît pas d'autres termes de dénonciation (Piotet, Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse I/II, nn. 951 ss, pp. 313 et 314). La jurisprudence admet que les parties puissent se référer, dans la convention de gage, à des accords séparés, en particulier à des conditions générales qui accordent au créancier le droit de résilier des relations d'affaires existantes avec effet immédiat et de réclamer sans autre dénonciation le paiement des avoirs échus à la suite de cette résiliation. De tels accords permettent également de modifier, sous réserve de la protection de l'acquéreur de bonne foi, les délais et termes de dénonciation mentionnés sur le titre. Dans cette hypothèse, le créancier est admis à faire valoir la créance découlant de la cédula hypothécaire non pas conformément au contenu de ce titre mais en fonction de la relation interne entre les parties (ATF 123 III 97 c. 2 et les références citées, JT 1998 I 57, SJ 1997 526). Il existe une controverse sur le point de savoir si la créance en poursuite doit être exigible au jour de la réquisition de poursuite ou s'il suffit qu'elle le soit au jour de la notification du commandement de payer (TF 5P.333/2001 du 11 décembre 2001 c. 3b). Avec la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal et une partie de la doctrine, il convient de s'en tenir à la règle selon laquelle la créance doit être exigible au jour du dépôt de la réquisition de poursuite (CPF, 20 août 2007, W. c. U.; Denys, op. cit., § 8.2, pp. 13 ss; Gilliéron, op. cit., n. 95 ad art. 82 LP; contra Staehelin, Basler Kommentar, Kommentar zum

- 36 - Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, n. 77 ad art. 82 LP; Favre/Liniger, Cédulas hypothécaires et procédure de mainlevée in SJ 1995 pp. 101 ss, spéc. 107). En l'espèce, le titre hypothécaire stipule que le créancier ou le débiteur peuvent dénoncer en tout temps le prêt au remboursement total ou partiel moyennant un préavis de six mois. Quant à la dénonciation des prêts hypothécaires prévue à l'art. 11 des conditions

générales de la défenderesse, les parties sont en droit de dénoncer leurs relations d'affaires en tout temps et la défenderesse peut en particulier annuler des crédits ou engagements promis ou accordés. Par courrier du 24 juillet 2003, la défenderesse a dénoncé la cédula hypothécaire au remboursement pour le 31 janvier 2004. Elle a donc respecté le délai de six mois de dénonciation de la cédula. A la même date, la défenderesse a également dénoncé la créance causale avec le même préavis. Ainsi, tant la créance abstraite que la créance causale étaient dès lors exigibles au jour de la réquisition de poursuite, antérieure de quelques jours à la notification du commandement de payer intervenue le 3 mai 2004. Au vu de ce qui précède et dans la mesure où le demandeur a admis en procédure n'avoir procédé à aucun paiement à la suite de la dénonciation au remboursement par la défenderesse, la défenderesse, qui est porteur du titre hypothécaire dont la propriété lui a été cédée en propriété et à fin de garantie par le demandeur, et qui a respecté les conditions relatives à la dénonciation au remboursement de ce titre, est donc fondée à invoquer ce droit de propriété et à faire valoir les montants relatifs aux créances couvertes par cette garantie à hauteur du montant de la créance cédulaire. IV. La défenderesse a donc établi sa créance. Le demandeur oppose toutefois en compensation une créance en dommages-intérêts et invoque une violation des obligations incombant à la défenderesse en tant que banque dispensatrice de crédit, plus particulièrement une violation de son devoir d'information. Il lui reproche en substance d'avoir violé ses

- 37 - obligations de mandataire, en agissant exclusivement dans ses propres intérêts, en omettant de le mettre en garde quant aux risques que les opérations bancaires pouvaient engendrer pour lui en fonction de sa situation financière personnelle et de la valeur réelle de l'immeuble acquis, et en ne l'informant pas clairement sur le fait qu'il suffisait que le contrat de bail de la société [...] soit résilié ou que cette société tombe en faillite pour que la situation économique devienne insupportable. a) Les parties ont été liées par des contrats d'ouverture de crédit ou de crédit dont la nature est controversée, mais qui sont considérés de manière prépondérante comme des prêts avec un élément durable de mandat (SJ 1999 I 205 c. 3 et les références citées). La banque doit remplir à l'égard de ses clients certains devoirs, parmi lesquels des devoirs d'information et de conseil. Le point de savoir si ces devoirs découlent de l'art. 398 al. 2 CO, ce qui suppose un rapport de mandat préexistant, ou s'ils reposent sur le principe de la confiance, voire sur la culpa in contrahendo, peut demeurer indéterminé dès lors que ces différents fondements n'influencent pas le contenu même de ces devoirs (SJ 2005 I 164 c. 3.2 et les références citées). La banque doit donner une information spontanée et complète lorsqu'elle fait partie du contenu de l'obligation principale. Cette obligation prévaut aussi chaque fois que, dans un cas concret, le client souhaite information et conseil qui lui sont fournis par la banque professionnellement compétente. De plus, un devoir d'information marqué existe dans l'hypothèse où la banque recommande au client, même spontanément, certaines dispositions patrimoniales, en particulier des placements en capital. En revanche, il n'existe aucun devoir d'information à charge de la banque en cas d'instructions ciblées du client tendant à des dispositions relatives à son compte. La banque n'a ainsi pas à conseiller spontanément le client sur les développements probables des investissements choisis et sur les mesures à prendre pour limiter les risques. En effet, lorsque le client donne de manière inconditionnelle les ordres ou les instructions correspondants, il montre qu'il n'a pas besoin de l'information et des conseils de la banque, ni ne les souhaite. En pareil cas,

- 38 - un devoir de mise en garde ou de diligence n'existe qu'exceptionnellement, soit lorsque la banque peut prévoir un danger non reconnaissable pour le client et menaçant un placement, ou en cas de conflit d'intérêts; par exemple, la banque ne doit pas encourager les crédits à une entreprise en danger dans le but de favoriser le remboursement de ses propres créances incertaines. L'obligation d'informer prévaut encore lorsqu'un rapport particulier de confiance s'est développé dans le cadre de la relation d'affaires durable entre le client et la banque, rapport en vertu duquel le client peut, sur la base des règles de la bonne foi, attendre conseil et mise en garde même s'il n'a rien demandé (TF 4C.82/2005 du 4 août 2005 c. 6.2; TF 4C.298/2004 du 26 janvier 2005 c. 3.1; TF 4C.205/2002 du 9 décembre 2002 c. 2.2; SJ 2002 I 274 c. 4a; SJ 1999 I 205 c. 3b). En matière de gestion de fortune, la banque doit informer le client, soit le renseigner de sa propre initiative sur tous les faits importants concernant le contrat ou son exécution. Doivent être considérées comme importantes toutes les informations qui pourraient modifier la volonté contractuelle du client ou qui pourraient l'inciter à donner, changer ou retirer des instructions (Bizzozero, Le contrat de gérance de fortune, thèse Fribourg 1992, p. 102). La banque a également une obligation de mise en garde du client le dissuadant d'entreprendre certaines opérations (ATF 133 III 97, JT 2008 I 84; Lombardini, Responsabilité de la banque dans le domaine de la gestion de fortune: état de la jurisprudence et questions ouvertes, in SJ 2008 II 420 ss). En revanche, de manière générale, la banque est libre de décider, en tenant compte exclusivement de ses intérêts, si elle octroie un crédit ou si elle le résilie. On ne peut en effet pas lui reprocher d'avoir financé un projet sans espoir (TF 4C.410/1997 du 23 juin 1998; RJN 1999 pp. 61 ss) ou d'avoir maintenu un débiteur en activité, alors que cette décision n'était pas justifiée en raison de la situation financière du preneur de crédit. La banque n'a pas non plus à surveiller l'effet que le crédit octroyé a sur les tiers en relations d'affaires avec le débiteur (Lombardini, op. cit., p. 849 et les références citées). Indépendamment de son intérêt propre de couverture, la banque n'est pas

- 39 - tenue de faire des investigations sur le besoin de crédit du client, ses intentions quant à l'utilisation des fonds, d'en examiner la justification matérielle et l'opportunité. Dans l'hypothèse où le client requiert l'octroi d'un crédit qui n'est pas lié à une affaire à connotation bancaire, le devoir général de conseil à charge de la banque n'entre en considération que pour les affaires conclues avec la banque, à son instigation ou par son intermédiaire, sous peine d'élargir à l'infini le cercle de ses obligations. Le preneur de crédit doit supporter le risque de l'entrepreneur. Un devoir de mise en garde n'existe que dans des conditions spécifiques, notamment en cas de connaissance particulière de la banque quant au risque spécial lié au financement d'un projet (TF 4C.82/2005 du 4 août 2005 c. 6.2; SJ 2005 I 164; SJ 1999 I 205 c. 3c). L'acquisition, la construction et la vente de biens immobiliers est par nature étrangère à la banque (SJ 1999 I 205 c. 4a). En effet, si le client réclame un crédit qui n'est pas lié à une affaire à connotation bancaire, en l'occurrence une opération immobilière, la banque n'est en principe pas tenue, pour autant qu'elle soit même en mesure de le faire, de vérifier spontanément la possibilité de réaliser un tel projet d'un point de vue juridique ou économique, pas plus qu'elle n'est obligée d'instruire le preneur de crédit des risques liés au financement d'une affaire de ce genre (TF 4C.410/1997 du 23 juin 1998 c. 3c; TF 4C.153/2004 du 16 juillet 2004). La banque ne doit pas supporter les risques de l'activité économique de ses clients. Si elle octroie un crédit à un débiteur devenu insolvable, elle est suffisamment sanctionnée par le fait qu'elle perd, en tout ou en partie, le montant de ses créances (Lombardini, op. cit., p. 849). La banque qui se limite à octroyer un crédit n'est donc pas de ce seul fait partie prenante aux affaires de son débiteur. Doit être

réservé le cas de la banque organe de fait parce qu'elle intervient, de façon concrète et régulière, dans les affaires de son client en participant au processus de prise de décision ou en proposant au preneur de crédit des solutions particulières de financement simplement afin de lui permettre de cacher sa réelle situation financière (Lombardini, op. cit., p. 850). Les conditions posées pour retenir la qualification d'organe de fait sont rigoureuses. Ce rôle ne résulte pas du simple fait que la banque est une créancière importante, voire la seule créancière du preneur de crédit; qu'elle détient une participation dans la

- 40 - société preneur de crédit; que le crédit octroyé par la banque est vital pour le client, de sorte que sa résiliation a des conséquences dramatiques; que le client tient au courant la banque de l'évolution de ses affaires ou des décisions les plus importantes qu'il prend; que la banque exerce les droits habituels qui sont consentis à une créancière; que la banque connaît la situation du preneur de crédit vis-à-vis de ses autres créanciers; que tout le trafic de paiement du preneur de crédit transite par la banque (Lombardini, op. cit., p. 850). Quelle que soit la nature du contrat qui lie les parties, pour que la responsabilité de la banque soit engagée, le client doit prouver l'existence d'une violation du contrat, d'un préjudice et d'un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation du contrat et le préjudice. Il appartient en revanche à la banque de prouver qu'elle n'a pas commis de faute (art. 97 CO; Werro, Commentaire romand, n. 37 ad art. 398 CO; Lombardini, op. cit., p. 817; Bretton-Chevalier, Le gérant de fortune indépendant, thèse Genève 2002, p. 192). Ces conditions sont cumulatives (TF 4C.88/2004 du 2 juin 2004 c. 3.1). ab) En l'espèce, le demandeur reproche à la défenderesse de l'avoir incité à acquérir un immeuble dont il n'avait pas l'usage, dont il ne pouvait pas assurer le financement, et alors qu'il n'avait pas les connaissances suffisantes pour se rendre compte des risques qu'il prenait. Il lui reproche également d'avoir dénoncé les crédits octroyés au remboursement à un moment critique pour sa société. Tout cela en agissant exclusivement dans ses propres intérêts au détriment du demandeur, alors que celui-ci considérait la défenderesse comme organe de fait de la société [...]. Même s'il ne s'agissait pas d'une affaire à connotation bancaire proprement dit, cette affaire concernait directement la défenderesse dans la mesure où il s'agissait de la vente d'un de ses biens immobiliers. Le devoir général de conseil à charge de la banque est donc susceptible d'entrer en considération en l'espèce. Cette question peut toutefois demeurer indécise puisque la prétention reconventionnelle du

- 41 - demandeur n'est de toute manière pas fondée pour les motifs qui seront développés ci-dessous. Il n'a pas été établi que la défenderesse aurait poussé le demandeur à acquérir l'immeuble de [...], ni qu'elle gérait dans les faits la société du demandeur sur le plan financier et/ou administratif, ni qu'elle ait été partie prenante aux affaires du demandeur, ni même qu'elle aurait été invitée à lui donner des conseils quant aux perspectives économiques de l'opération immobilière en question. Il ressort bien plutôt de l'instruction que la défenderesse s'est contentée de financer l'opération d'achat immobilier du demandeur en se basant sur le caractère autoporteur de l'immeuble, soit sur le fait que les revenus de l'immeuble permettaient de couvrir les charges, y compris le service de la dette. Au titre de donneur de crédit, elle n'était d'ailleurs pas tenue de vérifier les conditions de réalisation et de développement du projet économique du demandeur, ni d'instruire celui-ci des risques liés à une affaire de ce genre, le demandeur devant en revanche supporter le risque de l'entrepreneur. Le rôle de la défenderesse était donc limité aux prestations usuellement offertes à un débiteur par une institution bancaire. Les relations entre les parties étaient seulement commerciales et rien n'indique que la défenderesse avait avec le demandeur des

relations différentes de celles qu'elle entretient avec ses autres clients en général. En outre, si l'expert a confirmé le fait que la société [...] n'avait pas besoin d'un immeuble tel que celui de [...], il a expliqué que les locaux non utilisés par des tiers au bénéfice d'un bail de longue durée pouvaient convenir à la société pour son utilisation du moment ainsi que pour son développement futur. L'expert a ajouté qu'en se basant sur le prix payé de 5'250'000 fr., le rendement locatif de 510'000 fr. représentait un rendement de 9,71% qui pouvait être considéré comme intéressant, ce d'autant plus que c'était le demandeur qui a acheté l'immeuble constituant pour lui un placement financier. En outre, la situation financière du demandeur était alors suffisante pour supporter l'amortissement de la dette résultant de l'achat de l'immeuble sans augmentation de salaire. Les revenus locatifs de l'immeuble permettaient

- 42 - au demandeur de supporter les charges d'intérêts et d'amortissement de l'immeuble sans augmentation du salaire versé en 1999 avant l'achat de l'immeuble. Dès lors, l'achat de l'immeuble était possible financièrement. S'agissant du prix de vente fixé par la défenderesse pour l'immeuble de [...], il ressort du dossier que la valeur vénale de l'immeuble était supérieure au prix d'achat et que celui-ci était correct. Concernant la résiliation des crédits octroyés, la défenderesse, en sa seule qualité de donneur de crédit à l'exclusion de toute implication dans la société du demandeur, était libre de dénoncer ses relations d'affaires avec celui-ci en tenant exclusivement compte de ses intérêts, moyennant le respect des conditions prévues et acceptées par les parties, ce qu'elle a fait en l'occurrence. Au vu de ce qui précède, il apparaît que la défenderesse s'est limitée à octroyer un crédit au demandeur, crédit qu'elle a par la suite résilié en respectant les conditions stipulées à cet effet, mais elle n'a en revanche pas manqué à ses devoirs dans le cadre de cette opération. ba) En outre, le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette (ATF 127 III 73 c. 4a, SJ 2001 p. 397). Il consiste en une perte éprouvée ou en un gain manqué, la combinaison des deux étant fréquente (Bretton-Chevallier, op. cit., p. 193). Le dommage apparaît comme étant la différence entre deux valeurs: l'état du patrimoine à la suite des actes dommageables et l'état de ce patrimoine sans ces actes (Bizzozero, op. cit., p. 173). Dans les actions intentées par les créanciers sociaux, il faut distinguer selon que ceux-ci ont été lésés directement ou indirectement à travers une diminution du patrimoine de la société (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, p. 421, § 36, n. 13). La distinction entre dommage direct et indirect est fonction du fondement juridique de l'obligation de réparer le dommage, et non du patrimoine affecté par le dommage (ATF 122 III 176, JT 1998 II 140 c. 7b).

- 43 - On parle de dommage direct pour qualifier le dommage qui touche individuellement le créancier lui-même, indépendamment d'une atteinte au patrimoine de la société (ATF 110 II 391 c. 1, rés. in JT 1985 I 287), autrement dit le créancier qui est victime d'un comportement spécifique d'un organe à son égard (Stoffel, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in Le nouveau droit des sociétés anonymes, publication CEDIDAC n° 23, 1993, pp. 159 ss, spéc. p. 211); subit ainsi un dommage direct le créancier qui accorde un crédit à une société sur la base d'un bilan inexact ou qui contracte avec une société surendettée ayant omis d'aviser le juge en application de l'art. 725 al. 2 CO (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., p. 421, § 36, n. 14). Si c'est la société qui est directement touchée par le dommage, les créanciers sociaux subissent également un dommage, mais indirectement, dans la mesure où le dommage direct subi par la société – diminution du patrimoine de celle-ci – la conduit à l'insolvabilité et à la faillite

(Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., p. 421, § 36, n. 15; ATF 110 II 391 c. 1, rés. in JT 1985 I 287). Le dommage subi directement par la société se confond dans un tel cas avec le dommage subi indirectement par l'ensemble des actionnaires et des créanciers (ATF 117 II 432, JT 1993 I 72 c. 1b/cc). Sous l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, les créanciers d'une société faillie pouvaient, selon les cas, agir à trois titres contre les organes de la société: ils pouvaient d'abord exercer une action propre en réparation de leur dommage direct; ils pouvaient également, en qualité de cessionnaires des droits de la masse sur la base de l'art. 260 LP, agir en vertu des droits que la société en faillite pouvait faire valoir contre ses administrateurs du chef de leur responsabilité (action sociale); enfin, ils pouvaient agir à titre personnel pour obtenir réparation du dommage indirect qu'ils avaient subi comme créanciers de la société (ATF 111 II 182 c. 3a, rés. in JT 1986 I 30). Dans une jurisprudence datant de 1991, le Tribunal fédéral a abandonné l'opinion selon laquelle le créancier cessionnaire des droits de la masse peut faire valoir, d'une part, les prétentions de la société contre les organes responsables (art. 260 LP) et, d'autre part, des prétentions personnelles pour son dommage indirect (art.

- 44 - 756 al. 2 aCO). Il a considéré que le droit d'action que confèrent aux créanciers les art. 753 et 754 aCO n'avait pas un caractère individuel; dans une procédure d'exécution générale et collective, l'administration de la faillite – qui exerce en premier lieu l'action en responsabilité (art. 756 al. 1 aCO) – ne se fonde pas sur le droit personnel de chacun des créanciers, mais sur l'ensemble de leurs prétentions; le créancier cessionnaire agit de même, mais le montant obtenu à l'issue du procès sert prioritairement à couvrir sa créance; l'art. 756 al. 2 aCO ne constitue dans cette mesure qu'un cas d'application de l'art. 260 LP (ATF 117 II 432, JT 1993 I 72 c. 1b/ee et ff; ATF 122 III 176 c. 7a, JT 1998 II 140). Malgré les critiques d'une partie de la doctrine, qui portent essentiellement sur l'exclusion des exceptions relatives au demandeur lui-même (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit.; Ruedin, Les actions en responsabilité des actionnaires et des créanciers pour le dommage subi par la société dans le cadre de la faillite de la société (art. 756-758 CO), RJN 1993 pp. 31 ss, spéc. 34 et 43; Berti, RSDA 1992 pp. 74 ss, spéc. 78), le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence (ATF 122 III 166 c. 3a in fine, JT 1998 II 130; ATF 122 III 176 c. 7, JT 1998 II 140; ATF 122 III 195 c. 9a, rés. in JT 1997 I 221; ATF 122 III 488 c. 3, rés. in JT 1999 II 94; Forstmoser/Luchsinger Gähwiler, Le point sur le droit des sociétés (sociétés commerciales et sociétés coopératives) et des papiers-valeurs, RSJ 1996 pp. 394 ss, spéc. 396). bb) En l'espèce, il résulte de l'état de fait que le demandeur ne peut faire valoir que le dommage qui le touche individuellement, indépendamment d'une atteinte au patrimoine de la société, soit uniquement son dommage direct. Ainsi, seul le dommage direct résultant le cas échéant pour le demandeur de l'acquisition de l'immeuble de [...], à l'exclusion du dommage invoqué résultant de la perte de la totalité du capital-actions de la société, doit être examiné. Or, non seulement le demandeur n'a pas allégué et encore moins établi le montant du dommage qu'il aurait subi, puisqu'il prétend, tout au plus, qu'il s'agit d'un dommage qui n'est pas inférieur aux prétentions articulées par la défenderesse à son encontre, mais en outre, l'expert a de toute manière

- 45 - clairement affirmé qu'il n'existait pas de dommage résultant de l'achat de l'immeuble en question. Les conditions de la responsabilité prétendue de la défenderesse ne sont donc pas réalisées et les prétentions reconventionnelles du demandeur ne sont pas fondées. V. La défenderesse a également conclu, dans sa réponse, à ce qu'il soit donné libre cours à la poursuite en réalisation de gage immobilier ouverte à l'encontre du demandeur. Cette

conclusion doit être examinée dans la mesure où le juge civil, saisi d'une réclamation pécuniaire ayant le même objet, peut en même temps qu'il statue sur le fond, prononcer la mainlevée définitive de l'opposition si les conditions en sont réunies (art. 36 al. 2 LVLP; ATF 120 III 119, JT 1997 II 72; SJ 1986 p. 359 c. 4; ATF 107 III 60, JT 1983 II 90).

L'autorité qui statue sur le fond est en effet généralement la mieux placée pour apprécier la situation en fonction de son prononcé, s'agissant du paiement d'une somme d'argent déterminée (ATF 107 III 60, JT 1983 II 90). En l'espèce, au vu des considérations développées ci-dessus (cons. III d), l'opposition formée par le demandeur au commandement de payer qui lui a été notifié le 3 mai 2004 par la défenderesse doit être définitivement levée à concurrence de 5'500'000 fr. sans intérêt. VI. a) Selon l'art. 92 al. 1 CPC, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du

- 46 - 17 juin 1986 (RSV 177.11.3). Les débours ont trait au paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée. A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC). b) En l'espèce, obtenant presque entièrement gain de cause, la défenderesse C. \_\_\_\_\_ a droit à des dépens réduits d'un dixième, à la charge du demandeur A.F. \_\_\_\_\_, qu'il convient d'arrêter à 72'895 fr., savoir : a 45'00 fr à titre de participation aux neuf dixièmes ) 0 . des honoraires de son conseil; b 2'250 fr pour les débours de celui-ci; ) . c) 25'64 fr en remboursement des neuf dixièmes de 5 . son coupon de justice.

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