

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/10485/2013

ACJC/731/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 19 JUIN 2015

Entre

Madame A____, domiciliée _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 2ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 août 2014, comparant par Me Lucien Feniello, avocat, rue de la Coulouvrenière 29, case postale 5710, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

B____, ayant son siège _____ (ZH), intimée, comparant par Me Saverio Lembo et Me Anne Valérie Julen Berthod, avocats, quai de la Poste 12, case postale 5056, 1211 Genève 11, en l'étude desquels elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 25 juin 2015.

EN FAIT

A. Par jugement du 26 août 2014, communiqué pour notification aux parties le 27 août 2014 et reçu le 28 août 2014 par A_____, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a débouté A_____ de toutes ses conclusions (chiffre 1 du dispositif), prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par celle-ci au commandement de payer, poursuite en réalisation de gage immobilier n° 1_____ (chiffre 2), arrêté à 40'000 fr. les frais judiciaires, lesquels étaient compensés avec l'avance fournie (chiffre 3), condamné A_____ à payer à B_____ (ci-après : B_____) la somme de 38'190 fr. 65 à titre de dépens (chiffre 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (chiffre 5).

B. a. Par acte déposé le lundi 29 septembre 2014 au greffe de la Cour de justice (ci-après : la Cour), A_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Principalement, elle conclut à la mise à néant de l'arrêt n° ACJC/880/2013 rendu le 12 juillet 2013 par la Cour dans la cause n° C/24522/2012, dans la mesure où il prononce la mainlevée provisoire de l'opposition formée par elle dans la poursuite n° 1_____, à ce qu'il soit constaté que la prétention de B à l'encontre de C_____ en paiement d'un montant de 1'900'000 fr. est infondée, à ce qu'il soit constaté que la prétention de B à son encontre en réalisation de la cédule hypothécaire du même montant grevant la parcelle n° 2_____ de la commune d'Hermance est infondée, à ce qu'il soit dit que la poursuite n° 1_____ n'ira pas sa voie et à ce que B soit déboutée de toutes autres conclusions, le tout sous suite de frais et dépens.

Subsidiairement, elle conclut à ce que la Cour procède préalablement à l'audition de C_____ avant de faire droit à ses conclusions principales.

Plus subsidiairement encore, elle conclut à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal pour qu'il procède à l'audition de C_____ avant de statuer à nouveau.

b. Dans sa réponse à l'appel, B_____ conclut à la confirmation du jugement entrepris avec suite de frais et dépens, ces derniers devant être arrêtés à 29'627 fr. Elle produit à cet égard un état de frais arrêté au jour du dépôt de la réponse, faisant état d'honoraires d'avocat s'élevant à 22'323 fr. 60, TVA comprise, pour 52,90 heures d'activité.

c. A_____ a répliqué le 4 mars 2015, persistant dans ses conclusions et contestant le montant des dépens réclamés par B_____.

d. B_____ a dupliqué le 14 avril 2015, persistant dans ses conclusions et produisant un nouvel état de frais, couvrant la période comprise entre le dépôt de la réponse et celui de la duplique, faisant état d'honoraires d'avocat s'élevant à 5'659 fr. 20, TVA comprise, pour 14 heures d'activité.

e. Les parties ont été informées par courrier du greffe du 15 avril 2015 que la cause était gardée à juger.

C. Les éléments pertinents suivants ressortent de la procédure :

a. B_____, établissement bancaire ayant son siège en Suisse, a employé C_____, de nationalité allemande, en qualité de "Senior Client Advisor" du 1^{er} août 2004 au 18 juin 2010.

b. Par actes datés des 25 juillet et 15 novembre 2010, B_____ a déposé à l'encontre de C_____ une plainte pénale des chefs de faux dans les titres, escroquerie par métier, abus de confiance qualifié et blanchiment d'argent aggravé. Il lui était reproché d'avoir détourné des fonds de clients de la banque et de les avoir utilisés pour ses besoins personnels et ceux de personnes de son entourage, au nombre desquelles A_____, avec laquelle il aurait eu un enfant hors mariage.

Dans le cadre de la procédure pénale consécutive à cette plainte (P_____), C_____ a sollicité et obtenu du Ministère public l'application de la procédure dite simplifiée, réglée par les art. 358 à 362 CPP. Par jugement du Tribunal de police du 4 septembre 2012, il a été reconnu coupable d'abus de confiance qualifié et de faux dans les titres et condamné à une peine privative de liberté assortie du sursis. Le Tribunal de police a par ailleurs pris acte de l'accord intervenu une année auparavant (cf. let. c. ci-dessous) avec B_____ sur le montant et le règlement des prétentions civiles, qui était réputé intégralement repris dans le dispositif du jugement.

c. En date du 29 août 2011, B_____, en qualité de créancière, C_____, en qualité de débiteur, ainsi que C_____ AND HIS PARTNERS COMPANY (ci-après : D_____), entité ayant son siège en Jordanie, en qualité de garante n° 1, et A_____, en qualité de garante n° 2, ont passé un acte intitulé "*recognition of debt and security agreement*" (ci-après : l'accord du 29 août 2011).

Les dispositions de cet accord pertinentes pour la solution du litige sont les suivantes :

- Selon l'art. 2, C_____ reconnaît devoir à B_____, à la date du 29 août 2011, les montants de 85'935 fr. 25 et de 7'390'934.53 USD, correspondant pour l'essentiel aux sommes versées par B_____ à ses clients victimes des agissements de celui-ci; des intérêts à hauteur de 5% l'an étaient dus sur ces montants (art. 4);
- Selon l'art. 3.1, C_____ s'engage à rembourser au moins la moitié des montants dus, augmentés des intérêts, dans les six mois suivant la signature de l'accord, soit au plus tard le 29 février 2012; le solde devait

pour sa part être réglé dans les douze mois suivant la signature de l'accord, soit au plus tard le 29 août 2012, sous réserve du refus par les autorités jordaniennes d'autoriser l'aliénation d'un bien sis en Jordanie, hypothèse dans laquelle le délai pour verser le solde dû était reporté de six mois, soit au 28 février 2013; en cas d'inexécution, telle que définie par l'art. 15 de l'accord, la totalité du montant encore dû devenait immédiatement exigible, y compris les intérêts courus;

- Le chapitre 7 de l'accord, intitulé "*security*", concerne les sûretés fournies par le débiteur lui-même et les deux garantes; l'art. 7.3 prévoit à cet égard que la garante n° 2, soit A_____, s'engage à faire constituer et à remettre à B_____ une cédula hypothécaire d'un montant de 1'900'000 fr. grevant en premier rang la parcelle n° 2_____ de la commune d'Hermance, lui appartenant; l'art. 7.5 énumère les conditions cumulatives devant être réalisées pour que la cédula puisse être réalisée, au nombre desquelles la survenance d'un cas d'inexécution au sens de l'art. 15 let. a, c, e ou g de l'accord; sous réserve de la réalisation de ces conditions, il est prévu que le créancier pourra procéder à la réalisation de la sûreté fournie sans autre avis, par vente publique ou privée;
- L'art. 15 définit les cas d'inexécution ("*Event of default*"); selon l'art. 15 let. a, le fait pour le débiteur de ne pas effectuer un paiement prévu par l'accord, y compris un paiement partiel, à l'une des échéances prévues par l'accord, constitue un cas d'inexécution;
- L'art. 16 autorise la créancière, si un cas d'inexécution au sens de l'art. 15 est réalisé, à réclamer immédiatement l'intégralité du solde dû, sans préjudice des autres droits qui lui sont concédés par l'accord ou par la loi;
- L'art. 21 soumet l'accord au droit suisse et comporte une élection de for en faveur des juridictions genevoises;
- Enfin, l'accord mentionne que, par courrier annexé du même jour (soit du 29 août 2011), B_____ a dénoncé au paiement pour le 29 février 2012, conformément à l'art. 163 LaCC, la cédula hypothécaire constituée par A_____ en application de l'art. 7.3.

d. Ladite cédula, grevant en premier rang et à hauteur de 1'900'000 fr. la parcelle n° 2_____ de la commune d'Hermance, avait été constituée quelques jours plus tôt par acte authentique daté des 4 et 16 août 2011, signé par A_____, en qualité de propriétaire de cette parcelle, C_____, en qualité de débiteur, et B_____, en qualité de créancière. Selon cet acte, la cédula, qui ne mentionne ni le nom du débiteur ni celui de la propriétaire de la parcelle grevée, était constituée afin de garantir le remboursement de la dette que C_____ reconnaissait avoir à l'égard de

B_____, selon l'accord finalement signé le 29 août 2015. Sous réserve de l'art. 163 LaCC, les conditions de remboursement et d'exigibilité de la créance constatée dans la cédule étaient soumises audit accord.

Etablie le 16 août 2011 sous n° 3_____, la cédule a, conformément aux instructions des parties, été remise à B_____ par le notaire ayant instrumenté l'acte par pli daté du 22 septembre 2011.

e. A la suite de la vente par C_____ d'un bien-fonds lui appartenant, B_____ a reçu pour le compte de ce dernier, en date du 13 décembre 2011, un montant de 1'484'500 fr. 15.

Par courrier daté du 20 juillet 2012 adressé au conseil de C_____, B_____ a déclaré compenser à hauteur de 77'993 fr. 20 sa dette à l'égard de ce dernier, résultant d'un virement de même montant reçu sur son compte bancaire de l'administration fiscale au titre de restitution, avec sa créance à son encontre, laquelle se trouvait ainsi réduite d'autant.

Enfin, le 15 août 2012, B_____ a reçu pour le compte de C_____ un montant supplémentaire de 6'696 fr.

Selon B_____, aucun autre acte ayant pour conséquence une réduction de la dette de C_____ à son égard n'est intervenu depuis le 29 août 2011.

f. Le 15 octobre 2012, B_____ a adressé à l'Office des poursuites une réquisition de poursuite en réalisation de gage immobilier, portant sur un montant de 1'900'000 fr. plus intérêts au taux de 5% l'an à compter du 1^{er} mars 2012, dirigée contre C_____ et fondée sur la cédule hypothécaire établie le 16 août 2011, grevant la parcelle appartenant à A_____. Cette poursuite porte le n° 1_____.

Parallèlement, soit par réquisition adressée le 25 octobre 2012 à l'Office des poursuites, B_____ a introduit une poursuite ordinaire à l'encontre de C_____, portant sur les montants de 5'515'225 fr. 97 (contrevalueur de 5'899'009.64 USD) et de 261'016 fr. 76 (contrevalueur de 279'179.93 USD) au titre respectivement de solde dû en capital et des intérêts courus à la date de la réquisition de poursuite, selon l'accord du 29 août 2011. La réquisition précise que les montants réclamés tiennent compte des paiements partiels effectués.

g. L'exemplaire du commandement de payer destiné au débiteur, poursuite n° 1_____, a été notifié le 24 octobre 2012 à C_____. Celui-ci a dans un premier temps formé opposition, mais l'a retirée quelques jours plus tard.

h. Dans la même poursuite n° 1_____, l'exemplaire du commandement de payer destiné au propriétaire de l'immeuble faisant l'objet du gage (art. 153 al. 2 let. a LP) a été notifié le 25 octobre 2012 à A_____, qui a formé opposition le même jour.

i. Par requête déposée le 23 novembre 2012 au greffe du Tribunal (cause n° C/24522/2012), B_____ a sollicité, par voie de procédure sommaire, la mainlevée provisoire de cette opposition. Le Tribunal a fait droit à cette conclusion par jugement n° JTPI/5611/2013 du 19 avril 2013, confirmé, sur appel de A_____, par arrêt de la Cour n° ACJC/880/2013 du 12 juillet 2013.

D. a. Par acte déposé le 15 mai 2013 au greffe du Tribunal, A_____ a formé une action en libération de dette dans le cadre de la poursuite n° 1_____, concluant à ce que le jugement de mainlevée du 19 avril 2013 ainsi que tout arrêt de la Cour le confirmant (l'issue de l'appel interjeté contre ledit jugement n'étant alors pas connue) soit annulé, et à ce qu'il soit dit que les prétentions en paiement de 1'900'000 fr. à l'encontre de C_____ et en réalisation de gage à l'encontre de A_____ n'étaient pas fondées et que la poursuite n° 1_____ n'irait pas sa voie.

A l'appui de ses conclusions, A_____ soutenait que B_____ n'avait pas apporté la preuve, qui lui incombait, du solde actuel de la créance causale résultant de l'accord du 29 août 2011, et que celle-ci n'était en tout état pas exigible.

La demande ne comporte aucune allégation relative à des faits qui, s'ils étaient admis ou établis, conduiraient à admettre une extinction totale ou partielle de la dette de C_____ à l'égard de B_____, telle que reconnue par l'accord du 29 août 2011.

Parmi les divers moyens de preuve offerts, A_____ sollicitait l'audition en qualité de témoin de C_____ en relation avec ses allégués n° 7 (concernant l'interprétation juridique d'une disposition contractuelle), 11 (relatif aux ressources financières du débiteur et aux sûretés qu'il avait fournies), 33 (relatif au retrait, non contesté, de l'opposition formée dans un premier temps par C_____ au commandement de payer, poursuite n° 1_____, A_____ ajoutant que ce retrait "*lais[s]a[it] supposer*" une entente entre le débiteur et B_____) et 38 (relatif au fait, non contesté, que des immeubles sis en Jordanie, visés par l'accord du 29 août 2011) n'avaient pas été vendus.

b. Dans ses écritures en réponse du 31 janvier 2013, B_____ a conclu au rejet des conclusions de A_____ et au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition formée par cette dernière au commandement de payer, poursuite n° 1_____. Elle a indiqué que, après prise en compte des opérations décrites sous lettre C.e ci-dessus, lesquelles avaient eu pour conséquence d'éteindre partiellement la dette résultant de l'accord du 29 août 2011, le montant de celle-ci compte tenu des intérêts excédait 6'000'000 fr. Cette somme était par ailleurs exigible au moment du dépôt de la réquisition de poursuite, soit le 15 octobre 2012.

B_____ a notamment produit les justificatifs relatifs aux diverses imputations qu'elle admettait ainsi qu'un décompte interne (pièce 15 intimée) selon lequel, au

31 janvier 2014, la dette de C_____ s'élevait encore à 5'899'009.64 USD en capital et 541'832.58 USD en intérêts courus.

c. Lors de l'audience de débats d'instruction tenue le 20 mars 2014, A_____ a précisé ses conclusions en ce sens que celles-ci tendaient également à l'annulation de l'arrêt rendu le 12 juillet 2013 par la Cour. Elle a par ailleurs complété son offre de preuves, sollicitant que C_____ soit entendu en qualité de témoin également en relation avec ses allégués n° 34 (relatif à l'absence d'information donnée par B_____ concernant la procédure de recouvrement contre le débiteur et les montants déjà payés par ce dernier), 37 (relatif à l'envoi et au contenu d'un courriel adressé par C_____ à A_____ concernant la non réalisation de la vente des immeubles jordaniens visés par l'accord du 29 août 2011), 40 (relatif à la connaissance par B_____ du refus des autorités jordaniennes d'autoriser cette vente en avril 2012) et 42 (concernant la question - juridique - de l'exigibilité des créances causales et cédulaires).

d. Par ordonnance du 20 mars 2014, le Tribunal a ordonné l'interrogatoire des parties et réservé l'admission d'autres moyens de preuve éventuels à l'issue de celui-ci.

e. Les parties ont été entendues le 9 mai 2014. A cette occasion, A_____ a indiqué ignorer le montant du solde de la dette de C_____. Pour sa part, le représentant de B_____ a confirmé la teneur de la pièce 15 B_____ et l'absence d'imputations autres que celles résultant de cette pièce.

A l'issue de l'audience, A_____ a persisté à solliciter l'audition en qualité de témoin de C_____.

Le Tribunal, rejetant implicitement cette requête, a toutefois ordonné la clôture des débats et fixé la date des plaidoiries finales.

Au cours de ces dernières, A_____ a persisté dans son argumentation relative à l'absence d'exigibilité de la créance en poursuite ainsi qu'à l'absence de preuve de l'existence et du montant de cette créance. Elle a en outre invoqué, pour la première fois, la nullité formelle de l'accord du 29 août 2011.

f. Dans son jugement, le Tribunal a, dans un premier temps, considéré que l'accord du 29 août 2011 n'était pas nul en la forme. Il a ensuite retenu que la créance - cédulaire - faisant l'objet de la poursuite n° 1_____ était exigible, de même que la créance - causale - reconnue dans le cadre de l'accord du 29 août 2011. Ces points ne sont plus contestés en appel.

Enfin, le Tribunal a retenu que la preuve de l'existence et du montant de la créance - cédulaire - en poursuite, qui incombait à B_____, était rapportée par la détention de la cédule, qui valait reconnaissance de dette abstraite. En outre B_____ avait

fait état du solde de la dette - causale - par la production d'un décompte, confirmé par l'audition de son représentant.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est dirigé contre une décision finale rendue dans le cadre d'un litige portant sur une valeur litigieuse supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Il a été déposé en temps utile et selon la forme prescrite (art. 130, 131 et 311 CPC).

Il est donc recevable.

Il en va de même de la réponse des intimés (art. 312 al. 1 et 2 CPC) ainsi que des écritures en réplique et en duplique des parties.

- 1.2** L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Il incombe à l'appelant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), ce qui signifie qu'il doit démontrer le caractère erroné de la décision de première instance. Son argumentation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision contestée et des pièces du dossier sur lesquels repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 3.1). L'instance d'appel applique certes le droit d'office, mais uniquement, en vertu de l'art. 311 al. 1 CPC, sur les points du jugement que la partie appelante estime entachés d'erreurs et qui ont fait l'objet d'une motivation suffisante, que ce soit pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_290/2014 du 1^{er} septembre 2014 consid. 5).

2. Dans un premier moyen, l'appelante fait grief au Tribunal d'avoir violé les règles de répartition du fardeau de la preuve résultant de l'art. 8 CC en retenant qu'il suffisait à l'intimée d'établir l'existence de sa créance par opposition à son solde actuel, compte tenu des imputations devant être effectuées. C'est en outre à tort, soit en violation des règles sur le degré de la preuve, que le premier juge avait retenu que l'intimée avait "*en toute hypothèse*" rapporté cette preuve, ni le décompte interne produit (pièce 15 intimée) ni les déclarations du représentant de l'intimée en audience n'ayant à cet égard de force probante suffisante.

2.1 Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle constitue le principe de base en matière de répartition du fardeau de la preuve en droit privé. Il en découle en principe que le rapport existant entre les normes matérielles applicables est déterminant pour la répartition du fardeau de la preuve. Ce rapport

détermine de cas en cas si le fait à prouver fait naître un rapport de droit (fait générateur), s'il éteint ou modifie un droit (fait destructeur) ou s'il tient en échec cette naissance ou cette extinction (fait dirimant). Celui qui fait valoir une prétention doit établir les faits (générateurs) dont dépend la naissance du droit. En revanche, celui qui invoque la perte d'un droit ou qui conteste sa naissance ou son applicabilité a le fardeau de la preuve des faits destructeurs ou dirimants. Il s'agit là toutefois d'une règle générale qui, d'une part, peut être renversée par des règles légales relatives au fardeau de la preuve et qui, d'autre part, doit être concrétisée dans le cas d'espèce (ATF 139 III 13 consid. 3.1.3.1; 130 III 321 consid. 3.1; 128 III 271 consid. 2.a/aa).

En application de ce principe, la preuve de l'exécution d'une obligation incombe de manière générale au débiteur (PIOTET, in CR CC, 2010, n° 52 ad art. 8 CC; ATF 111 II 263 consid. 1.b).

Le rôle des parties dans la procédure n'entraîne aucun renversement du fardeau de la preuve, celui-ci dépendant du droit matériel. C'est en particulier le cas dans l'action en libération de dette prévue par l'art. 83 al. 2 LP, qui tend à la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée par le poursuivant (PIOTET, op. cit., n° 40 ad art. 8 CC). Le défendeur à l'action, créancier poursuivant, devra établir l'existence de la créance alors que le demandeur (poursuivi) aura la charge d'établir les faits fondant ses moyens de défense, parmi lesquels un éventuel défaut d'exigibilité (ATF 131 III 268 consid. 3.1; STAEHELIN, in BK SchKG, 2010, n° 55 ad art. 83 LP).

La créance doit exister au moment de la notification du commandement de payer (STAEHELIN, op. cit., n° 57 ad art. 83 LP). La preuve de son existence peut être apportée par la production d'une reconnaissance de dette : si l'existence d'une telle reconnaissance de dette n'a pas de conséquences sur l'existence matérielle de l'obligation, elle entraîne un renversement du fardeau de la preuve en ce sens que le créancier poursuivant (défendeur à l'action en libération de dette) est dispensé d'apporter la preuve de la cause de la créance ou de la réalisation d'autres conditions que celles énumérées dans l'acte alors que le poursuivi (demandeur à l'action en libération de dette) ne peut plus se borner à contester l'existence de la créance mais doit établir quelle est la cause de l'obligation et démontrer, par exemple, que celle-ci n'est pas valable (ATF 131 III 268 consid. 3.1 et 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.214/2006 du 19 décembre 2006 consid. 4.3.1).

Pour sa part, le poursuivi peut se prévaloir de toutes les objections et exceptions (exécution, remise de dette, exception d'inexécution, prescription, etc.) qui peuvent être dirigées contre la dette faisant l'objet de la poursuite, et ce même si elles ne sont survenues qu'après la notification du commandement de payer (ATF 131 III 268 consid. 3.2; VOCK, in Kurzkomentar SchKG, 2^{ème} édition, 2014, Hunkeler [éd.], n° 12^e ad art. 83 LP). Conformément au principe général de

répartition du fardeau de la preuve résultant de l'art. 8 CC, c'est à lui d'apporter la preuve des faits fondant ces objections et exceptions.

L'art. 8 CC détermine quelle partie doit assumer les conséquences de l'échec de la preuve sur un fait particulier. Lorsque l'administration des preuves et leur appréciation permettent d'aboutir à un résultat positif, soit de retenir un fait ou son contraire comme prouvé, les règles sur la répartition du fardeau de la preuve deviennent donc sans objet (ATF 137 III 268 consid. 3).

2.2.1 Le droit de la cédula hypothécaire a été modifié lors de la révision partielle du Code civil du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Dans la mesure où la cédula hypothécaire grevant l'immeuble de l'appelante a été remise en garantie à l'intimée en 2011, l'ancien droit demeure applicable (art. 1 al. 1 et 28 Tit. fin. CC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2012 du 9 octobre 2012 consid. 4.2).

2.2.2 La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 aCC). 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.

Lorsque le créancier a reçu la cédula hypothécaire comme propriétaire fiduciaire aux fins de garantie, la créance incorporée dans la cédula se juxtapose à la créance garantie afin d'en faciliter le recouvrement (ATF 119 III 105 consid. 2.a). On distingue alors la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédula hypothécaire, et la créance causale résultant de la relation de base entre le créancier et le débiteur, pour laquelle la cédula a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier tandis que la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 136 III 288 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2012 du 9 octobre 2012 consid. 4.2.1).

Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier, la cédula hypothécaire constitue une reconnaissance de dette pour toute la créance instrumentée dans le titre (ATF 134 III 71 consid. 3).

Si le créancier - propriétaire fiduciaire de la cédula - poursuit pour le montant de la créance incorporée dans le titre alors que la créance garantie est d'un montant inférieur, le poursuivi peut lui opposer, parmi d'autres exceptions personnelles, celle consistant à exiger la limitation de la somme réclamée au montant de la créance garantie (ou causale). Il lui incombe alors d'établir que le montant de la créance garantie est inférieur à celui de la créance abstraite incorporée dans le titre (arrêt du Tribunal fédéral 5A_295/2012 du 9 octobre 2012 consid. 4.2.2; 5A_226/2007 du 20 novembre 2007 consid. 5.1).

2.3 En l'espèce, le premier juge a retenu que la cédule, associée à l'acte constitutif des 4 et 16 août 2011, valait reconnaissance de la dette - abstraite - faisant l'objet de l'action. Il a en conséquence considéré que l'intimée, détentrice de ladite cédule, avait satisfait aux exigences en matière de preuve lui incombant.

L'appelante conteste ce point de vue. Selon elle, l'intimée aurait également dû prouver le solde actuel de la créance, autrement dit le fait que cette créance n'ait pas été éteinte en tout ou en partie entre sa reconnaissance et le jugement. Par ce raisonnement, elle perd toutefois de vue que la preuve de l'extinction - totale ou partielle - d'une obligation dont l'existence est établie n'incombe pas au créancier mais au débiteur, qui l'invoque à l'appui de ses conclusions en libération. Admettre le contraire violerait le principe général de l'art. 8 CC et reviendrait à imposer au créancier la preuve d'un fait négatif, soit qu'il n'a pas reçu plus que ce qu'il reconnaît. Le fait que, dans le cas d'espèce, l'action en libération de dette ait été introduite non pas par le débiteur lui-même mais par le tiers propriétaire du gage n'y change rien : c'est bien à ce dernier, qui plaide l'extinction totale ou partielle (à concurrence d'un montant supérieur à celui admis par l'intimée) d'une créance dont l'existence est établie par une reconnaissance de dette, d'établir les faits fondant cette extinction (exécution, remise de dette, prescription, compensation, etc.).

Ces développements valent aussi bien pour la créance cédulaire faisant l'objet de l'action en libération de dette que pour celle qu'elle garantit, soit la créance causale dont l'intimée est titulaire à l'encontre de C_____, telle qu'elle est reconnue dans l'accord du 29 août 2011. Ainsi, si l'appelante entendait faire valoir, par voie d'exception, que la créance causale était éteinte ou à tout le moins que son solde était inférieur à celui de la créance abstraite faisant l'objet de la poursuite, c'est à elle et non à l'intimée, créancière poursuivante, qu'il incombait de l'établir.

Au vu de ce qui précède, la question de savoir si, comme le soutient l'appelante, le Tribunal a méconnu les règles sur le degré de la preuve ou conféré une portée probatoire trop élevée au décompte interne produit par l'intimée, tel que confirmé lors de son audition par le représentant de cette dernière, peut rester ouverte : même s'il fallait retenir que l'intimée n'est pas parvenue à prouver que la dette (causale) de C_____ n'a pas été éteinte par d'autres imputations que celle qu'elle a admises d'entrée de cause (soit la preuve de l'exhaustivité des imputations admises), il n'en resterait pas moins que le fardeau de la preuve de cette extinction incombait à l'appelante, et que celle-ci ne l'a pas rapportée.

Le grief de l'appelante relatif à une répartition erronée du fardeau de la preuve est ainsi mal fondé.

3. Dans son second moyen, l'appelante se plaint d'une violation de son droit à la preuve dès lors que le Tribunal aurait refusé à tort d'entendre C_____ en qualité de témoin, ce qui aurait permis de connaître *"l'état exact des paiements effectués"*

en remboursement de sa dette et [d']apporter ainsi la preuve de l'existence d'un éventuel solde de la dette et de sa quotité".

3.1 Lorsque le droit à la preuve est invoqué en relation avec un droit subjectif privé découlant d'une norme de droit matériel fédéral, sa violation doit en principe être invoquée dans le cadre de l'art. 8 CC, et non dans celui de l'art. 29 al. 2 Cst, qui protège le droit d'être entendu (arrêt du Tribunal fédéral 5A_783/2010 du 8 avril 2011 consid. 6.1). Le droit à la preuve au sens de l'art. 8 CC confère le droit de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision à rendre et de participer à l'administration des preuves valablement offertes, à moins que le fait à prouver ne soit dépourvu de pertinence et pour autant que les moyens de preuve n'apparaissent pas d'emblée inaptes à élucider les faits litigieux. Il est violé lorsque le juge refuse d'administrer une preuve régulièrement offerte et portant sur un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause, une appréciation anticipée des preuves demeurant réservée (ATF 133 III 189 consid. 5.2.2; 138 III 374 consid. 4.3.1).

Au sens des art. 152 et 221 al. 1 let. e CPC, un moyen de preuve n'est régulièrement offert que si l'offre de preuve se réfère clairement à l'allégué de fait qui doit ainsi être prouvé. En règle générale, chaque offre de preuve doit être indiquée immédiatement après les allégués de fait qu'elle est destinée à établir (arrêt du Tribunal fédéral 4A_452/2013 du 31 mars 2014 consid. 2.1 à 2.3). Les faits doivent être allégués avec la précision nécessaire pour permettre de procéder à une subsumption avec les dispositions topiques de droit matériel (arrêt du Tribunal fédéral 4A_178/2013 du 31 juillet 2013 consid. 2.3.3).

3.2 Dans le cas d'espèce, l'audition en qualité de témoin de C_____ a été régulièrement offerte en relation avec les allégués 7, 11, 33, 34, 37, 38, 40 et 42 de la demande. Deux de ces allégués (n° 7 et 42) ne portent pas sur des faits mais sur des appréciations juridiques et ne peuvent donc être prouvés.

Quant aux six autres allégués visés, ils ne concernent nullement l'état de la dette de C_____ à l'égard de B_____ ni d'éventuels versements effectués par ou pour le compte de ce dernier en plus de ceux d'ores et déjà reconnus par B_____. Faute d'une offre de preuve régulière sur ces points, c'est à tort que l'appelante se plaint d'une violation de son droit à la preuve. Si elle souhaitait faire entendre C_____ à cet égard, il lui incombait d'une part de formuler des allégations suffisamment précises sur ces éléments de fait - ce qu'elle n'a pas fait - puis d'offrir régulièrement comme preuve l'audition du débiteur. Pour le surplus, l'appelante n'expose pas dans son appel en quoi les allégués n° 11, 33, 34, 37, 38 et 40 de la demande seraient pertinents pour l'issue du litige.

Le grief de violation du droit à la preuve étant ainsi mal fondé pour ce motif déjà, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'audition de C_____ aurait également pu être refusée par appréciation anticipée des preuves, dès lors que l'on voit mal pour

quels motifs les déclarations du débiteur relatives au montant d'une créance devraient se voir conférer une portée probatoire supérieure à celles du créancier, soit de l'intimée.

L'appel doit dès lors être rejeté et le jugement attaqué confirmé.

4. 4.1 Il n'y a pas lieu de revenir sur les frais de la première instance, qui ne sont pas contestés.

4.2 L'appelante, qui succombe entièrement, supportera les frais d'appel (art. 95 et 106 al. 1 CPC). Au vu de la valeur litigieuse en appel de 1'900'000 fr., les frais judiciaires seront arrêtés à 20'000 fr. (art. 95 al. 1 let. a, 95 al. 2 let. b et 96 CPC; 5, 17 et 35 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile RTFMC – E 1 05.10) et compensés avec l'avance déjà versée par l'appelante, qui reste acquise à due concurrence à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC), le solde de 8'500 fr. étant restitué à l'appelante.

Selon les dispositions légales et réglementaires applicables (art. 95 al. 1 let. b et al. 3 CPC; art. 25 et 26 al. 1 LaCC; art. 25 al. 1 LTVA; art. 84, 85 et 90 RTFMC), les dépens en faveur de l'intimé devraient être arrêtés à un montant pouvant varier entre 32'885 fr. (40'400 fr. + 10% x $\frac{2}{3}$ + 8% + 3%) et 13'453 fr. (40'400 fr. – 10% x $\frac{1}{3}$ + 8% + 3%), TVA et débours compris, soit un montant moyen de 23'169 fr. Les deux notes de frais produites par le conseil de l'intimée font état d'honoraires s'élevant à un total de 27'982 fr. 80 taxes comprises pour la procédure d'appel, représentant 66.9 heures de travail réparties entre trois personnes (JUL, CHV et OSF) à un taux horaire hors taxe moyen de 387 fr.

L'appel a porté sur des points (fardeau de la preuve et droit à la preuve) certes étroitement circonscrits et peu nombreux, mais qui n'avaient pas ou que peu été abordés en première instance. Les écritures en réponse à l'appel et en duplique sont d'une ampleur raisonnable pour ce genre de dossier, de complexité moyenne et ne portant plus que sur certaines questions, et ont nécessité des recherches juridiques, même si l'on peut se demander si la collaboration de trois personnes était nécessaire. Compte tenu de la valeur litigieuse élevée, qui entraîne une responsabilité importante de l'avocat, les dépens seront arrêtés à 23'000 fr. débours et TVA compris, soit un montant légèrement inférieur à celui résultant des notes de frais produites mais correspondant au milieu de la fourchette prévue par le tarif légal.

4.3 La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., le présent arrêt peut être déféré devant le Tribunal fédéral par la voie d'un recours en matière civile.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 29 septembre 2014 par A_____ contre le jugement JTPI/10241/2014 rendu le 26 août 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/10485/2013-2.

Au fond :

Confirme le jugement attaqué.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 20'000 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance de frais fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat à due concurrence.

Ordonne la restitution à A_____ du solde, en 8'500 fr., de l'avance de frais fournie.

Condamne A_____ à payer à B_____, au titre de dépens d'appel, le montant de 23'000 fr., taxe et débours compris.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Patrick CHENAUX, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière.

La présidente :

Valérie LAEMMEL-JUILLARD

La greffière :

Audrey MARASCO

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.