

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/23890/2008

ACJC/419/2010

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 16 AVRIL 2010

Entre

1) **A.** _____, domicilié _____

2) **B.** _____ SA, sise _____, appelants tous deux d'un jugement rendu par la 3ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 septembre 2009, comparant tous deux par Me Reynald Bruttin, avocat, en l'étude duquel ils font élection de domicile,

et

C. _____ SA, sise _____ intimée, comparant par Me Philippe Cottier, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.04.2010.

EN FAIT

Par jugement du 7 septembre 2009, notifié le 14 du même mois à B_____ SA et A_____, le Tribunal de première instance les a condamnés à payer solidairement à C_____ SA la somme de 300'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 15 mars 2006 (ch. 1), a prononcé la mainlevée définitive à due concurrence des oppositions formées par B_____ SA et A_____ respectivement aux commandements de payer, poursuites en réalisation de gage immobilier nos 1... et 2... (ch. 2), a condamné B_____ SA et A_____ en tous les dépens, y compris une indemnité de procédure de 10'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de C_____ SA (ch. 3) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 4).

Par acte expédié le 13 octobre 2009 au greffe de la Cour, B_____ SA et A_____ appellent ce jugement, sollicitant son annulation. Ils concluent au renvoi de la cause au Tribunal pour l'ouverture de probatoires notamment l'audition des parties et de témoins. Subsidiairement, ils sollicitent que ces mesures probatoires soient ordonnées par la Cour. En tout état, ils concluent à la constatation qu'ils ne sont pas les débiteurs du montant réclamé par C_____ SA, à la libération de B_____ SA des fins de la poursuite no 1... et d'A_____ des fins de la poursuites no 2....

C_____ SA conclut à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation solidaire de B_____ SA et d'A_____ à une amende pour plaideurs téméraires au sens de l'art. 40 let. c LPC.

Lors des plaidoiries du 5 mars 2010, le conseil des appelants a admis qu'A_____ était le débiteur de la cédule hypothécaire dont se prévalait C_____ SA et a persisté dans les conclusions de ses mandants pour le surplus. C_____ SA a indiqué qu'il s'agissait une poursuite en réalisation du gage immobilier et a également persisté dans ses conclusions.

Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

- A. B_____ SA est propriétaire de la parcelle no 1152 de la commune de E_____, sise _____ et soumise au régime de la propriété par étages. La société y exploite un hôtel. B_____ SA est issue de la reprise par la SI B _____, en juillet 2007, des actifs et des passifs de F _____ SA, qui gérait jusqu'alors cet hôtel.

L'immeuble de B_____ SA est administré depuis 1983 par la régie immobilière C_____ SA, dont les administrateurs sont notamment G_____ et H_____.

G_____ a été radié le 14 février 2006 du Registre du commerce de la fonction d'administrateur de B_____ SA qu'il occupait avec A_____, tous deux signant

collectivement à deux jusqu'alors. A_____ en est actuellement l'actionnaire et l'administrateur unique de la société.

- B.** En 2002, dans le cadre de l'autorisation de construire sur la parcelle no 1148 de la commune de E _____, dont H_____ est le propriétaire, le département compétent sollicita de ce dernier la constitution au profit de sa parcelle d'une servitude de distance et de vue droite grevant la parcelle no 1152 précitée.

Selon le document incomplet versé à la procédure par B_____ SA et A_____, H_____, d'une part, et A_____ et G_____, pour la SI B _____, d'autre part, ont signé le 22 novembre 2002 une convention aux termes de laquelle il était constitué sur la parcelle no 1152, au profit de la parcelle no 1148, une servitude de distance aux limites comportant l'interdiction de toutes constructions dans les limites de la zone grevée. L'emplacement réservé aux signatures de l'Etat de Genève et du notaire est resté vierge.

A teneur de l'extrait du Registre foncier du 14 octobre 2008 produit, la parcelle de base no 1152 n'est grevée d'aucune servitude. B_____ SA et A._____ admettent que la servitude précitée n'a pas été inscrite au Registre foncier.

H_____ a obtenu le 15 octobre 2003 l'autorisation de construire sollicitée.

- C.** Dans le cadre de la gérance de l'immeuble de la SI B _____, F _____ SA a versé, pour le compte de cette dernière, à C_____ SA de janvier à septembre 2004, des sommes totalisant 69'950 fr. B_____ SA et A_____ soutiennent que ces sommes n'ont pas été comptabilisées par C_____ SA.

- D.** C_____ SA, d'une part, et la SI B_____, soit pour elle, A_____ et P_____, F. _____ SA et A_____, d'autre part ont signé le 31 août 2005 une convention intitulée "*convention de crédit hypothécaire*".

Aux termes de son préambule, C_____ SA avait, dans le cadre de son mandat de gestion de l'immeuble de la SI B _____, fait des avances de trésorerie à cette dernière pour lui permettre de payer les charges d'exploitation et des travaux dans l'immeuble commandés par A_____, le compte de la SI B _____ auprès de C_____ SA présentant ainsi un solde débiteur de 286'099 fr. 45 au 31 août 2005 à teneur du document annexé.

Les parties à la convention ont convenu que C_____ SA acceptait que les comptes de la SI B _____ et/ou d'A_____ présentent un découvert maximum de 300'000 fr. (art. 1). La SI B _____, A_____ et F_____ SA reconnaissent solidairement, sans exceptions, ni réserve être débiteurs de C_____ SA de ce découvert (art. 2).

En garantie de cette facilité de crédit, la SI B _____, A _____ et F _____ SA remettaient à C _____ SA en pleine propriété la cédule hypothécaire au porteur nouvellement créée d'un montant de 300'000 fr. grevant en troisième rang la parcelle no 1152 de la commune de E _____. (art. 3).

Le découvert, calculé sur la base du solde moyen semestriel, portait des intérêts au taux hypothécaire de 1^{er} rang de la BCGe, soit 3% au jour de la signature de la convention, majoré de 2%, leur échéance étant fixée les 30 juin et 31 décembre (art. 4, 5 et 6). Ce taux était modifiable en tous temps selon les variations de taux annoncées par la BCGe. Le prêt devait être amorti à raison 60'000 fr. par an, payables aux mêmes échéances que les intérêts (art. 7). Un acompte sur les charges courantes d'exploitation de 17'000 fr. par mois devait être payé d'avance à compter du 1^{er} septembre 2005 (art. 8).

La SI B _____, A _____ et F _____ SA s'engageaient à ne pas résilier le mandat de gérance de C _____ SA avant l'extinction totale de leur dette en capital et intérêts (art. 10). En cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de la convention, le solde du prêt devenait immédiatement exigible (art. 11).

- E.** Le 1^{er} septembre 2005, le Conservateur du Registre foncier a établi une cédule hypothécaire au porteur d'un montant de 300'000 fr., avec un taux d'intérêt maximale de 12% grevant collectivement en troisième rang les parts de copropriété par étage de la parcelle no 1152 de la commune de E _____. A teneur de la cédule, les intérêts et les amortissements de la dette étaient payables selon les conditions fixées par le créancier. La dette était dénonçable par les parties en tout temps moyennant un préavis de six mois.

La cédule n'indique pas de débiteur.

Il n'est pas contesté que cette cédule a été remise en pleine propriété à C _____ SA.

- F.** Par courrier des 23 septembre et 14 octobre 2005, C _____ SA a invité A _____ à payer l'intégralité des acomptes de charges des mois de septembre et d'octobre 2005. Le 26 janvier 2006, la régie a exigé le paiement de l'acompte du mois de janvier et les intérêts dus au 31 décembre 2005. Par réponse du 2 février 2006, A _____ a indiqué que l'acompte du mois de janvier avait été payé. Il a en revanche contesté devoir les intérêts réclamés.

Le 15 février 2006, C _____ SA a fait parvenir à A _____ un décompte détaillant les intérêts calculés sur le solde moyen du compte ouvert dans ses livres conformément à la convention signée en août 2005.

Par courrier du 15 mars 2006 de leur conseil, la SI B _____ et A _____ ont indiqué à C _____ SA vouloir rembourser la dette dont ils étaient tenus selon la

convention du 31 août 2005 et lui ont demandé de leur communiquer son montant, ainsi les coordonnées du compte bancaire en vue de son règlement. Ils ont, en outre, résilié le contrat de gérance avec effet immédiat et ont sollicité la transmission des comptes de gestion du 1^{er} janvier 2005 au bouclage définitif. Par réponse du 22 mars 2006, la régie a réclamé le paiement de 313'286 fr. 35, en joignant le décompte relatif au calcul des intérêts sur le solde du découvert, indiquant qu'elle serait en mesure de boucler les comptes et de les communiquer dès réception dudit montant.

La SI B _____ et A _____ ont demandé le 27 mars 2006 à la régie les pièces justificatives et les factures concernant les comptes 2005 et 2006 afin de vérifier le décompte y relatif. Ils ont également sollicité la transmission des contrats d'entretien et des baux. Par réponse du 30 mars 2006, C _____ SA a fait savoir que les pièces justificatives des comptes 2005 étaient chez le réviseur et a joint à son courrier les pièces relatives à l'exercice 2006. Le 27 avril 2006, la SI B _____ et A _____ ont demandé à la régie les comptes de gestion au 31 décembre 2005, ainsi que les contrats d'entretien et les baux.

Le 3 avril 2006, la régie a fait parvenir à la SI B _____ et A _____ un décompte d'intérêts calculés sur le découvert, qui s'élevait au total à 314'896 fr. 65. Le 12 avril 2006, C _____ SA a mis en demeure la SI B _____ et A _____ de lui payer un montant de 314'060 fr. 15 au 20 avril 2006 et a joint le décompte d'intérêts y relatif.

Par courrier du 25 avril 2006, la SI B _____ et A _____ ont reconnu devoir à la régie la somme de 289'099 fr. 45 "*conformément à la convention de crédit hypothécaire signée en août 2005*", en précisant qu'il n'était pas question de discuter des événements qui s'étaient déroulés en 2003 et 2004, mais uniquement de vérifier ce qui était éventuellement dû en sus du montant susvisé. Ainsi, ils ont sollicité la transmission des pièces comptables au 31 décembre 2005, ainsi que les baux et les contrats d'entretien.

Le 9 mai 2006, C _____ SA a indiqué à la SI B _____ et A _____ que les documents sollicités se trouvaient à leur disposition dans les locaux de la régie et les a nouveau mis en demeure de lui payer 314'060 fr. 15.

Par courrier du 30 octobre 2006 adressé à la SI B _____ et A _____, C _____ SA a dénoncé la convention de crédit hypothécaire et la cédule hypothécaire remise en garantie du crédit avec effet au 1^{er} mai 2007.

Par la suite, la SI B _____ et A _____ ont derechef sollicité la communication de documents comptables.

-
- G.** Sur réquisition de C_____ SA du 4 mai 2007, le commandement de payer la somme de 322'279 fr. 45 avec intérêts à 5% dès le 4 mai 2007 solidairement avec la SI B_____ (poursuite en réalisation de gage immobilier no 2...) a été notifié le 22 août 2007 à A_____, qui y a fait opposition. Ce commandement de payer indiquait que la cause de l'obligation était la convention du 31 août 2005 et la cédule hypothécaire au porteur du 1^{er} septembre 2005, le tiers propriétaire de l'immeuble étant la SI B_____. En cette qualité, un commandement de payer la même somme a été notifié dans le cadre de la même poursuite, le 6 juillet 2007, à cette dernière, qui y a formé opposition

Sur réquisition de C_____ SA du même jour, le commandement de payer la somme de 322'279 fr. 45 avec intérêts à 5% dès le 4 mai 2007 (poursuite en réalisation de gage immobilier no 1...) a été notifié le 6 juillet 2007 à la SI B_____ en qualité de codébitrice solidaire d'A_____, qui y a formé opposition.

- H.** Les procédures en mainlevée provisoire des oppositions précitées engagées par C_____ SA ont trouvé leur terme par arrêts de la Cour du 25 septembre 2008, qui a prononcé la mainlevée provisoire desdites oppositions à concurrence de 300'000 fr.
- I.** Par actes déposés les 21 et 22 octobre 2008 devant le Tribunal de première instance, B_____ SA et A_____ ont demandé leur libération du paiement du montant qui leur était réclamé par C_____ SA dans le cadre desdites poursuites. Les causes y relatives ont été jointes par le Tribunal.

C_____ SA a sollicité la condamnation de B_____ SA et A_____ à lui payer solidairement la somme de 300'000 fr. avec intérêts dès le 15 mars 2006 et la mainlevée définitive des oppositions précitées.

Le Tribunal a statué sans ouvrir d'enquêtes.

- J.** Dans le jugement querellé, le Tribunal a considéré que le transfert en pleine propriété de la cédule hypothécaire avait éteint par novation la créance causale, les parties étant toutefois libres d'insérer dans la nouvelle dette le rapport d'obligation antérieur. Dans la mesure où les demandeurs avaient violé à de multiples reprises la convention de crédit hypothécaire du 31 août 2005, la cédule hypothécaire avait été valable dénoncée et la créance cédulaire en 300'000 fr. était exigible au 1^{er} mai 2007. La convention avait été violée par eux puisqu'ils avaient résilié le mandat de gérance alors qu'ils n'avaient pas remboursé les avances dont ils avaient bénéficié. Les intérêts moratoires à 5% étaient dus avec effet au 15 mars 2006.

Par ailleurs, le fondement de la créance en dommages-intérêts en 286'099 fr. 45, opposée en compensation par les demandeurs, était incompréhensible, puisque ce montant représentait le montant total des avances dont ils bénéficiaient au jour de

la signature du contrat. Enfin, ils ne pouvaient faire valoir le dommage causé par la servitude, car celle-ci n'existait pas, comme ils l'admettait eux-mêmes.

EN DROIT

1. Interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par loi, l'appel est recevable (art. 296 et 300 LPC).

Les dernières conclusions prises en première instance ayant porté sur une valeur litigieuse supérieure à 8'000 fr. en capital, le Tribunal a statué en premier ressort. Il s'agit de la voie de l'appel ordinaire; la Cour revoit en conséquence la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 22 al. 2, art. 24 LOJ; 291 LPC; SJ 1984 p. 466 consid. 1) et statue dans les limites des conclusions prises par les parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 3 ad art. 291).

2. L'action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) est une action négatoire de droit matériel qui tend à la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance invoquée par le poursuivant. L'action en libération de dette se caractérise par la transposition du rôle des parties. Autrement dit, le créancier est défendeur au lieu d'être demandeur. La répartition du fardeau de la preuve (et de l'allégation) demeure en revanche inchangée. Il incombe donc au défendeur, créancier, d'établir que la créance litigieuse a pris naissance, par exemple en produisant une reconnaissance de dette. Quant au demandeur, débiteur, il devra établir la non-existence ou le défaut d'exigibilité de la dette constatée par le titre. Ainsi, il appartient au débiteur qui conteste cette dette d'établir que sa cause n'est valable. De manière générale, il peut se prévaloir de toutes les exceptions et objections dirigées contre la dette reconnue (ATF 131 III 268 consid. 3.1.; ATF 130 III 585 consid. 5.3.1; GILLIERON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 2005, p. 161, n. 811).
3. L'intimée ayant requis la poursuite à l'encontre des appelantes en se prévalant de cédule hypothécaire, il y a lieu, préalablement, de clarifier la nature de la garantie convenue par les parties, compte tenu de son incidence sur le régime des moyens du débiteur.

3.1 L'art. 855 al. 1 CC prescrit que la constitution d'une cédule hypothécaire éteint par novation l'obligation dont elle résulte. Cette disposition est toutefois de droit dispositif (en vertu de son al. 2) et les parties peuvent convenir de la juxtaposition de la créance abstraite et de la créance causale (ATF 119 III 105 consid. 2a). En principe, si la cédule est transférée en pleine propriété (garantie directe; direktes Grundpfand), la créance causale (ou de base) est éteinte par novation et remplacée par la créance abstraite constatée par la cédule. En revanche, lorsque le créancier l'a reçue comme propriétaire fiduciaire (garantie fiduciaire;

Sicherungsübereignung) aux fins de garantie, les parties renoncent à la novation de la créance garantie (arrêt du Tribunal fédéral 5A_122/2009 consid. 3.1, destiné à la publication; arrêt du Tribunal fédéral 5A_226/2007 consid. 5.1; ATF 134 III 71 consid. 3 = JdT 2007 II 51; ATF 132 III 166 consid. 6.2 = RNR 2008 p. 41).

La novation a, en principe, pour effet que le débiteur perd les exceptions et objections qu'il pouvait invoquer à l'encontre de la créance causale (STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III, 2003, n. 2933c). Toutefois, la novation n'exclut pas absolument toute exception ou objection fondée sur le rapport de base; le débiteur peut continuer à invoquer celles qu'il ne connaissait pas lors de la constitution de la cédula (STAEHELIN, *Commentaire bâlois*, 2007, n. 10 ad art. 855 CC; STEINAUER, *op. cit.*, n. 2333c). En revanche, en cas de transfert fiduciaire à titre de garantie, le créancier doit se laisser opposer tous les moyens découlant du rapport de base (STAEHELIN, *op. cit.*, n. 10 et 24 ad art. 855 CC; DE GOTTRAU, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie*, in *Sûretés et garanties bancaires*, 1997, p. 173 ss, p. 215), sauf convention contraire (JAQUES, *Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires*, in *BISchK 2001* p. 201 ss, p. 213).

La question de savoir si le créancier et le débiteur ont voulu une garantie directe ou une garantie fiduciaire, respectivement la novation ou l'absence de novation trouve sa solution dans leur convention; il appartient à celui qui se prévaut de l'exclusion de la novation de le démontrer, étant précisé que dans la pratique cette exclusion est très courante (ATF 132 III 166 consid. 6.2 = RNR 2008 p. 41). Cette preuve ne doit pas être soumise à d'importantes exigences. Si la convention qui règle le taux d'intérêt, la résiliation, etc., contient l'indication qu'il s'agit des normes obligationnelles pour une cédula précisément désignée, alors les parties ont convenu d'une garantie directe. En revanche, si cette convention s'intitule, par exemple, contrat de prêt, de compte-courant ou de crédit à la construction et qu'elle ne se réfère à la cédula hypothécaire qu'à titre de sûreté, il s'agit d'un indice de la garantie fiduciaire (STAEHELIN, *op. cit.*, n. 6 ad art. 855 CC).

Pour déterminer l'objet et le contenu d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexacts dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO) (ATF 131 III 606 consid. 4.1). La recherche de la commune et réelle intention des parties s'effectue notamment sur la base de la convention (WINIGER, *Commentaire romand*, 2003, n. 15 ad art. 18 CO et d'indices (arrêt du Tribunal fédéral du 22.09.99 consid. 1c, in *SJ 2000 I* p. 305). Constituent de tels indices, les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat, notamment le comportement des parties (ATF 132 III 626 consid. 3.1; ATF du 8 novembre 1995 consid. 3a in *SJ 1996* p. 549; ATF 118 II 365 consid. 1). A défaut d'avoir pu

établir la volonté réelle des parties, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1; ATF 131 III 606 consid. 4.1).

3.2 En l'espèce, les parties ont intitulé leur accord "*convention de crédit hypothécaire*". L'art. 3 de la cette convention indique que la remise de la cédule à l'intimée était effectuée en "*garantie de la facilité accordée*" aux appelantes, soit un découvert maximum de 300'000 fr. dans les comptes de l'intimée. Il découle des dispositions contractuelles relatives aux intérêts que ceux-ci devaient être calculés sur le découvert, et non sur le capital de la cédule. Ainsi, sur la base de la convention, il apparaît que les parties ont voulu constituer une sûreté sous forme de garantie fiduciaire. Qu'il ait été stipulé que la cédule était remise en pleine propriété n'y change rien, puisque, à l'instar ce qui prévaut dans la garantie directe en cas de garantie fiduciaire, le porteur de la cédule est également titulaire de la créance et du droit de gage incorporés dans le papier-valeur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_226/2007 consid. 5.1). A cela s'ajoute que, postérieurement à la signature de la convention du 28 août 2005, les parties se sont toujours référées au montant du découvert du compte ouvert dans les livres de l'intimée. Ainsi, notamment, dans son courrier du 14 octobre 2005 à l'un des appelants, l'intimée s'est prévalu des montants dus du chef de la convention de prêt entre les parties. Le 15 février 2006, l'intimée a fait parvenir un décompte des intérêts calculés sur le découvert. Elle en a notamment fait de même les 22 mars et 3 avril 2006, lui réclamant en sus, respectivement, les montants de 313'286 fr. 35 et 314'896 fr. 65, compte tenu du décompte d'intérêts. Les appelants ont, quant eux, manifesté le 15 mars 2006 leur volonté de rembourser la dette issue de la convention du 28 août 2005.

Il résulte de ce qui précède que la réelle et commune des parties étaient de laisser subsister la créance découlant de la convention précitée. Ainsi, il apparaît que la cédule a été transférée à l'intimée en propriété à titre fiduciaire, aux fins de garantie et que les parties ont exclu la novation, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge. Il s'ensuit que l'intimée doit, en principe, se laisser opposer tous les moyens fondés sur le rapport contractuel de base.

- 4.** Il y a lieu d'examiner si la créance litigieuse que l'intimée fait valoir dans la poursuite a pris naissance.

4.1 En cas de transfert fiduciaire aux fins de garantie, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_122/2009 consid. 3.1, destiné à la publication; ATF 134 III 71 consid. 3 = JdT

2007 II 51). Ainsi, le créancier qui introduit la poursuite en réalisation de gage immobilier poursuit la créance incorporée dans la cédule (arrêt du Tribunal fédéral 5A_226/2007 consid. 5.1).

La cédule hypothécaire est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP pour la créance incorporée à l'encontre du débiteur figurant dans ce titre, mais seulement dans la mesure où il y est inscrit (arrêt du Tribunal fédéral 5A_226/2007 consid. 5.1; ATF 134 III 71 consid. 3 = JdT 2007 II 51). Or, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 du nouvel art. 53 ORF, la désignation obligatoire dans la cédule du nom du débiteur a été abandonnée (ATF 129 III 12 consid. 2.4). Si la cédule hypothécaire ne comporte pas l'indication du débiteur, le créancier ne pourra obtenir la mainlevée provisoire que s'il produit une copie légalisée de l'acte constitutif dans lequel la dette a été reconnue (ATF 134 III 71 consid. 3 = JdT 2007 II 51; ATF 129 III 12 consid. 2.5). Dans le cas d'une cédule qui a été créée au nom du propriétaire lui-même ou dont celui-ci a été le premier porteur, la réquisition écrite par laquelle il a demandé l'inscription de la cédule doit être considérée comme une reconnaissance de dette implicite; en revanche, en l'absence d'indication sur le titre, il n'est pas possible de présumer que le débiteur initial est le propriétaire de l'immeuble au moment de la constitution de la cédule (ATF 129 III 12 consid. 2.5).

Par ailleurs, lorsque les intérêts dus en vertu de la créance cédulaire ne sont pas par reconnus par écrit dans le titre lui-même, la créance d'intérêts hypothécaires n'est pas constatée par écrit selon le droit des papiers-valeurs (ATF 115 II 349 consid. 3 = JdT 1992 II p. 34). Dans ce cas, la cédule ne peut être considérée comme un titre de mainlevée pour les intérêts de la créance abstraite (JAQUES, op. cit., p. 214). La créance cédulaire ne porte intérêt que si le taux d'intérêt est fixé dans le titre ou s'il existe une convention entre le créancier et le débiteur qui fixe ce taux d'intérêt. Il est plus que douteux que le taux d'intérêt convenu pour la créance garantie constitue une convention suffisante pour les intérêts de la créance cédulaire (STAEHELIN, Zehn Fallen für Grundpfandgläubiger in Zwangsvollstreckung, in PJA 1998 p. 366 ss, p. 367). Le taux d'intérêt maximal mentionné dans la cédule ne correspond pas à l'intérêt effectivement dû (ATF 107 II 440 consid. 6).

4.2 En l'espèce, l'intimée a introduit une poursuite en réalisation de gage immobilier. Elle fait, par conséquent valoir la créance cédulaire. La cédule hypothécaire produite ne contient pas l'indication du débiteur; le conseil des appelants a néanmoins admis qu'A_____ était le débiteur de cette cédule. La qualité de débiteur de la créance cédulaire de ce dernier doit ainsi être admise. L'intimée est donc créancière de celui-ci du montant de 300'000 fr. en capital du chef de la cédule. S'agissant de la société appelante, ni l'acte de constitution de la cédule, ni une éventuelle réquisition écrite de la société appelante au Conservateur

du Registre foncier n'a été versé à la procédure. La cause étant soumise à la maxime des débats et l'intimée supportant le fardeau de l'administration de la preuve sur ce point, il appartenait à cette dernière de produire les pièces nécessaires selon les formes prescrites et en temps utile. Pour le surplus, la convention du 28 août 2005 n'indique pas que la société appelante est également débitrice de la cédula, indépendamment du fait que ladite convention ne revêt pas la forme authentique (art. 799 al. 2 CC). La société appelante ne s'y reconnaît en effet que comme la débitrice de la créance de base. Ainsi, l'intimée n'établit pas qu'elle est créancière de la société appelante, dès lors qu'elle fait valoir la créance incorporée dans la cédula hypothécaire.

La cédula hypothécaire ne mentionne pas de taux d'intérêts fixe, mais uniquement un taux maximal, ce qui n'est pas propre à fonder un intérêt courant sur la créance cédulaire. Par ailleurs, comme déjà exposé ci-dessus, les intérêts stipulés par les parties dans la convention de prêt du 31 août 2005 ne se rapportent pas à la créance cédulaire, mais à la créance de base. Il s'ensuit qu'à défaut de convention claire sur ce point, la créance cédulaire que fait valoir l'intimée ne porte pas intérêts.

Au vu de ce qui précède, l'intimée démontre être titulaire d'une créance de 300'000 fr. en capital, mais sans intérêts, envers A_____, qu'elle peut faire valoir contre lui dans la poursuite en réalisation de gage immobilier engagée à son encontre.

Dans la mesure la créance hypothécaire et le droit gage incorporés dans la cédula hypothécaire forment une unité stricte et qu'ils sont indissociables (ATF 134 III 71 = JdT 2007 II p. 51), la créance de l'intimée est garantie par un droit de gage immobilier grevant la parcelle de la société appelante.

En revanche, l'intimée n'établit pas être titulaire, au titre de la cédula hypothécaire, d'une créance à l'encontre de la société appelante, susceptible d'être réalisée par la voie de la poursuite en réalisation du gage immobilier. Il s'ensuit que la société appelante ne revêt, dans ce contexte, que la qualité de tiers constituant du gage.

5. Les appelants soutiennent que le montant réclamé par l'intimée n'est pas fondé.

5.1 En cas de transfert de la cédula à titre fiduciaire aux fins de garantie, si le créancier poursuit pour le montant de la créance cédulaire alors que la créance garantie est d'un montant inférieur, le débiteur poursuivi peut lui opposer l'exception personnelle de la limitation de la créance garantie (ou causale); dans le cadre de la mainlevée, il doit rendre vraisemblable que le montant de cette créance est inférieur à la créance incorporée dans le titre (arrêt du Tribunal fédéral 5A_226/2007 consid. 5.1; KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédula hypothécaire, 2003, n. 198; JAUQUES, op. cit., p. 213; DE GOTTRAU, op. cit., p.

215; STAEHELIN, *Betrieb und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in PJA 1994, p. 1255 ss, p. 1265). Transposée dans le cadre de l'action en libération de dette, cette règle d'administration des preuves impose au poursuivi d'en apporter la preuve stricte (cf. supra consid. 2).

5.2 En l'espèce, les appelants soutiennent que le compte de charges d'exploitation auprès de l'intimée présentait un solde nul à la fin de l'année 2003 et que la société appelante lui avait versé 69'950 fr. au total de janvier à septembre 2004, si bien qu'il est incompréhensible qu'elle doive à ce titre à l'intimée 286'099 fr. 45 à la fin du premier semestre de l'année 2005.

Le préambule de la convention du 31 août 2005 indique que le compte de la société appelante était débiteur de 286'099 fr. 45 à cette date et les appelants se sont déclarés solidairement débiteurs du découvert correspondant au solde débiteur du compte, sans exception, ni réserve, ce qui emporte reconnaissance dudit solde. Il est vrai qu'un accord, assortissant une reconnaissance de dette, par lequel le débiteur renonce à certaines exceptions doit être univoque et ne doit pas être facilement admis (arrêts du Tribunal fédéral 4C.69/2007 consid. 6.3 et 4C.214/ 2006 consid. 4.3.2). Toutefois, in casu, dans la mesure où la société appelante et son administrateur ne pouvaient ignorer, au moment de la signature de ladite convention, qu'elle avait versé 69'950 fr. de janvier à septembre 2004, la mention "*sans exception, ni réserve*" assortissant la reconnaissance du découvert était suffisamment claire pour entraîner la renonciation à se prévaloir desdits versements. En outre, si l'appelant, en tant qu'administrateur de la société appelante avait des doutes sur la réalité et la quotité du solde débiteur, comme le soutiennent les appelants, il lui suffisait de ne pas signer la convention, l'autre administrateur de la société ne disposant que de la signature collective à deux. En tout état, par courrier du 25 avril 2006, les appelants ont reconnu devoir à l'intimée la somme de 286'099 fr. 45 conformément à la convention de crédit hypothécaire signée en août 2005, en précisant qu'il n'était pas question de discuter des événements survenus en 2003 et 2004, mais uniquement des montants éventuellement dus en sus de la somme précitée. Il s'ensuit que les appelants avaient manifestement renoncé à se prévaloir des versements intervenus en 2004. La requête des appelants qui sollicitent l'audition des réviseurs de l'intimée sur ce point devra être ainsi rejetée.

5.3 Par ailleurs, les appelants, pour contester le montant réclamé par l'intimée, allèguent qu'ils ont entièrement satisfait aux obligations découlant de la convention du 31 août 2005.

Selon cette convention, les appelants s'obligeaient à amortir le prêt à raison de 30'000 fr. à la fin de chaque semestre civil et de payer les intérêts aux mêmes échéances. En outre ils s'engageaient à procéder à des avances sur les charges d'exploitation en 17'000 fr. par mois. Or, alors que la fardeau de la preuve sur ce

point leur incombe, ils n'établissent pas avoir versé les montants dus selon la convention, ce qu'il leur était loisible de faire en produisant des pièces.

Pour le surplus, les appelants n'allèguent, ni ne démontrent que la somme réclamée par l'intimée est supérieure au solde débiteur du compte ouvert dans les livres de cette dernière. Alors qu'ils se plaignent de ce que l'intimée ne leur aurait jamais fournis les pièces comptables relatives notamment au compte de charges d'exploitation, ils ne sollicitent pas, à titre préalable, la production des documents relatifs aux charges d'exploitation justifiant les opérations de débit sur ce compte et ne demandent pas non plus l'audition des réviseurs de l'intimée sur ce point.

6. Les appelants soutiennent que la dette n'était pas exigible et que le contrat du 31 août 2005 ainsi que la cédula n'avaient pas été dénoncés valablement le 30 octobre 2006 pour le 1^{er} mai 2007.

6.1 Le créancier n'est fondé à recouvrer la créance cédulaire que si le débiteur ne s'acquitte pas de la créance (garantie) exigible (STAEHELIN, op. cit., n. 20 ad art. 855 CC; DE GOTTRAU, op. cit., p. 208). Par conséquent, le recouvrement de la créance incorporée à la cédula suppose tant l'exigibilité de la créance causale que celle de la créance cédulaire (KAMERZIN, op. cit., n. 199; STAEHELIN, op. cit., PJA 1998, p. 366).

A teneur de l'art. 844 al. 1 CC, à défaut de stipulation contraire, la cédula hypothécaire ne peut être dénoncée, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts (art. 844 al. 1 CC). Cette disposition est de droit dispositif (KAMERZIN, op. cit., n. 683). Les délais et les termes de résiliation convenus peuvent être inscrits sur la cédula hypothécaire. A défaut d'accord sur ces points, ce sont les délais et les termes légaux qui s'appliquent (STAEHELIN, op. cit., n. 4 et 5 ad art. 844 CC). La législation cantonale peut édicter des dispositions restrictives au sujet de la dénonciation des cédules hypothécaires (art. 844 al. 1 CC). A cet égard, l'art. 83 LACC prescrit que la dénonciation ne peut intervenir que moyennant un avertissement donné par écrit au moins six mois à l'avance, sauf pour les cédules stipulées amortissables pour la totalité de leur montant. Le délai institué par cette disposition cantonale est impératif. Il est réputé observé, s'il est écoulé au jour de la réquisition de poursuite (DE GOTTRAU, op. cit., p. 211-212; FAVRE/LINIGER, Cédula hypothécaires et procédure de mainlevée, in SJ 1995 p. 101 ss, p. 107).

6.2 En l'espèce, la convention du 31 août 2005 prévoyait que le solde du prêt devenait exigible en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de la convention. Supportant le fardeau de la preuve de l'inexigibilité de la créance déduite en poursuite (cf. supra consid. 2), il appartenait ainsi aux appelants d'établir qu'ils avaient exécuté leurs obligations, ce à quoi ils ont failli, comme exposé ci-avant (cf. supra consid. 4.3). Il s'ensuit que la créance garantie est exigible.

Selon la cédula hypothécaire, celle-ci était dénonçable en tout temps moyennant un préavis de six mois. Par courrier du 30 octobre 2006 adressé aux appelants, l'intimée a dénoncé au remboursement la convention de crédit hypothécaire et la cédula avec effet au 1^{er} mai 2007. Il est manifeste que ce délai de six mois était écoulé au moment où la poursuite a été requise, soit le 4 mai 2007, de sorte que la cédula a été valablement dénoncée.

Au vu de ce qui précède, l'intimée pouvait valablement poursuivre l'appelant du chef de la créance cédulaire.

7. Il reste encore à examiner les exceptions de compensation soulevées par les appelants.

En premier lieu, la société appelante exerce la compensation du chef de la "*valeur vénale*" de la servitude.

7.1 Selon l'art. 120 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles (al. 1). Le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée (al. 2). La compensation suppose notamment un rapport de réciprocité entre les personnes qui "*sont débitrices l'une envers l'autre*" ainsi que l'identité des prestations, condition qui se trouve réalisée le plus souvent lorsque l'on est en présence de deux dettes d'argent ou de prestations portant sur d'autres fongibles de même nature (JEANDIN, Commentaire romand, 2003, n. 6 et 13 ad art. 120 CO).

7.2 En l'espèce, la condition de la réciprocité fait défaut à un double titre, puisque la société appelante n'est pas débitrice de la créance cédulaire que fait valoir l'intimée (cf. supra consid. 3.3), d'une part, et que le cocontractant du contrat de constitution de servitude n'est pas l'intimée, d'autre part. Par ailleurs, en tant que la société appelante oppose en compensation la "*valeur vénale*" de la servitude, elle ne fait pas valoir une prestation de même nature que la créance en argent de l'intimée. Si tant est que la société appelante se prévaut d'une créance en enrichissement illégitime, celle-ci n'est pas fondée, dès lors qu'il n'est ni allégué, ni établi que la servitude a été constituée à titre gratuit. Quand bien même cela aurait été le cas, la convention de constitution de servitude exclurait que l'enrichissement de l'intimée se soit produit sans cause valable (arrêt du Tribunal fédéral 4A_59/2009 consid. 5.3.3.1; ATF 117 II 404 consid. 3d).

8. La société appelante oppose également en compensation une créance en dommages-intérêts d'un montant minimum de 286'099 fr. 45 pour violation du contrat de gérance.

Elle soutient que l'intimée aurait violé ses obligations de mandataire en omettant de l'informer que les charges d'exploitation n'étaient plus couvertes et en s'abstenant de formuler des demandes de paiement pour celles-ci. Elle fait valoir que si l'intimée n'avait pas laissé s'accumuler et avancé les sommes nécessaires au paiement des diverses charges de la sorte, celles-ci auraient pu être réglées au fur et à mesure. L'intimée l'aurait ainsi contrainte de signer la convention de crédit hypothécaire du 31 août 2005 lui causant ainsi un dommage de 286'099 fr. 45.

En premier lieu, il apparaît clairement que l'appelante n'a pas été contrainte de signer cette convention et elle a reconnu devoir la somme de 286'099 fr. 45, en renonçant à en contester le fondement (cf. supra consid. 4.2). Il s'ensuit que si la société appelante avait payé au fur et à mesure les charges, elle aurait diminué ses actifs d'un montant de 286'099 fr. 45. Par conséquent, dans la mesure où le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette correspondant à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2, 132 III 564 consid. 6.2; 131 III 360 consid. 6.1; 126 III 388 consid. 11a), l'appelante n'a pas subi de préjudice.

L'appelante ne peut ainsi exciper de compensation du chef d'une créance en dommage-intérêts de 286'099 fr. 45.

- 9.** Pour les motifs qui précèdent, la Cour constate que l'intimée est créancière d'un montant de 300'000 fr. envers A_____.

L'intérêt moratoire est couvert par le gage immobilier de par la loi et n'a pas été convenu par les parties, sa durée et son taux étant régis par les art. 104 et 105 CO (KAMERZIN, op. cit., n. 639). La cédula ayant été valablement dénoncée au remboursement pour le 1^{er} mai 2007, la créance de l'intimée porte intérêts à 5% à compter de cette date.

L'intégralité de la créance de l'intimée en capital et intérêts moratoires est garantie par le gage immobilier grevant la parcelle de la société appelante.

Le jugement entrepris sera ainsi confirmé dans la mesure qui précède.

- 10.** L'intimée sollicite la condamnation des appelants à une amende pour plaideurs téméraires.

Selon l'art. 40 lit. c LPC, est condamné à l'amende la partie qui fait un emploi abusif des procédures prévues par la loi, notamment en agissant ou en défendant de manière téméraire. Il convient d'être prudent dans l'appréciation du caractère abusif ou téméraire d'une action ou d'une défense, sans quoi l'on risque d'entraver de manière excessive le recours au tribunaux. L'infraction à l'art. 40 lit. c LPC, au même titre que celle visée à l'art. 40 lit. a LPC, doit être intentionnelle, l'intention

comprenant le dol éventuel (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 et 4 ad art. 40 LPC).

En l'espèce, compte tenu des considérants qui précèdent, on se saurait considérer que les appelants ont agi témérement, si bien que l'intimée sera déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 11.** Tout jugement, même sur incident, doit condamner aux dépens la partie qui succombe (art. 176 al. 1 LPC).

En l'espèce, l'intimée, dont les conclusions tendaient à la reconnaissance de sa qualité de créancière des deux parties appelantes, n'obtient cette reconnaissance qu'à l'endroit de l'une d'elles. Bien qu'elle ne soit pas débitrice de l'intimée, la société appelante ne s'est pas libérée du gage grevant sa parcelle en garantie de la dette de son administrateur. Ainsi, il se justifie de condamner les appelants solidairement au deux tiers des dépens des deux instances, qui comprendront une unique indemnité valant participation aux honoraires de l'avocat de l'intimée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ et B_____ SA contre le jugement JTPI/10380/2009 rendu le 7 septembre 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23890/2008-3.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et statuant à nouveau :

Constate qu'A_____ est débiteur de C_____ SA de la somme de 300'000 fr. avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mai 2007.

Prononce, à due concurrence, la mainlevée définitive de l'opposition formée par A_____ au commandement de payer, poursuite en réalisation de gage immobilier no 2....

Constate que B_____ SA n'est pas débitrice envers C_____ SA de la somme, objet de la poursuite en réalisation de gage immobilier no 1....

Condamne B_____ SA et A_____ solidairement aux deux tiers des dépens des deux instances, qui comprennent, dans leur intégralité, une indemnité de procédure de 24'000 fr. (soit 16'000 fr. à la charge de B_____ SA et d'A_____) valant participation aux honoraires d'avocat de C_____ SA.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Monsieur Daniel DEVAUD, Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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.