REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11643/2021 **ACJC/419/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 24 MARS 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ [GE], recourant contre un jugement rendu par la 7ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 21 décembre 2021, comparant par Me Guy ZWAHLEN, avocat, rue Monnier 1, case postale 205, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____, intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, par plis recommandés du 30 mars 2022.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/16045/2021 du 21 décembre 2021, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à hauteur de 500'000 fr. avec intérêts à 2,49 % dès le 23 octobre 2018, 3'787 fr. 20 et 1'000 fr. (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 1'000 fr., compensés avec l'avance fournie (ch. 2), mis ceux-ci à la charge de A_____, condamné à les verser à B_____ (SUISSE) SA (ch. 3) et dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 4).

B. **a.** Par acte expédié le 19 janvier 2022 à la Cour de justice, A_____ a formé recours contre ce jugement. Il a conclu, avec suite de frais, à son annulation et au refus du prononcé de la mainlevée.

b. B_____ (SUISSE) SA a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué, avec suite de frais.

c. En l'absence de réplique, les parties ont été informées par avis de la Cour du 16 février 2022 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. Par contrat cadre de crédit hypothécaire du 21 novembre 2005, B_____ SA a consenti à A_____ et/ou C_____ et/ou D_____ et/ou E_____ un crédit de 500'000 fr. garanti à hauteur de ce montant par une cédule hypothécaire au porteur de premier rang sans concours, transférée en propriété à titre de sûreté à la banque, et grevant la parcelle 2_____, commune de F_____, à l'adresse 3_____ [à] F_____, dont le propriétaire était D_____.

Le contrat prévoyait que les débiteurs étaient solidairement responsables.

a.a La rubrique "Transfert de propriété ou réalisation forcée" prévoyait qu'en cas de transfert de propriété ou de réalisation forcée de l'objet du gage, l'ensemble des créances en vertu du contrat cadre devenaient exigibles au remboursement le jour du transfert de propriété ou le jour des enchères publiques.

a.b En cas de dénonciation anticipée ensuite de transfert de l'immeuble ou d'exécution forcée, le contrat cadre prévoyait que l'emprunteur devait verser, outre le capital, les intérêts échus et courus, une indemnité forfaitaire correspondant à 0,1% du montant en capital au titre des frais et démarches engagées par la banque, mais au moins 1'000 fr., ainsi que la perte éventuelle pour la banque d'intérêts attribuable à la dénonciation, avec la précision que ce montant s'obtenait en calculant la différence entre le taux d'intérêt appliqué au contrat de crédit au moment de la dénonciation et le taux pouvant être obtenu, compte tenu du temps

restant, avec un placement sur le marché monétaire ou des capitaux au moment de la dénonciation, différence qu'il convenait ensuite de multiplier par le solde du montant du crédit et la durée restante, tout excédent en faveur du client étant compensé avec l'indemnité pour frais et démarches (clause "Décompte en cas de dénonciation/remboursement anticipé").

a.c La rubrique "Reconnaissance de dette" prévoyait que les donneurs de garantie reconnaissaient expressément devoir à la banque les dettes résultant des titres hypothécaires dont la propriété avait été transférée à la banque, ce à concurrence des montants en capital ou des montants maximaux, y compris les intérêts échus de trois années et les intérêts en cours.

a.d La clause "Créances incorporées dans les titres et créances résultant du crédit" disposait qu'à la place des créances garanties, la banque pouvait faire valoir les créances incorporées dans les titres hypothécaires dont la propriété lui avait été transférée, mais que la banque était tout de même en droit de faire valoir les créances garanties avant les créances incorporées dans les titres et indépendamment de ces dernières, sans toutefois renoncer aux droits résultant du contrat cadre.

b. Par courrier du 24 janvier 2006, B_____ SA a complété le contrat du 21 novembre 2005 dans le sens que la cédule hypothécaire transférée en propriété à titre de sûreté grevait, en lieu et place de la parcelle 2_____, la parcelle 4_____, commune de F_____, à l'adresse 3_____ [à] F_____, propriété de D_____, toutes les autres clauses restant inchangées.

c. En décembre 2015, les parties se sont entendues sur une prolongation du prêt hypothécaire du 29 décembre 2015 au 28 décembre 2020, à un taux d'intérêt fixe pour toute la durée de 2,49 % par année, avec échéances aux 31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre.

d. Le 21 novembre 2016, le contrat a été transféré par B_____ SA à B_____ (SUISSE) SA.

e. Les intérêts du prêt ont été acquittés jusqu'au 30 juin 2018,

f. Par courrier du 24 août 2018 adressé à A_____ et/ou C_____ et/ou D_____ et/ou E_____, B_____ (SUISSE) SA s'est référée à une publication de l'Office des poursuites de Genève parue dans la FOSC du _____ 2018, annonçant la vente aux enchères forcée de la parcelle 4_____, commune de F_____, en date du _____ 2018.

Elle a dénoncé avec effet immédiat le contrat cadre de crédit hypothécaire et le crédit y relatif et mis en demeure les emprunteurs de lui rembourser au _____ 2018 [date vente aux enchères], les montants de 500'000 fr. pour le capital du prêt,

3'878 fr. 20 pour les intérêts à 2,49 % du 1er juillet 2018 au _____ 2018 [date vente aux enchères] et 35'159 fr. 80 à titre d'indemnité pour remboursement anticipé au _____ 2018 [date vente aux enchères].

S'agissant du montant de 35'159 fr. 80, un document à l'en-tête de B_____ (SUISSE) SA du 22 août 2018 fait état d'une durée résiduelle lors de la résiliation de 786 jours et d'un taux d'intérêt pour le placement des fonds remboursés sur le marché monétaire de – 0,61710%, de sorte que la perte d'intérêts pour la banque était de 34'159 fr. 80, auxquels s'ajoutaient 1'000 fr. de "forfait pour frais et démarches".

g. Le 19 janvier 2021, B_____ (SUISSE) SA a requis la poursuite de A_____ à hauteur de 500'000 fr. avec intérêts à 2,49 % dès le 23 octobre 2018, 3'787 fr. 20 pour les intérêts à 2,49 % du 1er juillet 2018 au _____ 2018 [date vente aux enchères] et 35'159 fr. 80.

h. Le 27 janvier 2021, A_____ a formé opposition au commandement de payer, poursuite nº 1_____, qui lui a été notifié le même jour.

i. Par acte du 9 juin 2021, B_____ (SUISSE) SA a sollicité la mainlevée provisoire de l'opposition, avec suite de frais et dépens.

j. A l'audience du 4 octobre 2021, A_____ a conclu au rejet de la requête de mainlevée avec suite de frais et dépens, en se prévalant de l'absence de titre de mainlevée, la cédule hypothécaire n'ayant pas été produite. Subsidiairement, il a exposé que la banque devait d'abord faire appel à la cédule hypothécaire.

k. Dans son jugement du 21 décembre 2021, le Tribunal a considéré que contrairement à ce que soutenait A_____, il ressortait de la clause "Créances incorporées dans les titres et créances résultant du crédit" du contrat cadre de crédit hypothécaire que les parties avaient convenu que B_____ (SUISSE) SA était libre de rechercher la créance causale ou la créance abstraite à son libre choix. A_____ ne pouvait donc se prévaloir de ce que la banque devait d'abord faire appel à la cédule hypothécaire. Corollairement, la non-production de la cédule hypothécaire importait peu, B_____ (SUISSE) SA se fondant sur la créance causale résultant du contrat de prêt conclu entre les parties.

Il fallait ainsi admettre l'existence d'un titre de mainlevée provisoire pour la créance de base et les intérêts réclamés, tous deux exigibles dans la mesure où l'immeuble gagé avait fait l'objet d'enchères publiques, et aisément déterminables vu la teneur du contrat cadre. Il en allait de même pour le montant de 1'000 fr. réclamé à titre de "forfait pour frais et démarches", dont le montant ressortait clairement de la clause "Décompte en cas de dénonciation/remboursement anticipé" du contrat cadre conclu entre les parties, et était également exigible dans la mesure où l'immeuble gagé avait faisait l'objet d'enchères publiques.

En revanche, s'agissant du montant de 34'159 fr. 80 de "perte d'intérêts", qui résultait notamment de la différence entre le taux d'intérêt applicable au contrat et celui pouvant être obtenu avec un placement sur le marché monétaire ou des capitaux au moment de la dénonciation, il n'était pas déterminable sur la base des pièces versées à la procédure, le taux de – 0,61710 % appliqué par la requérante n'étant pas vérifiable. La mainlevée provisoire ne pouvait donc être accordée pour ce dernier poste.

Pour le surplus A_____ n'avait pas fait valoir de moyen libératoire susceptible de faire échec au prononcé de la mainlevée.

EN DROIT

1. **1.1** En matière de mainlevée d'opposition, seule la voie du recours est ouverte (art. 309 let. b ch. 3 et 319 let. a CPC). La procédure sommaire s'applique (art. 251 let. a CPC).

La décision doit être attaquée dans un délai de dix jours dès sa notification (art. 321 al. 2 CPC), par un recours écrit et motivé, conforme aux art. 130 et 131 CPC, adressé à la Cour de justice (art. 120 al. 1 let. a LOJ).

Interjeté dans le délai et les formes prévus par la loi, le recours est en l'espèce recevable.

1.2 Le pouvoir d'examen de la Cour est limité à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). L'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen en droit, mais un pouvoir limité à l'arbitraire en fait, n'examinant par ailleurs que les griefs formulés et motivés par la partie recourante Hohl, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 2307).

Le recourant ne soulève aucun grief de constatation manifestement inexacte des faits, de sorte que la Cour se fondera sur les faits retenus pas le Tribunal dans le jugement atatqué.

1.3 Les maximes des débats et de disposition s'appliquent (art. 55 al. 1, 255 lit. a a contrario et 58 al. 1 CPC).

2. Le recourant invoque qu'il fallait comprendre du commandement de payer et de la lettre de résiliation du 24 août 2018 que l'intimée réclamait le paiement de la créance abstraite résultant de la cédule hypothécaire. En prononçant la mainlevée, le Tribunal avait violé l'art. 67 al. 1 ch. 4 LP.

2.1 Le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire (art. 82 al. 1 LP).

Par reconnaissance de dette au sens de l'article 82 al. 1 LP, il faut entendre notamment l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 139 III 297 consid. 2.3.1; 136 III 624 consid. 4.2.2; 136 III 627 consid. 2).

2.1.1 Un contrat écrit justifie en principe la mainlevée provisoire de l'opposition pour la somme d'argent incombant au poursuivi lorsque les conditions d'exigibilité de la dette sont établies et, en particulier dans les contrats bilatéraux, lorsque le poursuivant prouve avoir exécuté les prestations dont dépend l'exigibilité. Un contrat bilatéral ne vaut ainsi reconnaissance de dette que si le poursuivant a rempli ou garanti les obligations légales ou contractuelles exigibles avant le paiement dont il requiert le recouvrement, ou au moment de ce paiement, c'est-à-dire s'il a exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation en rapport d'échange (ATF 145 III 20 consid. 4.1.1 et les références).

En particulier, le contrat de prêt d'une somme déterminée constitue une reconnaissance de dette pour le remboursement du prêt, pour autant, d'une part, que le débiteur ne conteste pas avoir reçu la somme prêtée ou que le créancier soit en mesure de prouver immédiatement le contraire et, d'autre part, que le remboursement soit exigible (ATF 136 III 627 consid. 2 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A_940/2020 du 27 janvier 2021 consid 3.2.1; 5A_13/2020 du 11 mai 2020 consid. 2.5.1; 5A_473/2015 du 6 novembre 2015 consid. 5.3; 5A_303/2013 du 24 septembre 2013 consid. 4.1; 5A_326/2011 du 6 septembre 2011 consid. 3.2; cf. aussi ATF 140 III 456 consid. 2.2.1).

2.1.2 Sous le droit antérieur à la révision du Code civil de 2009, comme sous le nouveau droit en vigueur depuis le 1er janvier 2012 (*cf.* art. 1 al. 1 et 26 al. 1 Tit. fin. CC), la cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (ancien art. 842 CC et art. 842 al. 1 CC; Message du 27 juin 2007 concernant la révision du Code civil suisse [Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels], FF 2007 5015 ss, 5053 ch. 2.2.2.3). 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 les parties conviennent – par contrat de fiducie – que la cédule hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire), il n'y a pas novation de la créance garantie; la créance incorporée dans la cédule se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle

la cédule a été remise en garantie. Ces deux créances sont indépendantes l'une de l'autre (ATF 144 III 29 consid. 4.2; 140 III 180 consid. 5.1.1 et les références).

Lorsqu'une créance est garantie par gage, la poursuite doit se continuer par la réalisation de gage (art. 41 al. 1 LP), sitôt que le préposé est informé de l'existence du droit de gage (art. 151 al. 1 LP). L'exception du bénéfice de discussion réelle (i.e. *beneficium excussionis realis*) permet au débiteur d'exiger que son créancier se désintéresse d'abord sur l'objet du bien remis en gage (au sens de l'art. 37 LP; ATF 129 III 360 consid. 1) avant de le faire sur tous ses autres biens (ATF 140 III 180 consid. 5.1.4).

Lors de la remise de la cédule hypothécaire au porteur à titre de garantie fiduciaire (*Sicherungsübereignung*), les parties peuvent cependant prévoir ou exclure l'exception du bénéfice de discussion réelle, que ce soit dans les clauses accessoires de la créance cédulaire ou encore dans les clauses (de nature personnelle) du rapport de base. Si les parties conviennent d'une clause de bénéfice de discussion réelle, le débiteur peut exiger de son créancier qu'il poursuive d'abord en réalisation du gage immobilier et donc la créance abstraite; le créancier est donc limité dans ses droits de faire valoir la créance causale. En revanche, lorsque les parties excluent le bénéfice de discussion réelle, le débiteur renonce à exiger que le créancier fasse réaliser d'abord le gage; le créancier est donc libre de réclamer en premier lieu la créance causale, par la poursuite ordinaire (ATF 140 III 180 consid 5.1.5).

2.1.3 Selon l'art. 67 al. 1 ch. 4 LP, la réquisition de poursuite énonce le titre et sa date; à défaut de titre, la cause de l'obligation. L'une des fonctions des indications contenues dans le commandement de payer est de répondre à un besoin de clarté et d'individualiser la prétention réclamée par voie d'exécution afin que le poursuivi puisse prendre position (ATF 141 III 173 consid. 2.2.2 et les références; arrêts 5A_8/2016 du 21 juin 2016 consid. 4.2; 5A_1001/2015 du 22 juin 2016 consid. 5.3.2, publié in BlSchK 2018 p. 4; 5A_586/2008 du 22 octobre 2008 consid. 3).

2.2 En l'espèce, l'intimée n'a pas requis une poursuite en réalisation de gage immobilier, mais une poursuite ordinaire, ce qui permettait d'emblée au recourant de savoir que l'intimée lui réclamait le paiement de la dette résultant du contrat de prêt. La réquisition de poursuite et le commandement de payer indiquaient par ailleurs clairement que la cause de l'obligation était la créance résultant du prêt hypothécaire, soit la créance causale et non la créance abstraite. Il ressort également du courrier de l'intimée du 24 août 2018 qu'elle a dénoncé avec effet immédiat le contrat cadre de crédit hypothécaire et le crédit y relatif.

C'est donc bien la créance résultant du contrat de prêt qui fait l'objet de la poursuite, ce qui était reconnaissable par le recourant au vu du type de poursuite

intentée. L'absence de production de la cédule hypothécaire ne saurait donc faire échec au prononcé de la mainlevée de l'opposition.

Les parties avaient en outre convenu dans le contrat du 14 novembre 2005 que l'intimée était en droit de faire valoir les créances garanties avant les créances incorporées dans le titre et indépendamment de ces dernières. L'intimée était donc en droit, sur la base cette disposition contractuelle, de se prévaloir de la créance causale, résultant du contrat de prêt, et non celle abstraite, constatée dans la cédule. Il ne peut donc lui être reprochée d'avoir requis une poursuite ordinaire plutôt qu'une poursuite en réalisation de gage.

Pour le surplus, le recourant ne conteste pas avoir reçu les fonds ou que la créance serait exigible. Il ne fait par ailleurs valoir aucun moyen libératoire.

Le recours n'est dès lors pas fondé, de sorte qu'il sera rejeté.

3. Le recourant, qui succombe, sera condamné aux frais judicaires du recours, arrêtés à 1'500 fr. (art. 48 et 61 OELP), lesquels sont compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Il ne sera pas alloué de dépens à l'intimée qui comparaît en personne et n'a pas allégué avoir effectué des démarches justifiant leur allocation (art. 95 al. 3 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 19 janvier 2022 par A_____ contre le jugement JTPI/16045/2021 rendu le 21 décembre 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11643/2021–7 SML.

Au fond :

Rejette le recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de recours à 1'500 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont compensés avec l'avance fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Laura SESSA, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Laura SESSA

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.