

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/22413/2016

ACJC/490/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 28 AVRIL 2017

Entre

Madame A _____, domiciliée à _____ (Maroc), appelante d'une ordonnance rendue par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 16 janvier 2017, comparant par Me Jean-Marie Faivre, avocat, rue de la Rôtisserie 2, case postale 3809, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B _____ **SA**, sise _____ (ZH), intimée, comparant par Me Carlo Lombardini, avocat, rue de Hesse 8-10, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 02.05.2017.

EN FAIT

- A. Par ordonnance OTPI/6/2017 du 16 janvier 2017, reçue par les parties le lendemain, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 2'000 fr., mis à la charge de celle-ci et compensés avec l'avance fournie (ch. 2 et 3), condamné A_____ à verser à B_____ SA 2'000 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).
- B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 26 janvier 2017, A_____ appelle de ladite ordonnance, dont elle requiert l'annulation. Elle prend les conclusions suivantes :

"1. Ordonner à charge de Madame A_____ la consignation, en mains de Me C_____, notaire, ou de tout autre notaire en charge de la vente de son appartement de _____ (GE), du montant de Fr. 175'593.30 au titre des pénalités réclamées par le B_____ SA et contesté par elle.

2. Au besoin, donner acte à Madame A_____ de ce qu'elle reconnaît devoir au B_____ SA, au titre du remboursement anticipé de son prêt, la somme de Fr. 1'138'770.00.

3. Dire et prononcer que le montant contesté restera consigné en mains de Me C_____ jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties.

4. Ordonner, moyennant le paiement des montants réellement dus au B_____ SA et consignation du montant de Fr. 175'593.30, la libération de la cédule grevant la parcelle 1_____ au profit de Madame A_____, respectivement des acquéreurs pressentis de sa parcelle.

5. Fixer à Madame A_____ un délai de soixante jours au moins pour faire valoir en justice le caractère illicite des prétentions du B_____ SA.

6. Condamner le B_____ SA en tous les frais et dépens de la procédure.

7. Le débouter de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions".

La partie en fait de l'appel consiste pour l'essentiel en un copié-collé des faits allégués dans la requête au Tribunal, y compris la mention des moyens de preuve proposés, soit notamment l'interrogatoire des parties et l'audition de Me C_____. Cependant, contrairement à ce que soutient B_____ SA, A_____ ne conclut pas à ce que la Cour procède à des actes d'instruction.

Par ailleurs, A_____ allègue des faits nouveaux, sous ch. 9, 12 par. 2, 22 et 24 (immeuble vide sans possibilité de location) de la partie en fait de son appel.

b. Dans sa réponse du 20 février 2017, B_____ SA conclut, avec suite de frais judiciaires et dépens, à la confirmation de l'ordonnance attaquée.

c. Les parties ont été informées le 13 mars 2017 de ce que la cause était gardée à juger, A_____ n'ayant pas fait usage de son droit de répliquer.

C. a. A_____ est propriétaire d'une part de copropriété par étage correspondant à un appartement de 222 m² comportant 6 pièces, ainsi qu'un balcon de 16 m² et un balcon-terrasse de 86 m² en attique, d'un immeuble sis à _____ (Genève).

b. En vue de l'acquisition de l'immeuble précité, B_____ AG a accordé à A_____ un prêt de 1'000'000 fr. garanti par une cédule hypothécaire du même montant, grevant en premier rang la part de copropriété par étage précitée.

Le prêt hypothécaire a été conclu pour une durée de quinze ans du 1er novembre 2010 au 31 décembre 2025, le taux d'intérêt étant fixé à 3% par année net, fixe pour toute la durée.

Le contrat-cadre pour crédit hypothécaire, signé le 1er septembre 2010 par A_____, dispose que sauf disposition écrite contraire, les crédits à durée fixe ne peuvent pas être résiliés avant terme.

Sous le titre "*Transfert de propriété ou réalisation forcée*", ledit contrat-cadre prévoit qu'en cas de transfert de propriété ou de réalisation forcée de l'objet du gage, toutes les créances en rapport avec le contrat-cadre deviennent exigibles au remboursement le jour du transfert de propriété ou le jour des enchères publiques.

Le chapitre "*Décompte en cas de résiliation anticipée de crédits à durée fixe*" a la teneur suivante :

"En cas de résiliation anticipée d'un crédit à durée fixe accordé en vertu du présent contrat-cadre, la banque décompte à l'emprunteur l'excédent ou la perte d'intérêts. Elle calcule ces intérêts en déterminant la différence entre le taux d'intérêt contractuel en vigueur au moment de la résiliation et le taux d'intérêt que la banque estime pouvoir obtenir au moment de la résiliation pour un placement de la durée résiduelle correspondante sur les marchés monétaires et des capitaux; cet écart est ensuite multiplié par le montant du crédit encore dû et par la durée résiduelle. Un excédent éventuel en faveur de l'emprunteur sera compensé avec l'indemnité pour frais et démarches prévue ci-dessous.

En outre, une indemnité forfaitaire de 0,1% du montant du crédit, mais au moins de CHF 1'000.00, destinée à couvrir les frais et démarches est due à la banque".

c. La relation bancaire avec A_____ a été transférée de B_____ AG à B_____ SA. La banque sera désignée ci-après comme le B_____ SA.

d. A_____ a mis son appartement en vente et a trouvé des acquéreurs potentiels.

En mars 2016, accompagnée de son conseiller personnel en investissement, elle a rencontré son conseiller au B_____ SA. Dans une note interne, celui-ci a mentionné que la cliente souhaitait vendre son bien immobilier et que la pénalité de 300'000 fr. était "un frein".

Un document exposant le calcul des "coûts de dénonciation" a été remis par la banque à A_____. Ce document mentionne un total de 309'528 fr. 35.

e. Des pourparlers ont été entamés entre les parties. Plusieurs solutions ont été étudiées afin d'éviter ou de diminuer la pénalité due en cas de remboursement anticipé du prêt.

En particulier, par courrier électronique du 1er avril 2016, le B_____ SA a fait parvenir à A_____ un calcul du "rabais" pouvant être accordé au futur acquéreur dans le cas où celui-ci reprendrait le crédit de 1'000'000 fr. La banque mentionnait ce qui suit : *"Dans le cas où le futur acquéreur accepterait de reprendre votre taux à 3%, ce dernier aurait un taux supérieur au taux fixe à 9 ans (actuellement à 1.47% sur notre page internet). De ce fait, en calculant le différentiel théorique, l'acquéreur paierait 1.53% d'intérêts en plus par année"*. La différence serait ainsi d'environ 140'000 fr. ($1'000'000 \times 1.53\% \times 9 = 137'700$ fr.) Afin d'effectuer cette *"passation de crédit"*, le futur acquéreur devait respecter les conditions suivantes : *"supporter le calcul d'admissibilité du crédit (ratio charges/revenus n'excédant pas 33%)*, avoir un "rating client" aussi bon que celui de la cliente afin de pouvoir reprendre les conditions établies en 2010 et maintenir le crédit au sein du B_____ SA.

Par courrier électronique du 4 mai 2016, la banque a informé A_____ qu'après avoir exploré toutes les solutions envisageables, aucun terrain d'entente n'avait été trouvé. Le 6 mai 2016, la banque a encore écrit à la cliente, à la suite d'un entretien téléphonique avec le fils de celle-ci. A_____ n'a pas donné suite à ce message.

f. Le 6 septembre 2016, A_____ a repris contact avec le B_____ SA, en lui indiquant que son immeuble allait être vendu dans le courant du mois. Elle l'invitait à examiner deux possibilités destinées à éviter le paiement de la pénalité.

Le 7 septembre 2016, le B_____ SA a écrit à la cliente que la solution consistant en une reprise de la dette par l'un de ses enfants et son transfert sur un nouveau bien immobilier était envisageable. Toutefois, le nouveau bien immobilier devait avoir été acheté avant la vente de l'appartement de _____ (GE).

Le même jour, A_____ s'est offusquée de la solution proposée par la banque. Elle a terminé son message électronique en ces termes : *"Comment aurions-nous*

pu signer un tel crédit si il nous avait été expliqué que nous ne pourrions pas nous en défaire de manière peu onéreuse lors de la vente du bien? Sur ce, j'attends donc le 20 septembre, date de signature, faites ce que vous avez à faire, prenez ce que vous avez à prendre, nous ferons ce que nous avons à faire ensuite".

g. Par courrier du 15 septembre 2016, le B_____ SA a communiqué au notaire chargé de la vente du bien immobilier de la cliente le décompte de remboursement de l'hypothèque, valeur au 19 septembre 2016. Le montant était de 1'322'793 fr. 30, comprenant 1'000'000 fr. de capital, 7'500 fr. d'intérêts et 315'293 fr. 30 à titre de "indemnités pour remboursement anticipé". Le notaire était invité à verser le montant précité et la banque s'engageait à lui adresser dans les meilleurs délais la cédule hypothécaire libre de tout gage.

h. Sur demande de A_____, le notaire précité, par courrier électronique du 22 septembre 2016, a fait part au B_____ SA de la proposition de la cliente de verser à la banque 140'000 fr., le solde du montant réclamé par celle-ci, soit 175'293 fr. 30, demeurant consignés en ses mains jusqu'à droit jugé par les tribunaux ordinaires ou un tribunal arbitral.

Le lendemain, le B_____ SA a confirmé à la cliente qu'il était disposé à réduire le montant de l'indemnité à 237'000 fr. La contre-proposition de A_____ de verser 200'000 fr. était refusée. Le paiement de 237'000 fr. pouvait être exécuté afin de ne pas paralyser la vente, sans reconnaissance de l'entier de la somme, la différence pouvant être contestée par voie judiciaire.

i. Par courrier du 28 septembre 2016, A_____ a fait savoir à la banque qu'elle contestait devoir l'indemnité de résiliation anticipée du prêt calculée par celle-ci. Elle soutenait devoir uniquement la somme de 140'000 fr. résultant du courrier électronique de la banque du 1er avril 2016, ce montant correspondant au *"différentiel entre le taux contractuel convenu et le taux de 1,47% pratiqué par le B_____ SA pour un contrat de durée fixe de 9 ans, outre le forfait de CHF 1'000.00 prévu contractuellement"*. C'est ainsi la somme de 141'000 fr. qu'elle *"pourrait devoir"* à l'exclusion de *"toute prétention de la banque contractuellement induite et non démontrée à satisfaction de droit, le paiement de ce montant étant évidemment lié à la concrétisation de la vente"*.

j. Le B_____ SA a répondu le 13 octobre 2016 à A_____ qu'elle maintenait sa position quant au principe et au montant de l'indemnité due en cas de résiliation anticipée du contrat de crédit, ce montant devant toutefois être adapté en fonction du délai résiduel.

k. Le 15 novembre 2016, A_____ a déposé au Tribunal une requête de mesures provisionnelles dirigée contre la banque. Elle a pris notamment les conclusions suivantes :

"1. Ordonner à charge de Madame A_____ la consignation en mains de Me C_____, notaire en charge de la vente de son appartement de _____ (GE), le montant de Fr. 175'593.30 correspondant aux pénalités réclamées par le B_____ SA et contesté par elle.

2. Dire et prononcer que le montant en question restera consigné en mains de Me C_____ jusqu'à droit jugé ou accord entre les parties.

3. Ordonner, moyennant la consignation des fonds et paiement en faveur du B_____ SA du montant de Fr. 1'138'770.00, la libération de la cédule grevant la parcelle 1_____ au profit de Madame A_____.

4. Fixer à Madame A_____ un délai de soixante jours au moins pour faire valoir en justice le caractère illicite des prétentions du B_____ SA".

Elle a allégué que la concrétisation de la vente de son bien immobilier impliquait "évidemment le remboursement du crédit consenti par le B_____ SA et le paiement anticipé des intérêts exigibles jusqu'à l'échéance, le tout contre libération de la cédule hypothécaire grevant l'immeuble". Elle a fait valoir que sauf à attendre 2025 avant de vendre sa propriété et dans le souci de respecter ses engagements à l'égard des acheteurs, elle n'avait "d'autre solution que de solliciter des mesures provisionnelles tendant à la libération de la cédule moyennant consignation des montants contestés au titre de pseudo-pénalités".

Elle n'a pas allégué avoir résilié le contrat de prêt hypothécaire de manière anticipée.

l. Dans sa réponse du 14 décembre 2016, le B_____ SA a conclu au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

m. Lors de l'audience du Tribunal du 19 décembre 2016 les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions.

Le Tribunal a gardé la cause à juger à l'issue de l'audience.

n. Dans l'ordonnance attaquée, le Tribunal a considéré que le contrat de prêt contenait une clause prévoyant une indemnité due par l'emprunteur en cas de résiliation anticipée du crédit. A_____ ne contestait pas l'exactitude du calcul effectué par la banque, mais faisait valoir qu'une telle indemnité n'était pas justifiée, seuls les intérêts calculés jusqu'à la fin de la durée prévue par le contrat étant dus en cas de résiliation anticipée. Cependant, la jurisprudence admettait le principe du paiement d'une indemnité en cas de remboursement anticipé du prêt. Ainsi, seule pouvait entrer en considération une réduction judiciaire de ladite indemnité. Cependant, la détermination du caractère excessif de la pénalité litigieuse nécessitait une analyse qui dépassait largement le cadre de l'examen

limité à la vraisemblance auquel devait procéder le juge des mesures provisionnelles. L'indemnité réclamée par la banque apparaissait correspondre à ce qui avait été convenu par les parties et la cliente n'invoquait aucun élément faisant apparaître le montant litigieux comme étant excessif au regard du préjudice subi par la banque du fait de la résiliation anticipée du prêt. Ce n'était d'ailleurs qu'en septembre 2016, soit environ six mois après avoir reçu la première estimation du montant de l'indemnité, que A_____ avait soudainement contesté en être redevable. Dans son courrier électronique du 7 septembre 2016, elle n'avait pas contesté le calcul effectué par la banque, mais uniquement le fait que la seule solution qui lui aurait permis d'en éviter le paiement n'apparaissait pas réalisable. Jusqu'à cette date, elle s'était limitée à tenter de trouver des solutions afin d'échapper à son paiement, qui représentait un frein à son projet de vente de l'appartement. En définitive, A_____ n'avait pas rendue vraisemblable la prétention qu'elle faisait valoir.

Le risque de préjudice difficilement réparable n'était pas non plus rendu vraisemblable. En effet, l'on concevait mal que la cliente puisse rencontrer des difficultés de recouvrement dans l'hypothèse où elle obtiendrait gain de cause sur le fond.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel a été interjeté selon la forme et dans le délai prévus par la loi (soit dix jours en procédure sommaire, art. 248 let. d et 314 al. 1 CPC), dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 1 let. b CPC).

Même si l'appelante reprend largement son argumentation de première instance, ses critiques contre le jugement sont compréhensibles, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que l'appel est suffisamment motivé (art. 311 al. 1 CPC).

L'appel est donc recevable.

- 1.2** L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). Le juge d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit.

Dans le cadre de mesures provisionnelles, instruites selon la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), sa cognition est toutefois circonscrite à la vraisemblance des faits allégués ainsi qu'à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5). Les moyens de preuve sont, en principe, limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (art. 254 CPC; HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, p. 283 n° 1556).

2. 2.1 Les faits nouveaux allégués par l'appelante sont irrecevables, dans la mesure où ils pouvaient être invoqués devant la première instance (art. 317 al. 1 CPC).

2.2 Les conclusions nouvelles ne sont recevables en appel, notamment, que si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC).

En l'espèce, la conclusion n° 1 de l'appelante est irrecevable en tant qu'elle vise tout autre notaire en charge de la vente du bien immobilier en question. Sa conclusion n° 4 est irrecevable en tant qu'elle vise la libération de la cédule hypothécaire au profit des acquéreurs pressentis.

Par ailleurs, les conclusions n^{os} 2 et 4 de l'appelante divergent de celles prises en première instance. La conclusion n° 2 est nouvelle en tant que l'appelante conclut à ce que la Cour lui donne acte de ce qu'elle reconnaît devoir à la banque la somme de 1'138'770 fr. La conclusion n° 4, prise isolément, n'est pas susceptible d'être reprise dans le dispositif d'une décision judiciaire, compte tenu du caractère imprécis de la notion de "montants réellement dus au B_____ SA". Cela étant, les conclusions du mémoire d'appel doivent être interprétées à la lumière des motifs de celui-ci (ATF 137 III 617 consid. 6.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_42/2014 du 17 octobre 2014 consid. 4.2). Ainsi, afin d'éviter tout formalisme excessif, il y a lieu d'admettre que l'appelante prend les mêmes conclusions que devant le Tribunal. L'intimée a d'ailleurs compris que l'appelante sollicite de la Cour qu'elle ordonne, moyennant la consignation de 175'593 fr. 30 et le paiement en faveur de la banque de 1'138'770 fr., la libération de la cédule grevant son immeuble (réponse à l'appel, ch. 95 et 96).

3. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir considéré qu'elle n'a rendu vraisemblable ni sa prétention ni le risque d'un préjudice difficilement réparable et d'avoir ainsi rejeté sa requête de mesures provisionnelles.

3.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le Tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable a) qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être et b) que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, ces conditions étant cumulatives (cf. BOHNET, in Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 3 ad art. 261).

Le requérant doit rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès, la mesure provisionnelle ne pouvant être accordée que dans la perspective de l'action au fond qui doit la valider (cf. art. 263 et 268 al. 2 CPC). Il n'est pas nécessaire que le juge soit persuadé de l'existence des faits. Il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression que les faits invoqués se sont produits, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'ils aient pu se dérouler autrement (ATF 139 II 86 consid. 4.2; 132 III 715 consid. 3.1; 130 III 321 consid. 3.3). Le juge peut en outre se limiter à un examen

sommaire des questions de droit (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 131 III 473 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 du 9 janvier 2006 consid. 3.2, in SJ 2006 I 371; BOHNET, op. cit., n. 7 ad art. 261 CPC et les références citées).

Il faut donc, en premier lieu, que la partie requérante possède une prétention au fond à l'encontre de la partie visée. Le requérant doit rendre vraisemblable les faits concluants, y compris ceux fondant le droit d'agir. Par ailleurs, en matière de mesures provisionnelles, la partie requérante ne peut se reposer sur le juge pour déterminer la règle de droit pertinente : elle doit, dans la mineure de son raisonnement, affirmer l'existence d'une prétention, ce qui implique d'alléguer non seulement les faits mais également les éléments de droit qui la fondent (STUCKI/PAHUD, Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du code de procédure civile, in SJ 2015 II 1, pp. 2-3).

La vraisemblance requise doit en outre porter sur un préjudice difficilement réparable, qui peut être patrimonial ou immatériel (BOHNET, op. cit., n. 11 ad art. 261 CPC; KOFMEL EHRENZELLER, KuKo-ZPO, 2010, n. 8 ad art. 261 CPC; HUBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm et al., éd., 3ème éd., 2016, n. 20 ad art. 261 CPC). La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 139 III 86 consid. 5; 116 Ia 446 consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_901/2011 du 4 avril 2012 consid. 5 et 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4). Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il s'expose, en raison de la durée nécessaire pour rendre une décision définitive, à un préjudice qui ne pourrait pas être entièrement supprimé même si le jugement à intervenir devait lui donner gain de cause. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets (arrêt du Tribunal fédéral 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.1). Il suffit que la partie requérante risque un préjudice difficilement réparable; il n'est pas nécessaire que ce préjudice soit plus important ou plus vraisemblable que celui qu'encourrait la partie adverse au cas où les mesures requises seraient ordonnées (ATF 139 III 86 consid. 5).

3.2 Le Tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment les mesures suivantes : interdiction, ordre de cessation d'un état de fait illicite, ordre donné à une autorité qui tient un registre ou à un tiers, fourniture d'une prestation en nature ou versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit (art. 262 CPC).

Les mesures d'exécution anticipée provisoires visent à obtenir, à titre provisoire, l'exécution de la prétention qui fait l'objet de la demande au fond. Elles peuvent avoir pour objet des obligations de faire. La mesure qui a, en pratique, un effet durable, voire définitif, porte une atteinte particulièrement grave à la situation

juridique du défendeur. Elle doit donc être soumise à des conditions plus strictes. Les décisions qui tranchent définitivement le sort du droit ne sont pas des décisions de mesures d'exécution anticipée provisoires (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd. 2010, n° 1830-1831). En effet, sur le principe, le juge ne peut pas ordonner dans le cadre provisionnel une mesure qui, de par sa nature, implique un jugement définitif de la prétention à protéger (arrêt du Tribunal fédéral 4A_288/2012 du 9 octobre 2012 consid. 2.7, avec la référence à un auteur qui cite l'exemple d'une action constatatoire).

3.3 Aux mesures d'exécution anticipée provisoires on peut ajouter, lorsque le procès est pendant, la consignation d'un montant d'une créance dont la propriété est litigieuse (art. 168 al. 3 CO), la consignation hors procès selon l'art. 168 al. 1 CO étant soumise à la procédure sommaire en vertu de l'art. 250 let. a ch. 6 CPC (HOHL, op. cit., n° 1744). A ce sujet, il sied de souligner que lorsque le débiteur a des doutes qui portent sur l'existence ou la validité même d'une créance, il n'est pas légitimé à consigner le montant en question (LOERTSCHER, in Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n° 6 ad. art. 96 CO).

3.4 En cas de prêt commercial à terme fixe, les obligations de l'emprunteur consistent à payer des intérêts aux échéances prévues et à rembourser le montant prêté au terme du contrat. S'il rembourse le prêt de manière anticipée, l'emprunteur reste en principe redevable des intérêts jusqu'à la fin du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 = SJ 2008 I 167 et les références citées). En effet, l'intérêt dû par l'emprunteur ne consiste pas en des dommages-intérêts, mais constitue la prestation promise contractuellement. Dans ce cadre-là, une imputation des avantages ou un devoir du créancier de réduire le dommage sont exclus (arrêt du Tribunal fédéral 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 = SJ 2008 I 167 et les références citées).

Pour les prêts hypothécaires à terme fixe, la pratique bancaire prévoit également souvent la possibilité pour l'emprunteur de résilier le contrat de manière anticipée contre le versement d'une prime. Une telle disposition contractuelle s'analyse comme une clause pénale exclusive ou dédit consensuel (Wandelpön) au sens de l'art. 160 al. 3 CO, dès lors qu'elle permet de résoudre le contrat moyennant le versement de la peine (arrêts du Tribunal fédéral 4A_567/2013 du 31 mars 2014 consid. 5.2.3, 4A_229/2007 du 7 novembre 2007 consid. 4.1 = SJ 2008 I 167 et les références citées).

3.5 En l'espèce, l'appelante conclut à ce que l'intimée soit condamnée à libérer en sa faveur la cédule hypothécaire qui grève son bien immobilier, moyennant paiement à celle-ci de 1'138'770 fr. et consignation en mains d'un notaire de 175'593 fr. 30. L'appelante a arrêté unilatéralement le montant total qu'elle estime devoir sur la base de la clause contractuelle prévoyant un mécanisme

d'indemnisation en cas de remboursement anticipé du prêt hypothécaire. Son calcul est contesté par l'intimée.

3.5.1 L'appelante n'allègue pas qu'elle aurait résilié de manière anticipée le contrat de prêt hypothécaire. Cela ne résulte d'ailleurs pas des pièces produites. En particulier, dans son message électronique du 7 septembre 2016, l'appelante indique qu'elle attend la conclusion de la vente et donc le transfert de propriété, celui-ci étant propre à rendre exigibles les créances résultant du contrat de prêt. De plus, le bien immobilier de l'appelante n'a pas été vendu. Aucune des deux hypothèses pouvant entrer en ligne de compte (résiliation anticipée par la débitrice et transfert de propriété) ne s'étant réalisée, l'appelante n'est pas légitimée à exiger la libération de la cédule hypothécaire contre paiement des montants prévus contractuellement. Ainsi, elle ne rend pas vraisemblable qu'elle possède une prétention au fond à l'encontre de l'intimée.

La *"liberté de conclure (...) garantie aux articles 1 à 19 CO, laquelle fait partie de la liberté économique procédant de l'article 27 Cst"*, invoquée par l'appelante, ne peut pas fonder une prétention de celle-ci à l'encontre de l'intimée en libération de la cédule hypothécaire. Il est rappelé à cet égard que les rapports entre particuliers relèvent directement des seules lois civiles et pénales et que c'est donc par celles-ci que l'individu est protégé contre les atteintes que d'autres sujets de droit privé pourraient porter à ses droits constitutionnels (ATF 107 Ia 277 consid. 3a p. 280 s.; arrêt du Tribunal fédéral 4A_265/2011 du 8 juillet 2011 consid. 3.2.1).

3.5.2 En tout état de cause, les mesures requises par l'appelante constituent des mesures d'exécution anticipée, qui auraient pour l'essentiel un effet définitif. En particulier, il ne serait plus possible de revenir sur la libération de la cédule hypothécaire, de sorte que le litige serait tranché définitivement sur cette question. En outre, il n'appartient pas au juge des mesures provisionnelles de déterminer le montant exact dû par l'appelante en cas de résiliation anticipée du prêt hypothécaire. L'appelante ne rend pas vraisemblable que les prétentions que la banque entend faire valoir seraient infondées, d'autant plus que la méthode de calcul convenue semble, *prima facie*, celle prévue usuellement par les banques (cf. [www. bankingombudsman.ch/fr./résiliation-anticipée](http://www.bankingombudsman.ch/fr./résiliation-anticipée)). Au stade des mesures provisionnelles, sans investigations complémentaires qui ne pourront être menées que par le juge du fond, il n'est pas possible de considérer que les arguments de l'appelante, qui fait valoir que l'indemnité due en cas de résiliation anticipée du prêt hypothécaire devrait être limitée à 138'770 fr., sont suffisamment fondés ou que l'intimée n'obtiendrait pas gain de cause dans une procédure au fond.

3.5.3 Par surabondance, il sied de relever, avec le Tribunal, que l'appelante n'a pas rendu vraisemblable le risque d'un préjudice difficilement réparable. En effet, si elle devait décider de résilier le prêt de manière anticipée ou de procéder à la

vente de son bien immobilier sans résilier le prêt et verser à la banque l'intégralité de l'indemnité telle qu'elle sera calculée par celle-ci, elle ne rencontrerait vraisemblablement aucune difficulté à récupérer un éventuel montant versé en trop en cas de gain de cause sur le fond, vu la qualité de l'intimée.

En définitive, c'est à bon droit que le Tribunal a retenu que ni la prétention au fond ni le risque d'un préjudice difficilement réparable n'étaient rendus vraisemblables.

La question de savoir si la consignation d'une créance contestée par le débiteur peut être obtenue par le biais de mesures provisionnelles requises par celui-ci peut demeurer indécise.

Le jugement attaqué sera donc confirmé.

4. Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 2'000 fr. (art. 26, 31 et 37 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec l'avance de frais effectuée, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'appelante sera également condamnée à verser à l'intimée 2'000 fr. à titre de dépens d'appel, débours et TVA compris (art. 85 et 90 RTFMC; art. 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 26 janvier 2017 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/6/2017 rendue par le Tribunal de première instance le 16 janvier 2017 dans la cause C/22413/2016-19 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance attaquée.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 2'000 fr., les met à la charge de A_____ et les compense avec l'avance fournie, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ à verser à B_____ SA 2'000 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Céline FERREIRA

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.