REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/9388/2021 **ACJC/418/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 23 MARS 2022

Entre

A_____ SA, sise _____ [GE], recourante contre un jugement rendu par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 22 octobre 2021, comparant par Me Hervé CRAUSAZ, avocat, Chabrier Avocats SA, rue du Rhône 40, case postale 1363, 1211 Genève 1, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

B_____ SA, sise _____ [BE], intimée, comparant par Me Andreas BATTIG, avocat, place Centrale 51, 2501 Biel/Bienne, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, par plis recommandés du 29 mars 2022.

EN FAIT

A. Par jugement du 22 octobre 2021, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par A_____ SA au commandement de payer, poursuite n° 1_____, à concurrence de 4'915'625 fr., avec intérêts à 1,55% par an dès le 1er octobre 2020, de 3'932'500 fr. avec intérêts à 2,95% par an dès le 1er octobre 2020, de 3'932'500 fr. avec intérêts à 1,37% par an dès le 1er octobre 2020, de 3'440'000 fr. avec intérêts à 1,55% par an dès le 1er octobre 2020 et de 3'440'000 fr. intérêts à 1,50% par an dès le 1er octobre 2020 (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 2'000 fr. (ch. 2), compensés ceux-ci avec l'avance fournie par [la banque] B_____ SA (ch. 3), condamné A_____ SA à payer à B_____ SA le montant de 2'000 fr. (ch. 4) ainsi que la somme de 3'000 fr. TTC au titre de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

B. **a.** Par acte déposé à la Cour de justice le 5 novembre 2021, A_____ SA a formé recours contre ce jugement. Elle a conclu à son annulation et au déboutement de B_____ SA de toutes ses conclusions.

Elle a produit une pièce nouvelle, à savoir la copie de diverses pages du rapport annuel 2020 de B_____ SA.

b. B_____ SA a conclu au rejet du recours, sous suite de frais. Elle a produit des pièces nouvelles, à savoir un contrat cadre pour prêt hypothécaire du 30 novembre 2017 ainsi que divers courriers.

C. Les faits pertinents suivants résultent du jugement attaqué.

a. B_____ SA et A_____ SA ont conclu le 8 octobre 2019 un contrat cadre de prêt dit "hypothécaire", par lequel la première s'engageait à prêter à la seconde un montant total de 20'000'000 fr.

b. En exécution du contrat de prêt, plusieurs versements ont été effectués en faveur de A_____ SA, soit 5'000'000 fr. le 6 décembre 2017 (prêt n° 2_____), 3'500'000 fr. le 3 avril 2018 (prêt n° 3_____), 3'500'000 fr. le 16 juillet 2018 (prêt n° 4_____), 4'000'000 fr. le 6 novembre 2018 (prêt n° 5_____) et enfin 4'000'000 fr. le 10 octobre 2019 (prêt n° 6_____), soit un montant total de 20'000'000 fr.

Chacune des tranches versées a fait l'objet d'une convention séparée, définissant entre autres le taux d'intérêt annuel et les échéances de son paiement, ainsi que le montant de l'amortissement annuel et les échéances de son paiement.

c. Le prêt, selon le contrat de garantie financière du 26 juillet 2019, a été garanti par A_____ SA au moyen de la constitution d'une cédule hypothécaire

(n° 2019-7_____) au porteur de 1er rang, d'un montant de 23'500'000 fr., grevant l'immeuble n° 8_____ sis dans la commune de D_____ (Genève), et cédée à titre fiduciaire en pleine propriété à la B_____ SA.

d. A_____ SA et la B_____ SA sont également liées par un crédit de construction (non produit) au compte n° 10_____, où sont notamment comptabilisés les prêts octroyés (au crédit) ainsi que les intérêts et amortissements dus (au débit).

Ce compte affichait au 1er octobre 2020 un solde de 3'649'024 fr. 50 en faveur de la B_____ SA.

e. Par courrier recommandé du 1er février 2021 à l'attention de A_____ SA, B_____ SA a dénoncé au remboursement, avec effet immédiat au 11 février 2021, les cinq tranches d'emprunts hypothécaires nos 2_____, 3_____, 4_____, 5_____ et 6_____, en se fondant sur les clauses générales du contrat du 8 octobre 2019.

B_____ SA a reproché à A_____ SA un retard dans le paiement des intérêts totalisant, sur les cinq tranches d'emprunts, 84'678 fr. 25 au 31 décembre 2020, et de 113'125 fr. au titre des amortissements dus au 31 décembre 2020.

f. B_____ SA a fait notifier le 19 avril 2021 à A_____ SA un commandement de payer pour un total de 19'660'625 fr. en capital (poursuite n° 1_____), dans le cadre d'une poursuite ordinaire.

Aux termes du commandement de payer, la créance est fondée sur cinq "hypothèques" (n° 2_____, n° 3_____, n° 4_____, n° 5_____ et n° 6_____) de l'emprunt hypothécaire.

g. A_____ SA a formé opposition totale au commandement de payer le 19 avril 2021.

h. Par requête du 11 mai 2021 au Tribunal, B_____ SA a conclu au prononcé de la mainlevée provisoire de l'opposition à la poursuite n° 1_____.

Elle a exposé en quelques lignes, sur moins d'une demi page et sans référence à aucune pièce, que "les prêts hypothécaires" avaient été dénoncés au remboursement en raison d'arriérés d'intérêts et d'amortissements, que A_____ SA lui avait demandé un délai pour le paiement des arriérés par courrier du 9 février 2021 et qu'un entretien téléphonique avait été fixé au 19 mars 2021 pour qu'elle lui propose une solution. Aucune solution "crédible" n'avait toutefois été proposée et la situation n'avait pas été régularisée, de sorte qu'elle avait introduit une procédure de faillite le 25 mars 2021. Elle a mentionné comme titre de mainlevée un contrat cadre pour prêt hypothécaire du 8 octobre 2019.

Elle a produit plusieurs pièces, à savoir en particulier le contrat cadre pour prêt hypothécaire précité ainsi que cinq "confirmations de produit immeuble Chemin 9_____, [à] D_____" datées des 24 novembre 2017, 27 mars 2018, 6 novembre 2018, 7 novembre 2018 et 9 novembre 2020, lesquelles mentionnent cinq "prêt[s] hypothécaire[s] à taux variable" (n° 2_____, n° 3_____, n° 4_____, n° 5_____ et n° 6_____) qui renvoient au contrat cadre pour prêt hypothécaire signé par les parties, un "contrat de garantie financière" du 26 juillet 2019, une cédule hypothécaire établie le 9 juillet 2019 et des courriers de dénonciation au remboursement de diverses hypothèques.

i. Lors de l'audience du 23 août 2021 devant le Tribunal, B_____ SA a persisté dans ses conclusions. Elle a produit des pièces complémentaires, à savoir des relevés de comptes des crédits hypothécaires.

A_____ SA n'a pas contesté les retards dans le paiement des intérêts et de l'amortissement ayant donné lieu à la dénonciation du prêt, mais s'est opposée à la requête, excipant du *beneficium excussionis realis* (bénéfice de discussion réelle).

Elle a produit un relevé de diverses transactions faisant notamment état de débits de son compte.

k. Dans son jugement du 22 octobre 2021, le Tribunal a considéré que le libellé des clauses 9 du contrat de garantie financière et 6.3 *in fine* du contrat cadre pour prêt hypothécaire, soit que le créancier était libre de choisir le mode de la poursuite de telle sorte qu'elles comportent implicitement une renonciation par le débiteur à se prévaloir de l'exception du bénéfice de discussion réelle, n'avait rien d'insolite. Il n'y avait pas lieu de s'écarter du sens littéral de ces dispositions, dans la mesure où il n'existait aucune raison sérieuse de penser qu'elles ne correspondaient pas à la volonté des parties. L'exception de A_____ SA était ainsi rejetée.

Par ailleurs, A_____ SA ne contestait à juste titre pas le retard qu'elle avait accumulé dans le paiement des intérêts et de l'amortissement du prêt au 31 décembre 2020, ni que la résiliation extraordinaire du contrat par courrier du 1er février 2021 de B_____ SA respectait les conditions de l'article 6.3 du contrat cadre pour prêt hypothécaire, soit qu'elle intervenait suite à un retard de paiement de plus de 30 jours.

Cette résiliation extraordinaire autorisait B_____ SA à exiger immédiatement le remboursement du prêt selon l'art. 6.3 du contrat cadre pour prêt hypothécaire.

A_____ SA ne démontrait pas par titre s'être acquittée depuis le 1er octobre 2020 d'un quelconque montant en faveur de B_____ SA en relation avec le contrat de prêt.

Si A_____ SA démontrait, par la production lors de l'audience du 23 août 2021 du relevé du compte n° 10_____, qu'une somme de 13'250 fr. avait été versée au crédit dudit compte, rien ne permettait de retenir qu'elle aurait été affectée au prêt, la somme en question ayant été versée par un tiers (C_____ SA), sans référence de paiement, et de surcroît sur un compte où A_____ SA dispose d'un crédit de construction

La mainlevée provisoire de l'opposition était dès lors accordée à concurrence des montant réclamés par B_____ SA.

B_____ SA avait également conclu à l'exigibilité des intérêts annuels au 1er octobre 2020, soit au jour suivant l'un des termes trimestriels de paiement pour chacune des tranches du prêt consenti. Les pièces produites, notamment les clauses particulières de chaque tranche d'emprunt, mentionnaient clairement le taux d'intérêt dû par A_____ SA et à quelles échéances de paiement, soit notamment le 30 septembre de chaque année. Il devait ainsi être fait droit aux conclusions de B_____ SA, tant sur les taux d'intérêts que leur *dies a quo*.

EN DROIT

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

1.2 Aux termes de l'art. 321 al. 1 et 2 CPC, le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 142 al. 1 et 3 CPC), pour les décisions prises en procédure sommaire.

En l'espèce, le recours répond à ces exigences, de sorte qu'il est recevable.

1.3 Les allégations et pièces nouvelles sont irrecevables en procédure de recours (art. 326 al. 1 CPC).

Les pièces nouvelles produites par les parties devant la Cour sont dès lors irrecevables.

1.4.

1.4.1 Dans le cadre d'un recours, 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.

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un

élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence).

1.4.2 En l'espèce, la recourante soutient que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte à plusieurs égards.

Elle fait notamment valoir que le Tribunal ne pouvait pas retenir que les versements effectués entre décembre 2017 et le 8 octobre 2019 avaient été effectués sur la base du contrat de prêt du 8 octobre 2019. Elle doit être suivie à cet égard dans la mesure où, en l'absence d'explication de l'intimée à cet égard, il ne peut être retenu sans arbitraire que des versements ont été effectués en exécution d'un contrat qui n'a été conclu que près de deux ans plus tard.

La recourante invoque d'autres faits qui auraient été établis de manière manifestement inexacte par le Tribunal, grief qu'il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner au vu des considérations qui suivent.

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

2. La recourante invoque une violation de l'art. 55 al. 1 CPC. La maxime des débats s'appliquait à la présente cause et le Tribunal ne pouvait fonder son jugement sur des faits qui n'avaient pas été allégués.

2.1

2.1.1 Constitue une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP, en particulier, l'acte sous seing privé, signé par le poursuivi - ou son représentant (ATF 132 III 140 consid. 4.1.1) -, d'où ressort sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et exigible (ATF 145 III 20 consid. 4.1.1; 139 III 297 consid. 2.3.1).

La reconnaissance de dette dont se prévaut le poursuivant doit réunir les trois identités, soit l'identité entre le poursuivant et le créancier désigné dans ce titre, l'identité entre le poursuivi et le débiteur désigné, et l'identité entre la prétention déduite en poursuite et le titre qui lui est présenté (ATF 139 III 444 consid. 4.1.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_65/2020 du 7 juillet 2020 consid. 4.2.3.1; 5A_740/2018 du 1er avril 2019 consid. 6.1.2 et les références, non publié aux ATF 145 III 160, mais in Pra 2020 n° 3 p. 45). Ainsi, si le montant est dû en vertu d'un autre titre que celui indiqué dans le commandement de payer, la mainlevée doit être rejetée (arrêts du Tribunal fédéral 5D_211/2019 du 29 mai 2020 consid. 5.2.1; 5A_1023/2018 du 8 juillet 2019 consid. 6.2.4.2 et les références). Ces trois identités sont examinées d'office par le juge de la mainlevée (ATF

139 III 444 consid. 4.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_40/2013 du 29 octobre 2013, consid. 2.2, SJ 2014 I 172).

2.1.2 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 III180 consid. 5.1.4).

Lors de la remise de la cédule hypothécaire au porteur à titre de garantie fiduciaire (*Sicherungsübereignung*), les parties peuvent 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 La procédure sommaire est introduite par une requête écrite (art. 252 al. 1 CPC). La requête doit contenir l'allégation des faits nécessaires au prononcé de la mainlevée. Dans les cas simples, la désignation du titre et la description de l'essentiel de son contenu est suffisante. Des allégations plus détaillées seront en revanche nécessaires par exemple si le titre résulte d'une pluralité de documents, ou si l'exigibilité de la créance ou l'une des trois identités ne résulte pas immédiatement du titre (en particulier si la détermination du montant dû selon le titre nécessite certaines opérations arithmétiques), afin que le juge comprenne comment celles-ci s'articulent (*cf.* notamment ABBET, op. cit., n. 56 ad art. 84 LP; STAEHELIN, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 3ème éd., 2021, n. 36d ad art. 84 LP) et qu'il puisse déterminer si la requête se fonde effectivement sur un titre de mainlevée valable.

Un simple renvoi en bloc à des pièces du dossier en guise d'exposé des faits est en principe insuffisant (arrêt du Tribunal fédéral 4D_76/2020 du 2 juin 2021 consid. 5.3 et les références citées). L'allégation par renvoi à une pièce peut suffire à une allégation régulière et suffisante si l'accès aux informations contenues dans la pièce est aisé et ne laisse aucune marge d'interprétation. Le renvoi dans le mémoire doit désigner clairement une pièce, ainsi que la partie de cette pièce qui vaut allégation. Si la pièce n'est pas claire en elle-même, ou ne contient pas exactement les informations requises, ou citées dans le mémoire, l'allégation n'est

régulière que si la pièce est concrétisée et expliquée dans le mémoire (ATF 144 III 519 et note BASTONS BULLETTI in CPC Online, newsletter du 21 mars 2018).

Les faits doivent être allégués et énoncés de façon suffisamment détaillée dès les écritures de première instance, de manière à circonscrire le cadre du procès, assurer une certaine transparence et, en particulier, permettre une contestation efficace par l'adverse partie. L'allégation globale d'un ensemble de faits par simple référence aux pièces produites n'est pas suffisante; à plus forte raison, un ensemble de faits passé entièrement sous silence dans les mémoires, même s'il peut être reconstitué par l'étude des pièces, n'est pas valablement introduit dans le procès, et il est donc nouveau si une partie s'avise de s'en prévaloir en appel seulement (arrêts du Tribunal fédéral 4A_558/2020 du 18 mai 2021 consid. 6; 4A_309/2013 du 16 décembre 2013 consid. 3.2).

2.2 En l'espèce, la requête de mainlevée mentionne uniquement que "les prêts hypothécaires ont été dénoncés au remboursement", sans exposer de quels prêts il s'agissait. Des pièces ont été déposées sans qu'elles soient évoquées et détaillées dans la requête. Un contrat cadre pour produit hypothécaire a certes été produit, mais il a été conclu postérieurement aux versements dont la recourante a réclamé le remboursement. Le commandement de payer énonce par ailleurs comme cause de l'obligation cinq "hypothèques" lesquelles ne constituent pas en elles-mêmes des titres de mainlevée dans la mesure où ces documents relatifs aux divers prêts ne sont pas signés par la recourante. L'intimée a par ailleurs mentionné dans sa requête, comme titre de mainlevée, le contrat cadre du 8 octobre 2019. Il n'y a dès lors pas d'identité entre la prétention déduite en poursuite mentionnée dans le commandement de payer et le titre de mainlevée invoqué dans la requête.

La cause présentait une certaine complexité et portait sur une somme totale de plusieurs millions de francs, de sorte qu'il appartenait à l'intimée de fournir un minimum d'éclaircissements. Elle ne pouvait notamment pas se contenter de produire des pièces sans fournir d'explications, par exemple, sur les conditions de dénonciation des prêts ou les conditions auxquelles elle pouvait se prévaloir de la créance découlant du prêt plutôt que de la créance abstraite résultant de la cédule hypothécaire, lesquelles ne pouvaient par ailleurs être fixées dans le contrat du 8 octobre 2019, ce qui vaut pour l'ensemble des versements, y compris le dernier effectué en 2020. Il a certes été effectué postérieurement à la conclusion du contrat du 8 octobre 2019, mais il n'a toutefois pas été allégué qu'il aurait été effectué sur la base d'un autre contrat que les précédents; il ne mentionne pas, en tout état de cause, à quel contrat cadre il se réfère. La recourante n'a certes pas contesté que ces conditions n'étaient pas réunies, mais elle ne pouvait pas contester des faits qui n'avaient pas été allégués.

Le Tribunal fédéral indique certes parfois que le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce – considérée en vertu de son contenu, de son origine et des caractéristiques extérieures comme un tel titre – suffit pour que la mainlevée soit prononcée (ATF 132 III 140 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_65/2020 du 7 juillet 2020, consid. 4.2.1). Ceci ne vaut toutefois que pour les cas simples, ce qui n'est pas le cas en l'espèce et l'intimée ne pouvait se limiter à produire des pièces, dont le contenu présentait une certaine technicité, sans même s'y référer dans sa requête, ce d'autant que, comme déjà indiqué, elle a produit un contrat cadre pour prêt hypothécaire conclu postérieurement aux versements dont elle réclamait le remboursement. Le fait que le juge de la mainlevée doit examiner d'office l'existence d'un titre de mainlevée provisoire de l'opposition ne dispensait pas davantage l'intimée de fournir un minimum d'explications dans la mesure où cet examen d'office s'effectue sur la base des faits allégués.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal ne pouvait pas admettre sur la base des faits allégués et des pièces produites que les conditions pour prononcer la mainlevée de l'opposition formée au commandement de payer, poursuite n° 1_____, étaient réunies

Le recours est fondé, de sorte que le jugement attaqué sera annulé (art. 327 al. 3 CPC) et la requête de mainlevée rejetée.

3. Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr. pour la première instance et à 3'000 fr. pour la seconde (art. 48 et 61 OELP), seront mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 106 al.1 CPC), laquelle versera ce deuxième montant à la recourante qui en a fait l'avance.

L'intimée sera également condamnée à verser à la recourante 3'000 fr. à titre de dépens de première instance et 2'000 fr. à titre de dépens de seconde instance, débours et TVA compris (art. 85, 89 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par A_____ SA contre le jugement JTPI/13576/2021 rendu le 22 octobre 2021 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9388/2021-19 SML.

Au fond :

Annule ce jugement et, cela fait:

Rejette la requête de mainlevée de l'opposition formée par B_____ SA le 11 mai 2021 dans la cause C/9388/2021.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires à 2'000 fr. pour la première instance et à 3'000 fr. pour la seconde instance, les met à la charge de B_____ SA et dit qu'ils sont compensés avec les avances fournies, qui restent acquises à l'Etat de Genève.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ SA la somme de 3'000 fr. à titre de frais judiciaires.

Condamne B_____ SA à verser à A_____ SA la somme de 5'000 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Marie-Pierre GROSJEAN, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Marie-Pierre GROSJEAN

<u>Indication des voies de recours</u> :

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.