

COUR CIVILE

Séance du 19 mars 2009

Présidence de M. BOSSHARD, président
Juges : MM. Krieger et Hack
Greffier : M. Segura

Cause pendante entre :

A.B._____

(Me A. Neeman)

et

Z._____

(Me J.-N. Jatton)

- Du même jour -

Délibérant à huis clos, la Cour civile considère :

En fait :

1. La défenderesse Z._____ est un établissement bancaire de droit public, dont le siège est à [...].

2. Par courrier du 27 décembre 1995, la défenderesse a confirmé au demandeur la restructuration de l'ensemble de ses engagements auprès d'elle. A cette occasion, elle a accordé au demandeur un nouveau prêt hypothécaire de 380'000 fr., une limite de crédit en compte courant débiteur n° C.[...] de 265'000 fr. et réduit à 86'515 fr. 15 le précédent prêt hypothécaire n° [...]. Le prêt hypothécaire de 380'000 fr. était garanti par la cession en propriété par le demandeur d'une cédule hypothécaire au porteur en deuxième rang de 600'000 fr., qui grevait les lots 1 et 2 du plan représentant respectivement 65/100 et 35/100 de la propriété par étages en cours de constitution sur la parcelle de base n° [...] de la Commune de [...]. La limite de crédit en compte courant débiteur n° C.[...] était garantie d'une part par la cession en propriété par le demandeur de la même cédule hypothécaire et, d'autre part, par la cession en propriété par le demandeur et B.B._____ d'une cédule hypothécaire en premier rang de 65'000 fr., d'une cédule hypothécaire au porteur en deuxième et parité de rang de 25'000 fr. et d'une cédule hypothécaire au porteur en deuxième et parité de rang de 80'000 fr. grevant toutes trois les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...]. Le prêt hypothécaire n° [...] était garanti également par la cession en propriété de ces trois dernières cédules hypothécaires.

Le demandeur, en sa qualité de débiteur et constituant de gage, et B.B._____, en sa qualité de constituante de gage, ont

contresigné le 28 janvier 1996 chaque page de cette lettre, après la mention "lu et approuvé", qui prévoyait en outre que les conditions générales de la défenderesse étaient applicables et faisaient partie intégrante des relations contractuelles entre les parties.

Ces conditions générales contenaient notamment les clauses suivantes :

"Article 2 - Réclamations du client

Toute réclamation du client relative à l'exécution ou à l'inexécution d'un ordre quelconque ou toute contestation d'un extrait de compte ou de dépôt doit être présentée immédiatement après la réception de l'avis correspondant, mais au plus tard dans le délai fixé par la Banque; s'il ne reçoit pas d'avis, le client doit présenter sa réclamation dès le moment où il aurait dû normalement recevoir un avis qui lui aurait été envoyé par la poste. Le dommage résultant d'une réclamation tardive est à la charge du client. [...]

Article 9 - Comptes courants

Tous les comptes d'un client, quelles que soient leur dénomination et la monnaie dans laquelle ils sont libellés, constituent un compte courant unique. Leurs soldes sont exigibles en tout temps. La Banque est autorisée à compenser entre eux leurs intérêts et soldes, mais elle se réserve aussi la faculté de faire valoir chaque solde de compte séparément. Si le montant total de plusieurs ordres d'un client dépasse son avoir disponible ou les limites de crédit accordées, la Banque pourra déterminer à son gré quelles sont les dispositions qui doivent être exécutées, sans égard à la date qu'elles portent ou à celle de leur réception.

La Banque crédite et débite les intérêts, commissions et frais convenus ou usuels ainsi que les impôts, à son choix, en fin de trimestre, de semestre ou d'année. La Banque se réserve le droit de modifier en tout temps ses taux d'intérêts et de commissions, notamment si la situation change sur le marché de l'argent. Elle en informera le client par voie de circulaire ou par tout autre moyen approprié.

A défaut d'une réclamation présentée dans le délai d'un mois, les extraits de comptes sont tenus pour approuvés, **cela conformément à la déclaration figurant sur chaque relevé de compte.** L'approbation expresse ou tacite du relevé de compte emporte celle de tous les articles qui y figurent ainsi que des réserves éventuelles de la Banque. L'état de dossier des titres est également approuvé tacitement sauf réclamation écrite dans le délai d'un mois.

Les modifications des conditions de la Banque figurant notamment sur les relevés de comptes ou l'état de dossier des titres qu'elle envoie à ses clients lieront les débiteurs ou titulaires d'avoirs, sauf opposition expresse de leur part adressée dans les plus brefs délais, par écrit, à la Banque. [...]

Article 11 - Résiliation des relations d'affaires

Le client comme la Banque est en droit de dénoncer ses relations d'affaires en tout temps. La Banque peut en particulier annuler des crédits ou engagements promis ou accordés. Ce n'est qu'après

remboursement intégral, en capital et intérêts, des sommes dues que les relations seront considérées comme définitivement closes."

Le 28 janvier 1996, le demandeur et B.B._____ ont signé un "acte de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire" confirmant la cession à la défenderesse de la propriété des trois cédules hypothécaires grevant les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...] en garantie de ses prétentions actuelles et futures à l'encontre du demandeur. Par le même document, ce dernier et B.B._____ se sont reconnus débiteurs solidaires des trois titres hypothécaires cédés.

Le demandeur a régulièrement reçu les relevés du compte courant n° C.[...] ainsi que les avis d'échéance du prêt hypothécaire n° [...], qu'il n'a jamais contestés.

3. En 1998, des négociations ont eu lieu entre les parties en vue d'une nouvelle restructuration globale des crédits du demandeur. L'accord qu'elles ont signé les 4 et 14 février 1998 prévoyait que le remboursement des crédits restructurés serait soumis à un préavis de six mois. La défenderesse fait valoir que cet accord est resté sans suite, les différentes conditions qu'il prévoyait n'ayant pas été réalisées. Entendu comme témoin, M._____ a confirmé cet allégué. On reviendra ultérieurement sur cette question, dans la mesure où il s'agit pour partie d'une question de droit.

4. Le 31 décembre 1998, la défenderesse a dénoncé au remboursement le prêt hypothécaire n° [...], le compte courant n° C.[...] et le prêt hypothécaire n° [...] octroyés au défendeur. Par courrier du même jour adressé au demandeur et à B.B._____, la défenderesse a dénoncé au remboursement pour le 30 juin 1999 les créances incorporées dans les cédules hypothécaires en premier et deuxième et parité de rang de respectivement 65'000 fr., 80'000 fr. et 25'000 fr. grevant les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...]. Le demandeur a reçu ces dénonciations au plus tôt le 4 janvier 1999.

Selon un relevé au 30 juin 1999, le solde débiteur du compte courant n° C.[...] s'élevait à 241'635 fr. 85 pour une limite de crédit autorisée de 195'000 francs. Au 30 septembre 1999, celui du prêt hypothécaire n° [...] était de 77'904 fr. 40.

5. a) Le 30 juillet 1999, la défenderesse a adressé à l'Office des poursuites de [...] une réquisition de poursuite en réalisation d'un gage immobilier dirigée contre le demandeur portant sur les montants de 80'000 fr., plus intérêt à 10 % du 30 juin 1996, de 25'000 fr., plus intérêt à 10 % du 30 juin 1996 et de 65'000 fr., plus intérêt à 10 % du 30 juin 1996. Les taux d'intérêt figurant dans cette réquisition de poursuite étaient les taux maxima prévus par les cédules hypothécaires cédées en garantie et non le taux retenu dans le contrat du 27 décembre 2005. Sous titre et date de la créance figuraient les éléments suivants :

"1. Montant dû en vertu d'une cédule hypothécaire, minute no [...] du RF de [...] du capital de Fr. 80'000.-- grevant en 2^{ème} et parité de rang un immeuble sis sur le territoire de la Commune de [...]. Le prêt hypothécaire et le compte courant no C.[...] sont garantis par la cession en propriété de la cédule précitée.

2. Montant dû en vertu d'une cédule hypothécaire, minute no [...] du RF de [...] du capital de Fr. 25'000.-- grevant en 2^{ème} et parité de rang un immeuble sis sur le territoire de la Commune de [...]. Le prêt hypothécaire et le compte courant no C.[...] sont garantis par la cession en propriété de la cédule précitée.

3. Montant dû en vertu d'une cédule hypothécaire, minute no [...] du RF de [...] du capital de Fr. 65'000.-- grevant en 1^{er} rang un immeuble sis sur le territoire de la Commune de [...]. Le prêt hypothécaire et le compte courant no C.[...] sont garantis par la cession en propriété de la cédule précitée."

L'objet du gage immobilier était désigné de la manière suivante :

"Parcelles RF nos [...] et [...] sises sur la Commune de [...], au lieu dit "[...].""

b) Le 1^{er} novembre 1999, la société [...] SA a acquis du demandeur l'immeuble sis avenue du [...], à [...], pour le prix de 909'444 francs. Le bâtiment situé sur la parcelle était constitué d'une habitation et

d'un restaurant, dont la valeur incendie était de 1'832'995 fr. au 5 octobre 1995. [...] SA s'est acquittée du prix notamment par la reprise des dettes du demandeur envers [...] et la défenderesse. Les actionnaires de l'acquiesse, V._____ et Q._____, ont mené les négociations, avec la défenderesse notamment, en vue de cette acquisition. Ils ont informé le demandeur et B.B._____ de leur aboutissement.

Le demandeur allègue que ses interlocuteurs lui auraient assuré que, quel que soit le prix de vente, les établissements bancaires renonceraient à lui réclamer le découvert sur gage, soit en particulier que la défenderesse renoncerait à percevoir le solde de sa créance. Entendus à ce sujet, les témoins V._____ et Q._____ ont contesté avoir donné de telles assurances et le témoin C._____, ami du demandeur, s'est contenté de dire que c'est ce que le demandeur lui avait dit. Ces affirmations ne sont donc pas retenues.

c) Dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier n° [...] de l'Office des poursuites de [...], la défenderesse a produit, pour un montant total de 247'383 fr. 40, les créances découlant des cédules hypothécaires grevant les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...] et cédées par le demandeur et B.B._____. Ces créances ont été admises à l'état des charges pour la même somme.

Avant la vente aux enchères, la défenderesse avait été contactée par W._____ SA, propriétaire de la scierie située sur la parcelle voisine de celles du demandeur à [...], qui lui avait offert la somme de 30'000 fr. pour les deux parcelles. La défenderesse avait de plus pris contact avec l'agence immobilière [...] SA à [...] et lui avait confirmé qu'une commission lui serait octroyée si elle trouvait un client pour les deux parcelles au prix minimal de 100'000 francs. Aucune offre n'a finalement été présentée à la défenderesse par l'intermédiaire de cette agence.

Les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...] ont été vendues aux enchères publiques le 29 novembre 2000. La défenderesse les a acquises pour le prix de 80'000 francs. Le produit net de la vente s'est élevé à 73'116 francs 50. Le 23 avril 2001, l'Office des poursuites de [...] a délivré à la défenderesse un certificat d'insuffisance de gage d'un montant de 174'266 fr. 90.

d) Le 1^{er} mai 2001, la défenderesse a requis la continuation de la poursuite auprès de l'Office des poursuites de [...], se fondant sur le certificat d'insuffisance de gage du 23 avril 2001. Elle en a réclamé le capital, par 174'266 fr. 90, plus les intérêts à 10 % l'an dès le 30 novembre 2000, lendemain de la réalisation des gages. Le 19 juin 2001, l'Office des poursuites de [...] lui a adressé un procès-verbal de saisie dans la poursuite n° [...]. Selon ce procès-verbal, le demandeur devait faire l'objet d'une saisie de salaire mensuelle de 200 francs. Le 6 juin 2002, le même office a délivré à la défenderesse un acte de défaut de biens après saisie pour un montant de 200'473 fr. 75, sur lequel figuraient comme titre et date de la créance ou cause de l'obligation :

"Certificat d'insuffisance de gage de Fr. 174'266,90 délivré le 23.04.2001 par l'Office des Poursuites de [...] à [...]."

e) Le 25 octobre 2002, la défenderesse a requis la continuation de la poursuite en se fondant sur l'acte de défaut de biens n° [...] du 6 juin 2002. Le 13 décembre 2002, l'Office des poursuites de [...] lui a adressé un procès-verbal de saisie dans le cadre de la poursuite n° [...]. Le 4 décembre 2003, l'office précité a délivré à la défenderesse un nouvel acte de défaut de biens après saisie pour le montant de 200'291 fr. 15. Cet acte de défaut de biens indiquait comme titre et date de la créance ou cause de l'obligation :

"Montant dû selon acte de défaut de biens no [...] de Fr. 200'473.75 délivré le 06.06.2002 par l'Office des poursuites de [...]."

f) Sur réquisition de la défenderesse, un commandement de payer la somme de 200'291 fr. 15, sans intérêt, a été notifié le 6 janvier 2004 au demandeur dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...]. Les frais du commandement de payer se sont élevés à 200 francs. Le demandeur ayant formé opposition totale, la défenderesse a requis le 22 juillet 2004 la mainlevée provisoire de l'opposition. Par prononcé du 9 septembre 2004, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a ordonné la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 200'291 fr. 15, sans intérêt, et condamné le demandeur à payer 440 fr. à la défenderesse en remboursement de ses frais de justice.

g) Le 4 janvier 2005, une commination de faillite a été notifiée au demandeur sur réquisition de la défenderesse, les frais se montant à 200 francs. Par lettre du 10 février 2005, la défenderesse a refusé d'entrer en matière sur un abandon de sa créance contre le demandeur. Le 11 février 2005, elle a requis la faillite de ce dernier. Le 14 mars 2005, le Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé la faillite du demandeur et mis à sa charge les frais du prononcé avancé par la défenderesse par 200 francs. Aucun créancier n'ayant demandé la continuation de la liquidation et avancé les frais, ce même magistrat a prononcé la clôture de la faillite le 1^{er} juin 2005. Les frais relatifs à la procédure de faillite ont été mis à la charge de la défenderesse par 1'171 fr. 95.

h) Sur réquisition de la défenderesse, un nouveau commandement de payer les sommes de 1) 200'291 fr. 15, sans intérêt, 2) 400 fr., sans intérêt, 3) 440 fr., sans intérêt, 4) 25 fr., sans intérêt, 5) 200 fr., sans intérêt, 6) 1'171 fr. 95, sans intérêt, a été notifié le 15 juin 2005 au demandeur dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...]. Les titre et date de la créance étaient les suivants :

"1) Acte de défaut de biens no [...] de Fr. 200'291.15 délivré le 04.12.2003 par l'Office des poursuites de [...].

2) Frais poursuite no [...].

- 3) Frais prononcé de mainlevée d'opposition du 28.9.2004.
- 4) Frais attestation de non-ouverture d'action.
- 5) Frais prononcé de faillite.
- 6) Frais clôture de faillite par défaut d'actifs."

Le demandeur ayant formé opposition totale, la défenderesse a requis le 18 août 2005 la mainlevée provisoire de l'opposition. Par prononcé du 28 septembre 2005, dont la motivation a été communiquée le 20 octobre 2005, le Juge de paix des districts de [...] a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par le demandeur au commandement de payer n° [...] à concurrence de 1) 200'291 fr. 15, sans intérêt, 2) 400 fr., sans intérêt, 3) 440 fr., sans intérêt, 4) 200 fr., sans intérêt, 5) 1'171 fr. 95, sans intérêt, et condamné le demandeur à verser 700 fr. à la défenderesse à titre de dépens.

6. En cours d'instance, une expertise a été confiée à l'expert-comptable N._____. L'expert a déposé son rapport le 11 octobre 2007. Ses conclusions et constatations sont en substance les suivantes :

Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier ayant abouti à la vente aux enchères des parcelles de [...] le 29 novembre 2000, la défenderesse a réclamé la valeur totale des cédules hypothécaires grevant ces parcelles, soit 170'000 fr., et y a ajouté les intérêts du 30 juin 1996 au 29 novembre 2000, par 75'036 fr. 10. Ce montant, exact dans son calcul, se fonde sur un taux d'intérêt de 10 %. L'expert relève que la défenderesse n'a pas tenu compte du taux légal ni des taux mentionnés dans le contrat du 27 décembre 1995.

L'état des charges du 16 octobre 2000 comprend des intérêts par 75'036 fr. 10 et un capital de 170'000 fr., représentant les trois cédules hypothécaires. Les intérêts ont été calculés au taux de 10 % l'an. Ceux figurant sur le certificat d'insuffisance de gage ont été calculés de la même manière.

Dans sa réquisition de continuer la poursuite du 1^{er} mai 2001, la défenderesse a retenu un intérêt de 10 % pour la période du 29 novembre 2000 au 6 juin 2002. S'il avait été tenu compte d'un taux d'intérêt de 5 %, la dette finale aurait été réduite de 53'578 fr. 45, notamment grâce à la suppression d'un anatocisme.

Le certificat d'insuffisance de gage du 23 avril 2001 inclut un intérêt calculé sur un taux annuel de 10 %. Il en va de même pour l'acte de défaut de biens après saisie du 6 juin 2002.

7. D'autres faits allégués ou admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

8. Par demande du 10 novembre 2005 adressée à la Cour civile, le demandeur A.B._____ a pris contre la défenderesse Z._____ les conclusions suivantes :

"1. L'action en libération de dette est admise.

2. En conséquence, l'opposition au commandement de payer No [...] est maintenue.

3. En conséquence, Monsieur A.B._____ n'est pas débiteur de Z._____ des montants suivants :

a. Fr. 200'291.15 sans intérêts.

b. Fr. 400.-- sans intérêts.

c. Fr. 440.-- sans intérêts.

d. Fr. 200.-- sans intérêts.

e. Fr. 1'171.95 sans intérêts.

4. Les frais, ainsi qu'une équitable indemnité pour les dépens sont mis à la charge de Z._____.

Dans sa réponse du 17 mars 2006, la défenderesse a conclu à libération des conclusions de la demande, avec suite de frais et dépens.

Par requête en augmentation de conclusions du 12 février 2007, la défenderesse a pris les conclusions reconventionnelles suivantes, avec suite de frais et dépens :

"I. A.B._____ est le débiteur de Z._____ et lui doit immédiat paiement de la somme d'au moins 174'266 fr. 90 (cent septante-quatre mille deux cent soixante-six francs et nonante centimes), plus intérêts à 10 % l'an dès le 30 novembre 2000.

II. L'opposition formée par A.B._____ au commandement de payer qui lui a été notifié dans la poursuite no [...] de l'Office des poursuites de [...] est levée définitivement, à concurrence du montant en capital et intérêts réclamé au chiffre I ci-dessus."

A l'audience préliminaire du 20 juin 2007, le demandeur a conclu au rejet des conclusions reconventionnelles, avec suite de frais et dépens.

En droit :

I. a) Le demandeur A.B._____ a conclu qu'il n'est pas le débiteur de la défenderesse Z._____ des montants en capital et intérêts objets de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] et que l'opposition au commandement de payer notifié dans cette poursuite doit être maintenue. Le demandeur exerce donc l'action en libération de dette de l'art. 83 al. 2 LP (loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite - RS 281.1). La défenderesse a quant à elle conclut reconventionnellement au paiement d'un montant de 174'266 fr. 90 et à la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer notifié au demandeur.

A teneur de l'art. 83 al. 2 LP, le débiteur peut, dans les vingt jours à compter de la mainlevée provisoire, intenter au for de la poursuite une action en libération de dette. Le juge est tenu d'examiner d'office le respect du délai d'ouverture d'action (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 60 ad art. 83 LP; Ruedin, L'action en libération de dette, FJS 957, p. 5 et les réf. citées). Selon la jurisprudence, si le droit cantonal de procédure prévoit un recours ordinaire contre le prononcé de mainlevée, le délai d'ouverture d'action de

l'art. 83 al. 2 LP court du jour où le délai de recours est expiré sans avoir été utilisé ou de celui du retrait du recours ou de la notification – conformément à la législation cantonale – de l'arrêt sur recours, sans qu'il importe que la décision de mainlevée soit provisoirement exécutoire; si le recours contre le prononcé de mainlevée n'emporte pas d'effet suspensif en vertu du droit de procédure cantonal et que celui-ci n'a pas non plus été accordé par décision judiciaire, le délai pour ouvrir action en libération de dette part de la notification – conformément à la législation cantonale – du prononcé de mainlevée (ATF 127 III 569 c. 4a, JT 2001 II 46 et les réf. citées).

En droit vaudois, un prononcé statuant sur une demande de mainlevée d'opposition est susceptible d'un recours en réforme au Tribunal cantonal (art. 38 al. 2 let. b LVLP [loi du 18 mai 1955 d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite – RSV 280.05]), dans les dix jours dès sa communication (art. 57 al. 1^{er} LVLP). Ce recours suspend *ex lege* l'exécution du prononcé entrepris (art. 59 al. 1^{er} LVLP).

b) En l'espèce, le demandeur n'a pas recouru contre le prononcé motivé rendu par le Juge de paix des districts de [...] le 28 septembre 2005. Ce dernier a été notifié aux parties le 20 octobre 2005. Le délai de vingt jours a commencé à courir du lendemain de l'expiration du délai de recours de dix jours, échu le dimanche 30 octobre 2005 et reporté au lundi 1^{er} octobre 2005. Le délai arrivait donc à échéance le dimanche 20 novembre 2005 et était reporté au lundi 21 novembre 2005. Déposée le 10 novembre 2005, l'action en libération de dette du demandeur l'a été manifestement en temps utile et est donc recevable.

c) La nature de l'action en libération de dette ne s'oppose pas à ce que le défendeur prenne des conclusions reconventionnelles, pour autant que celles-ci soient en rapport de connexité avec la demande (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, n. 7 ad art. 272 CPC et la

réf. citée; Ruedin, op. cit., p. 5 et les arrêts cités). Par ailleurs, selon l'art. 266 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966 – RSV 270.11), les conclusions peuvent être réduites ou modifiées jusqu'à la clôture de l'instruction pourvu que les conclusions nouvelles demeurent en connexité avec la demande initiale. Dans ces dernières circonstances, la connexité doit être interprétée largement et admise lorsque les prétentions ont leur origine dans le même complexe de faits ou de relations d'affaires (JT 2007 III 127; JT 2004 III 83). La réduction ou la modification des conclusions est possible jusqu'à la clôture de l'instruction (art. 266 CPC; JT 2007 III 127). La jurisprudence a par ailleurs admis la possibilité d'introduire des conclusions purement nouvelles, avec ou sans réforme, pour autant qu'elles soient connexes avec celles déjà en cause et que, lorsque la voie de la réforme n'est pas utilisée, l'introduction des conclusions nouvelles n'intervienne pas à un stade du procès où la partie adverse ne pourrait plus alléguer de faits nouveaux sans devoir elle-même se réformer (JT 2007 III 127).

d) En l'espèce, la défenderesse a pris des conclusions par requête en augmentation de conclusions du 12 février 2007, soit avant la fixation du délai de l'art. 317a CPC pour le dépôt des mémoires de droit. L'instruction n'était donc pas encore close. Par ailleurs, ces conclusions sont fondées sur la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] et sont donc issues du même complexe de faits que l'action en libération de dette du demandeur. Elles sont en conséquence recevables.

II. a) L'action en libération de dette de l'art. 83 al. 2 LP est une action négatoire de droit, fondée sur le droit matériel, qui aboutit à un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée en dehors de la poursuite en cours quant à l'existence et l'exigibilité de la créance litigieuse (ATF 134 III 656, JT 2008 II 94, SJ 2009 I 73; ATF 128 III 44 c. 4a, JT 2001 II 71, SJ 2002 I 174; ATF 127 III 232 c. 3a, JT 2001 II 19). Elle est le pendant de l'action en reconnaissance de dette de l'article 79 LP et a pour objet la constatation de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance déduite en

poursuite au moment de la réquisition de poursuite (ATF 124 III 207 c. 3a, JT 1999 II 55, SJ 1998 644; ATF 118 III 40 c. 5a, JT 1994 II 112 et les réf. citées). Elle est limitée à la créance qui fait l'objet de la poursuite (ATF 124 III 207 c. 3b/bb, JT 1999 II 55, SJ 1998 644).

Cette action se distingue de l'action en reconnaissance de dette par le renversement du rôle procédural des parties. Le fardeau de la preuve et la charge de l'allégation ne sont en revanche pas renversés. Le fait que le débiteur ait matériellement une position de défendeur dans l'action en libération de dette trouve en définitive son origine dans le mécanisme de la mainlevée (ATF 130 III 285 c. 5.3.1, JT 2005 II 117, SJ 2004 I 269; ATF 127 III 232 c. 3a et les réf. citées; ATF 116 II 131 c. 2, JT 1992 II 63; Gilliéron, op. cit., n. 55 ad art. 83 LP; Muster, La reconnaissance de dette abstraite, Art. 17 CO et 82 ss LP : étude historique et de droit actuel, thèse Lausanne 2004, pp. 232-233; Tevini du Pasquier, Commentaire romand, nn. 7 ad art. 17 CO). Les parties ne sont pas limitées aux moyens invoqués dans la procédure de mainlevée (ATF 122 III 262, SJ 1996 I 628 c. 2a ; ATF 116 II 131 c. 2, JT 1992 II 63 ; Gilliéron, op. cit., n. 55 ad art. 83 LP).

Néanmoins, le créancier défendeur à l'action en libération de dette bénéficie d'une position privilégiée du fait qu'il détient, en règle générale, sinon dans tous les cas, la reconnaissance de dette (art. 82 LP) qui lui a permis d'obtenir la mainlevée provisoire. La reconnaissance de dette se définit comme la déclaration par laquelle un débiteur manifeste au créancier qu'une dette déterminée existe (TF 4C.30/2006 du 18 mai 2006 c. 3.2; Schwenger, Commentaire bâlois, 4^{ème} éd., n. 2 ad art. 17 CO; Tevini du Pasquier, op. cit., n. 1 ad art. 17 CO). La reconnaissance de dette peut être causale, lorsque la cause de l'obligation est mentionnée expressément dans la reconnaissance de dette ou qu'elle ressort manifestement des circonstances. Elle est abstraite lorsqu'elle n'énonce pas la cause de l'obligation (TF 4C.30/2006 du 18 mai 2006 c. 3.2; Schwenger, op. cit., n. 5 ad art. 17 CO et les réf. citées). Dans les deux cas, la reconnaissance de dette est valable (art. 17 CO [Code des obligations du 30 mars 1911 - RS 220]). La cause sous-jacente doit

cependant exister et être valable (ATF 105 II 183 c. 4a, JT 1980 I 221; Tevini du Pasquier, op. cit., n. 2 ad art. 17 CO; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} édition, p. 157). En effet, en droit suisse, la reconnaissance de dette, même abstraite, a pour objet une obligation causale (ATF 105 II 183 c. 4a, JT 1980 I 221), l'article 17 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 - RS 220) n'ayant pas d'incidence sur l'existence matérielle de l'obligation du débiteur (ATF 131 III 268 c. 3.2).

Ainsi, le créancier - formellement défendeur - et détenteur d'une reconnaissance de dette n'a pas à prouver la cause de sa créance, ni la réalisation d'autres conditions que celles qui sont indiquées dans l'acte de reconnaissance. Dans un tel cas, il appartient au débiteur qui conteste la dette d'établir la cause de l'obligation et de démontrer qu'elle n'est pas valable, par exemple parce que le rapport juridique à la base de la reconnaissance est inexistant, nul (art. 19 et 20 CO), invalidé ou simulé (art. 18 CO) (ATF 131 III 268 c. 3.2; ATF 96 II 383 c. 3a, JT 1972 I 150).

b) Aux termes de l'art. 149 al. 2 LP, l'acte de défaut de biens après saisie vaut comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82 LP et confère les droits mentionnés aux art. 271 ch. 5 et 285 LP. Il permet au créancier d'obtenir la mainlevée provisoire d'une éventuelle opposition formulée dans le cadre d'une poursuite ultérieure (Jeandin, Poursuite pour dettes et faillites, Actes de défaut de défaut de biens et certificat d'insuffisance de gage, in FJS 990, p. 7). D'après une jurisprudence constante, l'acte de défaut de biens après saisie n'est qu'une déclaration officielle attestant que la procédure d'exécution forcée n'a pas conduit, totalement ou partiellement, au paiement de la créance; il ne constitue pas une reconnaissance de dette dans son acception technique, car le poursuivi n'intervient en rien dans son établissement et n'émet aucune déclaration de volonté concernant le fond du droit (TF 4P.126/2003 du 25 août 2003; ATF 116 III 66 c. 4a, JT 1992 II 142; ATF 102 Ia 363 c. 2a, JT 1978 II 108; ATF 98 Ia 353 c. 2; Gilliéron, op. cit., nn. 17 ss ad art. 149 LP). Bien qu'il constitue un titre public au sens de l'art. 9 CC (Rey-Mermet, Commentaire romand, n. 15 ad art. 149 LP), ce n'est toutefois pas un

papier-valeur et il n'emporte pas novation de la dette ou création d'un rapport de droit nouveau (TF 4P.126/2003 du 25 août 2003; ATF 98 la 353, JT 1973 II 67; Näf, Kurzkomentar, n. 6 et 7 ad art. 149 LP; Rey-Mermet, op. cit., nn. 16 et 17 ad art. 149 LP; Gilliéron, op. cit., nn. 17 et 20 ad art. 149 LP; Huber, Basler Kommentar, n. 44 ad art. 149 LP). N'ayant qu'un effet constatatoire, l'acte de défaut de biens n'exerce aucun effet sur le rapport juridique de base (Rey-Mermet, op. cit., n. 17 ad art. 149 LP et les réf. citées). Il renverse la présomption de solvabilité (Gilliéron, op. cit., n. 51 ad art. 149 LP). Il ne dispense toutefois pas le créancier d'alléguer et de prouver les faits à l'origine de la créance dont il poursuit le recouvrement (Näf, op. cit., n. 7 ad art. 149 LP; Gilliéron, op. cit., n. 53 ad art. 149 LP; Huber, op. cit., n. 42 ad art. 149 LP; Jeandin, op. cit., p. 7). Il constitue non pas une preuve directe, mais un indice de l'existence de la créance du poursuivant à qui il a été délivré, indice qui peut avoir, selon les circonstances, une portée décisive (Gilliéron, Commentaire, op. cit., n. 21 ad art. 149 LP), notamment lorsque, soit à cause de l'ancienneté des événements, soit pour des motifs semblables, le créancier se trouve dans l'impossibilité d'invoquer d'autres moyens de preuve (ATF 102 la 363 précité c. 2c, JT 1978 II 108; ATF 69 III 89 précité c. 1b, JT 1944 II 92). Puisqu'un tel acte ne prouve pas l'existence de la créance (TF 4P.126/2003 du 25 août 2003 et les réf. citées; Huber, Basler Kommentar, n. 42 ad art. 149 LP), le poursuivi conserve la faculté de discuter la prétention lors d'une procédure ultérieure, que ce soit par la voie de l'action en libération de dette ou celle de l'action en annulation de la poursuite (TF 4P.126/2003 du 25 août 2003 c. 2.3; Gilliéron, op. cit., nn. 53 et 54 ad art. 149 LP). Le poursuivi peut dès lors invoquer toutes les exceptions à sa disposition selon l'art. 82 al. 2 LP (Näf, op. cit., n. 7 ad art. 149 LP; Rey-Mermet, op. cit., n. 18 ad art. 149 LP; Huber, op. cit., n. 41 ad art. 149 LP).

c) Lorsque la réalisation du gage n'a pas eu lieu faute d'offre suffisante ou que le produit ne suffit pas à désintéresser le créancier poursuivant, l'office des poursuites délivre à ce dernier un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 al. 1 LP). Ce certificat n'a pas le caractère d'un papier-valeur (Bernheim/Känzig, Basler Kommentar, n. 17 ad art. 158 LP; Foëx, Commentaire romand, n. 13 ad art. 158 LP). Il n'entraîne pas

novation de la créance (Käser, Kurzkomentar, n. 4 ad art. 158 LP; Bernheim/Känzig, op. cit., n. 37 ad art. 158 LP; Foëx, op. cit., n. 13 ad art. 158 LP). Le certificat d'insuffisance de gage revêt formellement la qualité de reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP (art. 158 al. 3 LP; TF 5P.368/2002 du 13 décembre 2002; Käser, op. cit., n. 4 ad art. 158 LP; Bernheim/Känzig, op. cit., n. 35 ad art. 158 LP; Foëx, op. cit., n. 13 ad art. 158 LP), même s'il ne constitue pas une reconnaissance de dette au sens matériel, mais une simple déclaration officielle attestant que le créancier gagiste a été renvoyé perdant, en tout ou partie, lors de la réalisation du gage (TF 5P.368/2002 du 13 décembre 2002). Dès lors que le débiteur n'a pas contribué à son établissement, le certificat d'insuffisance de gage ne saurait constituer une reconnaissance de dette ni un nouveau titre de créance par novation, mais uniquement un titre à la mainlevée provisoire. Le poursuivi est dès lors admis à invoquer tout moyen libératoire tiré du droit civil, à condition que ledit moyen n'ait pas été rejeté par le juge dans une action au fond ayant opposé les parties (TF 5P.368/2002 du 13 décembre 2002; Gilliéron, op. cit., n. 41 ad art. 82 LP).

d) En l'espèce, la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] est fondée sur l'acte de défaut de biens du 4 décembre 2003, délivré par le même office. La défenderesse a de plus produit à l'appui de ses prétentions le certificat d'insuffisance de gage du 23 avril 2001, l'acte de défaut de biens du 6 juin 2002, les cédules hypothécaires grevant les parcelles du demandeur à [...] ainsi que le contrat du 27 décembre 1995. Les titres issus du droit des poursuites, certificat d'insuffisance de gage et actes de défaut de biens, ne constituent pas une preuve directe de l'existence la créance de la défenderesse mais des indices de celle-ci. Il convient dès lors d'apprécier les prétentions de la défenderesse non sur la base de ces seuls titres, mais surtout sur celle des pièces relevant des créances abstraites et causales dont elle se prévaut.

III. a) Dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier n° [...] de l'Office des poursuites de [...], la défenderesse s'est

fondée sur les créances incorporées dans les cédules hypothécaires grevant les parcelles nos [...] et [...] du demandeur à [...], soit les créances abstraites.

La créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire doit être clairement distinguée de la créance causale résultant par exemple d'un contrat de prêt. En effet, seule la créance incorporée dans la cédule jouit d'un droit de gage immobilier et peut fonder une poursuite en réalisation de gage (JT 2004 II 70). Il convient donc de déterminer qui étaient les titulaires et débiteurs des cédules produites en poursuite et de la créance causale qu'elles garantissaient.

b) Aux termes de l'art. 842 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 - RS 210), la cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier. Sa constitution éteint par novation l'obligation dont elle résulte (art. 855 al. 1 CC) et donne naissance à une créance nouvelle, à savoir la créance résultant de la reconnaissance de dette exprimée dans le titre, laquelle est abstraite en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause (cf. art. 17 CO). Il y a ainsi novation lorsque la cédule est constituée alors que les parties sont déjà créancière et débitrice l'une de l'autre, notamment lorsqu'il s'agit de garantir par la cédule le remboursement d'un prêt qui a déjà été contracté au moment de la constitution de celle-ci. La nouvelle créance née de la constitution de la cédule prend la place de l'ancienne (ATF 119 III 105 c. 2a, JT 1996 II 115; Steinauer, Les droits réels, 3^{ème} éd., nn. 2932 s.). Cette règle est toutefois de droit dispositif (art. 855 al. 2 CC) et les parties peuvent convenir d'une juxtaposition des deux créances. La jurisprudence distingue ainsi la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire dont le créancier est propriétaire pour en avoir acquis la propriété d'emblée, ou après une poursuite en réalisation de gage mobilier s'il détenait auparavant la cédule en nantissement, et la créance causale résultant du contrat de prêt pour lequel la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite constatée dans la cédule est destinée à doubler la

créance causale aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement (TF 5A_226/2007 et 5A_228/2007 du 20 novembre 2007; Gilliéron, Les titres de gages créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l'exécution forcée selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, in Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, pp. 297 ss.). En présence d'une telle juxtaposition, 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, alors que la créance causale, résultant du contrat de prêt, peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 115 II 149 c. 3, JT 1989 I 583, ATF 119 III 105 c. 2a, JT 1996 II 115 et les réf. citées; Steinauer, op. cit., n. 2933e; dans le même sens : TF 7B.175/2001 du 11 octobre 2001 c. 1a).

La remise d'une cédule hypothécaire en garantie fiduciaire implique cependant nécessairement la renonciation des parties à la novation ainsi que la juxtaposition de la créance incorporée et de la créance garantie, dès lors que le but des parties est de garantir la seconde et non de la substituer par la première (TF 5A_226/2007 et 5A_228/2007 du 20 novembre 2007; Steinauer, op. cit., nn. 2933f et 2939; Foëx, Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, en particulier pp. 124 s.).

c) La cédule hypothécaire est un papier-valeur - atypique (ATF 129 III 12 c. 3.2, JT 2003 II 35) - incorporant une créance personnelle et un droit de gage immobilier qui garantit celle-ci (art. 842 CC). Lorsque la cédule hypothécaire est libellée au porteur, constituant ainsi un titre au sens de l'art. 978 al. 1 CO, le débiteur s'engage non seulement à ne pas exécuter la prestation sans la présentation du titre (clause papier-valeur simple), mais encore à reconnaître que toute personne détenant le titre sera considérée par lui comme l'ayant droit (clause papier-valeur qualifiée au porteur; cf. Steinauer, op. cit., nn. 2926 s.). En d'autres termes, la simple détention du titre au porteur suffit en principe pour présumer la titularité à exercer les droits qui sont incorporés dans la cédule

hypothécaire. De même, ceux-ci ne peuvent être transférés qu'au moyen du titre (art. 868 al. 1 et 869 al. 1 CC et 965 CO) (TF 5C.51/2004 du 28 mai 2004 c. 6.2, et 5C.134/2000 du 20 octobre 2000 c. 4a/bb).

En outre, le titre au porteur est entièrement soumis au régime des droits réels et la présomption tirée des art. 930 et 931 CC s'applique sans restriction. Ainsi, le possesseur de la cédule au porteur en est présumé propriétaire (TF 5C.134/2000 du 20 octobre 2000 c. 4a/bb; ATF 109 II 239 c. 2a, JT 1984 I 148).

Les titres hypothécaires, en règle générale les cédules hypothécaires, sont susceptibles non seulement d'être réalisés par un transfert conformément au droit des choses immobilières, mais aussi d'être transférés en propriété à titre fiduciaire au créancier pour garantir sa créance, pour autant que ce procédé ne soit pas combiné avec un constitut possessoire (art. 717 et 884 al. 3 CC). Il est ainsi communément admis qu'une cession fiduciaire a pour effet, d'un point de vue juridique, d'opérer pleinement le transfert des droits qui en sont l'objet (ATF 130 III 417 c. 3.4, rés. in JT 2004 I 268 et les réf. citées; ATF 119 II 326 c. 2b, JT 1995 II 87; Steinauer, op. cit., n. 3058; Foëx, op. cit., p. 124). Le créancier qui reçoit une cédule hypothécaire au porteur (cf. art. 842 et 859 CC) comme cessionnaire - soit en pleine propriété, soit à titre fiduciaire - devient donc titulaire de la créance et du droit de gage immobilier incorporés dans le papier-valeur (TF 5A_226/2007 et 5A_228/2007 du 20 novembre 2007; TF 5C.11/2005 du 27 mai 2005 c. 3.1).

Néanmoins, comme tous les actes juridiques fiduciaires, le transfert de la propriété aux fins de garantie se distingue par le fait que le fiduciaire peut plus que ce qui lui est permis. La légitimation selon le droit des papiers-valeurs lui permet de se présenter à l'égard des tiers comme le titulaire absolu des droits. En raison de la convention de garantie, il est obligé envers le fiduciaire de ne faire usage de cet excès de la faculté de disposer juridiquement que dans le cadre convenu (ATF 119 II 326 c. 2b, JT 1995 II 87; Steinauer, op. cit., n. 2393). En d'autres termes, lorsqu'une cédule hypothécaire fait l'objet d'un transfert de propriété aux fins de

garantie, le fiduciaire acquiert la propriété du titre et la titularité des droits incorporés tout en conservant la ou les créances de base résultant par exemple d'un contrat de prêt, mais il s'oblige simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la ou des créances garanties (Foëx, op. cit., pp. 121 s.; Denys, Cédula hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3, spéc. p. 16 n. 9.4). Comme il s'agit d'un fait extinctif (cf. Bohnet, Les défenses en procédure civile suisse, in RDS 2009 II pp. 185 ss, p. 311), c'est au poursuivi qu'il incombe d'en tirer des moyens de défense de la créance causale (Denys, op. cit., p. 16, n. 9.5)

d) En l'espèce, il n'est pas contesté que les cédulas hypothécaires objets de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] ont été cédées en garantie à la défenderesse par le demandeur et B.B._____. La défenderesse a produit en poursuite les créances abstraites qui ont été admises par l'office à l'état des charges à hauteur de 247'383 fr. 40, intérêts et frais compris. La poursuite précitée a abouti au certificat d'insuffisance de gage du 23 avril 2001 et, par la suite, aux actes de défaut de biens des 6 juin 2002 et 4 décembre 2003, fondements de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...], objet de la présente procédure.

Les trois cédulas hypothécaires grevant les parcelles nos [...] et [...] de la Commune de [...] ont été cédées dans le cadre du contrat des 27 décembre 1995 et 28 janvier 1996. Cette cession a été confirmée par la signature le 28 janvier 1996 par le demandeur et B.B._____ d'un "acte de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire". Il résulte de ce dernier document que les cédulas étaient expressément cédées afin de garantir les engagements présents et futurs du demandeur envers la défenderesse. L'intention des parties était donc de laisser subsister tant la créance causale issue du contrat du 27 décembre 1995 que les créances abstraites incorporées dans les cédulas.

Les cédules hypothécaires en cause n'ont pas été produites en procédure par les parties. Toutefois, le demandeur n'a jamais contesté les avoir remises à la défenderesse, respectivement que celle-ci ne serait pas titulaire des droits qui y seraient liés. De plus, l'acte de cession du 28 janvier 1996, signé par les deux parties, prévoit expressément la cession des trois titres à la défenderesse. Par ce même acte, le demandeur s'est par ailleurs reconnu débiteur de ces titres. Il ne fait en définitive aucun doute que le demandeur était débiteur des cédules hypothécaires produites à l'appui de la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de [...] et que la défenderesse en était titulaire.

Les créances à l'origine de la poursuite n° [...] étant celles incorporées dans les cédules, c'est à juste titre que la défenderesse a agi par le biais de la poursuite en réalisation de gage immobilier.

IV. Les relations entre les parties ont fait l'objet d'un contrat des 27 décembre 1995 et 28 janvier 1996, par lequel les crédits du demandeur auprès de la défenderesse ont été restructurés. Des négociations ont eu lieu en 1998 afin de procéder à une nouvelle restructuration des engagements du demandeur. Ces négociations ont abouti et un accord a été signé les 4 et 14 février 1998. Comme on l'a vu, la défenderesse fait valoir que cet accord est resté sans suite, et un témoin est venu confirmer cette affirmation. On constate en effet que l'accord en question prévoyait notamment que le compte courant devait être clôturé. Or, il n'en a rien été. Cela étant, on doit considérer que les parties ont tacitement renoncé à mettre en œuvre la convention de février 1998, qui est restée lettre morte. Les cédules grevant les parcelles [...] et [...] de la commune de [...], qui ont été cédées à la défenderesse, garantissaient le compte courant n° C.[...] ainsi que le prêt hypothécaire n° [...] qui ont été dénoncés au remboursement le 31 décembre 1998. Le demandeur n'a pas contesté être le débiteur du compte courant n° C.[...] et du prêt hypothécaire n° [...] contractés par contrat du 27 décembre 1995.

Le demandeur n'a pas établi - alors que la preuve lui en incombait dans la mesure où il oppose l'exception du *pactum de non petendo* à la créance abstraite de la défenderesse - que les soldes du prêt hypothécaire et du compte courant, qui constituaient la créance causale étaient inférieurs au moment de la dénonciation des comptes au montant de la créance abstraite poursuivie. En effet, le premier était de 77'904 fr. 40 au 30 septembre 1999 et le deuxième de 241'635 fr. 85 au 30 juin 1999. L'addition de ces deux sommes est supérieure au montant de 247'383 fr. 40 faisant l'objet de la poursuite en réalisation de gage immobilier diligentée par l'Office des poursuites de [...]. On doit donc, sous réserve des moyens du demandeur qui seront examinés ci-dessous, considérer que celui-ci était bien débiteur des créances abstraites incorporées dans les cédules.

V. A l'appui de son action, le demandeur soutient tout d'abord que la défenderesse aurait abandonné les créances qu'elle avait à son encontre après la vente de l'immeuble sis avenue [...] à [...]. Cet abandon de créance serait démontré par la différence entre le prix payé par [...] SA pour l'immeuble, soit 909'444 fr., et la valeur réelle de celui-ci, qui pourrait être déduite de la valeur incendie estimée à 1'832'995 francs.

La partie qui allègue un fait a le fardeau d'en amener la preuve (art. 8 CC). En l'espèce, seul le témoin C. _____ a mentionné un accord tel que celui que le demandeur a allégué. Il ne s'agit toutefois que d'un témoignage indirect, le témoin rapportant seulement ce que le demandeur lui avait "laissé entendre". Ce témoignage, sans valeur propre, est d'ailleurs contredit par ceux de V. _____ et Q. _____. L'accord dont se prévaut le demandeur n'est pas établi.

Le demandeur soutient encore que l'abandon de créances pourrait être déduit de son acceptation du prix de vente de l'immeuble de [...]. En effet, ce prix serait inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, évaluable grâce à sa valeur incendie. L'interprétation du contrat de vente ainsi que l'application du principe de la confiance imposeraient, selon lui,

de tenir pour établi que la défenderesse aurait renoncé à ses créances ce qui justifierait la différence entre la valeur réelle et le prix de vente. Il n'est toutefois pas établi qu'il existerait réellement une disproportion entre le prix de vente et la valeur réelle de l'immeuble. Au demeurant, une telle disproportion serait insuffisante à prouver l'existence d'un accord portant abandon de toutes les créances de la défenderesse.

VI. a) Le demandeur soutient ensuite que la défenderesse n'a pas respecté le délai de dénonciation du compte courant n° C[...] et du prêt hypothécaire n° [...] Il convient d'examiner si le moyen soulevé peut être invoqué au stade d'une action en libération de dette alors même que des actes de défaut de biens ont déjà été délivrés à l'encontre du débiteur.

Le certificat d'insuffisance de gage, respectivement l'acte de défaut de biens, n'emportant pas novation, le poursuivi garde la possibilité de faire valoir, dans l'action en libération de dette, tous les moyens dont il disposait dans la poursuite en réalisation de gage (TF 5P.368/2002 du 13 décembre 2002). Cette action peut dès lors porter sur l'exigibilité de la créance en poursuite et le motif soulevé par le demandeur peut être examiné dans le cadre de la présente procédure.

Selon la jurisprudence, dans une action en libération de dette, la situation juridique du débiteur poursuivi ne saurait être aggravée postérieurement à l'introduction de la poursuite, notamment par une limitation des exceptions qu'il peut opposer au créancier poursuivant (ATF 84 II 645 c. 1, JT 1959 I 493). L'objet du procès en libération de dette est l'existence, ou l'inexistence, l'exigibilité ou l'inexigibilité de la prétention du poursuivant, et défendeur, au moment où il a déposé sa réquisition de poursuite - et non au moment de la notification du commandement de payer - ainsi que son droit d'exercer des poursuites à ce moment-là ou l'extinction du droit du poursuivant depuis lors (Gilliéron, op. cit., n. 76 ad art. 83 LP et les réf. citées; ATF 128 III 44 c. 5a, JT 2001 II 71).

b) Une poursuite en réalisation de gage immobilier suppose que soient exigibles aussi bien la créance incorporée dans la cédule – par la dénonciation préalable de celle-ci – que la créance garantie – par la dénonciation du contrat de prêt (Foëx, op. cit., p. 126; Denys, op. cit., p. 12 ss). Il appartient au juge d'examiner d'office l'exigibilité de la créance (Denys, op. cit., p. 13 ss; Gilliéron, op. cit., nn. 69 et 95 ad art. 82 LP).

Sauf stipulation contraire, la cédule 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). La législation cantonale peut édicter des dispositions restrictives au sujet de la dénonciation des cédules hypothécaires (art. 844 al. 2 CC). Les clauses relatives à la dénonciation ne font pas partie des points essentiels du contrat de gage, ne nécessitent pas la forme authentique et peuvent faire l'objet de conventions séparées (ATF 123 III 97, JT 1998 I 57; Staehelin, Basler Kommentar, 3^e éd., n. 5 ad art. 844 CC; Steinauer, op. cit., n. 2943).

c) Le demandeur se réfère dans ses écritures, quant aux conditions de dénonciation des crédits, à la lettre de la défenderesse du 4 février 1998, contresignée par ses soins le 14 février 1998, prévoyant une restructuration globale des crédits. Comme on l'a vu, toutefois, les parties ont renoncé à cette convention, les crédits n'ayant pas été restructurés. Il convient donc de se référer au contrat conclu par les parties les 27 décembre 1995 et 28 janvier 1996.

Les conditions générales applicables à ce contrat prévoient à leur art. 9 que les soldes des comptes courants sont exigibles en tout temps et à l'art. 11 que le client comme la banque peuvent dénoncer les relations d'affaires en tout temps. La défenderesse n'a pas allégué de conditions contractuelles complémentaires relatives à la dénonciation des prêts. Au regard de l'art. 11 des conditions générales, la banque avait la faculté de dénoncer en tout temps les crédits, de sorte que la créance causale était exigible au terme du délai de remboursement accordé par la

défenderesse dans son courrier du 31 décembre 1998, soit au 1^{er} juillet 1999.

La défenderesse n'a ni allégué ni prouvé les conditions de dénonciation des cédules hypothécaires grevant les parcelles de [...]. Elle n'a en particulier pas allégué que ces conditions auraient fait l'objet d'un accord entre les parties. Le régime légal de l'art. 844 CC doit donc être appliqué, soit une dénonciation six mois à l'avance et pour le terme usuel du paiement des intérêts. Rien n'a été allégué quant à l'échéance des intérêts et on ne peut donc rien retenir à cet égard. A défaut d'échéance contractuelle des intérêts, c'est celle du lieu qui doit être retenue (Staehelin, op. cit., n. 5 ad art. 844 CC; Fasel, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, n. 8 ad art. 844 CC). En l'espèce, la dénonciation des trois cédules hypothécaires grevant les parcelles de [...] a été adressée au demandeur pour le 30 juin 1999 par courriers du 31 décembre 1998. Ce courrier n'a pu être reçu par le demandeur avant le 4 janvier 1999. Le délai de six mois prévu par l'art. 844 CC a donc commencé à courir le 5 janvier 1999 au plus tôt. Au 30 juin 1999, terme fixé par la dénonciation, le délai précité n'était pas échu. En conséquence, lorsque la réquisition de poursuite en réalisation de gage a été adressée le 30 juillet 1999, les créances résultant des cédules n'étaient pas exigibles.

Mais peu importe, toutefois. En effet, au moment du dépôt de la réquisition de poursuite n° [...], fondée sur l'acte de défaut de biens du 4 décembre 2003, qui a abouti à la notification du commandement de payer du 15 juin 2005 par l'Office des poursuites de [...], tant les créances causales qu'abstraites étaient exigibles. La présente cause est fondée sur cette dernière poursuite et non sur la poursuite en réalisation de gage entreprise le 30 juillet 1999. La procédure liée à cette dernière s'est en effet terminée par l'octroi du certificat d'insuffisance de gage du 21 avril 2001. Seule importe l'exigibilité des créances de la défenderesse au jour de l'introduction de la dernière poursuite. Le moyen soulevé par le demandeur s'avère donc sans portée.

d) Le demandeur soutient en dernier lieu que la dénonciation des prêts aurait aussi dû être notifiée à son épouse, conformément au contenu de la lettre de la défenderesse du 4 février 1998. Comme évoqué précédemment, cette convention est cependant restée sans suite, les parties y ayant renoncé. On doit donc se référer au contrat du 23 décembre 1996 qui ne prévoit pas que la dénonciation des crédits doit être notifiée à l'épouse du demandeur. Si les conditions de dénonciation des cédules hypothécaires n'ont pas été alléguées, il ressort néanmoins des éléments de fait prouvés que la défenderesse a adressé les dénonciations des cédules hypothécaires par courrier du 31 décembre 1998 tant au demandeur qu'à B.B._____.

VII. Le demandeur conteste enfin le taux d'intérêt de 10 % appliqué par la défenderesse.

Selon l'art. 104 al. 1 CO, le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5 % l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel. Si le contrat stipule, directement ou sous la forme d'une provision de banque périodique, un intérêt supérieur à 5 %, cet intérêt plus élevé peut également être exigé du débiteur en demeure (art. 104 al. 2 CO).

Le créancier ne peut plus réclamer au débiteur des intérêts pour la créance constatée par acte de défaut de biens (art. 149 al. 4 LP; Huber, op. cit., n. 47 ad art. 149 LP; Näf, op. cit., n. 10 ad art. 149 LP; Rey-Mermet, op. cit., n. 34 ad art. 149 LP). En revanche, l'établissement et la délivrance d'un certificat d'insuffisance de gage n'empêchent pas le poursuivant de réclamer des intérêts au poursuivi sur le capital de la créance dont le découvert est constaté (Gilliéron, op. cit., n. 43 ad art. 158 LP).

En l'espèce, la défenderesse ne se réfère à l'appui de sa prétention qu'au taux des cédules hypothécaires, et donc aux créances abstraites. L'expert a confirmé que les intérêts de 75'036 fr. 10 figurant à

l'état des charges établi par l'Office des poursuites de [...] correspondent à l'application d'un taux de 10 %. Ce montant représente les intérêts courus entre la dénonciation et la délivrance de l'acte de défaut de biens du 6 juin 2002, ce qui est conforme à l'art. 149 al. 4 LP qui prescrit que la créance constatée par un acte de défaut de biens ne porte plus intérêt. Cependant, la défenderesse n'allègue, ni ne prouve, que le taux de 10 % qu'elle retient pour calculer les intérêts soit applicable aux relations entre les parties. En particulier, elle ne prouve pas que l'application d'un taux d'intérêt de 10 % sur sa créance envers le demandeur ressorte d'une convention conclue à ce sujet entre les parties. Or, le taux ne saurait être supérieur au taux légal sans une telle convention. La défenderesse échouant à apporter la preuve d'un taux supérieur, le taux légal de 5 % doit être retenu jusqu'à la délivrance de l'acte de défaut de biens.

VIII. La défenderesse a pris reconventionnellement des conclusions en reconnaissance d'un montant de 174'266 fr. 90 plus intérêts à 10 % dès le 30 novembre 2000.

Comme on vient de le voir, le demandeur est débiteur des créances abstraites, par 170'000 francs. L'intérêt sur ces créances ne pouvait commencer à courir, à raison de 5 % l'an, qu'à partir du 1^{er} janvier 2000, lendemain du terme de dénonciation des cédules. Comme on l'a vu également, l'établissement et la délivrance d'un certificat d'insuffisance de gage n'empêchent pas le poursuivant de réclamer des intérêts au poursuivi sur le capital de la créance dont le découvert est constaté (Gilliéron, op. cit., n. 43 ad art. 158 LP). En revanche, les intérêts cessent de courir dès la délivrance du premier acte de défaut de biens (art. 149 al. 4 LP; Rey-Mermet, Commentaire romand, n. 34 ad art. 149 LP).

En l'espèce, la vente des parcelles offertes en garantie est intervenue le 29 novembre 2000. Les intérêts courus durant cette période sur le capital des créances causales par 170'000 fr. représentent 7'768 francs. Après déduction du produit net de la vente des gages, par 73'116 fr. 50, le solde dû à la défenderesse au 29 novembre 2000 était de

104'651 fr. 50. La délivrance du certificat d'insuffisance de gage n'ayant pas d'influence sur les intérêts, ceux-ci ont continué à courir jusqu'à la délivrance du premier acte de défaut de biens, le 6 juin 2002, totalisant 7'950 fr. 60. En conséquence, au jour de cette délivrance, la défenderesse était titulaire d'une créance à hauteur de 112'602 fr. 10 à l'encontre du demandeur.

IX. La défenderesse a par ailleurs conclu à la mainlevée définitive de l'opposition formée par le demandeur dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites et faillites de [...].

Par prononcé du 6 octobre 2005, le Juge de paix des districts de [...] a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition du demandeur dans la poursuite précitée, à concurrence de 1) 200'291 fr. 15 sans intérêt, 2) de 400 fr. sans intérêt, 3) de 440 fr. sans intérêt, 4) de 200 fr. sans intérêt et de 5) 1'171 fr. 95 sans intérêt.

Le juge civil saisi d'une action en reconnaissance de dette peut, en même temps qu'il statue sur le fond, prononcer la mainlevée si les conditions en sont réunies (ATF 120 III 119, JT 1997 II 72; ATF 107 III 60 c. 3, rés. in JT 1983 II 90; art. 36 al. 2 LVLP). En l'espèce, la créance principale de la défenderesse est établie à hauteur de 112'602 fr. 10. L'opposition formée par le demandeur dans la poursuite précitée doit donc être levée définitivement dans cette mesure.

Le montant de 440 fr. retenu par le Juge de paix (chiffre 3) ressort du prononcé du Président du Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois du 19 septembre 2004, par lequel ce dernier a astreint le demandeur à payer à la défenderesse la somme de 440 francs. La mainlevée définitive pour cette somme, qui fait l'objet d'un jugement définitif et exécutoire, doit également être prononcée.

Le montant de 400 fr. correspond à des frais de poursuites de deux fois 200 fr. (chiffre 2). La défenderesse ne dispose pas d'un titre à la

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos
en application de l'art. 318a CPC,
p r o n o n c e :**

- I. L'action en libération de dette formée par le demandeur A.B._____, selon demande du 10 novembre 2005, est partiellement admise.

- II. Le demandeur A.B._____ doit payer à la défenderesse Z._____ la somme de 112'602 fr. 10 (cent douze mille six cent deux francs et dix centimes), sans intérêt.

- III. L'opposition formée par le demandeur au commandement de payer qui lui a été notifiée le 15 juin 2005 dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites et faillites de [...] est définitivement levée à concurrence des sommes de 112'602 fr. 10 (cent douze mille six cent deux francs et dix centimes), sans intérêt, et de 440 fr. (quatre cent quarante francs), sans intérêt.

- IV. Les frais de justice sont arrêtés à 13'505 fr. (treize mille cinq cent cinq francs) pour le demandeur et à 4'875 fr. (quatre mille huit cent septante-cinq francs) pour la défenderesse.

- V. Le demandeur versera à la défenderesse le montant de 13'750 fr (treize mille sept cent cinquante francs) à titre de dépens.

- VI. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

Le greffier :

P. - Y. Bosshard

S. Segura

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 26 mars 2009, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent recourir au Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe de la Cour civile un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en nullité, ou leurs conclusions en réforme dans les cas prévus par la loi.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). L'art. 100 al. 6 LTF est réservé.

Le greffier :

S. Segura