

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 29 mars 2012

Présidence de M. HACK, président
Juges : Mme Carlsson et M. Muller
Greffier : Mme Nüssli

Art. 17 et 41 al. 1 bis LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal prend séance à huis clos, en sa qualité d'autorité cantonale supérieure de surveillance, pour statuer sur le recours interjeté par **A.X.** _____, à Nyon, contre la décision rendue le 13 décembre 2011, à la suite de l'audience du 26 septembre 2011, par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, autorité inférieure de surveillance, rejetant la plainte du recourant contre la notification du commandement de payer dans la poursuite n° 5'895'270 de l'**OFFICE DES POURSUITES DU DISTRICT DE NYON**, exercée par la **BANQUE CANTONALE VAUDOISE**.

Vu les pièces du dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 15 décembre 2009, la Cour civile a rendu un jugement dans la cause opposant A.X. _____ et B.X. _____ à la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après : BCV).

Il s'agissait d'une action en libération de dette exercée par les demandeurs, qui concluaient notamment qu'ils n'étaient pas les débiteurs de la BCV des montants objets des poursuites en réalisation de gage immobilier n° 412'210, 412'211, 412'212-01 et 412'212-02 de l'Office des poursuites de Nyon. De son côté, la BCV avait pris des conclusions reconventionnelles en paiement des soldes des comptes des demandeurs.

Par ce jugement, la Cour civile a notamment :

- admis partiellement l'action en libération de dette des demandeurs (ch. I);
- condamné A.X. _____ à payer à la BCV la somme de 4'219'456 fr., avec intérêt à 8,5 % dès le 30 septembre 1993, sous déduction de dix-huit versements de 3'000 francs, de quatre versements de 6'000 fr., d'un versement de 19'523 fr. 10 et d'un versement de 5'125 fr. 35, valeur à la date de leur paiement (ch. II);
- condamné A.X. _____ à payer à la BCV la somme de 3'916'406 fr. 26, avec intérêts à 8,7/8 % dès le 27 février 1993 (ch. III) ;
- levé définitivement les oppositions formées par les demandeurs aux commandements de payer dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 412'210, à concurrence de 6'000'000 fr., avec intérêt dès le

4 septembre 2000, à 8,7/8 % l'an sur la somme de 3'916'406 fr. 25 et à 8,5 % l'an sur le solde (ch. VI);

- levé définitivement les oppositions formées par les demandeurs aux commandements de payer dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 412'211, à concurrence de 6'000'000 fr., avec intérêt dès le 4 septembre 2000 à 8,7/8 % l'an sur la somme de 3'916'406 fr. 25 et à 8,5 % l'an sur le solde (ch. VII);

- levé définitivement l'opposition formée par A.X. _____ au commandement de payer n° 412'212-02 à concurrence de 2'000'000 fr., avec intérêt à 8,5 % dès le 4 septembre 2000 (ch. IX);

- dit qu'A.X. _____ versera à la BCV la somme de 92'423 fr. 25 à titre de dépens (XI).

Par arrêt du 25 novembre 2010, la Chambre des recours a rejeté les recours des demandeurs contre le jugement de la Cour civile. Ceux-ci ont recouru au Tribunal fédéral qui a également rejeté leurs recours dans un arrêt du 30 août 2011.

b) Il ressort du jugement de la Cour civile et de l'arrêt du Tribunal fédéral les faits suivants :

- Le 31 mai 1990, la Caisse d'Epargne et de Crédit de Lausanne a accordé à A.X. _____ un crédit en compte courant de 6'000'000 fr., garanti par la cession en propriété à la banque de la cédule hypothécaire au porteur n° 241'725, de 6'000'000 francs, grevant en premier rang la quote-part d'une demie d'A.X. _____ sur la parcelle [...] de Nyon. Dite cédule avait été constituée le 9 février 1990.

- Le 26 juillet 1990, la Caisse d'Epargne et de Crédit a accepté de maintenir à 3'750'000 fr. le nominal du compte-courant n° 122'022-5 moyennant la cession en propriété de la cédule précitée et d'une cédule

hypothécaire au porteur n° 234'713 de 2'000'000 fr. grevant en premier rang la parcelle [...] de Nyon. Dite cédule avait été constituée le 23 mars 1989.

- Le 27 août 1990, A.X._____ a signé un "acte de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire" de la cédule n° 241'715. Il a en outre signé avec son frère B.X._____ un acte de cession en propriété de la cédule n° 234'713.

- Par courrier du 10 décembre 1993, la Caisse d'Épargne et de Crédit a dénoncé les crédits du demandeur, savoir les montants de 4'219'456 fr. du compte courant n° 122'022-5 et de 3'916'406 fr. 26 du compte avance à terme fixe n° 137'802-3.

En droit, la Cour civile a notamment considéré que les demandeurs devaient payer à la défenderesse, qui avait repris les actifs et les passifs de la Caisse d'Épargne et de Crédit à la suite d'une reprise de cette banque par le Crédit foncier vaudois, puis d'une fusion de cet établissement avec la BCV, les soldes des avances à terme fixe et des comptes courants à la date de la résiliation de ces prêts, sous déduction des versements effectués postérieurement à la résiliation, d'avril 2000 à juillet 2002. Elle a constaté que les accords passés entre la BCV et les demandeurs précisaient que la cession en propriété des cédules hypothécaires avait pour but de garantir les crédits en compte courant et les avances à terme fixe consentis par la banque et en a déduit que les parties avaient voulu laisser subsister en parallèle les créances causales issues des contrats de prêt et les créances abstraites incorporées dans les cédules. La Cour civile a prononcé la mainlevée définitive des oppositions pour le nominal des cédules, puisque l'addition des créances causales à l'égard des deux demandeurs représentait un montant supérieur à celui des cédules, de sorte que le *pactum de non petendo* n'était pas violé.

2. Il résulte encore du dossier de première instance notamment les faits suivants :

- La BCV détient une cédule hypothécaire au porteur n° 101'516 de 50'000 francs. Cette cédule, constituée le 17 février 1961 par C.X. _____ qui est mentionné comme débiteur initial, grève en premier et parité de rang les parcelles n^{os} [...] de la commune de Nyon, propriété d'A.X. _____ et B.X. _____.

- Par lettre du 7 février 1980, la BCV a déclaré accorder à B.X. _____ et A.X. _____, fils de C.X. _____, un prêt en compte courant au nominal de

50'000 fr. garanti par le nantissement par C.X. _____ de la cédule
hypothécaire de 50'000 fr. avec un autre titre de 60'000 fr., dans une case
hypothécaire 1^{er} rang totale de

110'000 francs. La banque invitait B.X._____ et A.X._____ à prendre contact avec elle pour la signature des documents et à lui retourner la lettre signée. La copie produite par le plaignant n'est pas signée. Le jugement de la Cour civile ne fait aucune mention de la cédule hypothécaire de 50'000 fr., comme garantie des prêts qui font l'objet de ce jugement.

3. Sur réquisition de la BCV, l'Office des poursuites du district de Nyon a notifié le 12 août 2011 à A.X._____ un commandement de payer, dans la poursuite ordinaire n° 5'895'270, en paiement des montants qui font l'objet des chiffres II, III et XI du jugement de la Cour civile, en invoquant comme titre de la créance : "Montants dus selon jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009". Le poursuivi a formé opposition totale à ce commandement de payer.

Le 22 août 2011, A.X._____ a déposé une plainte au sens de l'art. 17 LP contre les mesures opérées dans le cadre de la poursuite précitée, en particulier contre la notification du commandement de payer, invoquant le *beneficium excussionis realis* et concluant à l'annulation de tout acte tendant à la poursuite par voie ordinaire.

Dans ses déterminations du 14 septembre 2011, l'office s'en est remis à justice.

L'intimée a conclu au rejet de la plainte dans une écriture du 23 septembre 2011.

Dans une écriture du 17 octobre 2011, le plaignant a requis la production d'un certain nombre de pièces en mains de l'intimée, en particulier :

- toute pièce démontrant que la BCV a entrepris des démarches pour restituer la cédule hypothécaire n° 101'516 depuis l'année 2000,

- toute pièce établissant que la BCV avait à son encontre une autre créance que celles figurant dans l'arrêt du Tribunal fédéral, et cela en 2000, 2003 et 2009.

L'intimée a produit le 31 octobre 2011 :

- une lettre adressée le 16 février 2001 à Me Jean-Paul Dubois, notaire à Nyon, indiquant que la cédule hypothécaire n° 101'516 lui était remise par la BCV et qu'un autre titre hypothécaire de 60'000 fr. lui avait été remis directement par B.X._____, afin que soient instrumentés les actes nécessaires en vue d'augmenter un titre hypothécaire de 2'135'000 francs;
- un accusé de réception par le notaire précité de la cédule hypothécaire n° 101'516;
- une lettre du notaire Jean-Paul Dubois à la BCV, du 11 juin 2003, restituant la cédule hypothécaire n° 101'516, puisque A.X._____ et B.X._____ ne désiraient pas donner suite à la création d'une cédule hypothécaire de 2'135'000 francs.

4. Par prononcé du 13 décembre 2011, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, en sa qualité d'autorité inférieure de surveillance, a rejeté la plainte et rendu sa décision sans frais ni dépens.

Le premier juge a retenu en substance que l'art. 41 al. 1 bis LP ne pouvait être invoqué dans le cas d'espèce dès lors qu'il y avait clairement deux créances distinctes. Le choix des poursuites en réalisation de gage immobilier pour le recouvrement des créances abstraites incorporées dans les cédules hypothécaires n'excluait donc pas celui de la poursuite ordinaire en remboursement des créances causales résultant des prêts accordés par l'intimée. Le premier juge a par ailleurs considéré, en se fondant sur les considérants du jugement de la Cour civile du 15 décembre 2009, que les créances objets de la poursuite litigieuse n'étaient pas garanties par un gage.

Le plaignant a recouru par acte du 23 décembre 2011 contre cette décision qui lui a été notifiée le 14 décembre 2011, concluant avec dépens à l'annulation de la décision et des actes de la poursuite ordinaire n° 5'895'270, en

particulier à l'annulation du commandement de payer, subsidiairement à l'annulation de la décision et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure.

Par décision du 10 janvier 2012, le président de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif contenue dans le recours.

Le 27 janvier 2012, l'Office des poursuites du district de Nyon s'est référé à ses déterminations de première instance.

Dans son mémoire du même jour, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

A l'appui de sa détermination sur le recours, la BCV a produit une lettre qu'elle avait adressée le 6 juin 1991 à A.X._____ et B.X._____, par laquelle, se référant au compte courant débiteur 674.336.2 et à un avis du Registre foncier du 31 mai précédent, elle déclarait avoir pris note des modifications intervenues sur les bien-fonds grevés et précisé que les garanties sur l'engagement étaient désormais les suivantes : cession de la propriété de la cédule hypothécaire 1^{er} rang sur la parcelle [...] [...] et 1^{er} et parité de rang de 50'000 fr. dans une case hypothécaire 1^{er} rang totale de 110'000 fr. grevant les parcelles [...], [...], [...], [...] et [...]. Au pied de cette lettre figurent la date du 22 juillet et les signatures d'A.X._____ et de B.X._____ sous la mention "Nous acceptons, sans réserve, conjointement et solidairement le contenu de la présente".

Elle a également produit l'acte de cession en propriété et à fin de garantie de la cédule hypothécaire 1^{er} rang de 50'000 fr. grevant les parcelles précitées "en garantie des prétentions actuelles et futures de la BCV à l'encontre (...) d'eux-mêmes", qui porte la date du 10 juin 1991 et au titre de "cédant" les signatures d'A.X._____ et de B.X._____.

En droit :

I. Déposé en temps utile (art. 18 al. 1 LP, loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1, et 28 al. 1 LVLP, loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955, RSV 280.05) et comportant l'énoncé des moyens invoqués (art. 28 al. 3 LVLP), le recours est recevable.

Les pièces nouvelles produites par l'intimée en deuxième instance sont également recevables (art. 28 al. 4 LVLP).

II. Le recourant invoque des moyens de réforme et subsidiairement des moyens de nullité. En nullité, il se plaint d'une motivation insuffisante de la décision attaquée, reprochant en particulier à l'autorité inférieure de n'avoir pas traité tous les arguments soulevés devant lui. De la sorte, il soulève le grief tiré d'une violation de son droit d'être entendu.

Le vice relatif à une motivation insuffisante de l'entier d'une décision ne peut pas être corrigé par la cour de céans dans le cadre d'un recours en réforme, sans compromettre la garantie de la double instance. La jurisprudence fédérale souligne en effet que la guérison d'une violation du droit d'être entendu devant l'instance de recours doit rester l'exception et n'est possible que si la violation porte sur un point qui n'est pas décisif (ATF 126 V 130 c. 2b; ATF 124 V 389 c. 5a).

En vertu de l'art. 27 LVLP, le prononcé mentionne brièvement les opérations de l'instruction, les déclarations importantes des parties, les faits de la cause et les motifs.

Selon la jurisprudence, le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst (Constitution fédérale de la Confédération

suisse du 18 avril 1999, RS 101), implique notamment l'obligation pour le juge de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse comprendre et exercer ses droits de recours à bon escient. Le juge doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur

lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause, mais aussi à ce que l'autorité de recours puisse contrôler l'application du droit ; il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 134 I 83 c. 4.1; TF 4A_265/2008 du 26 août 2008 c. 2.1.1).

En l'espèce, l'autorité inférieure a motivé sa décision. Elle a en particulier exposé clairement, et de manière suffisante, pour quels motifs elle a considéré que le recourant n'avait pas établi que les créances faisant l'objet de la poursuite litigieuse étaient garanties par la cédule hypothécaire n° 101'516 de 50'000 francs.

Le recourant reproche également à l'autorité inférieure de surveillance de ne pas avoir donné suite à toutes ses réquisitions de production de pièces. Toutefois, comme il l'admet lui-même dans son recours, ce grief ne constitue un motif de nullité que s'il ne peut être réparé devant l'instance de recours. Or, les pièces nouvelles sont recevables devant l'instance de recours (art. 28 al. LVLP) et l'autorité supérieure peut également inviter les parties à collaborer (art. 20a al. 2 ch. 2 LP). Le motif de nullité est donc inexistant.

III. a) La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 CC). Il s'agit d'un papier-valeur qui incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier qui en est l'accessoire. Le créancier qui a reçu la cédule hypothécaire au porteur comme propriétaire fiduciaire aux fins de garantie est titulaire de la créance et du droit de gage immobilier incorporés dans le papier-valeur. En revanche, alors qu'en cas de transfert en pleine propriété, la créance causale est éteinte par novation et remplacée par la créance abstraite incorporée dans la cédule, il n'y a pas de novation de la créance causale lorsque la cédule hypothécaire au porteur est remise à titre de garantie fiduciaire; dans ce dernier cas, la créance incorporée dans la cédule se

juxtapose à la créance garantie (causale) en vue d'en faciliter le recouvrement (TF 5A_226/2007 du 20 novembre 2007, c. 5 et les réf. citées; ATF 136 III 288 et les réf. citées).

En l'espèce, les cédules hypothécaires N^{os} 241'725 et 234'713 grevant les parcelles [...] et [...] de la commune de Nyon ont été cédées en propriété en garantie de crédits accordés au recourant et à son frère. Il s'ensuit, comme l'a retenu la Cour civile dans son jugement du 15 décembre 2009, que les parties ont opté pour la juxtaposition des créances causales issues des contrats de prêt et des créances abstraites incorporées dans les cédules.

b) Il découle de la distinction des deux créances, abstraite et causale, que l'une et l'autre peuvent faire l'objet d'une exécution forcée : la créance abstraite 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 136 III 288 précité, c. 3.1 ; TF 7B.175/2001 du 11 octobre 2001; ATF 119 III 105).

C'est donc à bon droit que l'autorité inférieure de surveillance a jugé que le recourant ne pouvait, en invoquant les cédules hypothécaires n^{os} 241'725 et 234'713, revendiquer le *beneficium excussionis realis* de l'art. 41 al. 1 bis LP pour les créances qui font l'objet de la poursuite litigieuse n° 5'895'270. Les créances causales et la créance en paiement de dépens qui font l'objet de cette poursuite ordinaire ne sont pas assorties des gages immobiliers mentionnés ci-dessus.

c) Le recourant précise dans son recours qu'il ne méconnaît pas le droit pour l'établissement bancaire d'introduire une poursuite ordinaire en recouvrement de la créance causale, mais fait toutefois valoir que lorsque la banque poursuit une réalisation de gage pour la créance cédulaire, elle n'est alors pas autorisée à introduire une poursuite ordinaire pour la créance causale, à tout le moins à hauteur du montant

maximum de la créance cédulaire avec accessoires. Il soutient qu'en l'espèce, les créances en capital sont couvertes par la procédure de réalisation du gage immobilier.

Afin de respecter le *pactum de non petendo* qui résulte du contrat de fiducie, le créancier propriétaire fiduciaire de la cédule aux fins de garantie ne peut en effet poursuivre la créance abstraite pour un montant supérieur à celui de la

créance causale. Plus précisément, si le créancier poursuit pour le montant de la créance incorporée dans le titre alors que la créance garantie est d'un montant inférieur, le débiteur poursuivi peut, dans le cadre de la procédure de mainlevée, opposer les exceptions personnelles dont il dispose contre le poursuivant (propriétaire fiduciaire), en particulier celle consistant à exiger la limitation de la somme réclamée au montant de la créance garantie (TF 5A_226/2007 du 20 novembre 2007 déjà cité, c. 5).

Le fait que le créancier propriétaire fiduciaire de la cédule à des fins de garantie ne puisse obtenir un montant supérieur à celui de la créance garantie ne signifie pas que seul le montant de la créance causale qui excède celui de la créance abstraite peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire. Tant que le gage n'est pas réalisé, on ignore quel sera le produit de la poursuite en réalisation de gage. Par ailleurs, la LP n'interdit même pas que deux poursuites soient introduites simultanément ou successivement pour une même créance (Panchaud & Caprez, La mainlevée d'opposition, § 39).

En l'espèce, il ne s'agit de toute manière pas de la même créance, mais de deux créances distinctes, l'une abstraite, l'autre causale. Le *pactum de non petendo* ne s'oppose pas à la poursuite simultanée ou successive des créances. C'est au stade de la réalisation du gage que l'office inscrira le cas échéant à l'état des charges une créance d'un montant inférieur si la poursuite ordinaire a déjà permis un remboursement. Dans le cas contraire, si le gage a été réalisé dans un premier temps et a effectivement permis de verser à la banque un quelconque montant, le recourant pourra se prévaloir de ce paiement, au stade de la mainlevée ou à un stade ultérieur de la poursuite.

IV. Le recourant excipe du *beneficium excussionis realis* en se fondant sur la cédule hypothécaire n° 101'516 de 50'000 francs. Il fait valoir que ce titre a été remis en nantissement à la banque et soutient qu'il garantit les créances qui font l'objet de la poursuite ordinaire n°

5'895'570, pour le motif notamment qu'à ce jour, la banque ne détiendrait plus d'autre créance à l'encontre du recourant et de son frère que celles qui ont fait l'objet du jugement de la Cour civile.

Il appartient au débiteur qui se prévaut de l'art. 41 al. 1 bis LP d'établir de façon claire que la prétention en poursuite est garantie par un gage répondant à la définition de l'art. 37 LP (Commentaire, n. 11 ad art. 41 LP et les arrêts cités). Le terme "gage" employé seul comprend les gages mobiliers et immobiliers (art. 37 al. 3 LP). Selon la loi, une hypothèque peut garantir une créance quelconque actuelle et future ou simplement éventuelle (art. 824 al. 1 CC), même une créance d'un montant indéterminé ou variable (art. 825 al. 1 CC). Les conditions générales de banque prévoient généralement une garantie très étendue en leur faveur en visant de manière générale toutes les créances actuelles et futures. Avec la doctrine majoritaire, le Tribunal fédéral admet que sont visées les créances dont le constituant du gage pouvait raisonnablement envisager l'existence au moment où il exprimait son accord (ATF 136 III 288 précité, c. 4.1 et les réf. citées).

En l'espèce, aucune pièce du dossier de première instance n'indique expressément que la cédule hypothécaire de 50'000 fr. garantit les créances qui font l'objet de la poursuite ordinaire litigieuse. La question paraît toutefois résolue par l'acte de cession signé le 10 juin 1991 par A.X. _____ et B.X. _____ et produit par la banque dans le cadre du recours. Cet acte précise en effet que la cédule est remise en garantie "des créances actuelles et futures de la BCV à l'égard des cédants". Or, les créances litigieuses étaient antérieures à l'acte de cession et peuvent donc être considérées comme visées par cet acte.

Ce document scelle par ailleurs l'issue du recours, dans la mesure où il établit que, contrairement à ce qu'allègue le recourant, l'intimée détient la cédule hypothécaire en qualité de propriétaire à des fins de garantie des créances actuelles et futures de la banque et non en nantissement. Partant, conformément au mécanisme de la juxtaposition des créances exposé précédemment (cf. supra ch. III let. a), les deux créances, abstraite et causale, ont continué à coexister et la banque peut poursuivre pour la créance causale, qui n'est pas garantie par un gage, dans le cadre d'une procédure ordinaire.

Comme l'a retenu le premier juge, c'est donc en vain que le recourant excipe du *beneficium excussionis realis* en invoquant la cédule hypothécaire de 50'000 francs.

V. Le recours doit en conséquence être rejeté et le prononcé maintenu.

Le présent arrêt est rendu sans frais ni dépens (art. 20a al. 2 ch. 5 LP, 61 al. 2 let. a et 62 al. 2 OELP, Ordonnance du 23 septembre 1996 sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.35)

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité cantonale
supérieure de surveillance,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le prononcé est maintenu.

III. L'arrêt, rendu sans frais ni dépens, est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 29 mars 2012

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Mes Jacques Michod et Olivier Righetti, avocats (pour A.X. _____),
- Me Jean-Samuel Leuba (pour la Banque Cantonale Vaudoise),
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Nyon.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les dix jours - cinq jours dans la poursuite pour effets de change - qui suivent la présente notification (art. 100 LTF).

Cet arrêt est communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, autorité inférieure de surveillance.

La greffière :