

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Séance du 1er juillet 2010

---

Présidence de M. MULLER, président  
Juges : MM. Hack et Sauterel  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

**Art. 41 al. 1 et 1bis, 80 al. 1 et 81 al. 1 LP**

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant en audience publique en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **Q.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, contre le prononcé rendu le 31 août 2009, à la suite de l'audience du 25 août 2009, par le Juge de paix du district de Lausanne, dans la cause opposant le recourant à la **BANQUE X.**\_\_\_\_\_, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** Par jugement du 8 mai 2008, la Cour civile du Tribunal cantonal a prononcé, notamment, que Q.\_\_\_\_\_ devait payer à la Banque X.\_\_\_\_\_ les montants de 385'000 fr., avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2002, de 85'000 fr., avec intérêt à 6 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2002, et de 249'745 fr. 15, avec intérêt à 7,75 % l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2002, sous déduction de la somme de 18'000 fr., valeur au 23 mai 2002, que l'opposition formée par Q.\_\_\_\_\_ à la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 870'681 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est était définitivement levée à concurrence de 250'000 fr., avec intérêt à 10 % l'an dès le 1<sup>er</sup> décembre 2002, l'existence du gage étant constatée dans cette mesure, et que les demandeurs, soit Q.\_\_\_\_\_ et son épouse, solidairement entre eux, devaient verser à la Banque X.\_\_\_\_\_ la somme de 24'918 fr. 45 à titre de dépens.

Par arrêt du 27 novembre 2008, le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure où il était recevable, le recours en matière civile formé par Q.\_\_\_\_\_ et son épouse contre ce jugement.

**b)** Le 4 février 2009, à la réquisition de la Banque X.\_\_\_\_\_, l'Office des poursuites de Lausanne-Est a notifié à Q.\_\_\_\_\_, dans la poursuite ordinaire n° 5'016'058, un commandement de payer les montants précités en capital et intérêts, déduction incluse, ainsi que les dépens, avec intérêt à 5 % l'an dès le 26 janvier 2009, alloués par le jugement du 8 mai 2008, lequel était indiqué comme titre des créances et cause des obligations. Le poursuivi a formé opposition totale.

**c)** Le 4 mars 2009, la poursuivante a saisi le Juge de paix du district de Lausanne d'une requête de mainlevée définitive de l'opposition, à l'appui de laquelle elle a produit, notamment, l'original du commandement de payer et des copies du jugement de la Cour civil du 8 mai 2008 et de l'arrêt du Tribunal fédéral du 27 novembre 2008.

Le poursuivi s'est déterminé le 24 août 2009, invoquant le beneficium excussionis realis et concluant au rejet de la requête. Il a produit le procès-verbal d'estimation du gage établi le 20 janvier 2009 dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 870'681 de l'Office des poursuites de Lausanne-Est et la convocation à l'audience du 13 août 2009 que lui avait adressée le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne, autorité inférieure de surveillance, le 23 juillet 2009, pour voir statuer sur la nouvelle estimation du gage requise par le débiteur.

**2.** Par décision du 31 août 2009, le Juge de paix du district de Lausanne a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence de 385'000 fr., plus intérêt au taux de 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2002, de 85'000 fr., plus intérêt au taux de 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> mars 2002, de 249'745 fr. 15, plus intérêt au taux de 7,5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> avril 2002, et de 24'918 fr. 45, plus intérêt au taux de 5 % l'an dès le 5 février 2009, sous déduction de la somme de 18'000 fr., valeur au 23 mai 2002. Il a arrêté à 990 fr. les frais de justice de la poursuivante, à qui le poursuivi devait verser la même somme à titre de dépens.

Les motifs de ce prononcé ont été adressés pour notification aux parties le 27 novembre 2009. En bref, le premier juge a considéré que la poursuivante était au bénéfice d'un jugement définitif et exécutoire valant titre de mainlevée définitive pour les sommes qui lui étaient allouées, y compris les dépens, et que les arguments soulevés par le poursuivi ne constituaient pas des moyens libératoires.

**3.** Q.\_\_\_\_\_ a recouru contre ce prononcé par acte du 9 décembre 2009, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme en ce sens que son opposition à la poursuite en cause est maintenue, subsidiairement, à l'annulation de la décision.

Le recourant a produit un mémoire le 12 avril 2010.

L'intimée s'est déterminée par mémoire du 6 mai 2010, concluant au rejet du recours.

**En droit :**

**I.** Formé en temps utile (art. 57 al. 1 LVLP - loi vaudoise d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RSV 280.05) et comportant des conclusions principales en réforme valablement formulées (art. 461 ss CPC - Code de procédure civile; RSV 270.11 - applicables par le renvoi de l'art. 58 al. 1 LVLP), le recours est recevable. La conclusion subsidiaire en nullité est en revanche irrecevable et doit être écartée préalablement, le recourant ne soulevant aucun moyen de nullité (art. 465 al. 3 CPC).

**II. a)** Aux termes de l'art. 80 al. 1 LP (loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1), le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition. Le jugement définitif rendu par le juge civil sur une créance en argent est l'exemple même du titre de mainlevée définitive (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 99 II).

En l'espèce, il n'est pas contesté que le jugement invoqué est exécutoire et vaut en principe titre de mainlevée définitive pour les montants qu'il alloue à l'intimée.

**b)** Lorsque la poursuite est fondée sur un jugement exécutoire, le juge prononce la mainlevée définitive, à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu

un sursis, postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription (art. 81 al. 1 LP).

En l'espèce, le recourant ne soulève pas un moyen libératoire pris de l'extinction ou de l'inexigibilité de la dette. Comme en première instance, il invoque le fait que l'intimée a déjà intenté une poursuite en réalisation de gage immobilier pour les mêmes montants – soit la poursuite n° 870'681, pour laquelle la mainlevée définitive de l'opposition a été prononcée par le jugement de la Cour civile à concurrence de 250'000 fr., et qui en est au stade de la réalisation du gage – et fait valoir qu'en vertu du principe du *beneficium excussionis realis* de l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LP, la continuation d'une seconde poursuite ordinaire – soit, en l'occurrence, la poursuite en cause n° 5'016'058 – serait prohibée.

**c)** Aux termes de l'art. 41 al. 1 LP, lorsque la poursuite a pour objet une créance garantie par gage, elle se continue par la réalisation du gage (art. 151-158 LP), même contre les débiteurs sujets à la poursuite par voie de faillite. Quand bien même la lettre de cette disposition semble indiquer qu'elle concerne la continuation de la poursuite, la doctrine et la jurisprudence en avait déduit, avant l'introduction de l'alinéa 1<sup>bis</sup>, une exception du droit de la poursuite du débiteur portant sur le mode même de la poursuite. Cette exception a été consacrée à l'alinéa 1<sup>bis</sup>, dont la teneur est la suivante : lorsqu'une poursuite par voie de saisie ou de faillite est introduite pour une créance garantie par gage, le débiteur peut demander, par le biais d'une plainte (art. 17 LP), que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage. C'est le principe du *beneficium excussionis realis*.

Ce principe souffre trois exceptions : la première, prévue par l'art. 41 al. 2 LP, lorsque la poursuite porte sur des intérêts ou des annuités garantis par gage immobilier, la deuxième, lorsque le poursuivant requiert l'ouverture d'une procédure concordataire ou la faillite sans poursuite préalable du poursuivi, la troisième, lorsque la prétention, causale ou abstraite, garantie par un gage est doublée par une prétention abstraite incorporée dans un effet de change ou un chèque

(Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 51 ad art. 41 LP).

Aucune de ces exceptions n'est réalisée en l'espèce, la prétention causale étant doublée par une prétention abstraite incorporée dans une cédule hypothécaire, et non dans un effet de change ou un chèque.

**d)** Pour justifier la réquisition d'une poursuite ordinaire en plus de la poursuite en réalisation de gage immobilier déjà ouverte, l'intimée fait valoir qu'il y aurait deux créances, citant sur ce point le passage suivant du jugement de la Cour civile du 8 mai 2008 (p. 19) :

"Seule 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, tandis que la créance causale peut faire l'objet d'une poursuite ordinaire (arrêt du Tribunal fédéral du 11 octobre 2001 dans la cause 7B.175/2001, c. 1a; ATF 119 III 105 c. 2a et les réf. citées, JT 1996 II 115, SJ 1994 149; ATF 115 II 149 c. 3, rés. in JT 1989 I 583; Steinauer, op. cit., n. 2933e)."

Ce passage n'a toutefois pas exactement la portée que l'intimée lui prête, en ce sens qu'il n'en résulte pas que l'on puisse introduire à la fois une poursuite en réalisation de gage et une poursuite ordinaire. Cela ressort en revanche de l'arrêt cité du Tribunal fédéral du 11 octobre 2001 (7B.175/2001 c. 1a) :

"Lorsque, comme en l'espèce, une poursuite est fondée sur le remboursement d'un prêt garanti par la remise au créancier d'une cédule hypothécaire, il y a lieu de déterminer quelle est la créance en poursuite. La jurisprudence distingue, en effet, la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire dont le créancier est propriétaire pour en avoir acquis la propriété [...], et la créance causale résultant du contrat de prêt pour lequel la cédule a été remise en garantie. Les deux sont indépendantes l'une de l'autre (ATF 115 II 149 consid. 3 p. 153; RJN 1996, p. 282 consid. 2a). Il suit de la distinction des deux créances, abstraite et causale, que l'une et l'autre peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, la première venant doubler la seconde afin d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement. 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 119 III 105 et les références; RJN 1996, p. 282 s. consid. 2c)."

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a constaté que l'existence de deux créances distinctes avait été définitivement établie par la juridiction cantonale, dans un arrêt demeuré inattaqué (c. 1b). La situation paraît être la même en l'espèce.

**e)** Quoiqu'il en soit, le débiteur qui entend se prévaloir du *beneficium excussionis realis* doit, sous peine de forclusion, agir en déposant une plainte LP dans un délai de dix jours dès la notification du commandement de payer (Gilliéron, op. cit., n. 46 ad art. 41 LP), à tout le moins lorsque l'existence du gage n'est pas sérieusement discutée (ibid., n. 48 ad art. 41 LP). La jurisprudence de la cour de céans a confirmé plusieurs fois ce principe (CPF, 12 mars 2004/98; CPF, 1<sup>er</sup> avril 2003/91).

En l'espèce, le recourant ne conteste pas l'existence du gage – laquelle a été constatée par le jugement de la Cour civile –, mais au contraire, s'en prévaut. Il ne conteste pas non plus devoir les montants en poursuite. Il soulève uniquement l'exception du *beneficium excussionis realis*. Cette exception de poursuite doit faire l'objet d'une plainte LP et ne peut pas être invoquée à l'appui d'une opposition.

**III.** Le recours doit ainsi être rejeté et le prononcé confirmé.

Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 1'350 francs. Il doit en outre verser à l'intimée la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,  
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,  
statuant en audience publique en sa qualité d'autorité  
de recours en matière sommaire de poursuites,  
p r o n o n c e :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Le prononcé est confirmé.
- III. Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 1'350 fr. (mille trois cent cinquante francs).
- IV. Le recourant Q.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimée Banque X.\_\_\_\_\_ la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

**Du 1er juillet 2010**

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit  
aux intéressés.

La greffière :

Du 4 novembre 2010

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Bertrand Gygax, avocat (pour Q. \_\_\_\_\_),
- Me Jacques Haldy, avocat (pour la Banque X. \_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 726'663 fr. 60.

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), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, au moins à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge de paix du district de Lausanne.

La greffière :