

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Séance du 17 juin 2010

Présidence de M. M U L L E R, président

Juges : MM. Bosshard et Denys

Greffier : Mme Joye

* * * * *

Art. 82 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 **A.K.**_____, à [...], contre le prononcé de mainlevée rendu le 28 août 2009, à la suite de l'audience du 14 juillet 2009, par le Juge de paix du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut, dans le cadre de la poursuite n° 541'196-01 de l'Office des poursuites et faillites de Vevey dirigée contre le recourant à la réquisition d'**A.**_____ **SA**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 12 mars 2009, l'Office des poursuites et faillites de Vevey a notifié à A.K._____, à la réquisition d'A._____ SA, un commandement de payer dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 541'196-01, portant sur les sommes de 1'670'000 francs plus intérêt à 10 % l'an dès le 28 février 2009 (1) et de 6'374 fr. 25 plus intérêt à 5 % l'an dès le 5 mars 2009 (2). La cause de l'obligation invoquée et la désignation de l'immeuble étaient les suivantes :

« Titre de la créance ou cause de l'obligation :

1) Montant dû sur le capital de la cédule hypothécaire RF [...] grevant en 1^{er} rang à hauteur de 1'670'000 CHF la parcelle RF [...]. 2) Intérêts dus sur le capital de la cédule hypothécaire conformément au chiffre 2 de l'acte de «Transfert de propriété à fin de garantie» signé le 28.04.2004 par les preneurs de crédit. Le total des deux créances précitées correspond aux montants dus en capital, intérêts et frais sur les prêts hypothécaires n° [...] et [...] ainsi que sur le compte courant n° [...]. Créances dénoncées au remboursement le 26.11.2008 pour le 28.02.2009.

Désignation de l'immeuble :

Immeuble sis sur la Commune de [...], parcelle R.F. [...], habitation. Copropriété de M. A.K._____ et de Mme B._____, chacun pour une demie. »

Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 15 mai 2009, la poursuivante a requis la mainlevée de l'opposition. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre le commandement de payer précité, les pièces suivantes :

- un contrat de prêt hypothécaire, en compte n° [...], d'un montant de 270'000 fr., pour la durée du 30 avril 2004 au 29 avril 2005 avec un taux d'intérêt de 2,75 % l'an, garanti notamment par des droits de gage immobilier d'au moins 270'000 fr., sans rang antérieur, grevant l'immeuble locatif [...], les preneurs de crédit étant A.K._____, B._____ et B.K._____.

- un contrat de prêt hypothécaire, en compte n° [...], d'un montant de 400'000 fr., pour la durée du 30 avril 2004 au 29 avril 2005 avec un taux d'intérêt de 3,75 % l'an, garanti notamment par des droits de gage immobilier d'au moins 400'000 fr., sans rang antérieur, grevant l'immeuble locatif [...], les preneurs de crédit étant A.K._____, B._____
et B.K._____.

- un contrat de prêt hypothécaire, en compte n° [...], d'un montant de 1'000'000 fr., pour la durée du 30 avril 2004 au 30 avril 2009 avec un taux d'intérêt de 3,75 % l'an, garanti notamment par des droits de gage immobilier d'au moins 1'000'000 fr., sans rang antérieur, grevant l'immeuble locatif [...], les preneurs de crédit étant A.K._____, B._____
et B.K._____ ; au dos de ce contrat, comme des précédents, figurent les dispositions générales concernant l'hypothèque fixe A._____ SA qui prévoient en particulier ce qui suit au chapitre de la dénonciation :

«Dénonciation par A._____ SA

Si A._____ SA est disposée à consentir le présent crédit, elle se réserve toutefois le droit de procéder à la résiliation anticipée dudit crédit et de tout autre crédit éventuel, moyennant un préavis de 90 jours, s'il apparaît que :

- le client est en retard dans le paiement des intérêts ou des amortissements convenus pour le remboursement du présent et d'autres crédits éventuels, y compris ceux d'autres créanciers.
- selon A._____ SA, les immeubles mis en gage ont perdu de leur valeur et n'offrent plus une couverture suffisante.
- selon A._____ SA, la situation financière et/ou le niveau des revenus du client se sont détériorés ou qu'une telle évolution est à prévoir.
- des mesures (telles que l'application de réserves minimales obligatoires, l'augmentation des exigences en matière de fonds propres) prises par la Banque Nationale ou d'autres autorités entraînent une augmentation des coûts du crédit.

Tout acquéreur de ce crédit peut faire valoir les mêmes motifs de résiliation qu'A._____ SA.»

- une copie d'une cédula hypothécaire au porteur, n° [...], d'un montant de 1'670'000 fr., grevant en premier rang la parcelle [...]; le taux maximal de l'intérêt inscrit au registre foncier est de 10 % l'an ; la cédula peut être

dénoncée au remboursement total ou partiel en tout temps moyennant un préavis de six mois ; la cédule n'indique pas le nom de son débiteur,

- un acte de transfert de propriété à fin de garantie, signé le 28 avril 2004 sur formule de la poursuivante, par lequel les preneurs de crédit A.K._____, B._____ et B.K._____ lui ont remis la cédule hypothécaire précitée; cet acte contient en particulier les stipulations suivantes :

«1. A._____ SA reçoit et acquiert la propriété des cédules et obligations hypothécaires (ci-après les titres hypothécaires) mentionnées dans le présent acte.

Les titres hypothécaires sont remis à la banque en propriété fiduciaire aux fins de garantir l'exécution de toutes créances (en capital, intérêts, commissions et frais etc - ci-après les créances résultant ou issues des crédits), issues des contrats que le/les preneur(s) de crédit a/ont conclus, ou viendra ultérieurement à conclure, dans le cadre des relations d'affaires déjà existantes, avec l'une ou l'autre des succursales d'A._____ SA.

2. Le/Les preneur(s) de crédit déclare/déclarent, pour le cas où les titres hypothécaires transférés à titre de sûreté ne le désignent pas comme débiteur, reprendre les dettes que constatent ces mêmes titres hypothécaires.

Le/Les preneur(s) de crédit reconnaît/reconnaissent ainsi devoir à A._____ SA le montant nominal de chaque titre hypothécaire ainsi que - sans égard à d'éventuelles clauses contraires figurant dans les titres - les intérêts courants et les intérêts échus de trois années au taux de 10 % l'an, aux échéances des 30 juin et 31 décembre. Lorsqu'ils sont plusieurs, les débiteurs des titres répondent solidairement des engagements en découlant.

Celui/Ceux que les titres remis en garantie désignent comme débiteur n'assume/assument toutefois envers A._____ SA aucune obligation dérivant de ces titres lorsqu'il/ils n'est/ne sont pas, dans le même temps, preneur(s) de crédit.

3. A._____ SA est en droit, plutôt que d'exiger l'exécution des créances de crédits devenues exigibles, de faire directement valoir les créances qu'incorporent les titres hypothécaires remis à titre de garantie. Dans un tel cas, A._____ SA est dispensée de dénoncer, par avis supplémentaire, les créances dérivant des titres (toute disposition cantonale impérative étant réservée).

4. Dès l'exigibilité, fut-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits, A._____ SA est en droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires constituées en garantie et, pour atteindre ce but, de requérir soit une poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite, soit une poursuite en réalisation de gage immobilier, soit encore une vente de gré à gré des titres hypothécaires, toute faculté étant dans ce dernier cas accordée à A._____ SA pour se porter elle-même acquéreuse. Lorsque A._____ SA exerce son droit d'acheter elle-même les titres, les créances en capital et intérêts qu'ils incorporent deviennent exigibles dès l'acquisition des titres par A._____ SA sans qu'il soit besoin d'une dénonciation formelle (toute disposition cantonale impérative demeurant réservée).

A._____ SA conserve en outre la liberté d'exiger la réalisation des titres ou du/des immeuble(s) grevé(s) et sans perdre pour cela aucun de ses droits sur les titres constitués en garantie, de procéder au remboursement direct de tout ou

partie de ses créances de crédit devenues exigibles au moyen d'une poursuite ordinaire par voie de saisie ou de faillite. En cas de pluralité de créances de crédits et de titres hypothécaires, A. _____ SA décide seule de l'ordre prioritaire dans lequel créances et titres seront amortis, ou réalisés.
(...).».

- une copie d'une lettre adressée le 18 avril 2008 au précédent conseil du poursuivi précisant la situation des prêts en cours, soit 1'028'581 fr. 85 pour le prêt [...], 270'000 fr. pour le prêt [...] et 323'031 fr. 80 pour le prêt [...], soit au total 1'621'613 fr. 65, rappelant que les deux derniers prêts étaient échus et exigibles, qu'au regard de l'évolution du marché le taux de l'intérêt serait porté à 4 % pour le prêt [...] dès le 1^{er} mai suivant et mentionnant qu'elle patienterait jusqu'au 31 juillet 2008 pour le paiement des arriérés d'intérêts et d'amortissements qui s'éleveraient alors à 76'863 fr. 65,

- une copie d'une lettre adressée le 26 novembre 2008 aux représentants de A.K. _____, de B. _____ et de la succession de B.K. _____ dans la relation n° [...] résiliant pour le 28 février 2009 les trois prêts ainsi que le compte courant, présentant le décompte des créances au 28 février 2009 pour un total s'élevant à 1'676'374 fr. 25 et dénonçant au remboursement pour le 28 février 2009 également le capital incorporé dans la cédule hypothécaire n° [...] grevant en premier rang la parcelle [...] qui lui avait été remise en pleine propriété en garantie des prêts,

- la copie de la réquisition de poursuite adressée 5 mars 2009 à l'Office des poursuites de Vevey,

- les copies des commandements de payer notifiés aux codébitrices solidaires B. _____ et succession de B.K. _____,

- une copie de l'acte notarié de vente à terme et droit d'emption par laquelle les époux A.K. _____ et B. _____ ont acquis en 2004 pour le prix de 2'570'000 fr. des époux [...] la [...], ainsi qu'une copie de la réquisition de transfert adressée au Conservateur du Registre foncier du district de Vevey,

- une copie de la déclaration notariale, datée du 28 avril 2004, d'instrumentation de la cédule hypothécaire précitée indiquant que les débiteurs solidaires de la cédule sont A.K._____ et B._____ qui chargent les notaires de la remettre le plus tôt possible à A._____ SA, document contresigné par lesdits débiteurs.

2. Par décision du 27 août 2009, le Juge de paix du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 1'670'000 fr., plus intérêt à 4 % l'an dès le 28 février 2009, et de 6'374 fr. 25, plus intérêt à 5 % l'an dès le 5 mars 2009 (I), arrêté à 1'800 fr. les frais de justice de la partie poursuivante (II) et dit que le poursuivi devait verser à celle-ci la même somme à titre de dépens (III). Par prononcé rectificatif du 28 août 2009, annulant et remplaçant celui du 27 août 2009, le juge de paix a repris le dispositif de la veille auquel il a ajouté un chiffre II par lequel il a constaté l'existence du droit de gage.

Le prononcé motivé a été adressé pour notification aux parties le 9 octobre 2009. Le poursuivi l'a reçu le 12 octobre 2009.

Le premier juge a considéré en substance que la cédule hypothécaire remise en propriété aux fins de garantie à la poursuivante constituait bien une reconnaissance de dette pour la créance abstraite incorporée dans la cédule dont elle était titulaire et dont le poursuivi était le débiteur, que cette créance était exigible au jour du dépôt de la réquisition de poursuite mais qu'en revanche, en vertu du pactum de non petendo qu'a impliqué le transfert de propriété à fin de garantie, la poursuivante ne pouvait pas réclamer un intérêt supérieur à celui applicable à la créance causale.

3. A.K._____ a recouru par acte du 15 octobre 2009, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'annulation du prononcé attaqué (1), ainsi qu'à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée et

l'opposition confirmée (2.1), à ce qu'il soit constaté que la gérance légale n'a plus lieu d'être (2.2), et subsidiairement à la confirmation de l'opposition et au rejet de la mainlevée, dans la mesure que justice dira (3).

Le même jour, A. _____ SA a aussi recouru, concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du chiffre I du prononcé entrepris en ce sens que la mainlevée provisoire de l'opposition est prononcée à concurrence de 1'670'000 fr. plus intérêts au taux de 10 % l'an dès le 28 février 2009 et de 6'374 fr. 25 plus intérêts au taux de 5 % l'an dès le 5 mars 2009.

Pour son recours, A.K. _____ a déposé un mémoire ampliatif le 15 janvier 2010 ; il n'a développé que des moyens de réforme et n'a repris que les conclusions 2.1 et 2.2 de son acte de recours. L'intimée a produit un mémoire responsif le 12 avril 2010.

A. _____ SA a déposé un mémoire ampliatif à la suite de son recours le 7 décembre 2009 et l'intimé a produit un mémoire responsif le 8 mars 2010.

En droit :

I. Tant le recours déposé par le poursuivi que celui formé par la poursuivante l'ont été en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 57 al. 1 LVLP. Le recourant n'a articulé aucun moyen de nullité dans son mémoire ampliatif, de sorte que son recours ne tend plus qu'à la réforme du prononcé entrepris (art. 465 al. 3 CPC applicable par renvoi de l'art. 58 al. 1 LVLP; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, n. 2 ad art. 465 CPC). Il est recevable à ce titre comme l'est celui de la recourante (art. 461 ss CPC, applicables par renvoi de l'art. 58 LVLP).

II. a) Le poursuivant dont la poursuite est frappée d'opposition peut, s'il se trouve au bénéfice d'une reconnaissance de dette, requérir la mainlevée provisoire de l'opposition, que le juge prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (art. 82 LP). Constitue une reconnaissance de dette l'acte authentique ou sous seing privé d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme déterminée, ou aisément déterminable, et échue (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 1; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 29 ad art. 82 LP ; ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118 ; ATF 122 III 125 c. 2, JT 1998 II 82). Pour qu'un écrit public, authentique ou privé ou qu'un ensemble d'écrits vaille reconnaissance de dette, il doit en ressortir, sur la base d'un examen sommaire, que le poursuivi a assumé une obligation de payer ou de fournir des sûretés, donc une créance exigible, chiffrée et inconditionnelle, car si la reconnaissance de dette n'est pas pure et simple, le poursuivant, pour obtenir la mainlevée provisoire, doit rapporter la preuve littérale que les conditions ou réserves sont devenues sans objet (Gilliéron, op. cit., n. 40 ad art. 82 LP). Enfin, le titre produit pour valoir reconnaissance de dette et titre à la mainlevée provisoire ne justifie la mainlevée provisoire de l'opposition que si le montant de la prétention déduite en poursuite est chiffré de façon précise dans le titre lui-même ou dans un écrit annexé auquel la reconnaissance se rapporte ; cette indication chiffrée doit permettre au juge de la mainlevée de statuer sans se livrer à des calculs compliqués et peu sûrs (Gilliéron, op. cit., n. 42 ad art. 82 LP).

b) Dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, la cédula hypothécaire – comme la lettre de rente – est une reconnaissance de dette abstraite et un titre à la mainlevée provisoire de l'opposition que ce soit la prétention déduite en poursuite et/ou le droit de gage allégué qui soient contestés, mais pour autant que la créance hypothécaire ait été dénoncée au remboursement conformément à l'art. 844 CC (Gilliéron, op. cit., n. 64 ad art. 82 LP). Contrairement aux poursuites ordinaires, une poursuite en réalisation de gage immobilier se continue par la réalisation

du gage et non par la saisie ou la faillite du poursuivi (art. 41 al. 1 et 154 LP). Ainsi, pour pouvoir obtenir la mainlevée de l'opposition qui porte tant sur la créance que sur le droit de gage (art. 85 ORFI), le créancier doit faire valoir dans la poursuite une créance assortie d'un droit de gage immobilier et l'opposition devra être maintenue si le créancier n'établit pas par pièces tant sa créance que son droit de gage (Denys, Cédule hypothécaire et mainlevée, in JT 2008 II 3 ss, p. 14 ; Jaques, Exécution forcée spéciales des cédules hypothécaires, in BISchK 2001, pp. 201 ss, p. 207 et les références citées à la note infrapaginale n. 25 ; CPF, 7 septembre 2006/416 ; CPF, 27 avril 2006/172).

La créance incorporée dans une cédule hypothécaire doit clairement être distinguée de la créance causale issue du rapport contractuel de base et résultant, par exemple, d'un contrat de prêt (ATF 119 III 105, JT 1996 II 115 ; ATF 115 II 149 c. 3, rés. in JT 1989 I 583). Seule la créance incorporée dans la cédule hypothécaire jouit d'un droit de gage immobilier et peut, par conséquent, fonder une poursuite en réalisation d'un tel gage (BISchK 2005 p. 185 ; JT 2004 II 70, BISchK 2005 p. 190).

En vertu de l'art. 855 al. 1 CC, la constitution d'une cédule hypothécaire éteint par novation l'obligation dont elle résulte et donne naissance à une créance nouvelle, qui est abstraite, en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause. Tel est le cas 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 un prêt déjà contracté. La nouvelle créance née de la constitution de la cédule prend ainsi la place de l'ancienne (Steinauer, Les droits réels, t. III, 3^{ème} éd., nn. 2932 ss, pp. 313 ss). Cette règle est toutefois de droit dispositif (art. 855 al. 2 CC) et les parties peuvent convenir d'une juxtaposition des deux créances, la créance abstraite venant doubler la créance causale aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement (Gilliéron, Les titres de gage 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, pp. 273 ss, spéc. pp. 297 et 300 ; ATF 132 III 166 c. 6.2 ; ATF 119 III 105 précité, JT 1996 II 115).

Savoir si l'on est en présence d'une garantie directe ou d'une garantie fiduciaire dépend du contenu du contrat passé entre les parties. Lorsque toutes les clauses obligationnelles relatives aux intérêts, au remboursement et à la dénonciation de la créance sont énoncées dans le titre que constitue la cédule, on est en présence d'une garantie directe. Lorsqu'une convention séparée contient des clauses obligationnelles, il faut la qualifier : si elle contient une mention qu'il s'agit-là de précisions de la cédule, celle-ci constitue alors une garantie directe ; si, en revanche, elle est intitulée prêt, compte-courant ou contrat de crédit et renvoie à la cédule hypothécaire en tant que garantie, le rapport juridique de base subsiste et la cédule est remise à titre de garantie fiduciaire (TF 5A_303/2009 du 5 août 2009 c. 3.4 in initio ; Staehelin, *Betriebung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in PJA 1994 pp. 1255 ss, pp. 1258-1259).

En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe bien des créances distinctes, la cédule hypothécaire ayant été créée le 28 avril 2004, simultanément à l'octroi des prêts hypothécaires accordés au poursuivi et à ses codébitrices solidaires qui précisent tous qu'ils sont garantis par des droits de gage immobiliers et à la signature d'un acte de transfert de cette cédule à fin de garantie à la poursuivante. La créance abstraite n'a donc pas remplacé les créances causales, mais elle est venue les doubler aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement. Dans le commandement de payer, la poursuivante s'est explicitement prévalu, à juste titre, de la créance abstraite, seule à même de faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, puisque seule assortie d'un droit de gage immobilier.

c) La qualité de propriétaire du titre hypothécaire est une condition indispensable pour être reconnu titulaire de la créance incorporée dans le titre. Le créancier qui reçoit une cédule hypothécaire au porteur comme cessionnaire - soit en pleine propriété, soit à titre

fiduciaire – devient titulaire de la créance et du droit de gage immobilier incorporés dans le papier-valeur (art. 842 et 859 CC) ; il peut dénoncer la créance au remboursement et, cas échéant, introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier. En revanche, le créancier qui reçoit une telle cédule en nantissement n'est titulaire que d'un droit de gage mobilier sur la créance incorporée. Certes, une cédule hypothécaire au porteur est un titre au porteur au sens de l'art. 978 al. 1 CO et la simple détention des titres visés par cette disposition légale suffit en principe pour exercer les droits qui leur sont incorporés. Mais, en vertu de l'art. 906 al. 1 CC, seul le propriétaire d'une créance engagée peut la dénoncer au remboursement ou en opérer le recouvrement (Steinauer, op. cit., n. 3159c, pp 458-459). A moins que ces facultés ne lui aient été spécialement octroyées par convention, le créancier nanti d'une cédule hypothécaire au porteur ne peut dès lors pas exercer les droits incorporés dans le titre (ATF 97 III 119, rés. in JT 1973 II 27 ; Denys, op. cit., p. 8 ; Favre/Liniger, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée, in SJ 1995 pp. 101 ss, p. 105 ; TF 5C.249/2004 du 2 mars 2005 c. 2.2 et les réf. cit.) ; il n'est pas titulaire de la créance (ATF 115 II 149 précité c. 2, rés. in JT 1989 I 583) et ne pourra la dénoncer au remboursement – puis, au besoin, exercer une poursuite en réalisation de gage immobilier – que s'il se la fait d'abord adjuger dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage mobilier (TF 5C.11/2005 du 27 mai 2005 c. 3.1).

Conformément à l'art. 930 al. 1 CC, le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Cette règle s'applique notamment aux titres au porteur, à l'égard desquels les présomptions des art. 930 ss CC valent tant pour le droit sur le titre que pour le droit incorporé à celui-ci. A moins que sa possession ne soit suspecte ou équivoque, le détenteur d'une cédule hypothécaire au porteur qui s'en prétend propriétaire est dès lors présumé en avoir acquis la propriété et, partant, être titulaire de la créance, garantie par un gage immobilier, incorporée dans le papier-valeur (Favre/Liniger, op. cit., p. 106). Il peut opposer cette présomption à quiconque, notamment au débiteur qui lui a remis la cédule, puisqu'il prétend posséder à titre de propriétaire – et non en tant que titulaire d'un droit réel restreint ou d'un droit personnel – et que la restriction prévue à

l'art. 931 al. 2 in fine CC ne s'applique dès lors pas (ATF 54 II 244 c. 2, JT 1929 I 117 ; TF 5C.11/2005 du 27 mai 2005 précité, c. 3.2.1).

Dans le cas présent, la poursuivante, qui a la possession de la cédule hypothécaire dont elle se dit propriétaire, est par conséquent présumée titulaire des droits incorporés dans ce titre. Elle peut du reste en outre se prévaloir de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie qui prévoit expressément qu'elle reçoit et acquiert la propriété de cette cédule.

d) La cédule hypothécaire est un titre de mainlevée contre son débiteur, savoir contre le débiteur de la créance abstraite en poursuite, et non contre le débiteur de la ou des créance(s) causale(s) (CPF, 30 octobre 2003/379). Si elle comporte l'indication du débiteur, la cédule constitue un titre de mainlevée provisoire contre le débiteur mentionné sur la cédule (ATF 129 III 12 c. 2.2 in initio, JT 2003 II 35). L'art. 832 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 846 CC, prévoit que l'aliénation de l'immeuble hypothéqué n'apporte, sauf convention contraire, aucun changement à l'obligation du débiteur et à la garantie. Ainsi, la seule preuve de l'aliénation de l'immeuble n'emporte pas par elle-même changement du débiteur de la dette garantie par le gage immobilier (ATF 121 III 256 c. 3a, rés. in JT 1996 I 187), de sorte que cette seule circonstance ne permet pas de prononcer la mainlevée contre le nouveau propriétaire mentionné sur la cédule.

Si la dette a été reprise par un tiers, et que le changement de débiteur n'a pas été inscrit sur le titre par le conservateur du registre foncier, il appartient à ce débiteur d'établir - voire même seulement de rendre vraisemblable - la reprise de dette pour se libérer. Pour ce faire, il bénéficie en cas d'acquisition de l'immeuble par un tiers avec reprise de dette interne de la présomption d'acceptation du créancier qui résulte de l'art. 832 al. 2 CC (ATF 129 III 12 précité c. 2.2, JT 2003 II 35 et les réf. cit.). Le créancier poursuivant peut aussi établir par la production d'autres actes que la cédule que le nouvel acquéreur a repris la dette abstraite contenue dans la cédule (Denys, op. cit., p. 11).

Si la cédule ne comporte pas l'indication d'un débiteur, le créancier ne pourra obtenir de même la mainlevée provisoire que s'il produit en plus de la cédule, une copie légalisée de la pièce justificative contenant l'engagement du débiteur (Denys, *op. cit.*, p. 12 ; ATF 129 III 12 précité c. 2.5, JT 2003 II 35 et les réf. cit.).

En l'espèce, le poursuivi s'est explicitement reconnu débiteur du montant nominal du titre hypothécaire dans l'acte de transfert de propriété à fin de garantie du 28 avril 2004 et a contresigné la déclaration d'instrumentation notariale mentionnant qu'il était le codébiteur de la cédule qui ne mentionnait pas son nom. Cette déclaration répond ainsi aux exigences posées par la jurisprudence quant à l'engagement du débiteur d'une cédule ne comportant pas l'indication du débiteur.

e) Dans une poursuite en réalisation de gage immobilier fondée sur une cédule hypothécaire, la mainlevée de l'opposition ne peut être prononcée que lorsque la cédule a été dénoncée au remboursement et que son paiement était exigible au moment du dépôt de la réquisition de poursuite (Denys, *op. cit.*, p. 14 ; Foëx, *Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires*, in *Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée*, pp. 113 ss, p. 126 ; de Gottrau, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie : principes, et application dans le domaine bancaire*, in *Sûretés et garanties bancaires*, CEDIDAC n° 33, pp. 173 ss, pp. 211-212 ; Panchaud/Caprez, *op. cit.*, § 14 et les réf. cit.).

L'art. 844 al. 1 CC dispose que, sauf stipulation contraire, la cédule hypothécaire ne peut être dénoncée que moyennant un préavis de six mois pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Cette règle est toutefois de droit dispositif de sorte que les parties peuvent convenir d'un délai plus court ou d'un autre terme (Steinauer, *op. cit.*, n. 2943, p. 320 ; Favre/Liniger, *op. cit.*, p. 106).

En l'espèce, la cédule prévoit qu'elle peut être dénoncée en tout temps, moyennant un préavis donné six mois à l'avance. Cependant,

l'acte de transfert de propriété à fin de garantie prévoit, à son chiffre 4, qu'A. _____ SA est en droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires constituées en garantie dès l'exigibilité, fût-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits. En adoptant une telle clause, les parties ont, par une disposition particulière, dérogé à la clause figurant dans la cédule. Certes, à défaut d'être indiquée au registre foncier, une telle convention dérogatoire n'est pas opposable au tiers acquéreur de la cédule (Steinauer, op. cit., n. 2943a, p. 320), mais elle n'en reste pas moins valable entre parties (Staehelin, Basler Kommentar, n. 9 ad art. 858 CC; ATF 123 III 97, JT 1998 I 57). Par lettre du 26 novembre 2008, la poursuivante a notamment dénoncé au remboursement cette cédule pour le 28 février 2009, alors que deux des trois prêts hypothécaires étaient exigibles depuis le 29 avril 2005. En vertu de la clause conventionnelle précitée, la poursuivante pouvait ainsi réclamer la créance abstraite, valablement dénoncée. Au surplus, le troisième prêt hypothécaire a également été dénoncé pour le 28 février 2009, alors que le poursuivi était en retard dans le paiement des intérêts et amortissements convenus, selon lettre à son conseil du 18 avril 2008, même si, s'agissant d'un acte soumis à réception, le respect au 28 février 2009 du délai de 90 jours prévu contractuellement paraît délicat à établir. Quoi qu'il en soit, ce délai a été respecté lorsque la poursuivante a requis, le 5 mars 2009, la poursuite.

f) Le transfert de la propriété d'une cédule hypothécaire et des droits qu'elle incorpore peut s'effectuer de deux manières. Le titulaire de la cédule et l'acquéreur peuvent convenir d'une part que la cédule sera transférée sans réserve à ce dernier. Mais les parties peuvent également convenir que la cédule hypothécaire ne sera transférée qu'à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance dont l'acquéreur est titulaire. Dans le premier cas, on parle de transfert (pur et simple ou sans réserve) de la cédule hypothécaire ou de transfert en « pleine propriété » ; il y a utilisation directe de la cédule et la garantie est dite directe. Dans la seconde hypothèse, l'on parle de transfert de propriété aux fins de garantie - ou, parfois de cession fiduciaire aux fins de garantie si l'on vise

la créance incorporée dans la cédule (cf. Steinauer, op. cit., n. 3057a et note infrapaginale n. 61, p. 386) - ; la sûreté procurée au bénéficiaire est une garantie fiduciaire (Foëx, op. cit., pp. 115-116).

La remise d'une cédule hypothécaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire) peut revêtir deux formes : soit la constitution d'une cédule aux fins de garantie, la cédule étant d'emblée créée pour être remise à titre fiduciaire au créancier, soit le transfert de propriété aux fins de garantie d'une cédule existante (Foëx, op. cit., p. 121). En recourant au transfert (ou à la constitution) d'une cédule à fin de garantie, les parties visent à garantir une ou plusieurs créances de l'acquéreur (le fiduciaire). Cette créance, qui est généralement dirigée contre l'aliénateur (le fiduciaire), subsiste lors de la remise de la cédule hypothécaire. 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'engage simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la ou des créances garanties. Le transfert fiduciaire est un transfert lié, conditionné par le but poursuivi par les parties (Foëx, op. cit., pp. 121-122).

En cas de transfert à fin de garantie, le fiduciaire acquiert la pleine propriété du titre et la pleine titularité des droits incorporés, conformément à la théorie du transfert intégral des droits au fiduciaire (Vollrechtstheorie) développée notamment eu égard au *numerus clausus* des droits réels. Ce n'est qu'inter partes, dans ses relations avec le fiduciaire, que les pouvoirs du fiduciaire sont limités : selon la formule consacrée, le fiduciaire peut plus que ce qu'il n'a le droit de faire. Le fiduciaire est donc pleinement propriétaire de la cédule, mais il est obligé envers le fiduciaire à ne pas exercer les droits ainsi acquis en garantie au-delà de ce que requiert son désintéressement : ainsi, par exemple, le fiduciaire a l'obligation de retransférer la propriété de la cédule au fiduciaire s'il est désintéressé, ce qui implique qu'il ne doit pas l'aliéner à un tiers dans l'intervalle (Foëx, op. cit., p. 124; Steinauer, op. cit., n. 3054c, pp. 383-384).

Lorsque le bien cédé en garantie est une cédula hypothécaire, la convention fiduciaire oblige le créancier à ne pas faire usage des créances incorporées, c'est-à-dire à ne pas en poursuivre le paiement, au-delà de ce qui est nécessaire à cette fonction de garantie. En d'autres termes, la convention implique nécessairement un pactum de non petendo portant sur la créance cédulaire dont la poursuite n'est pas nécessaire pour garantir le remboursement des créances en compte. Ce pacte constitue une exception que le débiteur peut opposer au créancier garanti, en vertu de l'art. 872 CC, si ce dernier prétend néanmoins se faire payer l'intégralité de la créance cédulaire. Ce pacte de non petendo, lorsqu'il affecte la créance objet de la poursuite, est un moyen libératoire que le poursuivi peut faire valoir au stade de la mainlevée (art. 82 al. 2 LP ; Denys, op. cit., p. 15 ; Staehelin, Basler Kommentar, op. cit., n. 22 ad art. 855 CC ; de Gottrau, op. cit., p. 214 et les réf. cit. ; RSJ 2005 p. 430).

Ainsi, lorsque la banque créancière choisit la voie de la poursuite en réalisation de gage immobilier, elle fait valoir la créance incorporée dans la cédula, et non pas la créance résultant de sa créance contractuelle avec son client. Dans la procédure d'exécution forcée, le gage immobilier garantit au maximum le capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires, ainsi que les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance (art. 818 al. 1 ch. 3 CC). Il convient que la banque créancière établisse le montant de sa créance résultant du rapport contractuel de base, intérêts inclus, à la date de la réquisition de poursuite; se présentent alors trois hypothèses : soit la créance résultant du rapport contractuel de base est inférieur au montant nominal de la créance incorporée dans la cédula, auquel cas la banque créancière ne peut tenter une poursuite que pour une somme équivalente à ce qui lui est effectivement dû en capital et intérêts en vertu du contrat de prêt; soit la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédula majoré des intérêts conventionnels (intérêts des trois années échus et intérêts ayant couru depuis la dernière échéance) auquel cas la banque créancière peut faire valoir l'intégralité de la créance incorporée dans la

cédule ainsi que les intérêts couverts par le droit de gage au sens de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC; soit, enfin, la créance résultant du rapport contractuel de base est supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans la cédule, mais inférieure au montant maximal couvert par le gage immobilier (à savoir le capital et les intérêts conventionnels échus de trois années et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance), auquel cas les intérêts conventionnels dus pour la cédule doivent être réduits de sorte que la banque créancière ne réclame pas plus que sa créance effective, le fiduciaire ne devant pas faire un usage de la cédule qui aille au-delà de ce qui est nécessaire à son complet désintéressement (de Gottrau, op. cit., pp. 213 à 215 et les réf. cit. aux notes infrapaginales nn. 125 à 131).

En l'occurrence, la cédule hypothécaire a été remise à la poursuivante à titre fiduciaire pour garantir trois prêts hypothécaires dont le total ascendait à 1'670'000 fr., soit le capital de la créance cédulaire. Au 28 février 2009, la dette résultant de ces trois hypothécaires se montait à 1'676'374 fr. 25, selon courrier du 26 novembre 2008, soit une somme très légèrement supérieure au capital de la créance abstraite, mais inférieure au montant maximal couvert par le gage immobilier (soit avec les intérêts sur la cédule). On se trouve ainsi dans la troisième hypothèse relatée ci-dessus et, comme l'a vu à juste titre le premier juge, les intérêts conventionnels dus pour la cédule doivent être réduits afin que la poursuivante ne puisse réclamer plus que sa créance effective.

g) Le premier juge a arrêté à 4 % l'an le taux de l'intérêt portant sur le capital de 1'670'000 fr., considérant qu'il s'agissait du taux applicable au seul contrat de prêt encore en vigueur au moment de la résiliation. Cependant, par le courrier du 26 novembre 2008, la poursuivante ne résiliait pas seulement les prêts et la cédule hypothécaire pour l'échéance du 28 février 2009, elle mettait encore en demeure le poursuivi de payer intégralement la somme de 1'676'374 fr. 25 au 28 février 2009. Par conséquent, dès cette date, le poursuivi était en demeure et devait dès lors un intérêt (moratoire) sur la créance causale dont le taux ne pouvait être inférieur à 5 % l'an, conformément à l'art. 104 al. 1 CO (Thévenoz, Commentaire romand, n. 14 ad art. 104 CO). Enfin,

l'intérêt moratoire ne peut courir que dès le lendemain du délai fixé au poursuivi pour s'acquitter de l'intégralité de la dette, soit dès le 1^{er} mars 2009.

La poursuivante se prévaut d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral rendu il y a près de dix ans dans une affaire genevoise où notre haute cour avait jugé arbitraire le raisonnement des juges genevois qui avaient appliqué le taux légal de l'art. 73 CO en lieu et place de l'intérêt conclu conventionnellement qui se référait au taux maximal mentionné sur la cédule et inscrit au registre foncier. Cependant, dans cette décision, il n'est pas fait allusion au pacte de non petendo et on ne connaît pas le montant de la créance causale, de sorte qu'il est impossible de savoir dans laquelle des trois hypothèses mentionnée plus haut la banque se trouvait. En outre, depuis lors, le Tribunal fédéral a mentionné que la personne poursuivie pouvait se prévaloir du fait que le prêt soit d'un montant inférieur à une cédule (TF 5A_303/2009 c. 3.5 in fine).

III. Par conséquent, le recours de A.K._____ doit être rejeté et le recours d'A._____ SA admis partiellement, le prononcé étant réformé en ce sens que l'opposition est provisoirement levée à concurrence des sommes de 1'670'000 fr. plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2009 et de 6'374 fr. 25 plus intérêt à 5 % l'an dès le 5 mars 2009.

Il n'y a pas lieu de modifier les frais et dépens de première instance.

Les frais de deuxième instance sont arrêtés à 1'825 fr. pour le recourant A.K._____ et à 900 fr. pour la recourante A._____ SA.

A._____ SA a droit à des dépens réduits d'un cinquième, de pleins dépens valant 2'500 francs.

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 de A.K. _____ est rejeté et celui d'A. _____ SA est admis partiellement.

- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par A.K. _____ au commandement de payer n° 541'196-01 de l'Office des poursuites et faillites de Vevey, notifié à la réquisition d'A. _____ SA, est provisoirement levée à concurrence de 1'670'000 francs (un million six cent septante mille francs) plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} mars 2009 et de 6'374 fr. 25 (six mille trois cent septante-quatre francs et vingt-cinq centimes) plus intérêt à 5 % l'an dès le 5 mars 2009.

L'opposition est maintenue pour le surplus.

Les frais de première instance de la poursuivante sont arrêtés à 1'800 francs (mille huit cents francs).

Le poursuivi A.K. _____ doit payer à la poursuivante A. _____ SA la somme de 1'800 fr. (mille huit cents francs) à titre de dépens de première instance.

- III. Les frais de deuxième instance du recourant A.K. _____ sont arrêtés à 1'825 fr. (mille huit cent vingt-cinq francs) et ceux de la recourante A. _____ SA à 900 fr. (neuf cents francs).

IV. Le recourant A.K._____ doit verser à la recourante A._____ SA la somme de 2'000 fr. (deux mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 17 juin 2010

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

La greffière :

Du 10 décembre 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 Michel Chevalley, avocat (pour A.K._____),
- Me Rémy Wyler, avocat (pour A._____ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 1'676'374 fr. 25.

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 :

- Mme le Juge de paix du district de la Riviera - Pays-d'Enhaut.

La greffière :

ejo