

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.M.**_____, à [...], contre le prononcé de mainlevée rendu le 27 août 2009, à la suite de l'audience du 12 août 2009, par le Juge de paix du district de la Riviera-Pays-d'Enhaut, dans le cadre de la poursuite n° 5'057'678 de l'Office des poursuites de l'arrondissement de Vevey dirigée contre le recourant à la réquisition d'**E.**_____**SA**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 9 juin 2009, l'Office des poursuites de l'arrondissement de Vevey a notifié à A.M._____, à la réquisition d'E._____ SA, un commandement de payer dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 5'057'678 portant sur la somme de 205'000 fr. plus intérêt à 10 % l'an dès le 18 avril 2009. La cause de l'obligation invoquée et la désignation de l'immeuble étaient les suivantes :

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

Montant dû au 17.04.2009, en capital, sur la cédule hypothécaire au porteur RF [...] remis en pleine propriété selon acte de transfert du 11.09.2006 et grevant en 1^{er} rang les parcelles ci-dessous désignées. Ce titre garantit les engagements souscrits par les codébiteurs sous la relation no [...] et totalisant 17'158'741.86 CHF conformément à notre correspondance du 12 février 2009. Ces engagements sont également garantis par d'autres immeubles faisant l'objet de poursuites distinctes. Créances exigibles au remboursement. Montant dû conjointement et solidairement avec Mme B.M._____.

Désignation de l'immeuble :

Parcelle PPE [...], consistant en un appartement de 5 pièces, local-galetas constituant le lot no 4 du plan et représentant 181/1000 de la parcelle de base RF [...]. Parcelle PPE [...], consistant en un garage et une place de parc (no 09) et représentant 9/1000 de la parcelle de base RF [...]. Propriété en mains communes de Monsieur A.M._____ et Madame B.M._____. GERANCE LEGALE REQUISE. ».

Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 23 juin 2009, la poursuivante a requis la mainlevée provisoire de l'opposition. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre le commandement de payer précité, les pièces suivantes :

- une convention de crédit-cadre conclue les 6 et 11 septembre 2006, sous n° de relation [...], par laquelle E._____ SA a accordé à A.M._____ et B.M._____, solidairement entre eux, une limite de crédit d'un montant maximum de 17'443'177 fr. pour le financement d'objets immobiliers ; le contrat prévoyait notamment que l'utilisation de la limite de crédit se ferait sous forme d'hypothèque fixe d'un montant minimum de 1'000'000

fr. d'une durée de un à sept ans, que le décompte avec débit des intérêts aurait lieu quatre fois par année, à la fin de chaque trimestre civil, alors que celui du capital et des intérêts serait établi à l'échéance, que le calcul des intérêts s'effectuerait sur la base de l'usage 365/360, c'est-à-dire en fonction du nombre de jours effectif par mois pour une année de 360 jours, que l'amortissement serait de 46'000 fr. payables trimestriellement, la première fois le 30 septembre 2006, et que toutes les prétentions d'E. _____ SA, y compris les intérêts échus et courants ainsi que les commissions, seraient couvertes par des sûretés, notamment le transfert de propriété à fin de garantie, conformément à un formulaire séparé «Transfert de propriété à fin de garantie», des cédules hypothécaires au porteur suivantes :

- trois cédules de 3'500'000 fr., 2'500'000 fr. et 2'100'000 fr. grevant en 1^{er} et parité de rang la parcelle [...],
- une cédule de 2'500'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...],
- deux cédules de 2'700'000 fr. et 500'000 fr. grevant respectivement en 1^{er} et 2^{ème} rang la parcelle [...],
- une cédule de 400'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...],
- une cédule de 205'000 fr. grevant en 1^{er} rang les parts de propriété par _____ étages [...],
- une cédule de 219'300 fr. grevant en 1^{er} rang les parts de propriété par _____ étages [...],
- une cédule de 3'800'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...];

cet acte contient en particulier la disposition suivante :

«10. Résiliation

10.1 Résiliation ordinaire

Le preneur de crédit est en droit de résilier la présente convention de crédit à tout moment avec effet immédiat.

E. _____ SA est en droit de résilier la présente convention de crédit à tout moment avec effet immédiat ainsi que de refuser de mettre la limite de crédit à disposition, selon sa propre appréciation du cas d'espèce et sans indication de motifs.

La résiliation entraîne l'annulation immédiate de la part de la limite de crédit non utilisée. Dans la mesure où il a été fait usage de la limite, le remboursement des montants déjà utilisés est exigible comme suit :

Hypothèque fixe E. _____ SA
à l'échéance de la durée convenue

10.2 Résiliation extraordinaire

Le preneur de crédit est en droit, en tout temps, moyennant respect d'un délai de préavis de 30 jours civils, de résilier la présente convention de crédit et de rembourser en tout ou partie les montants utilisés. Si le remboursement anticipé intervient pendant une période de taux fixe ou à une autre date que celle initialement convenue pour le remboursement, une indemnité calculée conformément à la clause ci-dessous «Indemnité en cas de résiliation anticipée» sera due et exigible au jour du remboursement anticipé.

E. _____ SA est en droit, en tout temps, de résilier la présente convention de crédit avec effet immédiat et de provoquer ainsi l'exigibilité immédiate de toutes les parts utilisées du crédit y compris les intérêts échus, les commissions, les frais, etc. - indépendamment de la durée respective des parts de crédit octroyées -, ainsi que d'exiger leur remboursement sans délai, lorsque :

- 1) le preneur de crédit est en demeure depuis plus de 30 jours civils - envers E. _____ SA ou un tiers (y compris envers un éventuel acquéreur des créances découlant du contrat de crédit) - pour le paiement des intérêts, des commissions et/ou du capital ou que d'éventuels dépassements de crédit n'ont pas été régularisés par un paiement dans le délai imparti par E. _____ SA ou n'ont pas été garantis de façon appropriée.
- 2) le preneur de crédit se voit imposer par décision de l'autorité l'obligation de prendre (notamment dans le domaine de la protection de l'environnement) des mesures d'assainissement susceptibles d'influencer de façon déterminante sa rentabilité financière.
- 3) les sûretés fournies risquent, selon l'appréciation faite par E. _____ SA, de perdre une grande partie de leur valeur ou l'ont déjà perdue.
- 4) le preneur de crédit est en cessation de paiement ou que la situation de revenu ou de fortune du preneur de crédit s'est fortement dégradée.
- 5) les rapports de propriété sur les bien-fonds qui servent de sûreté se sont modifiés en tout ou en partie.
- 6) le preneur de crédit viole d'autres engagements stipulés dans la convention de crédit.»

- un acte de transfert de propriété à fin de garantie, signé les mêmes jours par les preneurs de crédit A.M. _____ et B.M. _____, remettant à E. _____ SA les cédules hypothécaires énumérées ci-dessus ; cet acte contient en particulier les stipulations suivantes :

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

Ces 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'E. _____ 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 E. _____ 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 E. _____ SA aucune obligation dérivant de ces titres lorsqu'il/ils n'est/ne sont pas, dans le même temps, preneur(s) de crédit.

3. E. _____ 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, E. _____ 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, E. _____ 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 E. _____ SA pour se porter elle-même acquéreuse. Lorsque E. _____ 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 E. _____ SA sans qu'il soit besoin d'une dénonciation formelle (toute disposition cantonale impérative demeurant réservée).

E. _____ 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, E. _____ SA décide seule de l'ordre prioritaire dans lequel créances et titres seront amortis, ou réalisés.

(...).»

- une copie des cédules hypothécaires suivantes, accompagnées le cas échéant d'avis de reprise de dette par les seuls A.M. _____ et B.M. _____ ensuite d'une cession de parts indivises intervenue par acte

notarié [...] du 2 mai 2005, les autres cohéritiers cédants étant la veuve et les enfants de [...]:

- cédules n° [...] de 3'500'000 fr., n° [...] de 2'500'000 fr. et n° [...] de 2'100'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 10 %,
 - cédule n° [...] de 2'500'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 8 %,
 - cédules n° [...] de 2'700'000 fr. et n° [...] de 500'000 fr. grevant respectivement en 1^{er} et 2^{ème} rang la parcelle [...], prévoyant respectivement des taux d'intérêt de 8 % et 10 % maximum,
 - cédule n° [...] de 400'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 8 %,
 - cédule n° [...] de 205'000 fr. grevant en 1^{er} rang les parts de propriété par étages [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 8 %,
 - cédule n° [...] de 219'300 fr. grevant en 1^{er} rang les parts de propriété par étages [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 8 %,
 - cédule n° [...] de 3'800'000 fr. grevant en 1^{er} rang la parcelle [...], prévoyant un taux d'intérêt maximal de 10 % ;
- une copie en deux exemplaires d'une lettre adressée le 12 décembre 2008 par la poursuivante au précédent conseil du poursuivi, faisant référence à un entretien de la veille au cours duquel ce dernier lui avait demandé de patienter jusqu'à la fin du mois de janvier 2009, accédant à cette requête à la condition que le A.M. _____ et Me [...], représentant de sa sœur B.M. _____, reconnaissent l'existence d'une créance en prêt hypothécaire exigible et due d'un montant de 5'994'000 fr. au 30 septembre 2008 avec intérêt à 4 % l'an dès cette date sur le compte [...] et d'une créance en prêt hypothécaire exigible et due d'un montant de 8'000'000 fr. au 3 novembre 2008 avec intérêt à 4 % l'an dès le 4 novembre 2008 sur le compte [...]; une copie de cette lettre est contresignée par Me [...] et l'autre par le poursuivi personnellement qui a accompagné sa signature de diverses observations ;
- une lettre de dénonciation de la relation n° [...] du 12 février 2009 ainsi libellée :

«Messieurs,

Nous nous référons à notre courrier du 10 octobre 2008 dans lequel nous vous faisons parvenir une convention de crédit définissant les modalités contractuelles de notre prêt n° [...].

Malgré un premier entretien en décembre 2008 et un second en janvier 2009 qui se sont déroulés [...] entre Monsieur A.M._____, Me [...] et le soussigné de gauche, il n'a pas été possible d'obtenir l'accord de Monsieur A.M._____ sur les modalités de nos relations futures.

Un délai pour l'acceptation de notre offre jusqu'au 31 janvier 2009 avait été accordé. Aucune suite n'ayant été donnée à nos propositions, nous considérons qu'elles sont rejetées. Elles sont désormais caduques.

Dans ces conditions, nous nous voyons contraints de résilier notre convention de crédit cadre du 6 septembre 2006, et de demander le remboursement de nos prêts déjà échus pour le **31 mars 2009**. S'agissant du prêt de 3'035'177.- CHF, il sera échu le **17 avril 2009**, conformément à notre confirmation hypothécaire du 21 mai 2008.

Le décompte suivant détaille le solde en notre faveur à ces deux dates :

Prêt hypothécaire n°	CHF	CHF
[...] Capital	8'000'000.00	
Intérêts du 01.01.2009 au 31.03.2009 à 4 %	80'000.00	
[...]		
Capital	5'948'000.00	
Intérêts du 01.01.2009 au 31.03.2009 à 4 %	59'480.00	
Total au 31 mars 2009		
14'087'480.00		
[...] Intérêts du 01.01.2009 au 31.03.2009 à 4 %	30'351.75	
30'351.75		
Capital	3'035'177.00	
Intérêts du 01.04.2009 au 17.04.2009 à 4 %	5'733.11	
Total au 17 avril 2009		
3'040'910.11		

Tout extrait de compte ou avis bancaire qui pourrait vous parvenir suite à la présente dénonciation ne vous est adressé qu'à titre purement informatif et ne saurait constituer une reconduction tacite du prêt anciennement en vigueur.

Nous vous prions de nous verser les montants susmentionnés sous bonne valeur, faute de quoi nous procéderons au recouvrement de notre créance par la voie légale sans nouvel avis de notre part.

(...).»

- la copie de sept réquisitions de poursuite en réalisation de gage immobilier adressées le 21 avril 2009 à l'Office des poursuites de l'arrondissement de Vevey pour les six premières d'entre elles et à l'Office

des poursuites de l'arrondissement de Montreux pour la dernière, concernant les sept bien-fonds précités, la poursuivante se prévalant des dix cédules hypothécaires énumérées ci-dessus,

- une copie de l'acte notarié précité, datant du mois de mars 2005, par lequel les hoirs de [...] sont sortis de l'indivision de la succession de [...]; l'art. 2 de cet acte prévoit que B.M._____ et A.M._____ sont dorénavant les seuls codébiteurs solidaires de l'ensemble des dettes considérées ainsi que des dettes incorporées dans les cédules hypothécaires précitées.

2. Par prononcé du 27 août 2009, rendu à la suite d'une audience tenue le 12 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 205'000 fr. plus intérêts au taux de 10 % l'an dès le 18 avril 2009 (I), constaté l'existence du droit de gage (II), arrêté à 660 fr. les frais de justice de la partie poursuivante (III) et dit que le poursuivi devait verser à celle-ci la même somme à titre de dépens (IV).

Le prononcé motivé a été adressé pour notification aux parties le
30 décembre 2009.

Le premier juge a considéré en substance que la cédule hypothécaire invoquée à l'appui de la présente poursuite, 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. D'après le premier juge, cette créance était exigible au jour du dépôt de la réquisition de poursuite car les parties avaient prévu que la créance abstraite était exigible dès que la créance causale le devenait et cette dernière avait été dénoncée dans le délai de six semaines de l'art. 318 CO, applicable à défaut de connaître le délai prévu dans les contrats d'hypothèques fixes qui n'avaient pas été produits, les dispositions sur la

résiliation extraordinaire du crédit cadre ne pouvant s'appliquer à défaut pour la poursuivante d'avoir établi la réalisation d'une des conditions prévues.

3. A.M. _____ a recouru par acte du 14 janvier 2010, concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du prononcé attaqué en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée et l'opposition confirmée et à ce qu'il soit constaté que la gérance légale n'a plus lieu d'être.

Le recourant a déposé un mémoire ampliatif le 22 février 2010 ; il a confirmé les conclusions de son acte de recours.

L'intimée a produit un mémoire responsif le 12 avril 2010, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

En droit :

I. Le prononcé de mainlevée a été notifié aux parties durant les fêtes de Noël (art. 56 ch. 2 LP), si bien que la notification n'a déployé ses effets qu'à partir du premier jour utile suivant la fin des fêtes (JT 1995 II 31 et réf. cit.), en l'occurrence le 4 janvier 2010, le 2 janvier étant un jour légalement férié et le 3 janvier 2010 un dimanche (art. 73 al. 1 LVLP). Le délai de recours n'a commencé à courir que le lendemain (JT 1995 II 31 précité), de sorte que le recours, déposé le 14 janvier 2010, a été formé en temps utile (art. 57 al. 1 LVLP). Le recours tend 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 (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 invoquée à l'appui de la présente poursuite a été établie le 16 septembre 1981, donc antérieurement à l'octroi de la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006 qui précise que cette cédule est remise en garantie de prêts hypothécaires accordés au poursuivi et à sa codébitrice solidaire comme, du reste, le stipule l'acte de transfert de propriété à fin de garantie de cette cédule à la poursuivante. La créance abstraite n'a donc pas remplacé la créance causale, mais elle est venue la 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 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 des 6 et 11 septembre 2006 ; en outre, la poursuivante a produit l'acte de sortie d'indivision successorale dans lequel le poursuivi s'est notamment reconnu débiteur de la dette incorporée dans la cédule hypothécaire produite par la poursuivante. Ces déclarations répondent 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'E. _____ 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 12 février 2009, la poursuivante a notamment résilié la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006 et demandé le remboursement des prêts échus pour le 31 mars 2009 à concurrence de 14'087'480 fr. ainsi que le remboursement du prêt venant à échéance le 17 avril 2009, à concurrence de 3'040'910 fr. 11 auxquels s'ajoutaient les intérêts sur ce prêt du 1^{er} janvier 2009 au 31 mars 2009, par 30'351 fr. 75. Ayant contresigné une précédente correspondance de la poursuivante du 12 décembre 2008, le poursuivi avait reconnu que la première de ces sommes était exigible. En vertu de la clause conventionnelle précitée, la poursuivante pouvait ainsi indubitablement réclamer la créance abstraite correspondante, valablement dénoncée.

En revanche, à défaut d'autre document produit devant le premier juge par la poursuivante, il paraît difficile de considérer, sur la seule affirmation contenue dans la lettre de résiliation, que le dernier prêt était exigible au 17 avril 2009. A cet égard, le raisonnement du premier juge, selon lequel à défaut de document il fallait considérer que l'art. 318 CO s'applique, n'est pas correct, car cette disposition ne règle que le cas (rare) où les parties à un contrat de prêt de durée indéterminée n'ont pas convenu d'un régime particulier pour la résiliation. Elle ne s'applique pas aux cas où le prêt est de durée déterminée (Bovet, Commentaire romand, nn. 1 et 2 ad art. 318 CO). Or, d'après la convention de contrat-cadre de financement immobilier, l'utilisation des crédits octroyés se faisait par des hypothèques fixes d'une durée de un à sept ans. On ne peut ainsi conclure à l'octroi d'un prêt de durée indéterminée ne contenant pas de clause de

résiliation. La poursuivante n'a ainsi pas établi que ce dernier prêt était exigible et, par conséquent, elle n'a pas établi que la créance abstraite correspondante l'était également.

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 (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 cédula, 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 cédula 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 cédule, 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 cédule 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, les cédules hypothécaires, notamment celle de 205'000 fr. grevant en 1^{er} rang les parts de propriété par étages [...], ont été remises à la poursuivante à titre fiduciaire pour garantir une série de prêts hypothécaires dans une limite de crédit maximum de 17'443'177 fr., selon la convention de crédit-cadre des 6 et 11 septembre 2006. Ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, seule une somme en capital de 14'087'480 fr. était exigible le 21 avril 2009, lors de l'envoi des réquisitions de poursuite. Par conséquent, en vertu du pactum de non petendo, le premier juge ne

pouvait accorder la mainlevée dans ces différentes procédures parallèles qu'à concurrence du total de cette somme, avec au surplus un intérêt moratoire limité à celui applicable à la créance causale, soit au taux de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO).

Il faut alors déterminer pour quelles cédules la mainlevée peut être octroyée et pour lesquelles elle doit être refusée. Les réquisitions de poursuite ayant été adressées le même jour à l'office des poursuites, l'ordre doit être déterminé par celui figurant dans la convention de crédit-cadre et non le numéro attribué par l'office.

Ainsi, la mainlevée peut être accordée pour les poursuites en réalisation de gage pour les parcelles suivantes :

- n° [...] (3'500'000 fr., 2'500'000 fr. et 2'100'000 fr.),
- n° [...] (2'500'000 fr.),
- n° [...] (2'700'000 fr. et 500'000 fr.),

et partiellement accordée pour la poursuite en réalisation de gage immobilier de la parcelle :

- n° [...], à concurrence de 287'480 fr. (soit 14'087'480 fr. ./ 13'800'000 fr.).

La mainlevée doit en revanche être refusée pour les autres poursuites (concernant les parcelles [...] (205'000 fr.), [...] (219'300 fr.) et [...] (3'800'000 fr.)).

III. S'agissant de la présente poursuite, le recours doit donc admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que l'opposition formée par A.M. _____ au commandement de payer n° 5'057'678 de l'Office des poursuites de Vevey, notifié à la réquisition d'E. _____ SA, est maintenue.

Les frais de première instance de la poursuivante sont fixés à 660 fr. et il n'est pas alloué de dépens de première instance.

Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 1'050 fr. et l'intimée doit lui verser la somme de 2'100 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 admis.

- II. Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par A.M. _____ au commandement de payer n° 5'057'678 de l'Office des poursuites de Vevey, notifié à la réquisition d'E. _____ SA, est maintenue.

Les frais de première instance de la poursuivante sont arrêtés à 660 fr. (six cent soixante francs).

Il n'est pas alloué de dépens de première instance.

- III. Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 1'050 fr. (mille cinquante francs).

- IV. L'intimée E. _____ SA doit verser au recourant A.M. _____ la somme de 2'100 fr. (deux mille cent 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.M. _____),
- Me Rémy Wyler, avocat (pour E. _____ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 205'000 francs.

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 :