

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Séance du 16 septembre 2010

---

Présidence de M. MULLER, président  
Juges : MM. Bosshard et Sauterel  
Greffier : Mme Nüssli

\* \* \* \* \*

### 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 **B. \_\_\_\_\_**, à Aigle, contre le prononcé rendu le 16 mars 2010, à la suite de l'audience du 1<sup>er</sup> mars 2010, par le Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut dans la cause opposant le recourant à la **BANQUE CANTONALE VAUDOISE**, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

## **En fait :**

**1.** Par lettre du 14 juillet 2008, contresignée pour accord le 13 octobre 2008 par B.\_\_\_\_\_, la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après : la BCV) a accordé à ce dernier un prêt hypothécaire à taux variable, enregistré sous n° 0974.02.69, de 2'426'005 fr. 50, notamment aux conditions suivantes :

**"Intérêts :** 5.00 % l'an net, variations ultérieures réservées.

**Amortissement :** Aucun, remboursable intégralement d'ici au 30 juin 2009, étant précisé que les délais de dénonciations contractuels restent réservés.

**Échéance :** 30 juin 2009. Les parties partent du principe que le présent crédit sera remboursé d'ici au 30 juin 2009. La validité de ce contrat est ainsi limitée à cette échéance. Le Client accepte que les créances incorporées dans les cédules hypothécaires cédées en propriété et à fin de garantie du présent engagement deviendront exigibles au terme dudit contrat, à savoir le 30 juin 2009.

**Frais :** Frais d'intervention de CHF 250.00 facturés sur la prochaine échéance.

(...)

### **Couverture(s) :**

- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédule hypothécaire au porteur de CHF 1'320'000.00, RF N° ID.1999/004489, grevant en 1<sup>er</sup> rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédule hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004490, grevant en 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédule hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004491, grevant en 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédule hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004492, grevant en 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédule hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004493, grevant en

- 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
- Cession en pleine propriété par le Client d'une cédula hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004494, grevant en 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
  - Cession en pleine propriété par le Client d'une cédula hypothécaire au porteur de CHF 500'000.00, RF N° ID.1999/004495, grevant en 2<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
  - Cession en pleine propriété par le Client d'une cédula hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004496, grevant en 3<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
  - Cession en pleine propriété par le Client d'une cédula hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004497, grevant en 3<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° 8230, sise à Montreux, selon acte séparé.
  - Cession en pleine propriété par le Client d'une cédula hypothécaire au porteur de CHF 100'000.00, RF N° ID.1999/004498, grevant en 3<sup>ème</sup> et parité de rang la parcelle N° [...], sise à Montreux, selon acte séparé.
  - Cession par le Client de l'intégralité du revenu locatif actuel et futur de la parcelle No [...], sise à Montreux, selon acte séparé.

**Formalité :** Le Client s'engage à régler intégralement les intérêts en souffrance au 30 juin 2008, à savoir CHF 52'758.25 d'ici au 31 août 2008 au plus tard.

(...)

Pour le surplus, les conditions figurant au verso sont applicables."

Dans les conditions applicables aux prêts hypothécaires à taux variable figurant au verso de cet accord, on peut lire notamment :

"En cas de retard dans les paiements, la Banque (...) peut procéder à une majoration du taux d'intérêt du prêt hypothécaire BCV, conformément au tarif qu'elle fixe. La majoration est appliquée sur le solde restant dû du prêt dès la première échéance en souffrance jusqu'à la régularisation du retard.

(...)

L'exemplaire ci-joint des conditions générales de la Banque fait partie intégrante des présentes conditions, en particulier les clauses relatives au for à Lausanne et à l'application du droit suisse".

Le 13 octobre 2008 également, B.\_\_\_\_\_ a également signé dix actes de cession en propriété et à fin de garantie d'un titre hypothécaire relatifs à chacune des dix cédulas hypothécaires

mentionnées ci-dessus. On peut lire dans chacun de ces actes les passages suivants :

"Monsieur B. \_\_\_\_\_, (...) (ci-après : "le cédant") déclare céder à titre de garantie à la Banque Cantonale Vaudoise (ci-après : "la BCV") la propriété du titre hypothécaire suivant :

*(réd. : indication de la cédule hypothécaire concernée)*

en vue d'assurer le remboursement des prétentions que la BCV a ou aura contre

Monsieur B. \_\_\_\_\_, (...)

(ci-après : "le débiteur") en vertu du crédit/limite d'engagement de CHF 2'426'005.50 confirmé(e) par lettre du 14.07.2008, ainsi que de ses modifications et renouvellements ultérieurs (...)

(...)

1.2. La cession en propriété n'étant effectuée qu'à fin de garantie, il est précisé que :

- le cédant peut demander en tout temps à la BCV qu'elle lui rétrocède la propriété du titre hypothécaire cédé en garantie et le tienne à sa disposition, si, au jour de la demande, toutes les prétentions à l'encontre du débiteur sont remboursées et toutes les prétentions garanties éteintes.

(...)

2.2. Le cédant se reconnaît débiteur du titre hypothécaire cédé en garantie à la BCV."

Les dix cédules hypothécaires au porteur grevant la parcelle n° [...] de la commune de Montreux et qui sont mentionnées dans l'accord des 14 juillet/13 octobre 2008 ont toutes été établies le 28 octobre 2003; elles indiquent que, moyennant un préavis de six mois, le créancier et le débiteur peuvent dénoncer en tout temps le prêt au remboursement total ou partiel et que les intérêts sont fixés d'entente entre les parties, de même que les échéances, un taux maximal de 8 % étant prévu pour la cédule 2003/4141/0 et de 10 % pour les autres cédules.

**2.** Le 11 décembre 2008, la BCV a adressé à B. \_\_\_\_\_ un avis d'échéance au 31.12.2008, présentant un total de 62'551 fr. 20, qui se décompose de la manière suivante :

-intérêt à 5 % l'an sur 180 jours :	fr.	60'650.15
- indemnité de retard AP	fr.	1'651.05

- frais d'intervention fr. 250.00

Le 15 janvier 2009, la BCV a adressé à B.\_\_\_\_\_ un avis de facture impayée, réclamant le paiement dans les dix jours de la somme de 62'571 francs 20, soit 62'551 fr. 20, plus 20 fr. de rappel.

Le 30 janvier 2009, la BCV a adressé à B.\_\_\_\_\_ un rappel pour la facture précédente réclamant de nouveaux frais de rappel, par 20 fr., soit au total un montant de 62'591 fr. 20.

Enfin, dans une sommation du 20 février 2009, la BCV a facturé à nouveau 20 fr. de frais de rappel, soit un total en sa faveur de 62'611 fr. 20.

Le 31 mars 2009, la BCV a adressé à B.\_\_\_\_\_ un avis d'échéance au 31.03.2009 réclamant un montant total de 95'968 fr. 75, qui se décompose de la manière suivante :

- intérêt à 5 % l'an sur 90 jours	fr.	30'325.05
- indemnité de retard AP	fr.	3'032.50
- échéances impayées	fr.	62'611.20

Le 3 juin 2009, B. \_\_\_\_\_ a versé un montant de 41'000 francs sur le compte n° E 0974.02.69.

Le 10 juin 2009, la BCV a adressé à B. \_\_\_\_\_ un avis de remboursement réclamant le versement pour le 30 juin 2009 de la somme de 2'514'331 fr. 80, soit le capital, par 2'426'005 fr. 50, les intérêts au 31.03.2009 (recte : 30.06.2009), par 30'325 fr. 05, une indemnité de retard de 3'032 fr. 50 et les échéances impayées, par 54'968 fr. 75.

Par lettre du 7 juillet 2009, la BCV a mis en demeure B. \_\_\_\_\_ de payer 2'514'331 fr. 80 ainsi qu'un intérêt au taux de 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

**3.** Sur requête de la BCV, l'Office des poursuites de l'arrondissement de Montreux a notifié, le 15 septembre 2009 à B. \_\_\_\_\_ un commandement de payer, dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 5'154'581, portant sur la somme de 2'514'331 fr. 80, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009, désignant comme immeuble la parcelle RF n° [...] de la commune de Montreux, et indiquant comme titre de la créance :

"Capitaux des cédulas hypothécaires n° 1999/004489 de CHF 1'320'000.--, 1<sup>er</sup> rang, n° 1999/004490 de CHF 100'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004491 de CHF 100'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004492 de CHF 100'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004493 de CHF 100'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004494 de CHF 100'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004495 de CHF 500'000.--, 2<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004496 de CHF 100'000.--, 3<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004497 de CHF 100'000.--, 3<sup>e</sup> et p. de rang, n° 1999/004498 de CHF 100'000.--, 3<sup>e</sup> et p. de rang, du registre foncier de Vevey, grevant toutes la parcelle décrite ci-dessous, créance limitée au solde du prêt hypothécaire n° 974.02.69 au 30 juin 2009 selon lettre recommandée de mise en demeure, avec avis de réception, du 7 juillet 2009. LA GERANCE LEGALE EST REQUISE".

Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 5 octobre 2009, la poursuivante a requis la mainlevée provisoire de l'opposition tant en ce qui concerne la créance que le droit de gage.

Par prononcé du 16 mars 2010, le Juge de paix du district de La Riviera-Pays-d'Enhaut, a provisoirement levé l'opposition à concurrence de 2'514'021 fr. 80 plus intérêt au taux de 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et de 310 fr., sans intérêt; il a constaté l'existence du droit de gage et dit que le poursuivi devait à la poursuivante la somme de 1'950 fr. à titre de dépens.

Le prononcé motivé a été notifié le 12 avril 2010 au poursuivi.

En substance, le premier juge a considéré que les dix cédules hypothécaires invoquées avaient clairement fait l'objet d'une transfert de propriété aux fins de garantir les prétentions de la poursuivante à l'égard du poursuivi résultant du prêt hypothécaire liant les parties. Il a constaté que la créance en poursuite était bien la créance abstraite, laquelle était assortie d'un droit de gage immobilier et que les montants réclamés résultaient des pièces.

B.\_\_\_\_\_ a recouru par acte du 21 avril 2010, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la mainlevée est rejetée et subsidiairement à son annulation.

Par lettre du 28 avril 2010 du greffe de la cour de céans, un délai au 19 mai 2010 a été fixé pour produire un mémoire et verser l'avance de frais. Ce courrier est venu en retour avec la mention "non réclamé" et l'indication que le délai de garde prenait fin le 6 mai 2010. Sur interpellation, le recourant a toutefois établi avoir payé l'avance de frais le 19 mai 2010. Il n'a toutefois pas déposé de mémoire dans ce délai.

Le 13 juillet 2010, l'intimée BCV a déposé ses déterminations, dans lesquelles elle a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours et à la confirmation du prononcé.

Par lettre du 13 septembre 2010, le recourant a demandé le renvoi de l'audience et la fixation d'un délai pour déposer une écriture, faisant valoir qu'il n'avait pas eu la possibilité de s'exprimer après le dépôt de son acte de recours.

### **En droit :**

**I. a)** Déposé en temps utile et comprenant une conclusion principale en réforme valablement formulée, le recours est recevable (art. 57 al. 1 et 58 al. 1 LVLP, loi d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955, RSV 280.05, et 461 ss CPC, Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, RSV 270.11). En revanche, la conclusion subsidiaire en nullité est irrecevable, dans la mesure où le recourant ne soulève aucun moyen de nullité (art. 465 al. 3 CPC).

**b)** Le recourant s'est plaint le 13 septembre 2010 d'une irrégularité dans la procédure de recours, faisant valoir qu'il n'aurait pas eu la possibilité de déposer une écriture complémentaire.

En vertu de l'art. 465 al. 1 CPC, applicable par renvoi de l'art. 58 al. 1 LVLP, si le recours ne paraît pas d'emblée irrecevable, un délai est fixé au recourant pour déposer un mémoire.

En l'espèce, un délai au 19 mai a été fixé au recourant, par avis du 28 avril 2010, pour le dépôt de son mémoire et pour l'avance de frais. Le pli contenant cet avis est venu en retour avec la mention "non réclamé".

Le destinataire d'un pli non retiré dans le délai de garde est censé l'avoir reçu le dernier jour de ce délai (notification fictive), s'il devait s'attendre à sa distribution (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, n. 1.2 ad art. 23 CPC; Donzallaz, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, nn. 999 et 1038; ATF 130 III 396, JT 2005 II 87). En l'occurrence, ayant déposé un acte de recours, le recourant devait s'attendre à recevoir une communication du greffe de la cour de

céans; il est donc censé avoir reçu le courrier du greffe le 6 mai 2010, dernier jour du délai de garde. On relèvera par ailleurs que le recourant s'est acquitté de l'avance de frais dans le délai imparti.

Il s'ensuit que le droit d'être entendu du recourant a été respecté et que le déroulement de la procédure de recours s'avère correct. Les réquisitions du recourant en renvoi des débats et en fixation d'un délai de mémoire doivent être écartées. Au vu de ce rejet, il n'est pas nécessaire d'examiner la recevabilité de sa requête quant à sa forme et son éventuelle tardiveté.

**II.** Le créancier 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, loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1).

Tant la convention de prêt que la cédule hypothécaire sont des reconnaissances de dette justifiant la mainlevée provisoire pour les montants reconnus et échus (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 77; Favre/Liniger, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée, in SJ 1995, pp. 101 ss).

En l'espèce, l'intimée a fait notifier au recourant un commandement de payer dans une poursuite en réalisation de gage immobilier.

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, ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles, RS

281.42), le créancier doit faire valoir dans la poursuite une créance assortie d'un droit de gage immobilier. L'opposition devra être maintenue si le créancier n'établit pas par pièces tant sa créance que son droit de gage (Jaques,

Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires, in BISchK 2001, pp. 201 ss, p. 207 et les références citées à la note infrapaginale n. 25; CPF, 27 avril 2006/172).

Il convient dès lors d'examiner si la créance en poursuite est assortie d'un droit de gage immobilier, si la poursuivante en est titulaire, si le poursuivi en est le débiteur et si la créance est échue. Dans la mesure où ces conditions sont remplies, il y a lieu de déterminer le montant de la créance en capital et intérêt pour laquelle l'opposition peut être levée.

**III. a)** La créance incorporée dans une cédula hypothécaire doit clairement être distinguée de la créance causale issue du rapport contractuel de base et résultant, par exemple, d'un contrat de prêt (Denys, Cédula hypothécaire et mainlevée, JT 2008 II 3 ss, spéc. n. 4 pp. 4 ss; 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 cédula 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 cédula 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 cédula 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 cédula un prêt déjà contracté. La nouvelle créance née de la constitution de la cédula prend ainsi la place de l'ancienne (Steinauer, Les droits réels, t. III, 3e 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 Piolet, pp. 273 ss, spéc. pp. 297 et 300; ATF 119 III 105 précité, JT 1996 II 115).

En l'espèce, il ne fait aucun doute qu'il existe bien des créances distinctes, les dix cédules hypothécaires ayant été créées le 28 octobre 2003 antérieurement au contrat de prêt hypothécaire accordé au poursuivi et signé les 14 juillet et 13 octobre 2008. Les créances abstraites n'ont donc pas remplacé les créances causales, déduites du prêt hypothécaire. Cédées en propriété par les actes de cession signés le 13 octobre 2008, ces cédules hypothécaires sont venues doubler les créances causales aux fins d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement.

Dans le commandement de payer, la poursuivante s'est explicitement prévaluée des créances abstraites - en invoquant les capitaux des cédules hypothécaires formant une créance limitée au solde du prêt hypothécaire -, seules à même de faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, puisque seules assorties de droits de gage immobilier.

**b)** 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 (cf. art. 842 et 859 CC); il peut dénoncer la créance au remboursement et, le 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.

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 CC et suivants 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 celle-ci 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, c. 3.2.1).

Dans le cas présent, la poursuivante, qui a la possession des cédules hypothécaires dont elle se dit propriétaire, est par conséquent présumée titulaire des droits incorporés dans ces titres.

Cette présomption est renforcée par les actes signés par le poursuivi le 13 octobre 2008, soit le contrat de prêt hypothécaires et les actes en cession de propriété à fin de garantie, remettant expressément en propriété à la poursuivante ces cédules hypothécaires incorporant les créances abstraites faisant l'objet de la poursuite.

**c)** 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 créances causales (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). Dans le cas contraire, il appartient au créancier poursuivant d'établir que le poursuivi est bien le débiteur de la cédule.

En l'occurrence, les dix cédules hypothécaires dont se prévaut la poursuivante ne mentionnent pas nommément le poursuivi comme débiteur des créances abstraites incorporées dans les cédules. En revanche, le poursuivi s'est explicitement reconnu débiteur des titres hypothécaires dans les actes de cession en propriété et à fin de garantie du 13 octobre 2008. Ces cédules valent ainsi indubitablement titres à la mainlevée provisoire dans la poursuite en réalisation de gage contre le poursuivi.

**d)** 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 (CPF, 27 avril 2006/172 précité; CPF, 29 septembre 2005/336; Panchaud/Caprez, op. cit., § 14 et les références citées).

L'art. 844 al. 1 CC dispose que, sauf stipulation contraire, la cédula 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. 107).

En l'espèce, il résulte du texte des cédules qu'elles peuvent être dénoncées en tout temps, moyennant un préavis donné six mois à l'avance. Le contrat de prêt hypothécaire des 14 juillet et 13 octobre 2008, quant à lui, mentionne clairement une seule échéance, celle du 30 juin 2009, date à laquelle le crédit devrait être remboursé, précisant que les créances incorporées dans les cédules hypothécaires deviendraient exigibles au terme du contrat, soit le 30 juin 2009.

Cette échéance contractuellement préfixée du 30 juin 2009 a été rappelée par la banque dans un avis de remboursement du 10 juin 2009. Le délai contractuel de six mois a ainsi été respecté et, lors de la signification du commandement de payer intervenue le 15 septembre 2009 précédée de la réquisition de poursuite datée du 8 septembre 2009, les créances incorporées dans les cédules étaient indubitablement exigibles.

**e)** En définitive, les cédules hypothécaires invoquées constituent des titres de mainlevée. Il reste à déterminer à concurrence de quel montant l'opposition peut être levée sur la base de ces titres, ce qui conduit à examiner préalablement les rapports éventuels entre les créances cédulaires et la créance garantie.

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, Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in Les gages immobiliers, Constitution volontaire et réalisation forcée, pp. 113 ss, 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). C'est là l'opinion de la doctrine dominante (Stahelin, Basler Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., n. 22 ad art. 855 CC; de Gottrau, Transfert de propriété et cession à fin de garantie : principes, et applications dans le domaine bancaire, in Sûretés et garanties bancaires, publication CEDIDAC n. 33, pp. 173 ss, p. 214 et les références citées) et de la jurisprudence récente (RSJ 2005 p. 430; CPF, 30 octobre 2003/379 précité; CPF, 7 septembre 2006/416).

Ainsi, si le créancier fait valoir la totalité de la créance incorporée dans la cédula, c'est au débiteur qu'il incombe de soulever une exception dans le cadre de ce que lui permet l'art. 872 CC (RSJ 2005 p. 430 précité c. 3.2 in fine). La vraisemblance - la simple vraisemblance - de ce moyen libératoire pourrait suffire à mettre en échec la requête de mainlevée provisoire. Sur la base d'éléments objectifs, le juge de la mainlevée doit acquiescer l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence de faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité qu'il puisse en être autrement (Gilliéron, op. cit., n. 82 ad art. 82 LP).

**f)** En l'occurrence, les dix cédules hypothécaires ont été remises à la poursuivante à titre fiduciaire, par "actes de cession en propriété et à fin de garantie" pour garantir un prêt hypothécaire d'un montant de 2'426'005 fr. 50, prêt à terme fixe, échu et donc exigible lors de la réquisition de poursuite. L'opposition ne peut dès lors être levée qu'à concurrence des montants dus en capital et intérêt du chef du prêt hypothécaire. Du reste, la poursuivante a déclaré expressément limiter sa prétention au montant de la créance causale. Il convient dès lors de la déterminer précisément.

Bien que le contrat de prêt ait été signé les 14 juillet et 13 octobre 2008, il y a lieu de tenir compte dans le calcul des intérêts conventionnels du fait que les sommes prêtées ont été versées à une période antérieure, comme cela ressort de la clause "formalités" du contrat de prêt.

La créance résultant du prêt hypothécaire se décompose de la manière suivante :

- capital dû :	fr.	2'426'005.50
- intérêt sur ce capital à 5 % pour la période du 30 juin au 31 décembre 2008, soit 180 jours	fr.	60'650.15
- intérêt sur le capital à 5 % pour le premier trimestre 2009, soit 90 jours	fr.	30'325.05
- intérêt sur le capital à 5 % pour le deuxième trimestre 2009, soit 90 jours	fr.	30'325.05
		<hr/>
total	fr.	2'547'305.80
,/. montant versé par le recourant le 30 juin 2009	fr.	41'000.00
		<hr/>
Montant dû en capital et intérêts	fr.	2'506'305.80.

Les montants réclamés à titre de frais de rappel (3 x 20 fr.) ainsi que les indemnités de retard (1'651 fr. 05 et 2 x 3'032 fr. 50) ne

résultent d'aucune des pièces produites. Certes, les conditions générales applicables aux prêts hypothécaires à taux variable qui figurent au verso du contrat de prêt mentionnent la possibilité, en cas de retard dans les paiements, d'une majoration du taux d'intérêt du prêt hypothécaire selon un tarif fixé, qui n'a pas été produit. Mais ces indications non chiffrées ne permettent pas de constater l'existence d'un titre de mainlevée pour les frais de rappel et les indemnités de retard. L'opposition ne peut dès lors être levée pour les montants figurant à ces titres.

En revanche, les frais d'intervention, par 250 fr., sont bien mentionnés dans le contrat de prêt de sorte que la mainlevée doit être accordée pour ce montant également.

La mainlevée doit donc être prononcée pour la somme de 2'506'305 fr. 80, avec intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et pour la somme de 250 fr., sans intérêt.

**IV.** En définitive, le recours doit être très partiellement admis et le prononcé attaqué réformé en ce sens que l'opposition au commandement de payer est provisoirement levée à concurrence de 2'506'305 fr. 80, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et de 250 fr. sans intérêt. L'opposition doit être maintenue pour le surplus.

L'admission très partielle du recours (mainlevée rejetée pour 7'776 francs 05 et confirmée pour le solde) ne justifie pas que la décision de première instance soit modifiée s'agissant de l'obligation du poursuivi de rembourser ses frais à la poursuivante et de verser la part de dépens constituée par des frais de vacation, par 150 fr. pour les trois audiences à laquelle elle a comparu et qui ont notamment été rendues nécessaires par les difficultés à convoquer le recourant.

Pour les mêmes raisons, les frais de seconde instance, par 2'250 francs seront laissés à la charge du recourant.

L'intimée, qui agit sans l'intermédiaire d'un avocat, n'a pas droit à des 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 très partiellement admis.

**II.** Le prononcé est réformé en ce sens que l'opposition formée par B. \_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 5'154'581 de l'Office

des poursuites de Montreux, notifié à la réquisition de la Banque Cantonale Vaudoise, est provisoirement levée à concurrence de 2'506'305 fr. 80 (deux millions cinq cent six mille trois cent cinq francs et huitante centimes) plus intérêt à 5 % l'an dès le 1er juillet 2009 et de 250 fr. (deux cent cinquante francs) sans intérêt.

L'opposition est maintenue pour le surplus.

Le prononcé est maintenu pour le surplus.

**III.** Les frais de deuxième instance du recourant sont arrêtés à 2'250 fr. (deux mille deux cent cinquante francs).

**IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

**Du 16 septembre 2010**

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

La greffière :

Du 26 janvier 2011

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

- M. B. \_\_\_\_\_,
- Banque Cantonale Vaudoise.

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 2'514'331 fr. 80.

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 :