

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 11 juillet 2012

Présidence de M. H A C K, président
Juges : M. Bosshard et Mme Rouleau
Greffier : M. Berthoud, greffier ad hoc

* * * * *

Art. 82 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **C.**_____, à Ballens, et **F.**_____, à Genève, contre le prononcé rendu le 9 février 2012, à la suite de l'audience du 24 janvier 2012, par le Juge de paix du district d'Aigle, dans la cause opposant les recourants à la société **E.**_____ **SA**, à Rennaz.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Par contrat de prêt hypothécaire du 23 mars 2005, la V._____ a prêté à la société E._____ SA la somme de 2'000'000 fr. en premier rang, avec intérêt à 3,5 % l'an, exigible chaque trimestre les 31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre de chaque année. Le contrat prévoyait également un amortissement fixe de 10'000 fr. par trimestre dès le 30 juin 2005 ; il était prévu que soient remises en propriété à la banque, à titre de garanties, notamment une cédule au porteur de 1'660'000 fr. du 2 octobre 1985 en premier rang et une cédule hypothécaire au porteur à établir grevant en deuxième rang les immeubles [...] et [...] de la commune de T._____ et les immeubles [...], [...] et [...] de la commune de [...]. Le chiffre 9 de ce contrat prévoyait que les conditions générales de la banque ainsi que les conditions régissant les prêts hypothécaires faisaient partie intégrante du contrat.

Une cédule hypothécaire au porteur n° 1998/001066, d'un montant de 1'660'000 fr., a été établie le 16 juin 2008 et grève en premier rang les immeubles [...], [...] et [...] de la commune de [...] et les immeubles [...] et [...] de la commune de T._____, le taux d'intérêt maximal étant de 10 %. Une cédule hypothécaire au porteur n° 2005/000236 a été établie le 16 juin 2008 pour un montant de 340'000 francs. Elle grève en deuxième rang les immeubles [...], [...] et [...] de la commune de H._____ et les immeubles [...] et [...] de la commune de T._____, le taux d'intérêt maximal étant de 10 %.

Par lettre recommandée du 30 janvier 2007, la banque a dénoncé pour le 30 avril 2007 le prêt hypothécaire qui présentait un solde de 1'975'000 fr., intérêts courus, intérêts de retard, commissions et frais réservés, et dénonçait simultanément pour la même échéance les créances découlant des deux cédules hypothécaires au porteur.

Le 2 octobre 2007, le Juge de paix du district d'Aigle a levé, à concurrence de 1'965'308 fr. 35 plus intérêts à 3,5 % l'an dès le 30 avril 2007, la mainlevée de l'opposition formée par la société à une poursuite en réalisation de gage immobilier diligentée par la banque et constatant l'existence du gage.

Par acte de cession de créance signé le 4 mars 2010, la banque a cédé à C._____ et F._____ la créance qu'elle détenait à l'encontre de la société, valeur au 28 février 2010, de 2'037'224 fr. 45, précisant que cette créance était cédée avec tous ses droits et accessoires, notamment la cédule hypothécaire de 1'660'000 fr. en premier rang (1998/001066) et la cédule hypothécaire de 340'000 fr. en deuxième rang (2005/000236) qui étaient remises aux cessionnaires. Cette cession a été annoncée le même jour au préposé de l'Office des poursuites du district d'Aigle.

b) Par commandement de payer notifié le 13 septembre 2011 dans le cadre de la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 5'930'672 de l'Office des poursuites du district d'Aigle, C._____ et F._____ ont requis de la société E._____ SA le paiement des sommes de 1) 1'660'000 fr. plus intérêt à 10 % l'an dès le 30 avril 2007, et de 2) 340'000 fr. plus intérêt à 10 % l'an dès le 30 avril 2007, plus 413 fr. de frais de commandement de payer et 500 fr. de frais d'encaissement, indiquant comme cause de l'obligation : « 1) Créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire No 1998/001066. 2) Créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire No 2005/000236. » La désignation de l'immeuble était la suivante : « Cédules hypothécaires de CHF 1'660'000.00, No 1998/001066, grevant en 1^{er} rang les articles nos [...] et [...] de la commune de T._____ et les articles nos [...], [...] et [...] de la commune de H._____ et de CHF 340'000.00, No 2005/000236, grevant en 2^{ème} rang les articles nos [...] et [...] de la commune de T._____ et les articles nos [...], [...] et [...] de la commune de H._____. LA GERANCE LEGALE EST REQUISE. » La poursuivie a formé opposition totale.

2. Par prononcé du 9 février 2012, rendu à la suite d'une audience tenue contradictoirement le 24 janvier 2012, le Juge de paix du district d'Aigle a rejeté la requête de mainlevée de l'opposition (I), arrêté à 1'800 fr. les frais judiciaires (II), mis ces frais à la charge des poursuivants (III) et dit que ces derniers devaient verser à la poursuivie la somme de 10'000 fr. à titre de dépens pour le défraiement de son représentant professionnel (IV).

Les poursuivants ont requis la motivation de ce prononcé par lettre de leur conseil du 14 février 2012. En conséquence, les motifs de ce prononcé ont été adressés pour notification aux parties le 15 février 2012 et distribués le lendemain aux conseils des parties. Le premier juge a considéré en substance que les cédules hypothécaires au porteur produites par les poursuivants avaient été établies le 16 juin 2008, soit postérieurement au contrat de prêt hypothécaire, si bien qu'il y avait un doute sur la qualité de propriétaire des cédules des poursuivants. En outre, les cédules ne mentionnaient pas le nom de leur débiteur et la qualité de débitrice des cédules de la poursuivie n'était pas établie par les pièces produites.

3. Les poursuivants ont recouru par mémoire du lundi 27 février 2012 concluant, avec frais et dépens, à la réforme du prononcé en ce sens que l'opposition formée par la poursuivie est provisoirement levée, tant en ce qui concerne la créance qu'en ce qui concerne le gage, libre cours étant laissé à la poursuite.

Par lettre du 2 avril 2012, le conseil de l'intimée a indiqué que sa mandante s'en remettait à justice.

En droit :

I. Le recours a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours de l'art. 321 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011; RS 272), compte tenu du report au premier jour ouvrable du délai qui expirait un dimanche (art. 142 al. 3 CPC). Il est écrit et motivé et contient des conclusions tendant au rejet de la mainlevée et au maintien de l'opposition (sur l'exigence de conclusions : cf. Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 321 CPC; Freiburghaus/Afheldt, ZPO Kommentar, n. 14 ad art. 321 CPC; ATF 137 III 617 c. 4). Il est ainsi recevable.

II. a) Selon l'art. 82 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1), le créancier dont la poursuite se fonde sur une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer.

Constitue une telle reconnaissance l'acte d'où résulte la volonté du poursuivi de payer au poursuivant une somme d'argent déterminée et échue, sans réserve ni condition (ATF 136 III 627 c. 2; ATF 136 III 624 c. 4.2.2; ATF 132 III 480 c. 4.1, JT 2007 II 75; ATF 130 III 87, JT 2004 II 118 ; ATF 122 III 125, JT 1998 II 82 ; 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). 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 cédule 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 (Code civil du 10 décembre 1907, RS 210 ; voir 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 de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles [ORFI], RS 281.42), 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 Pilet*, 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, *Betreibung 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 : le contrat de crédit conclu entre la poursuivie et la banque prévoyait que des cédules devaient être remises en propriété à la banque à titre de garanties. 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, les

recourants se sont explicitement prévalus, 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 (cf. 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 (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220) 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. 3159e, 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 références citées); 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 et

suivants 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, les recourants, qui ont la possession des cédules hypothécaires dont ils se disent propriétaires, sont par conséquent présumés titulaires des droits incorporés dans ces titres.

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 (CPF, 16 janvier 2003/8 et les références citées).

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 références citées). 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; CPF, 27 avril 2006/172 précité; CPF, 16 mars 2006/94; CPF, 13 janvier 2005/121 ; CPF, 20 février 2003/41).

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 références citées). Dans cette hypothèse, il n'est en aucun cas possible de présumer que le propriétaire de l'immeuble grevé est le débiteur. La cédule hypothécaire est ainsi un papier-valeur atypique : lorsqu'elle n'indique pas de nom de débiteur, son titulaire peut, sur la base du registre et du titre, être sûr qu'il y a un débiteur, mais il lui appartient d'établir son identité (Steinauer, op. cit., n. 2964e, p. 329).

En l'occurrence, les cédules produites ne mentionnent pas l'indication du débiteur de ces cédules. Les recourants n'ont pas produit, en plus des cédules hypothécaires, de copies légalisées des pièces justificatives contenant l'engagement du débiteur. Comme l'a vu le premier juge, ils ne pouvaient ainsi obtenir la mainlevée provisoire de l'opposition.

III. Le recours doit en conséquence être rejeté, le prononcé étant confirmé.

Les frais de deuxième instance sont arrêtés à 1'825 fr. et mis à la charge des recourants solidairement entre eux. Ces derniers,

solidairement entre eux, doivent payer à l'intimée de pleins dépens fixés à 1'500 francs.

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** Le prononcé est confirmé.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'825 fr. (mille huit cent vingt-cinq francs), sont mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.
- IV.** Les recourants C._____ et F._____, solidairement entre eux, doivent verser à l'intimée E._____ SA la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 11 juillet 2012

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

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

- Me François Roux, avocat (pour C. _____ et F. _____),
- Me Yves Hofstetter, avocat (pour E. _____ SA).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 2'000'000 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 d'Aigle.

Le greffier :