

## COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

---

---

Arrêt du 6 août 2015

---

Composition : Mme ROULEAU, présidente  
M. Hack et Mme Byrde, juges  
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

\*\*\*\*\*

### **Art. 884 CC et 18 al. 1 CO; 151 ss 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 **Z.**\_\_\_\_\_, à Bogis-Bossey, contre le prononcé rendu le 1<sup>er</sup> avril 2015, à la suite de l'audience du 12 février 2015, par le Juge de paix du district de Nyon, dans la poursuite en réalisation de gage mobilier n° 7'258'188 de l'Office des poursuites du même district exercée à l'instance de **V.**\_\_\_\_\_, à Genève, contre le recourant.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

**En fait :**

**1. a)** Le 2 décembre 2014, à la réquisition de V.\_\_\_\_\_, l'Office des poursuites du district de Nyon a notifié à Z.\_\_\_\_\_, dans la poursuite en réalisation de gage mobilier n° 7'258'188, un commandement de payer les montants de (I) 235'607 fr. 75, plus intérêt à 5 % l'an dès le 5 novembre 2014, et de (II) 11'780 francs 34, sans intérêt, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : "(I) Contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010, dénoncé au remboursement par courrier du 5 août 2014 et intérêts pour l'année 2013. (II) Idem", et comme objet du gage : "Nantissement d'une cédule hypothécaire au porteur n° [...] (valeur Fr. 200'000.00 + intérêts à 10%)". Le poursuivi a formé opposition totale.

**b)** Le 8 décembre 2014, le poursuivant a requis du Juge de paix du district de Nyon la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence des montants réclamés en poursuite ainsi que pour le droit de gage. A l'appui de sa requête, il a produit, outre l'original du commandement de payer frappé d'opposition, les pièces suivantes, en copie :

- un contrat de prêt du 1<sup>er</sup> octobre 2007, entre le poursuivant, prêteur, et le poursuivi, emprunteur, portant sur un montant de 60'000 euros, mentionnant qu'il "annule et remplace le précédent contrat", et prévoyant que : "Une cédule hypothécaire, ou garantie similaire, sera remise en gage en contrepartie";

- un contrat daté du 20 août 2008 entre les mêmes parties, portant sur le prêt d'un montant de 60'000 euros au 1<sup>er</sup> mai 2008, mentionnant qu'il "annule et remplace le précédent (sic) contrat du 21 avril 2008". Ce contrat ne prévoit pas de garantie;

- un ordre de paiement du 2 octobre 2007 et l'avis correspondant du débit du montant de 30'000 euros d'un compte bancaire du poursuivant, viré en faveur du poursuivi le 3 octobre 2007;
- un ordre de paiement du 30 octobre 2007 et l'avis correspondant du débit du montant de 60'000 euros d'un compte bancaire du poursuivant, viré en faveur du poursuivi le 31 octobre 2007;
- une attestation signée du poursuivi du 15 avril 2010, adressant au poursuivant "le détail de l'intérêt qui vous a été bonifié dans le cadre des prêts que vous m'avez concédés", pour l'"exercice 2009". Ce document fait état de trois prêts de 60'000 euros chacun, portant intérêts, le premier, au taux de 8,5 %, les deux autres, au taux de 10 %, lesquels intérêts, capitalisés, se montent à 16'113.70 euros;
- un contrat de prêt non daté entre le poursuivant, prêteur, et le poursuivi, emprunteur, mentionnant qu'il "annule et remplace tout autre contrat antérieur au présent contrat", portant sur un prêt de 196'113.70 euros avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2010, pour une "durée indéterminée, mais dénonçable par l'Emprunteur en tout temps, moyennant un préavis de 30 jours, ou dénonçable par le Prêteur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, moyennant un préavis de 90 jours". Il prévoit un intérêt annuel de 5 %, soit 9'805.68 euros, payable annuellement, exigible le dernier jour de chaque terme, la première fois le 31 décembre 2011, ou par capitalisation annuelle de l'intérêt. Il est désigné ci-après comme " le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010";
- une cédula hypothécaire au porteur n° [...] de 200'000 fr., établie le 1<sup>er</sup> novembre 2006, grevant en deuxième rang un immeuble à [...];
- une lettre du conseil du poursuivant au poursuivi du 4 septembre 2012, dénonçant le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010 pour le 1<sup>er</sup> janvier 2013 et mettant l'emprunteur en demeure de rembourser l'intégralité de la somme de 196'113.70 euros ainsi que les intérêts exigibles au 31 décembre 2012, par 9'805.68 euros, avant le 31 janvier 2013;
- un extrait d'un site internet de taux de change;

- une réquisition de poursuite du 19 février 2013 et un commandement de payer établi le 21 février 2013 dans la poursuite en réalisation de gage mobilier n° 6'537'698 de l'Office des poursuites du district de Nyon opposant les mêmes parties, en paiement des montants de 196'113 fr. 70, plus intérêt à 5 % l'an dès le 1<sup>er</sup> février 2013, et de 29'417 fr. 04, sans intérêt, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : "Contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010, dénoncé au remboursement par courrier du 4 septembre 2012";
- une requête de mainlevée d'opposition déposée le 7 novembre 2013 dans la poursuite précitée;
- un arrêt de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal du 9 juillet 2014, considérant que le capital du prêt n'était pas exigible au moment de la poursuite, admettant en conséquence partiellement le recours du poursuivi contre le prononcé du Juge de paix du district de Nyon du 14 janvier 2014 et réformant ce prononcé en ce sens que l'opposition à la poursuite n° 6'537'698 est provisoirement levée à concurrence de 29'417 fr. 04, sans intérêt, et maintenue pour le surplus;
- une lettre du conseil du poursuivant au poursuivi du 5 août 2014, dénonçant le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010 pour le 4 novembre 2014, mettant l'emprunteur en demeure de rembourser l'intégralité de la somme de 196'113.70 euros et observant que les intérêts pour l'année 2013 étaient exigibles, par 9'805.68 euros, et que ceux pour l'année 2014 le seraient au 31 décembre;
- un extrait d'un site internet de conversion de devises au 19 novembre 2014;
- la réquisition de poursuite du 19 novembre 2014 à l'origine du commandement de payer n° 7'258'188 établi le 25 novembre 2014.

Le poursuivi ne s'est pas déterminé sur la requête, qui lui a été notifiée par courrier du 6 janvier 2015, en même temps qu'une convocation à l'audience de mainlevée fixée le 12 février 2015, et il a

annoncé, par lettre de son conseil du 11 février 2015 au juge de paix, qu'il ne serait ni présent ni représenté à l'audience.

**2.** Par prononcé du 1<sup>er</sup> avril 2015, adressé pour notification aux parties le 15 avril 2015, le Juge de paix du district de Nyon a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à la poursuite en cause (I), constaté l'existence du droit de gage (II) arrêté à 660 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais du poursuivant (III), mis ces frais à la charge du poursuivi, au bénéfice de l'assistance judiciaire (IV) et dit qu'en conséquence, celui-ci, au bénéfice de l'assistance judiciaire, rembourserait au poursuivant son avance de frais à concurrence de 660 fr. et lui verserait la somme de 3'000 fr. à titre de dépens (V).

Par lettre postée le 21 avril 2015, le poursuivi a demandé la motivation de cette décision.

Le prononcé motivé a été adressé le 12 et notifié le 13 mai 2015 aux parties. Le premier juge a raisonné en termes de poursuite en réalisation de gage immobilier, considérant que le poursuivant avait produit des titres de mainlevée provisoire, savoir notamment le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010 et la cédule hypothécaire au porteur n° [...], que créance causale et créance abstraite étaient distinctes en l'espèce, que la créance causale avait été valablement dénoncée au remboursement, que le poursuivant, étant en possession de la cédule, en était présumé propriétaire - soit en pleine propriété, soit à titre fiduciaire -, qu'il était donc titulaire de la créance abstraite incorporée dans la cédule et que celle-ci fondait une poursuite en réalisation de gage immobilier.

**3.** Par acte déposé le 26 mai 2015, soit le mardi suivant le lundi de Pentecôte, Z.\_\_\_\_\_ a recouru contre le prononcé précité, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée d'opposition est rejetée et l'existence du gage niée, subsidiairement à l'annulation du prononcé et au renvoi de la cause

au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il a produit une pièce nouvelle (pièce n° 3). Il a requis en outre l'effet suspensif et l'assistance judiciaire.

Par décision du 2 juin 2015, la Présidente de la cour de céans, autorité de recours, a accordé l'effet suspensif.

Par décision du 15 juin 2015, elle a accordé au recourant le bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 26 mai 2015.

L'intimé V.\_\_\_\_\_ s'est déterminé dans un mémoire de réponse du 29 juin 2015, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité et au rejet du recours.

Le recourant a déposé une réplique spontanée, le 10 juillet 2015, et l'intimé une duplique, le 22 juillet 2015.

### **En droit :**

**I.** Déposé dans les formes requises, par acte écrit et motivé (art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile; RS 272]), et en temps utile, dans le délai de dix jours suivant la notification du prononcé motivé (art. 321 al. 2 CPC), dont l'échéance, tombant le samedi de Pentecôte, était reportée au premier jour ouvrable suivant (art. 142 al. 3 CPC), le recours est recevable.

La pièce nouvelle produite à son appui est en revanche irrecevable (art. 326 CPC).

La réponse de l'intimé est recevable (art. 322 CPC), de même que les réplique et duplique spontanées (ATF 133 I 100 c. 4.3-4.6 et les références citées; TF 5A\_42/2011 du 21 mars 2011 c. 2).

**II. a)** En cas de nantissement d'une cédule hypothécaire comme garantie, le créancier ne peut agir qu'en réalisation du gage mobilier (le nantissement) qui garantit sa créance, puisqu'il n'est pas titulaire de la créance incorporée dans la cédule (Marchand, Précis de droit des poursuites, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 219; Denys, Cédule hypothécaire et mainlevée, *in* JT 2008 II pp. 2 ss, spéc. p. 8).

La poursuite en cause est en réalisation de gage mobilier. Le gage prétendu n'est pas le gage hypothécaire contenu dans la cédule, mais la cédule elle-même, qui, selon le recourant, a été remise en nantissement à l'intimé. Ce dernier ne le conteste pas, pas plus qu'il ne prétend être propriétaire de la cédule ou titulaire de la créance abstraite incorporée dans le titre. Il n'y a dès lors pas lieu de tirer de sa possession de la cédule la présomption qu'il est propriétaire de ce titre et titulaire de la créance abstraite, ce qui justifierait une poursuite en réalisation de gage immobilier.

**b)** Le recours ne porte que sur l'existence du gage dans la poursuite en cause. Cette poursuite est fondée sur le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010. Ce contrat mentionne qu'il "annule et remplace tout autre contrat antérieur". Or, le contrat du 1<sup>er</sup> octobre 2007 prévoyait la remise en gage d'une cédule hypothécaire (ou d'une garantie similaire). Le contrat fondant la poursuite ne prévoit pas de garantie. Partant, le recourant fait valoir que la cédule invoquée comme gage a été nantie en garantie du prêt du 1<sup>er</sup> octobre 2007, et non en garantie du prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010.

La question à résoudre est donc uniquement celle de savoir si la cédule en question a bien été remise en nantissement en garantie de la créance réclamée dans la poursuite en cause.

**c)** L'intimé soutient que la Cour des poursuites et faillites a déjà tranché cette question dans son arrêt du 9 juillet 2014, rendu entre les mêmes parties et au sujet du même contrat. Dans cet arrêt, la cour a en effet jugé que, bien que le recourant ne fût valoir en l'espèce aucun grief contre la constatation de l'existence du gage, il fallait examiner le bien-fondé de cette décision. Elle a considéré ce qui suit (cons. II b)) :

"Le contrat fondant la poursuite, qui annule les précédents, ne prévoit en effet aucune garantie. Cela étant, le gage mobilier est constitué par le nantissement ; une autre forme n'est pas requise. On peut dès lors considérer qu'il y a bien un gage mobilier, le poursuivi ne le contestant apparemment pas. »

Le recourant fait valoir qu'un prononcé de mainlevée n'emporte aucune autorité de la chose jugée. Il a raison sur ce point (SJ 2012 I p. 81) et la cour de céans peut donc librement examiner à nouveau cette question, d'autant que l'arrêt précité n'y répond pas complètement. Le gage mobilier est certes constitué par le nantissement de la cédule. Il faut toutefois déterminer si la cédule a été nantie en garantie du prêt à l'origine de la poursuite en cause.

Le contrat de prêt de 2007, on l'a vu, prévoyait une garantie par la remise en gage d'une cédule hypothécaire. Le recourant soutient que la cédule a été nantie en mains de l'intimé en exécution de cette clause. C'est très vraisemblable et l'intimé, du reste, ne le conteste pas. Le contrat de prêt de 2010, annulant et remplaçant tout contrat antérieur, ne prévoit aucune garantie. Il semble donc a priori que la cédule n'a pas été nantie en garantie de ce dernier prêt.

Comme le relèvent les parties, en présence d'un litige portant sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit en premier lieu s'efforcer de déterminer la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO), soit recourir à l'interprétation dite subjective, en recherchant, le cas échéant sur la base d'indices, ce que les parties ont effectivement voulu de manière concordante. Vu la primauté de l'interprétation subjective, ce n'est que si le juge ne peut déterminer la commune et réelle intention des

parties qu'il recourra à une interprétation objective, selon le principe de la confiance (ATF 132 III 268 c. 2.3.2, JT 2006 I 564, rés. *in* SJ 2006 I 359; ATF 128 III 419 c. 2.2, SJ 2003 I p. 33; ATF 127 III 444 c. 1b, rés. *in* JT 2002 I 213; ATF 125 III 305 c. 2b, JT 2000 I 635). Pour l'interprétation subjective, le juge n'examinera pas seulement les expressions directes de volonté, soit les termes utilisés par les parties, lors de la conclusion, mais aussi, à titre complémentaire, les circonstances antérieures ou survenues postérieurement, qui peuvent constituer un indice de la volonté des parties. La doctrine mentionne à cet égard le contexte de la conclusion du contrat, le comportement des parties avant et après la conclusion, leurs intérêts respectifs et le but du contrat, ces éléments pouvant fournir des informations sur la volonté des parties et sur leurs intentions (Gauch/Schluep/ Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10<sup>e</sup> éd., 2014, nn. 1212 ss; Jäggi/Gauch/Hartmann, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, art. 18 OR [CO], 4<sup>e</sup> éd., 2014, nn. 61-62 et 361-362; Winiger, Commentaire romand, Code des Obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, nn. 25, 32 ss, 37 et 133 ad art. 18 CO).

En l'espèce, on l'a vu, le premier des contrats de prêt produits date de 2007 et il n'est pas contesté que la cédule a été remise en garantie à l'intimé à cette occasion. Ce contrat porte déjà la mention qu'il "annule et remplace le précédent contrat". Le deuxième des contrats produits, de 2008, ne prévoit pas de garantie; il mentionne qu'il annule et remplace un précédent contrat "du 21 avril 2008". Le contrat de prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010 ne prévoit pas non plus de garantie; il mentionne qu'il "annule et remplace tout contrat antérieur". Si l'on suit l'argumentation du recourant, il n'y avait plus de garantie des prêts dès 2008 déjà. Il a pourtant laissé l'intimé en possession de la cédule, et ne prétend pas la lui avoir réclamée, pendant sept ans. La seule explication plausible à ce comportement est qu'il était convenu entre les parties que l'intimé conserve la possession de la cédule en garantie des prêts suivants, de 2008, puis de 2010, même si cette garantie n'est pas mentionnée dans les contrats de prêt y relatifs. On ne peut pas considérer que le recourant aurait oublié, jusqu'à la présente procédure, que la cédule en cause était en possession de l'intimé, puisque ce dernier a exercé une première

poursuite en réalisation de gage mobilier mentionnant le nantissement de la cédule en cause comme objet du gage, au mois de février 2013. Or, à aucun moment au cours de cette précédente procédure, alors même qu'il était assisté d'un conseil, le recourant n'a remis en question l'existence du gage. Il ne l'a du reste pas contestée avant le stade du recours, dans la présente poursuite, puisqu'il n'a pas procédé en première instance. Au vu notamment des contrats successifs et de l'attestation signée du recourant du 21 avril 2010, on comprend que les parties ont voulu récapituler dans une seule convention les contrats de prêt qui les liaient; c'est en ce sens que le contrat du 1<sup>er</sup> janvier 2010 "annule et remplace tout contrat antérieur" : le montant de 196'113.70 euros constitue le total de tous les montants prêtés antérieurement - soit 180'000 euros en capital - et des intérêts capitalisés. La mention précitée n'a pas eu pour effet d'annuler le nantissement de 2007. Il apparaît plutôt que, dans l'esprit des parties, il n'y avait pas lieu de prévoir à nouveau la remise en nantissement de la cédule, puisque celle-ci avait déjà été nantie à l'intimé en 2007 et était restée en sa possession, non disputée, depuis lors. Une garantie suffisante existait ainsi déjà et, s'étant étendue à tous les prêts successifs, continuait évidemment à garantir ces prêts sous leur forme "récapitulée" en 2010. Cette interprétation est étayée également par le comportement des parties postérieurement au contrat. L'intimé a exercé par deux fois une poursuite en réalisation de gage mobilier et le recourant, avant le stade du recours dans la deuxième poursuite, n'a jamais contesté l'existence du gage et surtout n'a jamais réclamé - et ne réclame d'ailleurs toujours pas, même à ce stade - la cédule en retour.

On peut ainsi considérer que la commune et réelle volonté des parties était que le nantissement de la cédule hypothécaire au porteur [...] garantisse le prêt du 1<sup>er</sup> janvier 2010, objet de la poursuite en cause.

**III.** Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté et le prononcé confirmé.

Le recourant, qui succombe, étant au bénéfice de l'assistance judiciaire, règlement des frais doit s'opérer conformément à l'art. 122 al. 1 CPC.

Par conséquent, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'050 fr., doivent être laissés à la charge de l'Etat.

L'indemnité du conseil d'office du recourant, qui a produit une liste de ses opérations comptabilisant quatorze heures et quarante minutes de travail, peut être fixée à 2'640 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile; RSV 211.02.03]), plus 100 fr. de débours (art. 3 al. 3 RAJ), plus TVA à 8 % (art. 2 al. 3 RAJ), soit au total à 2'959 fr. 20.

Le recourant doit verser à l'intimé la somme de 2'500 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

En outre, le recourant, bénéficiaire de l'assistance judiciaire, est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

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 1'050 fr. (mille cinquante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

**IV.** L'indemnité d'office de Me Grégoire Mangeat, conseil du recourant, est arrêtée à 2'959 fr. 20 (deux mille neuf cent cinquante-neuf francs et vingt centimes).

**V.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire Z. \_\_\_\_\_ est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

**VI.** Le recourant Z. \_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé V. \_\_\_\_\_ la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VII.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Grégoire Mangeat, avocat (pour Z. \_\_\_\_\_),
- Me Olivier Freymond, avocat (pour V. \_\_\_\_\_).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 247'388 fr. 09.

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 à :

- Mme le Juge de paix du district de Nyon.

La greffière :