

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 26 septembre 2013

Présidence de M. S A U T E R E L, président
Juges : Mme Byrde et M. Maillard
Greffier : M. Berthoud, greffier ad hoc

Art. 80 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 **D.**_____, à Pully, contre le prononcé rendu le 13 mars 2013 par le Juge de paix du district de Lavaux-Oron dans la cause opposant le recourant à la **F.**_____, à Lausanne.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Dans le cadre d'une action en libération de dette ouverte par D._____ à la suite de poursuites en réalisation de gage immobilier engagées par la F._____, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois, par jugement du 16 novembre 2011, a prononcé ce qui suit :

- I. L'action en libération de dette ouverte par le demandeur D._____ contre la défenderesse F._____, selon demande du 5 juillet 2000, est partiellement admise.
- II. L'opposition formée par le demandeur au commandement de payer qui lui a été notifié le 25 janvier 1999 dans la poursuite n° 501'320-02 de l'office des poursuites de Rolle-Aubonne est maintenue.
- III. L'action en libération de dette est rejetée en ce qui concerne les poursuites n^{os} 501314-02 et 501321-02 de l'office des poursuites de Rolle-Aubonne.
- IV. Le demandeur doit payer à la défenderesse F._____ les montants suivants :
 - 815'869 fr. 65 (huit cent quinze mille huit cent soixante-neuf francs et soixante-cinq centimes), avec intérêt à 6 % l'an dès le 17 juin 2000 sur 633'600 fr (six cent trente-trois mille six cents francs) et sans intérêt sur le solde ;
 - 564'721 fr. 05 (cinq cent soixante-quatre mille sept cent vingt-et-un francs et cinq centimes), avec intérêts à 6,5 % dès le 1^{er} janvier 1999, sous déduction de 400 fr. (quatre cent francs) valeur au 1^{er} mars 2000.
- V. Les frais de justice sont arrêtés à 51'661 fr. (cinquante et un mille six cent soixante-et-un francs) pour le demandeur D._____ et à 29'346 fr. 50 fr. (vingt-neuf mille trois cent quarante-six francs et cinquante centimes) pour la défenderesse F._____.

VI. Le demandeur versera à la défenderesse F. _____ le montant de 61'384 fr. 90 (soixante-et-un mille trois cent huitante-quatre francs et nonante centimes) à titre de dépens.

VII. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées."

La Cour civile a notamment retenu que les trois cédules hypothécaires concernées (n° 93'767, objet de la poursuite n° 501'321-02, n° 102'131, objet de la poursuite n° 501'314-02 et n° 92'225, objet de la poursuite 501'320-02) avaient été remises à la banque à titre fiduciaire, en garantie d'un prêt hypothécaire n° 190'626, respectivement d'un prêt en compte courant n° 333.88.15. La banque avait quant à elle pris des conclusions reconventionnelles à l'appui desquelles elle avait fait valoir ses créances causales (remboursement du prêt hypothécaire n° 190'626 et du crédit en compte-courant n° 333.88.13).

Le dispositif du jugement a été communiqué aux parties le 15 décembre 2011. Le jugement complet a quant à lui été notifié le 15 octobre 2012. Il est attesté définitif et exécutoire dès le 23 novembre 2012.

b) Par commandement de payer notifié le 23 novembre 2012 dans le cadre de la poursuite n° 6'432'910 de l'Office des poursuites du district de Lavaux-Oron, la F. _____ a requis de D. _____ le paiement des sommes de 1) 633'600 fr. avec intérêt à 6 % l'an dès le 17 juin 2000, 2) 182'269 fr. 65 sans intérêt, 3) 564'721 fr. 05 avec intérêt à 6.5 % l'an des le 1^{er} janvier 1999, sous déduction de 400 fr. valeur au 1^{er} mars 2000, et 4) 61'384 fr. 90 avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 novembre 2012, plus 413 fr. de frais de commandement de payer et 500 fr. de frais d'encaissement, indiquant comme cause de l'obligation : « 1-3) Montants dus selon jugement motivé de la Cour civile du Tribunal cantonal du 15.10.2012. 4) dépens octroyés par ce même jugement. » Le poursuivi a formé opposition totale à ce commandement de payer.

Par requête du 17 décembre 2012, la poursuivante a requis du Juge de paix du district de Lavaux-Oron qu'il prononce la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence des montants en poursuites. A l'appui de sa requête, elle a produit un onglet de pièces sous bordereau comportant notamment, outre l'original du commandement de payer susmentionné :

- une copie du jugement rendu par la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois le 16 novembre 2011, attesté définitif et exécutoire dès le 23 novembre 2012;
- une copie de la réquisition de poursuite du 20 novembre 2012.

Par procédé écrit du 20 février 2013, le poursuivi, par son conseil, a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mainlevée définitive. Il a en outre produit les pièces suivantes :

- une copie d'un commandement de payer établi le 20 janvier 1999 par l'Office des poursuites de Rolle-Aubonne dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 501'314-02 à la demande de la F. _____ (ci-après : la F. _____) contre D. _____ et frappé d'opposition totale par ce dernier;
- une copie d'un commandement de payer établi le 20 janvier 1999 par l'Office des poursuites de Rolle-Aubonne dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 501'320-02 à la demande de la F. _____ contre D. _____ et frappé d'opposition totale par ce dernier;
- une copie d'un commandement de payer établi le 20 janvier 1999 par l'Office des poursuites de Rolle-Aubonne dans la poursuite en réalisation de gage immobilier n° 501'321-02 à la demande de la F. _____ contre D. _____ et frappé d'opposition totale par ce dernier;
- une copie de l'avis de réception de la réquisition de vente adressée au poursuivi par l'Office des poursuites du district de Morges le 31 janvier 2013 dans la poursuite n° 1'021'501'321 et de la facture 201'302'886 qui y était annexée pour un montant de 1'298'077 fr. 05;

- une copie de l'avis de réception de la réquisition de vente adressée au poursuivi par l'Office des poursuites du district de Morges le 31 janvier 2013 dans la poursuite n° 1'021'501'314 et de la facture 201'302'885 qui y était annexée pour un montant de 1'085'366 fr. 75.

La poursuivante s'est déterminée sur cette écriture et les pièces produites par acte du 8 mars 2013.

2. Par prononcé du 13 mars 2013, notifié au poursuivi le 14 mars 2013, le juge de paix a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence de 633'600 fr. plus intérêts au taux de 6 % l'an dès le 17 juin 2000, de 182'269 fr. 65 sans intérêt, de 564'721 fr. 05 plus intérêts au taux de 6.5 % l'an dès le 1^{er} janvier 1999, et de 61'384 fr. 90 plus intérêts au taux de 5 % l'an dès le 22 novembre 2012 sous déduction de 400 fr. valeur au 1^{er} mars 2000 (I), arrêté à 1'800 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais de la partie poursuivante (II), mis ces frais à la charge de la partie poursuivie (III), et dit qu'en conséquence la partie poursuivie rembourserait à la partie poursuivante son avance de frais à concurrence de 1'800 fr., sans allocation de dépens pour le surplus (IV).

Par courrier du 8 avril 2013, le poursuivi, par son conseil, a requis la motivation de ce prononcé. Les motifs ont dès lors été adressés aux parties le 10 mai 2013. Le poursuivi les a reçus le 14 mai 2013. En substance, le premier juge a considéré que la créance abstraite, incorporée dans les cédules hypothécaires, et la créance causale pouvaient l'une et l'autre faire l'objet d'une exécution forcée et que dès lors la poursuivante était légitimée à intenter, parallèlement à deux poursuites en réalisation de gage immobilier, une poursuite ordinaire sur la base du jugement de la Cour civile du 16 novembre 2011, lequel valait titre à la mainlevée définitive.

Par acte du 24 mai 2013, le poursuivi a recouru contre ce prononcé et conclu, sous suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que l'opposition est maintenue.

L'effet suspensif a été accordé par le président de céans le 29 mai 2013.

L'intimée a déposé des déterminations écrites le 24 juillet 2013 ; elle a conclu au rejet du recours.

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; RS 272). Il est écrit et motivé et contient des conclusions valablement formulées (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, rés. in SJ 2012 I 373). Le recours est ainsi recevable à la forme.

II. a) Selon l'art. 80 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1), le créancier au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition. Lorsque la poursuite est fondée sur un jugement exécutoire rendu par un tribunal ou une autorité administrative suisse, le juge ordonne la mainlevée définitive de l'opposition, à moins que l'opposant ne prouve par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis postérieurement au jugement, ou qu'il ne se prévale de la prescription (art. 81 al. 1 LP).

Le poursuivant qui allègue avoir un titre à la mainlevée définitive doit en établir l'existence matérielle, en produisant une expédition complète de l'acte, une grosse, une copie authentique ou un titre public en tenant lieu. Il doit aussi établir l'existence légale du titre et prouver, selon les cas, son caractère exécutoire ou le fait qu'il a acquis force de chose jugée. Il doit également établir la triple identité, entre le créancier désigné dans le jugement et le poursuivant, entre le débiteur désigné le poursuivi, de même qu'entre la créance déduite en poursuite et la créance reconnue dans le titre. Ce sont des éléments que le juge de la mainlevée doit vérifier d'office (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, nn. 10-13 ad art. 81 LP).

b) En l'espèce, le jugement de la Cour civile du 16 novembre 2011 est définitif et exécutoire depuis le 23 novembre 2012. Il condamne le recourant à payer à l'intimée les sommes d'argent mentionnées dans le commandement de payer. Il constitue donc bien un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 81 LP.

III. a) Le poursuivi peut se libérer en établissant par titre l'un des moyens énumérés à l'art. 81 al. 1 LP, soit le paiement ou le sursis survenu postérieurement au jugement, ou encore la prescription. Cette liste n'est pas exhaustive. Sont également opposables, d'office ou si le poursuivi les soulève, des moyens pris de la procédure de mainlevée ou de la poursuite pendante : la compétence ratione loci et ratione materiae du juge de la mainlevée, la péremption du commandement de payer, si celle-ci est évidente, l'existence d'un for de poursuite en Suisse, des moyens tirés du titre à la mainlevée, telle l'existence d'une condition à la reconnaissance de la créance. Le juge n'examinera que s'ils sont soulevés par le poursuivi le moyen pris de l'inexistence ou de l'inexigibilité de la créance déduite en poursuite en raison de circonstances postérieures au moment où le moyen libératoire pouvait être invoqué dans le cas de la procédure ayant conduit à la décision invoquée et le moyen pris d'une modification de la décision ou la disparition de l'une des causes de la dette (Gilliéron, op. cit., nn. 44, 48-52 ad art. 81 LP). Le poursuivi qui soulève un moyen remettant en cause l'existence ou l'exigibilité de la créance déduite en poursuite doit en

rapporter la preuve par titre. Il ne suffit pas, dans la procédure de mainlevée définitive, que le poursuivi rende sa libération vraisemblable (Gilliéron, op. cit., nn. 56 et 57 ad art. 81 LP).

En l'espèce, le recourant fait valoir que les créances causale et cédulaire sont identiques, que la poursuite ordinaire diligentée par l'intimée est ainsi totalement inutile compte tenu des poursuites en réalisation de gage immobilier en cours, le recourant s'exposant en revanche au risque de devoir payer deux fois l'intimée. Cette dernière fait quant à elle valoir que les deux créances, abstraite et causale, peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, la première venant doubler la seconde afin d'en faciliter et garantir le recouvrement. Elle souligne en outre que la convention de fiducie qui lie les parties n'interdit pas la double poursuite mais commande d'imputer le produit éventuel de la réalisation forcée de la créance cédulaire sur le montant encore dû de la créance causale de sorte que la crainte du recourant de devoir acquitter deux fois le même montant se révèle sans fondement.

b) On peut d'emblée relever que l'argumentation du recourant n'a aucune portée en ce qui concerne les dépens arrêtés par la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans son jugement du 16 novembre 2011. La mainlevée prononcée sur ce poste (61'384 fr. 90) ne prête donc pas le flanc à la critique.

c) Pour le reste, le droit de la cédule hypothécaire a été modifié lors de la révision du Code civil du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 4637 ss, spéc. p. 4657). Dès lors que les cédules hypothécaires ont, en l'espèce, été remises en garantie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le présent recours sera examiné sous l'angle de l'ancien droit (art. 1 al. 1 Tit. fin. CC).

La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 aCC). Il s'agit d'un papier-valeur qui incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier, qui en est l'accessoire.

Lorsque les parties conviennent que la cédule hypothécaire est remise en pleine propriété à titre de garantie directe, la créance causale est éteinte par novation, la créance constatée dans la cédule prenant la place de la créance résultant du contrat de prêt (ATF 119 III 105 c. 2a). Il n'existe alors plus qu'une seule créance incorporée dans le titre et donc garantie par le gage immobilier, qui doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier.

En revanche, lorsque le créancier a reçu la cédule hypothécaire comme propriétaire fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire; Sicherungsübereignung), il n'y a pas novation de la créance garantie (ou causale ou de base; ATF 136 III 288 c. 3.1; 134 III 71 c. 3 et les références citées, JT 2007 II 51); la créance incorporée dans la cédule se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement (cf. ATF 119 III 105 c. 2a in fine, JT 1996 II 115). On distingue alors la créance abstraite garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédule hypothécaire, et la créance causale résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédule a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. L'une et l'autre créance peuvent faire l'objet d'une exécution forcée, la première venant doubler la seconde en vue d'en faciliter et d'en garantir le recouvrement (TF 7B.175/2001 du 11 octobre 2001). La créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire et garantie par gage immobilier, doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, tandis que la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 136 III 288 c. 3.1 et les références citées).

En l'espèce, il est établi que les cédules hypothécaires ont été remises au créancier à titre de garantie fiduciaire. On est ainsi en présence de deux créances distinctes, l'une abstraite et l'autre causale, qui peuvent l'une et l'autre faire l'objet d'une exécution forcée. On ne saurait donc contester à l'intimée la possibilité de faire valoir ses deux créances (abstraite et causale) dans le cadre de procédures d'exécution forcée distinctes. C'est au stade de la réalisation du gage que l'office

inscrira, le cas échéant, à l'état des charges une créance d'un montant inférieur si la poursuite ordinaire a déjà permis un remboursement. Dans le cas contraire, si le gage a été réalisé dans un premier temps et a effectivement permis de verser à la banque un quelconque montant, le recourant pourra se prévaloir de ce paiement à un stade ultérieur de la poursuite (CPF, 29 mars 2012/10).

Dans un arrêt non publié (TF 5A_295/2012 du 9 octobre 2012), le Tribunal fédéral a toutefois relevé que la doctrine s'accorde à dire que le poursuivi dispose d'une exception dilatoire, qu'il peut faire valoir par la voie de l'opposition au commandement de payer, en alléguant que la créance causale n'est pas exigible aussi longtemps que le poursuivant n'a pas été renvoyé perdant dans la procédure en réalisation de l'immeuble grevé de la cédula (parmi plusieurs: Staehelin, *Betrieb und Rechtsöffnung beim Schuldbrief* in: *Pratique juridique actuelle [PJA]* p. 1255 ss, spéc. p. 1261; *Zobl/Thurnherr, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 3^e éd. 2010, Syst. Teil, n. 1491 avec de nombreuses références; *D. Acocella*, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetrieb und Konkurs I*, 2^e éd. 2010, n. 20 ad art. 41 LP; *C. Jaques*, *Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires*, in: *Blätter für Schuldbetrieb und Konkurs [BISchK]* 2001, pp. 201 ss, spéc. p. 211; *Wiegand/Brunner, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand*, p. 47; *M. F. Vollenweider*, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, p. 136 s.; *contra: S. Kamerzin*, *Le contrat constitutif de cédula hypothécaire*, n. 197). La juxtaposition d'une créance abstraite à une créance causale implique en effet généralement que les parties entendent que le créancier doive en premier lieu obtenir la prestation en faisant valoir la créance abstraite garantie par le gage (*Gilliéron*, *op. cit.*, art. 1-88, n. 42 ad art. 41 LP; cf. ATF 42 III 496 c. 2).

Cela étant, au contraire du *beneficium excussionis realis*, qui est une exception du droit des poursuites (art. 41 al. 1 LP), l'exception dilatoire évoquée relève du droit matériel, soit du contrat (CPF, 15 août 2013/322). Elle a pour conséquence que la créance causale n'est pas

exigible. Cette inexigibilité n'est pas nouvelle ; elle existe ab ovo puisqu'elle découle du contrat de fiducie conclu entre les parties. Dans le cadre d'une procédure de mainlevée provisoire, le poursuivi peut invoquer l'inexigibilité de la créance en poursuite comme moyen libératoire (art. 82 LP). Dans le cadre d'une procédure de mainlevée définitive, en revanche, il en va différemment. Le juge du fond a déjà tranché définitivement la question de l'existence et de l'exigibilité de la créance reconnue à la date de son jugement. Le juge de la mainlevée ne peut pas réexaminer ces questions. Dans le cas de la procédure de mainlevée définitive, le poursuivi ne peut invoquer, le cas échéant, qu'une inexigibilité qui a pris naissance postérieurement au moment où le moyen pouvait être opposé dans la procédure ayant conduit au jugement (Gilliéron, op. cit., n. 44 ad art. 81 LP). Or, en l'espèce, cette prétendue inexigibilité existe depuis la cession en propriété à titre fiduciaire des cédules. Le moyen aurait dès lors dû être invoqué dans le cadre du procès qui a abouti au jugement de la cour civile du 16 novembre 2011 (CPF, 15 août 2013/322). Ce moyen ne serait donc d'aucun secours pour le recourant. Il est dès lors inutile d'examiner s'il l'a valablement soulevé.

IV. Vu les éléments qui précèdent, le recours doit être rejeté et le prononcé attaqué confirmé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'825 fr., sont mis à la charge du recourant. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

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 du recourant.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 26 septembre 2013

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

Il est notifié à :

- M. [...], agent d'affaires breveté (pour D. _____),
- F. _____.

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 1'441'575 fr. 60.

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 :

- M. le Juge de paix du district de Lavaux-Oron.

Le greffier: