

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 15 août 2013

Présidence de M. SAUTEREL, président
Juges : Mme Carlsson et M. Maillard
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 41 al. 1, 80 al. 1 et 81 al. 1 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 **A.Z.** _____, à Nyon, contre le prononcé rendu le 15 janvier 2013, à la suite de l'audience du 6 décembre 2012, par le Juge de paix du district de Nyon, dans la poursuite n° 5'895'270 de l'Office des poursuites du même district exercée à l'instance de la **BANQUE B.** _____, à Lausanne, contre le recourant.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. a) Le 12 août 2011, l'Office des poursuites du district de Nyon a notifié à A.Z. _____ un commandement de payer les sommes de 4'219'456 fr., plus intérêt à 8,5 % dès le 30 septembre 1993, 3'916'406 fr. 26, plus intérêt à 8,875 % dès le 27 février 1993, et 92'423 fr. 25, plus intérêt à 5 % dès le 10 août 2011, sous déduction de vingt-quatre acomptes payés entre le 19 avril 2000 et le 2 juillet 2002, d'un montant total de 102'648 fr. 45, dans la poursuite ordinaire n° 5'895'270 exercée à la réquisition de la Banque B. _____, invoquant comme titre de la créance et cause de l'obligation : "Montants dus selon jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009". Le poursuivi a formé opposition totale.

b) Le 16 août 2011, la poursuivante a requis du Juge de paix du district de Nyon la mainlevée définitive de l'opposition à concurrence des montants réclamés, en capital et intérêts, les acomptes mentionnés étant déduits du premier montant indiqué sur le commandement de payer. A l'appui de sa requête, elle a produit, outre une copie de la réquisition de poursuite du 8 août 2011 et l'original du commandement de payer, les pièces suivantes :

- une copie certifiée conforme du jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009, dont le dispositif a été rendu le 15 décembre 2009 et les motifs adressés pour notification aux parties le 13 juillet 2010, dans la cause divisant A.Z. _____ et B.Z. _____ d'avec la Banque B. _____;

- une copie certifiée conforme de l'arrêt rendu le 25 novembre 2010 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal dans la cause opposant les même parties;

- une copie de l'ordonnance rendue le 15 juin 2011 par la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral rejetant la demande d'effet suspensif déposée par André Girardet.

Le 2 septembre 2011, la poursuivante a encore produit une copie de l'arrêt rendu le 30 août 2011 par la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans les causes opposant A.Z._____ à la Banque B._____ (4A_513/2010) et B.Z._____ à la Banque B._____ (4A_515/2010), joignant les deux causes et rejetant les recours d'A.Z._____ et B.Z._____ contre le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 13 juillet 2010 (25 novembre 2009).

c) Le 4 octobre 2011, le juge de paix a notifié la requête de mainlevée au poursuivi A.Z._____, en lui impartissant un délai au 3 novembre 2011 pour se déterminer et déposer tout pièce utile à établir les éléments invoqués.

Par lettre du 31 octobre 2011, le poursuivi a requis la prolongation du délai de détermination, en invoquant le fait qu'il avait déposé une plainte 17 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillites; RS 281.1] contre les mesures opérées par l'Office des poursuites du district de Nyon dans le cadre de la poursuite en cause, que l'effet suspensif avait été accordé à sa plainte et que celle-ci était susceptible de rendre sans objet la procédure de mainlevée. Par décision du 2 novembre 2011, le juge de paix a prolongé le délai de détermination du poursuivi jusqu'à droit connu sur le sort de la plainte.

Le 16 décembre 2011, la poursuivante a produit une copie certifiée conforme de la décision de la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, autorité inférieure de surveillance, du 13 décembre 2011, rejetant la plainte déposée le 22 août 2011 par A.Z._____ contre l'Office des poursuites du district de Nyon. Le 2 avril 2012, elle a produit une copie certifiée conforme de l'arrêt rendu le 29 mars 2012 par la Cour des poursuites et faillites, autorité supérieure de surveillance, rejetant le recours d'A.Z._____ contre la décision précitée.

Le 11 octobre 2012, elle a encore produit une copie de l'arrêt du 9 octobre 2012 du Tribunal fédéral, rejetant le recours d'A.Z. _____ contre l'arrêt de l'autorité supérieure cantonale.

Par avis du 23 octobre 2012, le juge de paix a fixé au poursuivi un nouveau délai de détermination au 2 novembre 2012 et l'a avisé qu'il serait ensuite statué sans audience.

Le poursuivi s'est déterminé dans une écriture du 2 novembre 2012, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête de mainlevée. Il a produit un onglet de trente pièces sous bordereau et requis la tenue d'une audience.

Les parties ont été convoquées, par avis recommandé du 7 novembre 2012, à une audience de mainlevée du 6 décembre 2012. A cette audience, la poursuivante a produit un onglet de dix pièces sous bordereau et le poursuivi un onglet de dix-huit pièces sous bordereau.

d) Des pièces produites par les parties résultent en particulier les faits suivants :

Le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009 condamne notamment le poursuivi André Girardet à payer à la poursuivante BCV la somme de 4'219'456 fr., plus intérêt à 8,5 % l'an dès le 30 septembre 1993, sous déduction de 3'000 fr., valeur au 19 avril 2000, de 3'000 fr., valeur au 30 mai 2000, de 3'000 fr., valeur au 30 juin 2000, de 3'000 fr., valeur au 15 août 2000, de 3'000 fr., valeur au 6 septembre 2000, de 19'523 fr. 10, valeur au 15 septembre 2000, de 3'000 fr., valeur au 4 octobre 2000, de 3'000 fr., valeur au 25 octobre 2000, de 3'000 fr., valeur au 28 novembre 2000, de 3'000 fr., valeur au 22 décembre 2000, de 3'000 fr., valeur au 29 décembre 2000, de 3'000 fr., valeur au 5 février 2001, de 3'000 fr., valeur au 27 février 2001, de 3'000 fr., valeur au 4 avril 2001, de 3'000 fr., valeur au 14 mai 2001, de 3'000 fr., valeur au 13 juin 2001, de 6'000 fr., valeur au 27 juillet 2001, de 6'000 fr., valeur au 11 octobre 2001, de 6'000 fr., valeur au 13 décembre

2001, de 5'125 fr. 35, valeur au 19 décembre 2001, de 3'000 fr., valeur au 27 février 2002, de 6'000 fr., valeur au 20 mars 2002, de 3'000 fr., valeur au 6 mai 2002 et de 3'000 fr., valeur au 2 juillet 2002 (II), et la somme de 3'916'406 fr. 26, plus intérêt à 8 7/8 % l'an dès le 27 février 1993 (III); il lève définitivement les oppositions formées par le poursuivi à trois poursuites en réalisation de gage immobilier : n° 412'210, à concurrence de 6'000'000 fr. plus intérêt, n° 412'211 à concurrence de 6'000'000 fr. plus intérêt et n° 412'212-02 à concurrence de 2'000'000 fr. plus intérêt (VI, VII et IX); il condamne en outre le poursuivi à payer à la poursuivante la somme de 92'423 fr. 25 à titre de dépens (XI).

Ce jugement a été rendu dans le cadre de l'action en libération de dette ouverte par les demandeurs A.Z._____ et B.Z._____ poursuivis par la Banque B._____ dans le cadre de poursuites en réalisation de gage immobilier. A l'appui de ses conclusions reconventionnelles, la banque poursuivante invoquait tant les créances causales issues des relations d'affaires entre les parties que les créances abstraites incorporées dans les cédules.

Une fois le jugement précité définitif et exécutoire, la poursuivante a requis la continuation des poursuites en réalisation de gage immobilier pour lesquelles elle avait obtenu la mainlevée définitive. Le 8 août 2011, elle a en outre intenté la poursuite n° 5'895'270, objet du présent arrêt, en paiement des créances causales allouées par le jugement. Dans le cadre de cette poursuite, le poursuivi a excipé, dans une plainte déposée le 22 août 2011, du *beneficium excussionis realis*, soutenant en outre que l'office n'aurait pas dû donner suite à la réquisition de poursuite pour le motif que, lorsque la banque poursuit en réalisation de gage immobilier pour la créance abstraite, elle n'est pas autorisée à introduire une poursuite pour la créance causale, à tout le moins à hauteur du montant maximum de la créance cédulaire avec ses accessoires. Saisie du recours d'A.Z._____ contre la décision de l'autorité inférieure de surveillance rejetant sa plainte, la cour de céans, statuant comme autorité cantonale supérieure de surveillance dans un arrêt du 29 mars 2012, a retenu que le poursuivi ne pouvait pas invoquer le *beneficium excussionis*

realis dans le cadre de la poursuite n° 5'895'270, qui concernait uniquement les créances causales et une créance en paiement de dépens. Pour le surplus, elle a considéré que le *pactum de non petendo* qui résulte du contrat de fiducie ne s'opposait pas à l'introduction d'une poursuite pour la créance causale, soit à la poursuite simultanée ou successive des deux créances, abstraite et causale.

Le poursuivi ayant recouru contre la décision de l'autorité cantonale supérieure, le Tribunal fédéral, par arrêt du 9 octobre 2012 (TF 5A_295/2012), a retenu ce qui suit (c. 4.2.2) :

"En l'espèce, on est en présence de cédules hypothécaires remises au créancier à titre de garantie fiduciaire.

Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier pour la créance abstraite, la cédule hypothécaire au porteur est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP et vaut titre de mainlevée pour toute la créance instrumentée dans le titre (ATF 134 III 71 consid. 3; arrêt 5A_226/2007 du 20 novembre 2007 consid. 5.1 et les références). Le créancier n'a donc pas à produire une reconnaissance de dette pour la créance garantie.

Si le créancier poursuit pour le montant de la créance incorporée dans le titre, alors que la créance garantie est d'un montant inférieur, le débiteur poursuivi peut opposer les exceptions personnelles dont il dispose contre le poursuivant (propriétaire fiduciaire), en particulier celle consistant à exiger la limitation de la somme réclamée au montant de la créance garantie (ou causale; art. 855 al. 2 et 872 aCC); il doit rendre vraisemblable, dans le cadre de l'art. 82 al. 2 LP, que le montant de la créance garantie (ou causale) est inférieur au montant de la créance abstraite incorporée dans le titre et que le créancier a néanmoins poursuivi pour le montant de cette dernière (arrêt 5A_226/2007 du 20 novembre 2007 consid. 5.1 et les références; cf. également ATF 136 III 288 consid. 3.2). Si la créance résultant du rapport de base est en revanche supérieure au montant nominal des créances cédulaires majoré de leurs intérêts couverts par le droit de gage au sens de l'art. 818 al. 1 ch. 3 aCC, le créancier peut faire valoir dans la poursuite en réalisation de gage immobilier l'intégralité des créances cédulaires augmentées de leurs intérêts, le solde de sa créance devant faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 136 III 288 consid. 3.2 et les références).

Il est évident que, pour obtenir, par la voie de la poursuite ordinaire, le paiement du solde de sa créance causale, le créancier n'a pas à attendre l'issue de la procédure en réalisation de gage immobilier, car cet excédent n'est manifestement pas couvert par le gage: l'exception du *beneficium excussionis realis* (art. 41 al. 1bis LP) n'entre donc pas en ligne de compte (DANIEL STAEHELIN, *Betriebung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief* in: *Pratique juridique actuelle* [PJA] p. 1255 ss, 1261; WIEGAND/BRUNNER, *Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand*, p. 46).

4.2.3 Il reste à examiner s'il doit en aller de même pour la créance causale dans son entier.

Comme on l'a vu, lorsque le créancier a reçu la cédula hypothécaire comme propriétaire fiduciaire aux fins de garantie (garantie fiduciaire; *Sicherungsübereignung*), la créance incorporée dans la cédula se juxtapose à la créance garantie. On distingue alors deux créances, indépendantes l'une de l'autre. Seule la créance abstraite incorporée dans le titre est garantie par le gage immobilier. La créance causale n'est pas elle-même garantie par un gage; le poursuivi ne peut donc se prévaloir de l'exception du *beneficium excussionis realis* (cf. sur la notion de "garantie par gage", ATF 106 III 5 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral in: *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* [ZR] 1945, n. 173). La doctrine s'accorde toutefois à dire que l'intéressé 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, *op. cit.*, p. 1261; ZOBL/THURNHERR, *Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, 3e éd. 2010, Syst. Teil, n. 1491 avec de nombreuses références; DOMENICO ACOCELLA, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetriebung und Konkurs I*, 2e éd. 2010, n. 20 ad art. 41 LP; CHARLES JAQUES, *Exécution forcée spéciale des cédulas hypothécaires*, in: *Blätter für Schuldbetriebung und Konkurs* [BISchK] 2001 201 ss, p. 211; WIEGAND/BRUNNER, *op. cit.*, p. 47; MARKUS F. VOLLENWEIDER, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, p. 136 s.; contra: SIDNEY 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 (PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Art. 1-88,

n. 42 ad art. 41 LP; cf. ATF 42 III 496 consid. 2). La situation est en revanche différente lorsque les parties conviennent que la cédula hypothécaire est remise à titre de garantie directe et qu'il y a ainsi novation de la créance causale; il n'existe alors plus qu'une seule créance incorporée dans le titre et garantie par le gage immobilier. A supposer que le créancier requière le paiement de celle-ci par la voie de la poursuite ordinaire, le débiteur pourrait alors se prévaloir du *beneficium excussionis realis* (ATF 119 III 105 consid. 2c)."

Constatant ensuite que la créance causale était d'un montant supérieur à celui de la créance abstraite, contrairement à ce que soutenait le recourant (c. 4.3), le Tribunal fédéral a rejeté la plainte de ce dernier tant en ce qui concernait le solde de la créance causale que cette créance elle-même, puisqu'elle ne fondait pas l'exception du *beneficium excussionis realis*.

2. Par prononcé du 11 janvier 2013, adressé aux parties le 15 janvier 2013 et notifié le lendemain, le Juge de paix du district de Nyon a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition, arrêté à 1'980 fr. les frais judiciaires, compensés avec l'avance de frais de la poursuivante, les a mis à la charge du poursuivi et dit que celui-ci devait rembourser à la poursuivante son avance de frais à concurrence de 1'980 fr. et lui verser la somme de 6'000 fr à titre de dépens.

Le poursuivi ayant requis la motivation en temps utile, par lettre du 25 janvier 2013, les motifs du prononcé ont été adressés le 8 mars 2013 pour notification aux parties, qui les ont reçus le 11 mars 2013.

Le premier juge a retenu que le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du 25 novembre 2009 condamnait le poursuivi à verser à la poursuivante les montants indiqués dans le commandement de payer, que ce jugement avait été confirmé par l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du 25 novembre 2010 puis par l'arrêt du Tribunal fédéral du 30 août 2011, qu'il valait dès lors titre de mainlevée définitive, que la plainte dirigée contre la poursuite avait elle aussi été définitivement rejetée et que le poursuivi n'avait fait valoir aucun moyen libératoire au

sens de l'art. 81 al. 1 LP, de sorte que la mainlevée définitive de l'opposition pouvait être prononcée.

3. Le poursuivi a recouru par acte du 21 mars 2013, concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme du prononcé en ce sens que la demande de mainlevée définitive est rejetée, subsidiairement à l'annulation du prononcé et au renvoi de la cause au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par décision du 25 mars 2013, le Président de la cour de céans a accordé l'effet suspensif au recours.

L'intimée s'est déterminée dans une écriture du 3 mai 213, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement au rejet du recours, subsidiairement à son admission partielle en ce sens que la mainlevée définitive est prononcée pour les montants figurant dans le commandement de payer, sous déduction, s'agissant des deux premiers montants, de la somme de 8'715'000 francs.

En droit :

I. Déposé dans les formes requises et en temps utile (art. 321 al. 1 et 2 CPC [Code de procédure civile; RS 272]), le recours est recevable.

La réponse de l'intimée l'est également (art. 322 al. 2 CPC).

II. a) Selon l'art. 80 al. 1 LP, 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 de 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 et 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).

En l'espèce, le jugement de la Cour civile du 25 novembre 2009, produit en copie certifiée conforme, est définitif et exécutoire, puisque tous les recours interjetés, à la Chambre des recours du Tribunal cantonal et au Tribunal fédéral, ont été rejetés. Ce jugement, qui condamne le recourant à payer à l'intimée les sommes d'argent mentionnées dans le commandement de payer, constitue un titre de mainlevée définitive au sens des art. 80 et 81 LP.

b) Le poursuivi peut se libérer en établissant par titre le paiement ou le sursis survenus postérieurement au jugement, ou encore la prescription (art. 81 al. 1 LP). Sont également opposables, d'office ou si le poursuivi les soulève, des moyens pris de la procédure de mainlevée ou de la poursuite pendante, telle la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* du juge de la mainlevée, la péremption du commandement de payer, si celle-ci est évidente, ou l'existence d'un for de poursuite en Suisse, et des moyens pris du titre de 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 cadre de la procédure ayant conduit à la décision invoquée et le moyen pris d'une modification de la décision ou de 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 (ibid., nn. 56 et 57 ad art. 81 LP).

En l'espèce, le recourant admet que le fond du litige est définitivement tranché. A l'encontre du prononcé attaqué, il ne fait valoir qu'un seul moyen, reprochant au premier juge d'avoir limité son pouvoir de cognition à l'examen des moyens libératoires énumérés à l'art. 81 al. 1 LP et de n'avoir pas examiné ni tenu compte de l'exception dilatoire invoquée dans ses déterminations du 2 novembre 2012, selon laquelle l'intimée créancière doit attendre la réalisation des gages et un éventuel découvert avant de pouvoir obtenir la mainlevée pour sa créance causale. Il fait valoir que les immeubles grevés n'ont toujours pas été réalisés à ce jour et que le tableau de distribution n'a pas été dressé. Il en déduit, invoquant l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 octobre 2012, que la créance de la banque fondée sur la créance causale n'est toujours pas exigible. Il soutient en effet, en se fondant sur un auteur (Jacques, Exécution forcée spéciale des cédules hypothécaires, in BISchK, 65. Jahrgang/2001, pp. 201 ss), que le fondement de l'exception dilatoire existe même sans clause contractuelle expresse et doit être considéré comme tacite à défaut de disposition contractuelle contraire, de sorte que l'attitude de la banque est en l'espèce contraire au contrat de cession, vu l'absence de clause dérogatoire. Il soutient enfin que, pour lever l'exception dilatoire, il faut et il suffit que la banque produise le titre établissant qu'elle a été renvoyée pour le solde non couvert par la réalisation des immeubles.

De son côté, l'intimée expose que l'exception dilatoire n'entre de toute manière pas en ligne de compte pour la créance en paiement des dépens. En ce qui concerne les deux autres créances, elle fait valoir que

l'exception du *beneficium excussionis realis* ne peut être invoquée à l'égard de la créance causale et que retenir que la créance causale ne peut faire l'objet d'un prononcé de mainlevée aussi longtemps que le créancier n'a pas été renvoyé perdant dans la procédure en réalisation des immeubles grevés reviendrait à nier l'existence des deux créances juxtaposées et des droits qui en découlent; quant à l'exception dilatoire, qui ne peut avoir son fondement que dans le contrat, elle ne peut être invoquée en l'espèce, faute d'accord contractuel entre les parties.

c) Il est constant que les cédules ont été remises à la banque créancière et intimée à titre de garantie fiduciaire (TF 5A_295/2012 du 9 octobre 2012 c. 4.2.2). Il en découle qu'il n'y a pas eu novation et que les deux créances, la créance abstraite incorporée dans la cédule et la créance causale issue du rapport de base, ont continué à coexister. Il est constant également que la créance causale est d'un montant supérieur à celui de la créance abstraite (arrêt précité, c. 4.3).

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral ne dit pas que l'exception dilatoire s'applique ni a fortiori qu'elle s'oppose en l'espèce à la mainlevée. Citant plusieurs auteurs, il retient en obiter dictum 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. Le premier auteur cité (Stahelin, *Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in PJA 10/1994, pp. 1255 ss, p. 1261) indique que si le propriétaire fiduciaire de la cédule intente une poursuite ordinaire à la place d'une poursuite en réalisation de gage pour la prétention garantie, le débiteur ne peut pas élever l'exception du *beneficium excussionis realis*, mais dispose d'une exception dilatoire de droit matériel qu'il peut faire valoir par la voie de l'opposition; de la sorte, il fait valoir qu'il existe une convention tacite par laquelle le créancier doit d'abord se servir sur l'objet du gage avant de saisir les autres biens du débiteur. D'autres auteurs cités (Zobl/Thurnherr, *Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, n. 1491 et les réf. citées; Acocella, *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, n. 20 ad art. 41 LP) indiquent également que le débiteur dispose d'une exception dilatoire; s'il

est poursuivi pour l'entier de la prétention, il n'a pas à soulever l'exception par la voie de la plainte mais par la voie de l'opposition. Un autre auteur cité (Vollenweider, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, pp. 136-137) explique que le *beneficium excussionis realis* constitue à la fois un motif de plainte et un moyen de droit matériel de s'opposer à ce que le créancier s'attaque aux biens du débiteur avant d'avoir réalisé le gage; ce moyen de droit matériel ne doit pas être invoqué dans le cadre d'une plainte mais par la voie de l'opposition. De fait, les deux facettes du *beneficium excussionis realis* aboutissent au même résultat : le créancier doit tirer profit du gage avant de s'en prendre au débiteur personnellement. Le *beneficium excussionis realis* a toutefois un caractère dispositif; le débiteur peut y renoncer, de même qu'un tiers propriétaire peut convenir avec le créancier que la garantie n'intervient qu'à titre subsidiaire. Dans la pratique, les conditions générales de la banque contiennent parfois une clause qui exclut le *beneficium excussionis realis*. Un autre auteur encore (Jaques, *op. cit.*, in *BISchK 2001*, pp. 201 ss, p. 211) indique que "la demande de mainlevée doit être rejetée dans les cas où le poursuivi soulève implicitement une exception dilatoire - laquelle est quasiment immanente au transfert fiduciaire à fin de garantie (la suspension doit en effet être considérée comme tacite à défaut d'une disposition contractuelle contraire) -, en alléguant que la créance causale n'est pas exigible aussi longtemps que le poursuivant n'a pas été renvoyé perdant dans une procédure en réalisation de l'immeuble grevé de la cédule. Dans l'hypothèse où le poursuivant a été effectivement renvoyé perdant au terme de la procédure relative à la créance abstraite, la demande de mainlevée doit être accueillie si parmi les pièces produites figure une reconnaissance de la créance causale signée par le poursuivi". Le Tribunal fédéral cite encore dans son arrêt un dernier auteur (Gilliéron, *op. cit.*, n. 42 ad art. 41 LP) pour qui 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. Enfin, il cite l'avis divergent d'un auteur (Sydney Kamerzin, *Le contrat constitutif de cédules hypothécaires*, p. 89, n. 197) - également cité par l'intimée -, selon qui il y a lieu de rejeter

cette possibilité, notamment pour le motif que l'une des particularités du transfert de propriété aux fins de garantie est précisément de conférer au créancier la possibilité de choisir le mode de poursuite, sans être contraint d'ouvrir une poursuite en réalisation de gage.

Au contraire du *beneficium excussionis realis*, qui est une exception du droit des poursuites (art. 41 al. 1 LP), l'exception dilatoire relève, selon les auteurs cités, du droit matériel, soit du contrat, la loi ne prévoyant pas une telle exception.

En l'espèce, les conditions générales et les conditions spéciales de la banque produites en première instance n'excluent pas le *beneficium excussionis realis* pas plus qu'elles ne contiennent de clause qui autoriserait la banque à poursuivre à son choix la créance abstraite ou la créance causale. La banque se réserve seulement la liberté de réaliser le gage de gré à gré ou par la voie de poursuites. Quant à la clause des conditions spéciales invoquée par l'intimée, selon laquelle "lorsqu'il existe plusieurs prétentions garanties par la cession, la Banque a le droit de déterminer à son gré à quelle prétention et dans quelle proportion le produit de la créance incorporée dans le titre hypothécaire s'applique", elle ne signifie pas que la banque a renoncé à réaliser en premier lieu le gage, mais qu'en présence de plusieurs créances garanties par le gage, elle peut affecter le produit de la réalisation du gage à la créance de son choix. Dès lors, si l'on suit la majorité de la doctrine, il conviendrait d'admettre dans le cas d'espèce, en présence d'une cession en propriété à titre fiduciaire des cédules, que les parties seraient tacitement convenues que la banque réaliserait d'abord le gage avant de s'en prendre aux autres biens du recourant.

L'exception dilatoire – on l'a vu – n'est pas un moyen qui a son fondement dans le droit des poursuites comme pourrait l'être, par exemple, le moyen pris du fait que le poursuivi est déjà l'objet d'une poursuite exécutoire pour la même créance (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, § 148, ch. 5). Au demeurant, on n'a pas affaire, en l'espèce, à la même créance, mais à deux créances distinctes. L'exception

dilatoire constitue un moyen de droit matériel qui 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 et le juge de la mainlevée ne peut pas réexaminer ces questions. Dans le cadre 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 25 novembre 2009.

Le moyen soulevé par le recourant – qui ne concerne au demeurant pas la créance de dépens – est ainsi mal fondé.

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

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge du recourant, qui en a déjà fait l'avance. Celui-ci doit verser à l'intimée la somme de 6'000 fr. à titre de dépens 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 3'000 fr. (trois mille francs), sont mis à la charge du recourant.
- IV.** Le recourant A.Z._____ doit verser à l'intimée Banque B._____ la somme de 6'000 fr. (six mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 15 août 2013

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 Olivier Righetti, avocat (pour A.Z._____),
- Me Jean-Samuel Leuba, avocat (pour la Banque B._____).

La Cour des poursuites et faillites considère que la valeur litigieuse est de 8'125'637 fr. 06.

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 :