

**COUR DES POURSUITES ET FAILLITES**

---

---

Séance du 27 novembre 2008

---

Présidence de M. B O S S H A R D, président  
Juges : M. Denys et M. Vallat, juge suppléant  
Greffier : Mme Joye

\*\*\*\*\*

**Art. 82 LP ; 855 al. 1 CC**

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant en audience publique en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites, s'occupe du recours exercé par **R.**\_\_\_\_\_, à Montreux, contre le prononcé rendu le 9 mai 2008, à la suite de l'audience du 6 mai 2008, par le Juge de paix du district de Vevey, dans la cause opposant le recourant à **E.**\_\_\_\_\_ **SA**, à Bâle et à Zurich.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

## **En fait :**

**1. a)** Par lettre du 11 août 1992, contresignée pour accord par I.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ (ci-après : E.\_\_\_\_\_) a accordé aux prénommés, solidairement, un prêt hypothécaire en premier rang de 450'000 fr., enregistré sous numéro 331.875.H1Y, notamment aux conditions suivantes :

### **« 3. Garantie**

Reprise de :

Fr. 150'000.- cédula hypothécaire du 19 octobre 1972, contre la société L.\_\_\_\_\_ SA, Fribourg, grevant en 1er rang l'article PPE 20179, soit 358 o/oo de l'article 424 de la commune de Fribourg, propriété de L.\_\_\_\_\_ SA, Fribourg

Fr. 50'000.- cédula hypothécaire du 22 janvier 1975, contre la même société, en notre faveur, grevant en 2ème rang après fr. 150'000.- le même article précité.

Ces titres se trouvent déjà en notre possession.

Remise de :

Fr. 250'000.- cédula hypothécaire à constituer contre vous-mêmes, Messieurs, en notre faveur, grevant en 3ème rang après fr. 200'000.- le même article ci-dessus.

Vous voudrez bien nous indiquer le nom du notaire qui sera chargé de la constitution de ce titre.

(...)

### **7. Mise en vigueur**

Ce prêt entrera en vigueur dès que vous nous aurez confirmé votre accord avec les conditions ci-dessus et que nous serons en possession des pièces suivantes :

- le duplicata ci-joint de la présente, dûment signé
- 1 exemplaire de nos conditions générales régissant les prêts hypothécaires, dûment signé
- la convention de codébiteurs solidaires, dûment signée
- la déclaration de mise en garantie relative aux cédulas hypothécaires de fr. 150'000.- et de fr. 50'000.- dûment signée

- l'avis d'instrumentation du notaire relatif à la constitution de la nouvelle cédula hypothécaire

(...) »

Le même jour, I.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_ ont signé une déclaration selon laquelle ils se sont constitués codébiteurs solidaires et se sont engagés à rembourser, solidairement, à E.\_\_\_\_\_ toutes les sommes dues à cette dernière en vertu du prêt susmentionné, en capital, intérêts, commissions et frais.

Le 22 septembre 1992, L.\_\_\_\_\_ SA, I.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_ ont constitué, en tant que codébiteurs solidaires, une cédula hypothécaire de 250'000 fr. en faveur de E.\_\_\_\_\_ grevant la parcelle n° 20'179, soit une part de copropriété de 358 o/oo de la parcelle n° 424, du cadastre de la commune de Fribourg, propriété de L.\_\_\_\_\_ SA. Cette cédula a été remise en pleine propriété à E.\_\_\_\_\_.

Par courrier recommandé du 26 février 1997 adressé respectivement à I.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ a déclaré résilier le prêt hypothécaire n° 331.875.H1Y 0000 - 0260 pour le 15 avril 1997. Le solde en faveur de E.\_\_\_\_\_ à cette date s'élevait à 456'340 fr. 70. Le même jour, E.\_\_\_\_\_ a informé L.\_\_\_\_\_ SA, en sa qualité de propriétaire des immeubles grevés, de la dénonciation au remboursement dudit prêt et précisé qu'elle dénonçait également au remboursement les créances incorporées dans les trois cédulas hypothécaires précitées pour le 31 août 1997.

Le 29 juin 1998, E.\_\_\_\_\_ SA a repris par suite de fusion les actifs et passifs de E.\_\_\_\_\_.

**b)** La faillite de L. \_\_\_\_\_ SA a été ouverte le 19 avril 2002. Dans le cadre de la procédure de faillite, la créance d'E. \_\_\_\_\_ SA résultant du prêt hypothécaire n° 0260 - 331875.H1Y a été portée à l'état des charges comme créance garantie par gage immobilier pour un montant de 458'991 fr. 65. Dans le cadre du tableau de distribution relatif à la réalisation de la parcelle n° 20'179 du cadastre de la commune de Fribourg intervenue le 19 février 2003, un montant de 243'350 fr. 05 a été attribué à E. \_\_\_\_\_ SA. Pour le solde, l'Office cantonal des faillites du canton de Fribourg a établi en faveur de cette dernière une attestation de découvert de 215'641 fr. 60.

**2.** Le 4 avril 2006, à l'instance de E. \_\_\_\_\_ SA, l'Office des poursuites et faillites de Montreux a notifié à R. \_\_\_\_\_, dans la poursuite ordinaire n° 314'711, un commandement de payer la somme de 215'641 fr. 60 avec intérêt à 5 % dès le 19 février 2003. La cause de l'obligation invoquée est la suivante : « Découvert suite à la vente de la parcelle no 20'179, 358/1000 de la parcelle de base 17'473 sur la commune de Fribourg, ex propriété de L. \_\_\_\_\_ SA. Messieurs I. \_\_\_\_\_ et R. \_\_\_\_\_ sont codébiteurs du prêt hypothécaire no 0260-331875H1Y ». Le poursuivi a formé opposition totale.

Le 20 septembre 2006, la poursuivante a requis la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence du montant réclamé en poursuite. Par décision du 1<sup>er</sup> décembre 2006, le Juge de paix du district de Vevey a prononcé la mainlevée requise. Ce prononcé a été annulé par arrêt de la cour de céans du 20 septembre 2007, les parties n'ayant pas été valablement convoquées, et le dossier retourné au premier juge.

**3.** Par décision rendue le 9 mai 2008, à l'issue de l'audience du 6 mai 2008, le Juge de paix du district de Vevey a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition à concurrence de 215'641 fr. 60 plus intérêt à 5 % l'an dès le 19 février 2003, arrêté à 660 fr. les frais de la partie poursuivante et dit que le poursuivie devait verser à celle-ci le même montant à titre de dépens.

En substance, le premier juge a considéré que le contrat de prêt du 11 août 1992 valait titre de mainlevée au sens de l'art. 82 LP et que le poursuivi n'avait pas rendu vraisemblable sa libération.

Le prononcé motivé a été envoyé pour notification aux parties le 11 juin 2008.

Par acte déposé le 20 juin 2008, R. \_\_\_\_\_ a déclaré recourir contre ce prononcé et a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que la requête de mainlevée est rejetée et, subsidiairement, à sa nullité.

Dans son mémoire du 6 août 2008, le recourant a développé ses moyens, confirmé sa conclusion en réforme et renoncé à celle tendant à nullité.

Dans ses déterminations du 23 octobre 2008, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours.

### **En droit :**

**I.** Le recours a été déposé dans les dix jours dès réception du prononcé entrepris, soit en temps utile (art. 57 al. 1 LVLP). Il tend à la réforme du prononcé de sorte qu'il est formellement recevable (art. 461 ss CPC).

**II. a)** La poursuite en cause est une poursuite ordinaire et non une poursuite en réalisation de gage immobilier. Elle est fondée essentiellement sur le contrat de prêt hypothécaire du 11 août 1992, même si le commandement de payer mentionne principalement comme titre de la créance et cause de l'obligation le découvert consécutif à la vente de la parcelle n° 20'179 du cadastre de la Ville de Fribourg.

**b)** Selon l'art. 82 al. 1 LP, 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 reconnaissance de dette, au sens de cette disposition, l'acte authentique ou sous seing privé signé par le poursuivi, ou son représentant, d'où résulte sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée ou déterminable et échue (ATF 130 III 87 c. 3.1, JT 2004 II 118). Le contrat de prêt dont l'objet est une somme d'argent justifie en principe la mainlevée provisoire pour le montant prêté et les intérêts convenus, à condition que le remboursement du prêt soit exigible (Panchaud/Caprez, La mainlevée d'opposition, §§ 77 et 78). Le poursuivi sera libéré s'il rend vraisemblable, par pièces, que la dette est éteinte par paiement, compensation, prescription ou d'autres causes (Panchaud/ Caprez, op. cit., § 34).

La procédure de mainlevée est une procédure sur pièces, dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire : le créancier ne peut motiver sa requête qu'en produisant le titre et la production de cette pièce, considérée en vertu de son contenu, de son origine et de ses caractéristiques extérieures comme un tel titre, suffit pour que la mainlevée soit prononcée si le débiteur n'oppose pas et ne rend pas immédiatement vraisemblable des exceptions. Le juge de la mainlevée provisoire examine donc seulement la force probante du titre produit par le créancier, sa nature formelle - et non la validité de la créance - et lui attribue force exécutoire si le débiteur ne

rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires (ATF 132 III 140 c. 4.1.1, rés. in JT 2006 II 187 ; art .82 al. 2 LP). Le débiteur n'a donc pas à apporter la preuve absolue de ses moyens libératoires, mais seulement leur simple vraisemblance. Cela signifie que les faits pertinents doivent simplement être vraisemblables : le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des allégués de faits; il suffit que, sur la base d'éléments objectifs, il acquière l'impression d'une certaine vraisemblance de l'existence des faits pertinents, sans pour autant qu'il doive exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ( TF 5P.321/2005 c. 3 du 27 janvier 2006 et les réf. cit.).

**III. a)** A l'appui de son recours, R.\_\_\_\_\_ invoque deux moyens libératoires. Premièrement, il soutient que la remise de la cédule hypothécaire de 250'000 fr. constituée le 22 septembre 1992 aurait éteint par novation, à concurrence dudit montant, la créance causale issue du prêt et que le solde de la créance causale aurait été remboursé par le montant de 243'350 fr. 05 obtenu par l'intimée dans le cadre de la réalisation forcée de l'immeuble constitué en gage. Deuxièmement, il se plaint d'une violation des art. 76 OAOF, 47 et 130 ORFI. Selon lui, la cédule hypothécaire de 250'000 fr. a été éteinte par la réalisation forcée de l'immeuble.

**b)** 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, 3e éd., nn. 2932 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 constatée dans la cédule 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 Piotet, pp. 273 ss, spéc. pp. 297 et 300; ATF 119 III 105, JT 1996 II 115).

Cette présomption légale en faveur de la novation existe même si l'exclusion de l'effet novatoire est fréquente en pratique (ATF 132 III 166 c. 6.2) ; elle reste valable tant que la preuve du contraire n'a pas été apportée (Kamerzin, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse Fribourg 2003, n. 688 in fine, p. 273). La présomption peut être renversée, notamment par la preuve d'une convention de fiducie, conclue parallèlement au contrat constitutif, ou par une exclusion conventionnelle de l'effet novatoire (Kamerzin, op. cit., nn. 675 et 676, p. 276).

**c)** En l'espèce, la poursuivante n'a pas produit de convention de fiducie et l'acte constitutif de la cédule hypothécaire ne contient pas de clause expresse d'exclusion de l'effet novatoire. Il reste à examiner si l'on peut déduire des pièces du dossier la volonté des parties d'écarter ledit effet novatoire, comme le soutient l'intimée.

La cédule hypothécaire litigieuse est nominative en faveur de la pour-suivante et il est constant qu'elle a été constituée et remise postérieurement à la conclusion du contrat de prêt. La constitution et la remise de la cédule étaient d'ailleurs une condition de l'octroi du prêt hypothécaire. A cet égard, le contrat produit indique simplement que l'une des garanties est constituée par la « remise » de la cédule de 250'000 francs. En l'absence de toute indication plus précise, cette formulation permet tout au plus d'écarter la remise en nantissement du titre, que l'on ne saurait présumer (ATF 132 III 166 c. 6.2.1 précité); on doit admettre que l'obligation contractée par le constituant de créer une cédule au nom du créancier constitue un indice sérieux en faveur d'une garantie directe ou tout au moins d'une remise à titre fiduciaire (Kamerzin, op. cit., n. 687, p. 286). En ce qui concerne le choix de l'un des membres de cette

alternative, on peut relever tout d'abord que les parties n'ont utilisé aucune des expressions constituant habituellement un indice en faveur d'un transfert fiduciaire à fin de garantie (remis à fin fiduciaire, afin de garantie, afin de sûreté, etc.). Il ne ressort par ailleurs ni du contrat de prêt hypothécaire ni des autres pièces du dossier un quelconque élément indiquant que les parties auraient entendu restreindre le pouvoir de disposition de la créancière sur la cédule (interdiction faite au créancier de céder le titre au détriment du débiteur, engagement du créancier de remettre le titre au débiteur une fois que la créance causale aura été exécutée ou encore promesse de restituer au débiteur l'excédent du produit de la réalisation; Kamerzin, op. cit., n. 189, pp. 85 ss.). L'intimée admet du reste en procédure avoir reçu le titre « en pleine propriété ». Il ressort en outre du contrat de prêt hypothécaire que les intéressés devaient signer une « déclaration de mise en garantie » pour les deux autres cédules (de 150'000 fr. et 50'000 fr.), mais non pour la cédule hypothécaire de 250'000 francs. Cette absence de déclaration de mise en garantie plaide également en faveur de la remise en pleine propriété du titre, soit de la novation.

I. \_\_\_\_\_ et R. \_\_\_\_\_ ont, en plus du contrat de prêt hypothécaire, signé une déclaration de codébiteurs solidaires. Cette déclaration n'a pas de portée propre par rapport au contrat de prêt, qui mentionne déjà la solidarité. Il n'en ressort aucun indice en faveur d'une remise à titre fiduciaire.

Les conditions générales régissant les prêts hypothécaires signées par I. \_\_\_\_\_ et R. \_\_\_\_\_ ne contiennent rien non plus en faveur de l'exclusion de l'effet novatoire.

Par conséquent, les pièces figurant au dossier ne permettent pas d'arriver à la conclusion que les parties entendaient écarter l'effet novatoire de la constitution et de la remise de la cédule hypothécaire de 250'000 francs. Le poursuivi a ainsi rendu suffisamment vraisemblable que la créance causale était éteinte par novation. La mainlevée se saurait être prononcée.

**d)** Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner le moyen tiré de la violation des art. 76 OAOF, 47 et 130 ORFI.

**IV.** Le recours doit donc être admis et le prononcé entrepris réformé en ce sens que l'opposition formée par R. \_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 314'711 de l'Office des poursuites et faillites de Montreux, notifié à la réquisition d'E. \_\_\_\_\_ SA, est maintenue.

Les frais de première instance, par 660 fr., sont laissés à la charge de la poursuivante, qui doit payer au poursuivi la somme de 1'000 fr. à titre de dépens de première instance.

Les frais d'arrêt du recourant sont fixés à 1'050 francs. L'intimée doit payer à ce dernier la somme de 2'550 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

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

- I.** Le recours est admis.
  
- II.** Le prononcé entrepris est réformé en ce sens que l'opposition formée par R. \_\_\_\_\_ au commandement de payer n° 314'711 de l'Office des poursuites et faillites de Montreux, notifié à la réquisition d'E. \_\_\_\_\_ SA, est maintenue.

Les frais de première instance, par 660 fr. (six cent soixante francs), sont laissés à la charge de la poursuivante E. \_\_\_\_\_ SA.

La poursuivante doit en outre payer au poursuivi R. \_\_\_\_\_ la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens de première instance.

**III.** Les frais d'arrêt du recourant R. \_\_\_\_\_ sont fixés à 1'050 francs (mille cinquante francs).

**IV.** L'intimée E. \_\_\_\_\_ SA doit payer au recourant la somme de 2'550 fr. (deux mille cinq cent cinquante francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 27 novembre 2008

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

La greffière :

Du 3 avril 2009

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

- Me Olivier Righetti, avocat (pour R. \_\_\_\_\_),
- Me Rémy Wyler, avocat (pour E. \_\_\_\_\_ SA).

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 :

- M. le Juge de paix du district de Vevey.

La greffière :

ejo