

C1 20 300

JUGEMENT DU 2 JANVIER 2023

**Tribunal cantonal du Valais
Cour civile II**

Composition : Christian Zuber, président ; Bertrand Dayer et Béatrice Neyroud, juges ;
Laure Ebener, greffière

en la cause

V _____, demanderesse appelante, représentée par Maître W _____

contre

X _____, défenderesse appelée, représentée par Maître Y _____

(Droit réel)

appel contre le jugement du Tribunal des districts de Z _____ du 3 novembre
2020

Procédure

A. Le 31 mai 2019, V _____ a ouvert action en libération de dette auprès du Tribunal des districts de Z _____ à l'encontre de X _____ et a pris les conclusions suivantes :

1. La présente action en libération de dette est admise.
2. V _____ ne doit pas à X _____ le montant de 175'119 fr. 15 déduit de la poursuite no xxx.
3. Les frais de procédure ainsi qu'une équitable indemnité à titre de dépens sont à la charge de Mme X _____.

Le 21 août 2019, la défenderesse a déposé une réponse et a conclu :

Principalement

3. Débouter Mme V _____ des conclusions prises dans le mémoire de l'action en libération de dette du 31 mai 2019.
4. Condamner Mme V _____ au paiement en faveur de Mme X _____ de la somme de 175'119 fr. 15 plus intérêt à 5% dès le 7 juin 2016 faisant l'objet du jugement du 8 mai 2019 prononçant la mainlevée provisoire au commandement de payer no xxx.
5. Dire que la poursuite no xxx ira sa voie.
6. Condamner Mme V _____ à l'intégralité des frais de procédure.
7. Condamner Mme V _____ à payer une indemnité équitable à Mme X _____ à titre de dépens en couverture de ses frais d'avocat.
8. Débouter Mme V _____ de toutes autres ou contraires conclusions.

Le 18 septembre 2019, la demanderesse a déposé une réplique et a maintenu ses conclusions.

Au terme de l'instruction, chaque partie a maintenu ses conclusions.

Par jugement du 3 novembre 2020, le juge a prononcé :

1. L'action en libération de dette déposée le 31 mai 2019 par V _____ dans le cadre de la poursuite no xxx est intégralement rejetée.
2. Il est constaté que V _____ doit à X _____ la somme de 175'119 fr. 15 avec intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 7 juin 2016.

3. Les frais, par 8000 fr. (7975 fr. d'émolument de justice et 25 fr. de frais d'huissier) sont mis à la charge de V _____.
4. V _____ versera à X _____ une équitable indemnité de 14'000 fr. à titre de dépens.

B. Le 4 décembre 2020, la demanderesse a interjeté un appel contre ce jugement et a conclu :

1. L'appel est admis.
2. La décision du 3 novembre 2020 du Tribunal de Z _____ est réformée dans le sens que V _____ ne doit pas à X _____ le montant de 175'119 fr. 15 avec intérêts à 5% l'an dès le 5 avril 2017 déduit de la poursuite no xxx.
3. Les frais et dépens de première instance et d'appel sont fixés à dire de justice et mis à la charge de X _____ compte tenu de l'issue de la procédure.

Le 11 février 2021, la défenderesse a déposé une détermination et a conclu au rejet de l'appel avec suite de frais et dépens.

Les 23 février 2021 et 3 mars 2021, demanderesse et défenderesse ont tour à tour fait usage de leur droit de réplique spontané.

Préliminairement

1. Le jugement du 3 novembre 2020 a été expédié le jour même et reçu par l'appelante le lendemain. Déposée à la poste le 4 décembre 2020, son écriture d'appel respecte le délai de 30 jours de l'art. 311 al. 1 CPC.

Faits

2. Par acte du 16 juillet 2007, V _____ avait acquis la propriété des parcelles no xx1, comprenant une habitation et une place-jardin, no xx2, comprenant une habitation-café et une place-jardin, ainsi que d'une part de copropriété de 2/6èmes de l'immeuble no xx3, servant d'accès à l'immeuble no xx2 (p. 20-27), tous situés au lieu-dit « A _____ » sur commune de B _____.

3. V _____ avait le projet de transformer le bâtiment sis sur fonds no xx1 en appartements et de constituer une copropriété par étages pour vendre ensuite les unités d'étages. En ce qui concerne le bâtiment sis sur le fonds no xx2, abritant un restaurant et au-dessus un appartement, elle voulait procéder à une rénovation complète dans le but de le louer ou de le vendre à la société C _____ SA. Cette société, fondée le 27 juin 2008 et radiée le 1^{er} novembre 2017, avait pour but l'achat, la vente, le courtage et l'administration de tous biens immobiliers, toutes activités en relation avec la conception, le développement et la réalisation d'affaires immobilières en tout genre ainsi qu'avec la recherche et la mise en place de plans de financement en rapport (p. 37). Selon les informations mentionnées au registre du commerce, elle était successivement représentée par V _____ jusqu'au 2 juin 2010, par D _____ jusqu'au 29 août 2011, puis par E _____. Ce dernier avait cependant donné une procuration générale à F _____ pour représenter C _____ SA (p. 38). V _____ était actionnaire unique de C _____ SA (p. 73 ; p. 249).

4. La promotion sise sur les fonds nos xx1 et xx2 a été baptisée « A _____ ».

X _____ a participé au financement de la promotion A _____ par le versement des montants suivants :

- 49'925 fr. le 24 août 2009 (p. 6, all. no 18; p. 40) ;
- 9977 fr. 32 le 10 novembre 2009 (p. 6, all. no 18; p. 40) ;
- 100'000 fr. le 13 novembre 2009 (p. 6, all. no 18 ; p. 40) ;
- 65'000 fr. à une date indéterminée (p. 6, all. no 18 ; p. 40) ;
- 30'000 fr. le 24 mars 2010 (p. 6, all. no 18 ; p. 40).

Elle a en outre prêté 150'000 fr. à C _____ SA pour la promotion A _____, montant déposé auprès de Me G _____ (p. 6, all. no 19 ; p. 68), qui lui a été remboursé avec les intérêts le 22 juillet 2010 (p. 6 all. no 20 ; p. 75 ; p. 243), et en 2011 encore 200'000 francs (p. 244).

Lors de son audition, X _____ a déclaré avoir agi, sans volonté d'investir dans la promotion, pour venir en aide à son compagnon, F _____, dont elle était très amoureuse (p. 264, rép. 4).

De son côté, la demanderesse aurait investi 360'000 fr. depuis le 14 septembre 2009, selon le décompte qu'elle a déposé (p. 40 ; p. 241).

5. Par acte du 4 août 2009 (p. 167), V _____ a soumis l'immeuble no xx1 au régime de la copropriété par étages, comprenant les unités nos yy1 à yy2. Cette modification a été inscrite au registre foncier le 11 septembre 2009 (p. 55 et 57).

Par acte notarié du 22 août 2009, Me G _____ a instrumenté un acte constitutif d'une cédule hypothécaire au porteur d'un montant de 200'000 fr., grevant en premier rang la PPE no yy2, parcelle de base no xx1 (p. 167-171). Les intérêts, ainsi que leurs échéances, étaient fixés d'entente entre les parties, un taux maximum de 12% étant inscrit au registre foncier. La cédule ne pouvait être dénoncée que moyennant un préavis de 6 mois pour l'un des termes prévus pour le paiement des intérêts, à défaut pour le 1er mars ou le 1er septembre de chaque année (p. 52). Lors de l'établissement de l'acte, dame V _____, en sa qualité de constituante du gage, était représentée par F _____. D'entente avec dame V _____, Me G _____ a conservé le titre hypothécaire jusqu'au transfert de la PPE (p. 61).

Le 11 septembre 2009, le registre foncier a inscrit le droit de gage au feuillet de la PPE no yy2 (p. 56 ; p. 166) et a établi le papier-valeur au porteur incorporant la cédule hypothécaire grevant la PPE no yy2, propriété de dame V _____ (p. 53 ; p. 173). Ce document précisait que le service des intérêts, l'amortissement et la dénonciation de la dette intervenaient conformément à une convention séparée passée entre le débiteur et le créancier. Au pied de l'acte, il été mentionné en petit caractère que la cédule était une créance personnelle garantie par un gage immobilier, que la personne du débiteur n'était pas indiquée dans le grand livre et que sauf convention contraire, le propriétaire était présumé débiteur de la cédule.

6. Par acte du 22 août 2009, instrumenté par Me G _____, V _____, alors représentée par F _____, a vendu à X _____ la PPE no yy2, parcelle de base no xx1, constituée d'un appartement et d'une cave en cours de construction au moment de la signature de l'acte. Le prix de vente, de 250'000 fr., était payable sur le compte du notaire, en trois acomptes, à charge pour celui-ci de le verser sur le compte de construction indiqué par la venderesse, contre remise à l'acquéreuse de la cédule hypothécaire qu'il devait conserver pour elle à titre fiduciaire (p. 61). L'acte mentionnait que l'immeuble était grevé d'une cédule hypothécaire au porteur en 1^{er} rang de 200'000 francs (p. 60). La venderesse s'engageait à exécuter les travaux de construction selon un descriptif de construction annexé au contrat de vente (p. 62). La prise de possession devait intervenir dès la fin des travaux de rénovation, mais au plus tard le 31 décembre 2009, une pénalité étant prévue au-delà de cette date (p. 61). Le notaire n'était autorisé à déposer l'acte auprès du registre foncier qu'après avoir obtenu la garantie que le

financement de l'opération était assuré, à défaut, l'acte était purement et simplement annulé, la venderesse en supportant les frais (p. 66).

Le transfert de propriété a été inscrit au registre foncier le 30 novembre 2009 (p. 54 ; et non pas le 30 septembre 2009 comme indiqué à tort en page 4 du jugement de première instance).

7. En novembre 2010, Me G _____ a établi un projet d'acte de vente de la parcelle no xx2 à C _____ SA (p. 29-36). La société a en outre envisagé de procéder à une augmentation de son capital-actions pour permettre cette acquisition (p. 77). Il était question que dame X _____ et un tiers se portent acquéreurs des nouvelles actions émises par compensation de créances (p. 80). Le notaire G _____ avait d'ores et déjà établi le projet des procès-verbaux de l'assemblée générale et du conseil d'administration relatifs à cette augmentation.

8. En cours de chantier, une augmentation de crédit a été nécessaire pour financer les travaux (p. 7 all. no 25).

A cette fin, V _____ a conclu en juillet 2011 avec la H _____ deux contrats de crédit cadre portant les références nos zz1 et zz2. Le premier contrat portait sur l'octroi d'une limite cadre d'un montant maximal de 1'100'000 fr., le second sur une limite de 200'000 fr., sans engagement de la banque d'allouer effectivement un crédit à concurrence de ces montants. A titre de garantie pour la limite cadre de 1'100'000 fr., dame V _____ cédait à la banque en nantissement quatre cédules hypothécaires au porteur grevant l'immeuble no xx2 et une cédule hypothécaire au porteur grevant le fonds no xx4 (p. 88-89). Elle lui cédait également les revenus locatifs du bâtiment sis sur le fonds no xx2, ainsi que tous ses avoirs bancaires auprès de la H _____. La seconde limite cadre de 200'000 fr. était garantie par le nantissement de la cédule hypothécaire au porteur grevant en 1^{er} rang la PPE no yy2, parcelle de base no xx1, et par les autres actifs bancaires de V _____ détenus auprès de la H _____ (p. 94).

Les deux contrats de crédit cadre indiquaient qu'en cas de réalisation des gages, la H _____ pouvait procéder par vente de gré à gré, sans devoir nécessairement agir par la voie de la poursuite en réalisation de gage selon la LP (p. 90 ; p. 95). La H _____ était autorisée à dénoncer et à poursuivre les créances incorporées dans les cédules comme si elle en était propriétaire, sans avoir à passer préalablement par une poursuite en réalisation de gage mobilier (p. 90 ; p. 96). Dans le cas où le constituant du gage était différent du preneur de crédit, nonobstant le fait que la créance incorporée

dans la cédule était une créance personnelle, la H _____ renonçait à poursuivre le constituant et débiteur de la cédule sur l'ensemble de ses biens et ne devait procéder, le cas échéant, qu'à la réalisation du gage contenu dans la cédule, à l'exclusion de tous autres biens du constituant et débiteur de la cédule (p. 90 ; p. 96).

Le même jour, V _____ et la H _____ ont conclu deux conventions de crédit hypothécaire portant sur des montants de respectivement 1'100'000 fr. et 200'000 fr. ayant les références xyz1 et xyz2 (p. 189-190).

Pour permettre la concrétisation du second crédit cadre (no zz2), X _____ a remis à Me G _____ la cédule hypothécaire au porteur grevant sa PPE no yy2. A cette fin, une déclaration écrite, datée du le 29 juillet 2011, a été établie, par laquelle X _____ reconnaissait avoir remis le titre au notaire pour la société C _____ SA, dans le but d'obtenir un crédit de 200'000 fr. destiné à terminer les travaux, notamment l'agencement de l'intérieur du café restaurant. Elle prenait acte que la cédule était remise en nantissement auprès de la H _____ (p. 98). Si la défenderesse conteste avoir signé ce document, déposé par la demanderesse et dépourvu de signature (p. 134, all. no 30 et p. 292, all. no 35), elle reconnaît avoir remis le titre au porteur au notaire.

Lors de son audition, X _____ a expliqué avoir agi à la demande de F _____, pour permettre l'achèvement du chantier, celui-ci lui ayant assuré que l'opération était sans risque, car V _____ mettait également sa maison de I _____ en garantie (p. 264, rép. 5).

Le 18 août 2011, la H _____ a requis du registre foncier la mention qu'elle était le porteur du titre (p. 191). Sa requête a été portée au journal le 25 août 2011 (art. 12 al. 1 ORF).

9. La promotion s'est révélée largement déficitaire (p. 250).

En septembre 2012, X _____ a contacté V _____ pour obtenir l'annulation du crédit bancaire garanti par la cédule de 200'000 fr. grevant son appartement, ainsi que le remboursement d'une somme de 210'000 fr. qu'elle prétendait avoir investie dans la promotion, sous forme de prêt à C _____ SA (p. 242 ; p. 248-249).

10. Finalement, C _____ SA a renoncé à acheter de l'immeuble no xx2. Le 27 octobre 2012, V _____ a chargé F _____ de trouver un acquéreur pour cet immeuble (p. 99).

11. Les intérêts hypothécaires échus des crédits nos xyz1 et xyz2 n'ayant pas été payés dans les délais contractuels, la H _____ a, le 23 octobre 2013, dénoncé en remboursement les deux conventions de produit hypothèque, les deux contrats de crédit cadre, ainsi que toutes les cédules hypothécaires au porteur nanties pour le 30 juin 2014 (p. 100-102).

A la suite d'une poursuite en réalisation de gage immobilier introduite en octobre 2014 par la H _____, l'appartement de X _____ a été vendu aux enchères le 7 juin 2016 pour le prix de 180'000 francs (p. 13-14, all. no 51 ; p. 103). Sur ce montant, la H _____ a perçu 175'119 fr. 15 (p. 14, all. no 52 ; p. 103).

Le 20 mars 2017, le Tribunal d'arrondissement de Lausanne a prononcé la dissolution de C _____ SA sur la base des art. 154 ORC et 731b CO et sa liquidation selon les règles applicables à la faillite (p. 37).

V _____ a réalisé une perte de 1'646'671 fr. dans le cadre de la promotion A _____, admise par le fisc (p. 235, all. no 121 ; p. 250).

12. Par courrier du 17 mars 2017, le mandataire de X _____ a fait le reproche à V _____ d'avoir causé un préjudice à sa cliente en n'honorant pas ses engagements envers la banque, malgré les assurances données, selon lesquelles le nantissement ne lui causerait aucun tort, ce qui avait conduit à la perte de l'investissement de X _____, et a réclamé le versement de 250'000 fr. dans un délai de 15 jours (p. 211). Le 24 mars 2017, la mandataire de V _____ a contesté toute assurance donnée, affirmant que les relations entre V _____ et X _____ avaient été quasi inexistantes. Elle affirmait que X _____ avait accepté le nantissement pour aider F _____, entretemps décédé, en intervenant comme investisseuse afin de permettre le rachat de l'immeuble par C _____ SA. Elle contestait dès lors le montant réclamé (p. 213-215).

Le 14 avril 2018, X _____ a fait notifier à V _____ un commandement de payer dans le cadre de la poursuite ordinaire no xxx portant sur un montant de 175'119 fr.15, avec intérêts à 5% dès le 7 juin 2016 (p. 104-106 ; p. 153-156). La réquisition de poursuite était libellée comme suit :

Vente aux enchères forcées, le 7 juin 2016, du lot de PPE yy2 au 2^{ème} étage, parcelle de base xx1 / Inexécution du contrat zz2 signé le 11 juillet 2011 et dénonciation par H _____ de la cédule hypothécaire au porteur PJ no x1. Subrogation de Mme X _____ à tous les droits du créancier (Art. 827 Al. 2 CC).

La poursuivie a fait opposition.

Le 12 mars 2019, dame X _____ a requis du Tribunal des districts de Z _____ la mainlevée de l'opposition (p. 107-119). Par décision du 8 mai 2019, le juge saisi a levé provisoirement l'opposition à concurrence de 175'119 fr. 15, avec intérêt à 5% l'an dès le 5 avril 2017 (p. 120-123).

Considérant en droit

13. Le premier juge a rejeté l'action en libération de dette, considérant que la défenderesse avait une créance à l'endroit de la demanderesse fondée sur l'art. 827 CC, à la suite de la réalisation forcée de son immeuble en paiement de la dette de la demanderesse.

14. Il a estimé que le grief soulevé par la demanderesse tiré de la nullité de l'acte constitutif de la cédule en raison d'un prétendu vice de forme avait été invoqué tardivement, car seulement au stade des plaidoiries finales. En tout état de cause, il a considéré que la demanderesse commettait un abus de droit en se prévalant d'un vice de forme dix ans après l'élaboration de l'acte, qui lui avait permis de contracter un crédit bancaire.

L'appelante rappelle avoir allégué les circonstances de la signature de l'acte constitutif de la cédule hypothécaire aux allégués nos 106 et 107 de sa réplique. Selon elle, il incombait ensuite au juge de relever d'office la nullité de l'acte, selon l'adage *jura novit curia*. Elle se défend également d'avoir volontairement adopté un comportement abusif. Elle argue n'avoir pas pu avoir connaissance du vice de forme avant la présente procédure, faute d'avoir assisté à l'instrumentation et d'avoir jamais eu entre les mains l'acte constitutif. Selon elle, l'acte, en tant qu'il prévoyait le transfert de la cédule avant même son inscription au registre foncier, violait les art. 799 aCC et 242 ss CO. En effet, comme il était d'emblée prévu que la cédule soit cédée à la défenderesse en même temps que la propriété de l'immeuble grevé et inscrite au registre foncier à cette occasion, c'est en réalité la défenderesse qui aurait dû constituer la cédule hypothécaire, laquelle était destinée à garantir la dette contractée par la demanderesse. De son point de vue, il s'agissait d'un acte bilatéral, qui aurait dû, selon l'art. 799 al. 2 aCC, revêtir la forme authentique.

14.1. La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 CC).

Aux termes de l'art. 799 aCC, selon sa teneur en vigueur au moment de la constitution et de l'inscription de la cédule litigieuse, le gage immobilier est constitué par l'inscription au registre foncier; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi (al. 1). Le contrat de gage immobilier n'est valable que s'il est passé en la forme authentique (al. 2). A l'inverse, une simple réquisition écrite du propriétaire lui-même suffisait sous l'ancien droit pour l'inscription d'une cédule hypothécaire au porteur ou créée au nom du propriétaire lui-même (art. 963 al. 1 CC et art. 20 aORF).

Est soumis à la forme authentique l'engagement pris par le propriétaire de consentir un gage en garantie d'une créance; la promesse de mettre en gage des cédules hypothécaires de propriétaire ou de porteur qui doivent encore être constituées doit être conclue en la forme authentique (ATF 121 III 97 consid. 3a; ATF 88 II 162 consid. a; ATF 71 II 262; ainsi que l'expertise de l'Office fédéral du registre foncier: ZBGR 22/1941 n° 166 p. 283 consid. 3). Si, en revanche, la banque renonce à être inscrite au registre des créanciers immédiatement après l'émission du titre et se contente d'une remise volontaire de la cédule au porteur, la forme écrite suffit (ATF 112 II 430 consid. 2c).

La jurisprudence a en effet déclaré valable la mise en gage de titres au porteur par le débiteur de ceux-ci (ATF 38 II 160) et plus spécialement le nantissement de cédules hypothécaires créées au nom du propriétaire de l'immeuble grevé (ATF 41 III 236 ss., 52 III 159). La même règle vaut pour les obligations hypothécaires au porteur que le débiteur, propriétaire du fonds grevé, remet en gage sitôt après qu'il les a souscrites ou, du moins, sans qu'il les ait préalablement mises en circulation (ATF 78 III 94). De pareilles obligations constituent en effet des titres de gage du propriétaire (OFTINGER, commentaire zürichoïse, Das Fahrnispfand, Zürich 1981, n. 136 in fine ad art. 901 CC; ATF 93 II 82 consid. 3). L'absence de la forme écrite concerne non seulement le nantissement de la cédule, mais également son transfert, qui s'effectue en-dehors du registre foncier (art. 869 aCC). L'acquéreur de la créance peut certes se faire inscrire au registre des créanciers, mais cela a un caractère purement déclaratoire (cf. ATF 87 III 64 consid. 2; 108 II 47 consid. 4; arrêt 5C.13/2002 du 19 mars 2002 consid. 2a; ATF 133 III 311 consid. 3.2.4; ATF 145 II 133 consid. 6).

14.2.1 En l'espèce, la cédule hypothécaire a permis l'octroi du crédit de 200'000 fr. accordé par la H _____. Aucun engagement envers la banque n'a cependant été

pris dans l'acte constitutif de la cédule. Le contrat de crédit cadre, conclu près de deux ans plus tard, ne prévoyait du reste pas la constitution d'un droit de gage immobilier, mais le nantissement de la cédule, soit la constitution d'un gage mobilier. Conformément à la jurisprudence, la constitution d'une cédule hypothécaire au porteur en vue de sa mise en gage ne constituait pas un contrat au sens de l'art. 799 al. 2 aCC et n'était dès lors pas soumise à la forme authentique. En tout état de cause, l'acte constitutif du 22 août 2009 revêtait bien la forme authentique, puisqu'il était établi par un notaire.

On peut se demander si la demanderesse avait la capacité de disposer au moment de la constitution de la cédule, dès lors que le notaire a instrumenté le même jour l'acte constitutif de la cédule et la vente de la PPE no yy2 à la défenderesse. Il convient d'y répondre par l'affirmative. Si les deux actes notariés ne précisent pas l'heure à laquelle ils sont intervenus, il ressort de leur lecture que l'acte constitutif de la cédule est manifestement antérieur. En effet, l'acte de vente se réfère expressément à la cédule, en indiquant non seulement son existence, mais également son transfert de possession en mains du notaire pour le compte de l'acquéreuse dès le paiement du prix, ce qui suppose nécessairement l'inscription préalable de la cédule hypothécaire. C'est bien ainsi que le notaire l'entendait, raison pour laquelle il a établi l'acte constitutif au nom de la venderesse. Il n'a d'ailleurs déposé l'acte de vente au registre foncier qu'après l'inscription du gage intervenue le 11 septembre 2009, puisque le transfert de propriété a été enregistré le 30 novembre 2009. En tout état de cause, dès lors que le transfert de propriété n'intervient qu'au moment de l'inscription au registre foncier (art. 656 al. 1 CC), force est d'admettre que la demanderesse était bien encore propriétaire de la PPE no yy2 au moment de la constitution du gage. Elle avait ainsi la capacité de disposer.

On ne voit pas à quel titre la défenderesse aurait dû participer à l'acte constitutif de la cédule. Comme on l'a vu, elle n'avait alors pas (encore) de pouvoir de disposition sur la PPE. Elle n'avait pas davantage la qualité de créancier gagiste, ni n'était destinée dans l'esprit des parties à le devenir. Elle n'était à cette époque pas créancière de la demanderesse et il n'était pas non plus question qu'elle lui prête de l'argent ou qu'elle reprenne des dettes de la demanderesse. L'acte ne prévoyait du reste pas le transfert de la propriété de la cédule à la défenderesse. Si, le même jour, les parties ont convenu dans l'acte de vente que la demanderesse lui cède la cédule à constituer, ce n'est dès lors pas en garantie d'une dette de la demanderesse. Cette cession est au contraire intervenue à titre onéreux, en tant qu'elle constituait avec le transfert de propriété la contre-prestation du prix de vente. Contrairement à ce qui est indiqué dans la déclaration d'appel, ce n'est ainsi pas l'acte constitutif de la cédule qui a fondé l'engagement actuel

de la demanderesse. Son obligation résulte de la subrogation légale prévue par l'art. 827 CC et survenue près de 7 ans plus tard, à la suite de l'extinction partielle de sa dette envers la H _____ par la réalisation de l'immeuble de la défenderesse. C'est dès lors bien un acte unilatéral que le notaire a instrumenté en vue de la constitution de la cédule, comme l'a d'ailleurs confirmé la demanderesse lors de son audition (p. 263 : « Je n'ai jamais pris d'engagement envers X _____. »). Celle-ci était alors à la fois débitrice et créancière de la cédule, ce qui est le propre d'une cédule du propriétaire. En définitive, les signatures du représentant de la demanderesse (à savoir F _____) et du notaire étaient suffisantes. Contrairement à ce qu'a avancé la demanderesse lors des plaidoiries finales de première instance, l'acte constitutif de la cédule a bien été signé par le notaire et F _____.

A l'instar de l'acte constitutif de la cédule, la cession de la cédule prévue dans l'acte de vente du 22 août 2009 est également valable. Tout d'abord, les art. 242 et 243 CO, invoqués par l'appelante, ne sont pas applicables. Comme déjà dit, la remise du droit de gage n'intervenait pas à titre gratuit, mais représentait avec le transfert de propriété sur la PPE la contre-prestation du prix de vente. Élément essentiel au contrat de vente immobilière, la cession de la cédule était dûment indiquée dans l'acte notarié (art. 216 CO).

14.2.2 Dès lors que les deux actes instrumentés le 22 août 2009 étaient valables, point n'est besoin d'examiner l'argument du premier juge, disputé par l'appelante, selon lequel celle-ci n'avait pas allégué en temps utile les éléments de fait susceptibles de retenir un vice de forme.

14.2.3 En tout état de cause, on relèvera qu'aucune des parties ne pouvait opposer à la banque l'éventuel vice de forme entachant la constitution de la cédule, celle-ci pouvant se fier de bonne foi à l'existence du droit de gage inscrit au registre foncier et matérialisé dans un titre (art. 848 CC et 862 al. 1 CC ; 865 aCC et 866 aCC). La H _____ n'était en effet partie ni à l'acte de vente ni à l'acte constitutif de la cédule. Celle-ci n'était pas destinée à permettre, comme c'est souvent le cas, à l'acquéreuse d'obtenir un crédit bancaire destiné au paiement du prix d'achat. Ce n'est que deux ans après les actes notariés que la demanderesse a sollicité et obtenu de la H _____ des crédits pour pallier au dépassement du budget des travaux, moyennant nantissement de la cédule. Rien n'indique que la banque a alors eu connaissance de l'acte du 22 août 2009 et des circonstances dans lesquelles il avait été instrumenté. Ni la demanderesse, ni la défenderesse ne pouvaient dès lors s'opposer à la poursuite en réalisation du gage

immobilier introduite en 2014 par la banque. Cette poursuite ayant conduit à la vente aux enchères de l'appartement de la défenderesse en paiement d'une dette contractée par la demanderesse, la première peut se prévaloir de l'art. 827 al. 2 CC. Cette disposition ne subordonne en effet pas la subrogation à la validité de l'acte constitutif de gage, seul compte le fait que le propriétaire non débiteur a désintéressé le créancier gagiste parce que celui-ci pouvait prétendre à un droit de gage sur son immeuble. Autrement dit, la demanderesse ne peut pas se prévaloir d'un prétendu vice de forme que la défenderesse ne pouvait elle-même invoquer à l'égard du créancier gagiste pour empêcher la réalisation de son bien.

14.2.4 A titre superfétatoire, toujours dans l'hypothèse d'une éventuelle nullité de l'acte du 22 août 2009, il convient, avec le premier juge, d'admettre que la demanderesse ne pourrait s'en prévaloir sous peine d'abus de droit. En effet, même si elle n'était pas présente lors de l'instrumentation et qu'elle ne l'a prétendument pas vu avant la présente procédure, ce qui paraît douteux, dès lors que le notaire délivre en principe copie des actes aux intéressés (art. 108 al. 1 LN), elle connaissait l'existence de la cédule, en a tiré profit, puisque ce gage lui a permis d'obtenir un crédit pour poursuivre le chantier et que la réalisation du gage a en grande partie éteint sa dette à l'égard de la banque. C'est d'ailleurs elle qui a déposé l'attestation du 29 juillet 2011 non signée (p. 98), par laquelle la défenderesse déclarait avoir remis la cédule au notaire pour permettre à la demanderesse d'obtenir un crédit destiné à financer la fin des travaux. Quand bien même elle n'aurait pas eu connaissance du prétendu vice affectant l'acte du 22 août 2009, elle ne pourrait s'en prévaloir à l'égard de la défenderesse, tout en conservant les bénéfices retirés de la cédule, qu'il n'est d'ailleurs plus possible de révoquer. Admettre le contraire lui permettrait d'amortir, sans bourse délier, 175'119 fr. 15 sur la dette d'un montant en capital de 200'000 fr. qu'elle avait contractée auprès de la H _____.

15. Pour les mêmes motifs, le premier juge a également refusé d'entrer en matière sur le grief soulevé par la demanderesse du vice de représentation entachant la reconnaissance de dette, subsidiairement de la gestion d'affaires sans mandat. En effet, il a estimé que le prétendu vice se fondait sur des faits invoqués pour la première fois au stade des plaidoiries, donc tardivement, et qu'en tout état de cause, la demanderesse commettait un abus de droit de l'invoquer dans le cadre de la présente procédure, alors que pendant plus de 10 ans, elle s'était comportée comme si la cédule hypothécaire était valable.

L'appelante conteste cette appréciation, estimant que son argumentation juridique trouvait appui sur les allégués nos 41, 43 et 105, admis par la défenderesse. Elle ne

critique en revanche pas le second point du raisonnement du premier juge. Déjà faute de motivation suffisante, son appel doit sur ce point être déclaré irrecevable.

15.1 En tout état de cause, force est d'admettre que la demanderesse n'a ni allégué, ni établi que F _____ n'avait pas les pouvoirs de la représenter lorsqu'il a signé l'acte constitutif du 22 août 2009. En effet, les allégués invoqués par la demanderesse ont la teneur suivante :

41. Comme il devenait difficile pour elle de s'acquitter des amortissements et intérêts dus à la H _____, V _____ a pris la décision de chercher un acquéreur pour son immeuble, étant donné que le projet initial, soit la reprise des immeubles par C _____ SA, s'avérait impossible.

43. A cet effet, elle a conclu un contrat de courtage avec feu M. F _____.

105. M. F _____ a lui-même représenté V _____ lors de la signature de l'acte constitutif de la cédule.

Le fait que la demanderesse a conclu un contrat de courtage pour la vente de l'immeuble no xx2 avec F _____ (all. nos 41 et 43) n'excluait nullement qu'elle lui eût également donné une procuration pour grever la PPE no yy2 d'un droit de gage. Ces deux actions n'apparaissent en effet pas antinomiques. A titre d'exemple, la demanderesse ne conteste pas avoir donné procuration à F _____ pour la représenter lors de la vente de la PPE no yy2. A cela s'ajoute que le mandat de courtage a été donné le 27 octobre 2012, soit plus de 3 ans après l'acte constitutif de la cédule. F _____ n'a dès lors pas pu tirer profit d'une éventuelle procuration liée au contrat de courtage pour grever la PPE no yy2 à l'insu de la demanderesse.

De même, le fait que F _____ a fait les démarches auprès du notaire pour l'établissement de l'acte constitutif ne signifie pas encore qu'il a agi sans ou contre les instructions la demanderesse. Partant, la demanderesse n'a pas allégué en temps utile que F _____ avait agi sans pouvoir.

Elle ne l'a pas davantage établi. L'acte notarié indique que la procuration en faveur de F _____ reste à produire. Il est extrêmement douteux que le registre foncier ait donné suite à la réquisition en inscrivant le droit de gage et en établissant la cédule hypothécaire au porteur si la procuration n'avait pas été produite. Pour s'en assurer, il aurait été aisé pour la demanderesse de requérir l'édition par le registre foncier de la réquisition complète ou par le notaire de son dossier. En réalité, le seul élément figurant au dossier concernant un éventuel défaut de pouvoir est la réponse de la demanderesse

à la question posée d'office par le juge quant à la compréhension qu'elle avait de la portée de la cédula hypothécaire (dame V _____, p. 262, rép. 3).

Contrairement à l'avis émis par la demanderesse lors des plaidoiries finales de première instance, la pratique des « procurations à produire » n'apparaît pas illicite. Elle est expressément prévue à l'art. 87 al. 3 LN. Quant à l'art. 87 al. 5 LN, invoqué par la demanderesse, il se contente d'exiger que la procuration soit annexée à l'acte, sans exiger qu'elle le soit déjà au moment de la signature. L'acte doit uniquement indiquer la représentation (art. 80 al. 1 let. f et 87 al. 3 LN). La procuration en tant que telle n'est pas soumise à la forme authentique. Le fait d'annexer la procuration après l'instrumentation, mais avant ou simultanément à la réquisition au registre foncier, ne viole pas le principe de l'unité de l'acte (art. 93 LN).

Il ressort certes du message que le Conseil d'Etat voulait mettre un terme à la pratique de la procuration à produire (BSGC 2004-4, p. 646 et p. 639). Initialement, il avait dès lors prévu aux art. 80 al. 1 let. f et 87 al. 3 que la procuration soit annexée à l'acte au moment de la stipulation (BSGC 2004-4, p. 569) et que l'acte mentionne la date et le signataire de cette annexe (BSGC 2004-4, p. 568). Il était cependant conscient que le droit fédéral ne soumettait l'octroi de pouvoirs de représentation à aucune forme et que l'inobservation de telles prescriptions n'avait aucune incidence sur la validité de l'acte (BSGC 2004-4, p. 646 et p. 639). En première lecture, ces deux dispositions ont fait l'objet de modifications, la commission ne voyant pas l'utilité de règles renfermant de simples recommandations ou prescriptions d'ordre (BSGC 2004-4, p. 724, 767, 782, 783). Cette problématique n'a plus été abordée en seconde lecture et les modifications apportées en première lecture ont été définitivement intégrées (BSGC 2004-7, p. 435-436 ; p. 467-468). Partant, l'intention initiale du Conseil d'Etat de supprimer la pratique des procurations à produire n'a pas été suivie par le Grand Conseil.

15.2 A supposer que F _____ eût sur le moment agi sans pouvoir, la demanderesse a, le cas échéant, donné l'apparence d'avoir chargé F _____ de la représenter pour la constitution du droit de gage, ou, à tout le moins, a ratifié ses agissements. En effet, elle lui a donné procuration pour la représenter le même jour, devant le même notaire pour la vente de la même PPE à la défenderesse, donnant ainsi l'impression qu'elle lui délégait tout pouvoir en relation avec cet immeuble. L'acte de vente faisait expressément référence à la cédula, ce qui donnait à penser que la venderesse était au courant de la constitution du droit de gage. Deux ans plus tard, la demanderesse a décroché un crédit bancaire grâce à cette garantie, manifestant ainsi à nouveau qu'elle en approuvait la constitution et entendait en tirer profit. Encore lors de

son audition du 24 juin 2020, la demanderesse a confirmé qu'elle avait bien voulu contracter le crédit bancaire (p. 263). Comme le nantissement de la cédule était une condition à l'octroi du prêt, en confirmant sa volonté d'obtenir le crédit, elle admettait implicitement aussi la validité du titre au porteur. Partant, il n'est pas nécessaire de recourir au garde-fou de l'abus de droit pour écarter l'argument de la demanderesse. Au vu de l'ensemble des circonstances, force est d'admettre que la représentation a produit ses effets.

15.3 Quoi qu'il en soit, on relèvera que la demanderesse ne pourrait opposer à la défenderesse un éventuel défaut de pouvoir de représentation entachant l'acte constitutif. En effet, cette dernière n'étant pas partie à cet acte unilatéral, rien n'indique qu'elle aurait dû avoir connaissance du vice. Elle pouvait ainsi se fier de bonne foi à l'inscription au registre foncier et au titre au porteur.

16. Le premier juge a considéré qu'en raison de l'extinction de la dette de la demanderesse par la réalisation du bien de la défenderesse, celle-ci s'était ex lege subrogée dans les droits de la H _____.

L'appelante estime quant à elle que la subrogation ne pouvait se rapporter qu'à la créance abstraite contenue dans la cédule. Elle en déduit tout d'abord que la défenderesse aurait dû faire valoir ses droits par le biais d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, puisque la créance abstraite était garantie par un tel droit de gage. Elle prétend en outre que la défenderesse ne peut se prévaloir de l'art. 827 CC dès lors qu'elle a choisi d'introduire une poursuite portant sur la créance causale, au lieu de la créance abstraite contenue dans la cédule. Or, la créance causale serait inexistante, puisque les parties n'ont pas entretenu de rapports juridiques à l'occasion de la signature du contrat-cadre et que la banque n'a pas non plus cédé la créance fondée sur le contrat de prêt.

16.1 Aux arrêts 4A_70/2013 du 28 mai 2013, 5A_549/2014 du 17 décembre 2014 et 5A_658/2019 du 7 juillet 2020, le Tribunal fédéral a été amené à se prononcer à trois reprises sur le même litige. Il s'agissait d'un propriétaire immobilier (A) qui avait grevé ses immeubles de cédules hypothécaires, remises en pleine propriété à titre fiduciaire à la banque (C) en garantie d'un prêt concédé à X, fille de A, et à son gendre (Y) destiné à leur permettre de construire une habitation sur l'un des fonds appartenant à A. A cette fin, A a constitué en faveur de X et Y une servitude personnelle de superficie. Par une décision de justice, il a obtenu de C la restitution des trois cédules litigieuses, contre paiement du montant dû. Par la suite, le propriétaire (A) avait dénoncé les cédules.

La première action (4A_70/2013 du 28 mai 2013), introduite par le propriétaire A contre la banque (C), tendait d'une part à la réparation du dommage consécutif au fait que C avait refusé de restituer les cédules, jusqu'à ce qu'elle y soit contrainte par décision judiciaire, et d'autre part à l'indemnisation pour le gain manqué sur les intérêts contractuels qu'il aurait touchés s'il avait été subrogé dès novembre 2007 aux droits dont jouissait la défenderesse (C) en vertu du contrat de prêt.

Le Tribunal fédéral a tout d'abord indiqué que la subrogation prévue à l'art. 827 CC permet au tiers propriétaire qui paie la totalité de la dette d'exiger du créancier qu'il lui remette le titre non annulé. Il s'agit d'une prétention réelle en restitution (consid. 2.3). La subrogation légale ne prend effet qu'avec le paiement opéré par le propriétaire, voire au moment de la consignation, si le créancier refuse le paiement. Dans le cas qui lui était soumis, le Tribunal fédéral a nié le droit à l'indemnisation du gain manqué, au motif qu'en l'absence de consignation, le créancier n'était pas en demeure. Par ailleurs, faute de consignation, le demandeur n'avait pas été privé de la possibilité de faire fructifier le capital destiné à l'extinction de la dette du créancier pendant la période où celui-ci refusait à tort le paiement.

Le second procès (5A_549/2014 du 17 décembre 2014) faisait suite à une poursuite ordinaire introduite par le propriétaire A contre le débiteur Y (entre temps divorcé de X), tendant au remboursement du prêt obtenu de C, en capital et intérêts. Le propriétaire A s'étant vu refuser la mainlevée, il avait recouru au Tribunal fédéral. La haute Cour a admis que, par le renvoi de l'art. 845 al. 1 aCC (correspondant à l'art. 844 al. 1 nCC) à l'art. 827 CC, qui constitue un cas d'application de l'art. 110 ch. 1 CO, le propriétaire A était légalement subrogé aux droits de C. Il s'est ensuite demandé quels étaient les droits dans lesquels A avait été subrogé. A ce sujet, il a rappelé que, selon la jurisprudence, lorsque la cédula hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie, il n'y a pas novation de la créance garantie; on distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire), constatée dans la cédula hypothécaire, garantie par le gage immobilier, et la créance causale (ou créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédula a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. Il a considéré que la subrogation aux droits du créancier se rapportait aux créances abstraites incorporées dans les cédules. Or, dans la poursuite, le propriétaire A se prévalait du contrat de prêt et non des créances cédulaires (abstraites) constatées par les titres de gage. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'existence, défendue par la doctrine, d'une créance récursoire issue du rapport (de couverture) avec le débiteur (soit en l'occurrence

entre A d'une part et X et Y de l'autre), pour le double motif d'une part que le poursuivant ne faisait pas valoir une telle prétention mais une créance découlant du contrat de prêt conclu entre C et X-Y et d'autre part du fait que l'éventuelle créance récursoire ne résultait pas d'une reconnaissance de dette, qui pourrait fonder la mainlevée de l'opposition.

Le dernier procès (5A_658/2019 du 7 juillet 2020) opposait A au codébiteur Y et portait sur le retour anticipé de la servitude de superficie et au paiement du montant que A avait déboursé pour désintéresser C. Cette fois, le Tribunal fédéral a reconnu l'existence, défendue par la doctrine, d'une créance récursoire issue du rapport (de couverture) avec le débiteur, le plus souvent un contrat de mandat (art. 398 ss CO) ; cette créance, qui concourt avec la créance subrogatoire, se fonde sur l'art. 402 al. 1 CO et n'est assortie d'aucun droit accessoire. Il a considéré qu'en l'occurrence, A faisait valoir une telle créance, qu'elle reposait sur l'accord consistant dans la mise à disposition du bien-fonds en vue de garantir la dette des superficiaires à l'égard C, qualifié de contrat de mandat, plus particulièrement sur le droit du mandataire (en l'occurrence A) au remboursement des impenses (en l'occurrence le montant payé par A à C) prévu par l'art. 402 al. 1 CO.

16.2 En vertu de l'art. 41 al. 1bis LP, lorsqu'une poursuite par voie de saisie ou de faillite est introduite pour une créance garantie par gage, le débiteur peut demander - lorsqu'il n'y a pas renoncé conventionnellement (ATF 120 III 105 consid. 1; arrêt 7B.249/2003 du 7 janvier 2004 consid. 2 et les références) -, par la voie de la plainte des art. 17 ss LP, que le créancier exerce d'abord son droit sur l'objet du gage. Selon la jurisprudence, le débiteur poursuivi qui invoque le *beneficium excussionis realis* doit alors démontrer que la créance en poursuite est garantie par gage (ATF 106 III 5 consid. 1 et les références ; arrêt 5A_295/2012 du 9 octobre 2012 consid. 4.1).

16.3 En l'espèce, il appartenait, le cas échéant, à la demanderesse de faire valoir l'exception de *beneficium excussionis realis* par la voie de la plainte dans le cadre de la poursuite, ce qu'elle n'a pas fait. Son premier grief, soulevé dans le cadre de l'action en libération de dette, est dès lors tardif.

A cela s'ajoute que la demanderesse n'a pas établi que la créance déduite en justice était garantie par gage. Et pour cause, puisque le gage s'est éteint lors de la réalisation de l'immeuble grevé (art. 801 CC ; art. 110 ORFI). La subrogation ne pouvait dès lors porter que sur la créance, sans les accessoires, qui n'existaient plus.

16.4 Comme on l'a vu, tant le titre de la cédule que l'inscription au registre foncier ont été supprimés à la suite de la vente forcée. La créance abstraite s'est éteinte à cette

occasion. Demeuraient la créance causale de la banque, pour le solde du crédit, intérêts et frais, non couverts par le produit de la réalisation du gage, ainsi que la créance de la défenderesse née de la subrogation légale. Contrairement à l'avis de l'appelante, la poursuite ne pouvait dès lors pas porter sur la créance abstraite, mais uniquement sur la créance née de la subrogation. C'est d'ailleurs bien ainsi que la défenderesse l'a compris. Sa réquisition de poursuite fait référence dans l'ordre à la vente aux enchères, à l'inexécution du contrat de crédit, à la dénonciation par la H _____ de la cédule et à la subrogation fondée sur l'art. 827 al. 2 CC. On comprend que la poursuivante réclame le paiement d'une créance fondée sur l'art. 827 CC, consécutive à la vente forcée de son appartement, requise par la H _____, au bénéfice d'une cédule, en raison de l'inexécution par la demanderesse de ses obligations résultant du contrat de crédit. Il en aurait été différemment si, pour éviter la vente de son bien, la défenderesse avait désintéressé la banque, ce qui lui aurait permis d'exiger le transfert de la cédule (comme dans le cas visé à arrêt 4A_70/2013 précité). A noter encore qu'en réalité, la H _____ n'avait pas acquis la titularité sur la créance abstraite, puisque la cédule ne lui avait pas été remise en pleine propriété, mais uniquement en nantissement. Egalement pour ce motif, il est exclu que, par l'effet de la subrogation, la défenderesse ait pu devenir titulaire de la créance abstraite. En raison de ces deux points, le présent cas n'est ainsi pas comparable à celui visé par l'arrêt 5A_549/2014 du 17 décembre 2014.

Par l'effet de la subrogation, la défenderesse est devenue titulaire de la créance causale, soit la créance découlant du contrat de prêt entre la demanderesse et la H _____, pour le montant à hauteur duquel la banque a été désintéressée. Il importe dès lors peu que la défenderesse n'ait effectivement pas pris part au contrat de crédit ni ne s'en soit fait céder les droits. Le transfert de titularité est intervenu par le seul effet de la loi (art. 110 CO et 827 al. 2 CC) au moment où la H _____ a reçu le produit de la réalisation de l'appartement.

On peut également fonder la prétention de la défenderesse sur le rapport de couverture la liant à la demanderesse. Le 29 juillet 2011, la défenderesse a en effet accepté de remettre à la banque la cédule grevant son immeuble de manière à permettre le financement des travaux entrepris par la demanderesse. Il s'agit d'une prestation de service accomplie dans l'intérêt de la demanderesse. Cette dernière avait connaissance de la démarche de la défenderesse et l'a acceptée, puisque le nantissement de la cédule était expressément mentionné dans le contrat de crédit qu'elle a signé. Partant, les

parties étaient liées par un contrat de mandat et la défenderesse peut invoquer l'art. 402 CO, comme dans l'arrêt 5A_658/2019 précité.

En conséquence, l'appel est intégralement rejeté.

17. Vu le sort de l'appel, la répartition et la quotité, non contestée, des frais et dépens de première instance, sont confirmées. Par ailleurs, l'intégralité des frais et dépens de seconde instance sont mis à la charge de l'appelante (art. 106 CPC).

En appel, l'émolument est calculé par référence au barème applicable en première instance et peut tenir compte d'un coefficient de réduction de 60 % (art. 19 LTar). Les critères de fixation des frais en première et en seconde instance sont identiques (cf. art. 13 al. 1 LTar).

Compte tenu du degré de difficulté de la présente cause, de son ampleur et de la valeur litigieuse et eu égard aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations, notamment, l'émolument de justice est arrêté à 5000 francs.

Les honoraires en appel sont calculés par référence au barème applicable en première instance, compte tenu d'un coefficient de réduction de 60 %.

Vu l'ampleur de la cause et son degré de difficulté, mais aussi la valeur litigieuse et l'activité utilement déployée en seconde instance par l'avocat de la défenderesse, ses dépens sont arrêtés à 6000 fr., TVA et débours compris (art. 27, 29 al. 2, 32 al. 1 et 35 al. 1 let. a LTar).

Par ces motifs,

Prononce

L'appel formé par V _____ à l'encontre du jugement du Tribunal des districts de Z _____ du 3 novembre 2020 est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

1. En conséquence, l'action en libération de dette déposée le 31 mai 2019 par V _____ dans le cadre de la poursuite no xxx est intégralement rejetée.
2. Il est constaté que V _____ doit à X _____ la somme de 175'119 fr. 15 avec intérêt moratoire au taux de 5% l'an dès le 7 juin 2016.

3. Les frais, par 13'000 fr. (frais de première instance : 8000 fr. ; frais d'appel : 5000 fr.) sont mis à la charge de V _____.
4. V _____ versera à X _____ une équitable indemnité de 20'000 fr. (première instance : 14'000 fr. ; seconde instance : 6000 fr.) à titre de dépens.

Sion, le 2 janvier 2023