

Tribunal fédéral – 5A\_295/2023  
II<sup>e</sup> Cour de droit civil  
Arrêt du 15 août 2023

Bundesgericht – 5A\_295/2023  
II. zivilrechtliche Abteilung  
Urteil vom 15. August 2023

Poursuite pour dettes et  
faillite  
*Schuldbetreibung und  
Konkurs*

Procédure de mainlevée ;  
poursuite engagée contre  
une caution ; réalisation  
forcée par le créancier  
gagiste et extinction du  
droit de gage ; certificat  
d'insuffisance de gage ;  
liquidation spéciale de  
l'immeuble mise en gage ;  
remise d'une cédule  
hypothécaire à titre  
fiduciaire  
*Rechtsöffnungsverfahren ;  
Betreibung gegen einen  
Bürgen ; Zwangsverwertung  
durch den Pfandgläubiger  
und Erlöschen des  
Pfandrechts ;  
Pfandausfallschein ;  
Sonderliquidation der  
verpfändeten Liegenschaft ;  
treuhänderische Übergabe  
eines Schuldbriefs*

Art. 82, 230 LP ; 816 CC  
Art. 82, 230 SchKG ; 816 ZGB

**Procédure de mainlevée** (art. 82 LP) – (consid. 5.1.1). **Poursuite engagée contre une caution** – (consid. 5.1.2). **Réalisation forcée par le créancier gagiste et extinction du droit de gage** – (consid. 5.2.2.1). **Certificat d'insuffisance de gage** – (consid. 5.2.2.2). **Liquidation spéciale de l'immeuble mise en gage** – (consid. 5.3).

**Remise d'une cédule hypothécaire à titre fiduciaire** – Lorsque les parties conviennent, par contrat de fiducie, que la cédule hypothécaire est remise au créancier en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie, il n'y a pas novation de la créance garantie ; la créance incorporée dans la cédule se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite garantie par le gage immobilier et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt. Ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier alors que la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (consid. 5.2.1).

**Rechtsöffnungsverfahren** (Art. 82 SchKG) – (E. 5.1.1). **Betreibung gegen einen Bürgen** – (E. 5.1.2). **Zwangsverwertung durch den Pfandgläubiger und Erlöschen des Pfandrechts** – (E. 5.2.2.1). **Bescheinigung über die Unzulänglichkeit des Pfandrechts** – (E. 5.2.2.2). **Sonderliquidation der verpfändeten Liegenschaft** – (E. 5.3).

**Treuhänderische Übergabe eines Schuldbriefs** – Wenn die Parteien in einem Treuhandvertrag vereinbaren, dass der Schuldbrief dem Gläubiger treuhänderisch zur Sicherung des Eigentums übergeben wird, liegt keine Novation der gesicherten Forderung vor ; die in den Schuldbrief aufgenommene Forderung tritt neben die gesicherte Forderung, um deren Eintreibung zu

erleichtern. Man unterscheidet zwischen der abstrakten Forderung, die durch das Grundpfandrecht gesichert ist, und der kausalen Forderung (oder gesicherten Forderung oder auch Grundforderung), die aus dem Grundverhältnis, in der Regel einem Darlehensvertrag, resultiert. Diese beiden Forderungen sind voneinander unabhängig. Die abstrakte und grundpfandrechtl. gesicherte Forderung muss Gegenstand einer Betreibung auf Grundpfandverwertung sein, während die Kausalforderung Gegenstand einer ordentlichen Betreibung sein muss (E. 5.2.1).

#### Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,  
von Werdt et Bovey.  
Greffière : Mme Achtari.

#### Participants à la procédure

A.,  
recourant,

#### *contre*

Banque B.,  
représentée par Me Markus Meuwly, avocat,  
intimée.

#### Objet

mainlevée provisoire de l'opposition (art. 82 LP),

recours contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, IIe Cour d'appel civil, du 14 mars 2023 (102 2022 251).

#### **Faits :**

##### **A.**

**A.a.** Par contrat du 10 octobre 2012, la Banque B. a accordé à C. AG un crédit sous forme d'avance à terme fixe (n° xxx) de 1'250'000 fr. à un taux d'intérêt de 2,65%, à amortir par deux versements de 625'000 fr. payables le 15 octobre 2013 et le 15 octobre 2014.

L'avance à terme était liée à l'acquisition, par C. AG, d'un immeuble, art. yyy, sis U., au prix de 5'000'000 fr., pour laquelle, par contrat du même jour, la banque a également accordé à la société un crédit hypothécaire de 3'750'000 fr., avec intérêt à 1,75%.

Les deux crédits ont été garantis par deux cédulas hypothécaires en faveur de la banque, à hauteur de 2'750'000 fr. (en premier rang) et de 2'250'000 fr. (deuxième rang), grevant l'immeuble précité.

L'avance à terme fixe était également garantie par un cautionnement solidaire de D., A., et E. à hauteur de 1'500'000 fr. Le cautionnement solidaire concédé par A. a été conclu le 9 octobre 2012 en la forme authentique.

Par contrat du 9 décembre 2014, les parties ont prolongé la durée de l'avance à terme fixe de 1'250'000 fr. du 15 octobre 2014 au 31 mars 2015, avec les mêmes garanties, à un taux d'intérêt de 2,31%, à amortir par trois versements de 250'000 fr. le 31 décembre 2014, 500'000 fr. le 15 février 2015 et de 500'000 fr. le 31 mars 2015.

**A.b.** En raison de retards dans le paiement des amortissements, la Banque B. a accordé C. AG un ultime délai au 15 août 2017 pour rembourser l'avance à terme fixe de 1'250'000 fr. et les intérêts de 14'595 fr. 50.

Le 25 septembre 2017, elle a résilié au 31 décembre 2017 le contrat de crédit de 1'250'000 fr. accordé à l'emprunteuse. Elle en a informé A. par courrier du même jour et lui a indiqué que le délai qui lui était octroyé pour le remboursement en tant que débiteur solidaire était au 31 décembre 2017.

**A.c.**

**A.c.a.** Par décision du 17 mars 2020, la faillite de C. AG a été prononcée. La procédure a été suspendue faute d'actifs, par décision du 11 août 2020, et la société radiée du registre du commerce.

**A.c.b.** Le 31 août 2020, à la demande de la Banque B., l'Office des faillites de St-Gall, office régional de F., a ordonné la liquidation spéciale selon l'art. 230a LP de l'immeuble art. yyy.

Selon l'état des charges du 9 octobre 2020, la BCF a annoncé une créance totale de 5'485'988 fr., composée d'une créance de 4'005'741 fr. 35 résultant d'un prêt hypothécaire, d'une créance de 1'350'054 fr. 25 résultant de l'avance à terme fixe (capital: 1'250'000 fr., intérêts: 100'054 fr. 35 au total), de créances de comptes courants de 112'371 fr. 55 et 106 fr. 55, ainsi que des frais de poursuite de 17'714 fr. 30. L'Office des faillites de St-Gall a admis cette créance à hauteur de 5'402'075 fr. 90, considérant que des prétentions découlant des comptes courants, à hauteur de 102'264 fr. 20, n'étaient pas couvertes par le gage immobilier.

Dans la publication du 19 avril 2021, l'Office des faillites de St-Gall a estimé l'immeuble à 4'900'000 fr. La vente aux enchères a eu lieu le 26 mai 2021 et la Banque B. a acquis ce bien au prix de 3'500'000 fr., payable par compensation avec le produit de vente de 3'344'770 fr. 90 lui revenant en sa qualité de créancière gagiste et par le versement du montant de 155'229 fr. 10.

Selon le décompte de l'Office des faillites de St-Gall du 18 août 2021, les créances garanties par gage de la Banque B., de 5'383'723 fr. 80 au total, étaient couvertes à raison de 3'344'770 fr. 90 par le prix de vente, de sorte que la poursuivante subissait une perte de 2'038'952 fr. 90 sur le 2<sup>ème</sup> rang.

L'office précisait dans ce document qu'aucun certificat d'insuffisance de gage pour la perte précitée n'était établi dans la procédure de liquidation spéciale.

**A.d.** Le 7 septembre 2021, sur réquisition de la Banque B., l'Office des poursuites de la Sarine a notifié à A. le commandement de payer n° zzz portant sur une créance de 1'391'351 fr. 95, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2021, découlant du cautionnement solidaire souscrit le 9 octobre 2012 à concurrence de 1'500'000 fr. en garantie du prêt n° xxx.

Le débiteur a fait opposition totale.

**B.**

**B.a.**

**B.a.a.** Par requête du 5 mai 2022, la Banque B. a requis de la Présidente du Tribunal d'arrondissement de la Sarine (ci-après: présidente) la mainlevée provisoire de l'opposition. Elle a exposé que, en date du 30 juin 2021, la débitrice principale lui devait, en vertu du contrat de crédit du 9 décembre 2014, 1'250'000 fr. en remboursement du capital de l'avance à terme fixe, 141'273 fr. 30 en paiement des intérêts et frais bancaires, et 78 fr. 65 en paiement d'intérêts moratoires.

La poursuivante a complété cette requête le 25 mai 2022. Elle a exposé en substance que la réalisation du gage immobilier s'était soldée par une perte de 2'038'952 fr. 90 et que, en vertu des conditions générales du contrat, elle avait entièrement compensé le produit de la vente du gage immobilier de 3'500'000 fr. par la créance de 4'005'741 fr. du prêt hypothécaire, de sorte que la créance à l'encontre de la débitrice principale résultant des contrats de prêt des 10 décembre 2012 et 9 décembre 2014 n'était pas couverte par le produit de la réalisation du gage immobilier.

Le poursuivi a conclu au rejet de la requête. Il a fait valoir que la dette avait été entièrement amortie par l'acquisition de l'immeuble avec les deux cédules hypothécaires d'un montant total de 5'000'000 fr.

**B.a.b.** Par décision du 29 novembre 2022, la présidente a partiellement admis la requête et prononcé la mainlevée provisoire à concurrence de 100'054 fr. 25, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2021, ainsi que les frais de poursuite.

En substance, elle a jugé que le contrat de cautionnement solidaire constituait un titre de mainlevée provisoire, en particulier que les conditions de recours contre la caution étaient remplies. Toutefois, elle a considéré que la situation juridique relative à la dette principale était floue " lorsque, suite à la réalisation d'un bien, le créancier acquiert lui-même le bien garanti dont la valeur couvre dite dette

principale, mais le produit de la réalisation du gage ne la couvre pas ". Elle a retenu que, bien que le produit de réalisation du gage immobilier n'avait pas suffi à désintéresser la poursuivante, aucun certificat d'insuffisance de gage valant reconnaissance de dette n'avait pu être délivré. En conséquence, il ne pouvait être constaté que la poursuivante avait subi la perte alléguée de 2'038'952 fr. 90. Toutefois, les intérêts et les frais accessoires n'étaient pas couverts suite à l'acquisition de l'immeuble, de sorte qu'il fallait admettre la mainlevée pour la différence entre la créance de 1'350'054 fr. 25 ressortant de l'état des charges et le montant du crédit de 1'250'000 fr.

**B.b.** Par arrêt du 14 mars 2023, le Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg a admis le recours interjeté par la Banque B. contre cette décision. Elle a réformé celle-ci en ce sens que la mainlevée de l'opposition au commandement de payer n° zzz est prononcée à concurrence de 1'391'351 fr. 95, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2021, ainsi que pour les frais de poursuite.

**C.**

Par acte posté le 19 avril 2023, A. interjette un recours en matière civile contre cet arrêt devant le Tribunal fédéral. Il conclut principalement à sa réforme en ce sens notamment que la requête de mainlevée soit refusée et qu'il soit constaté qu'il ne doit aucune prestation en vertu du cautionnement et que, avec la radiation des cédulas au registre foncier, le cautionnement est également éteint. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de cet arrêt et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. En substance, il soutient que sa dette est éteinte.

Il requiert également d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire.

Des observations au fond n'ont pas été requises.

**D.**

Par ordonnance du 17 mai 2023, l'effet suspensif a été attribué au recours.

**Considérant en droit :**

**1.**

**1.1.** Bien que le mémoire de recours ait été rédigé en allemand, le présent arrêt sera rendu en français, langue de la décision attaquée, conformément à l'art. 54 al. 1 LTF.

**1.2.** Le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 *cum* 46 al. 1 let. b LTF) à l'encontre d'une décision finale (art. 90 LTF; **ATF 134 III 115** consid. 1.1), rendue en matière de poursuite pour dettes (art. 72 al. 2 let. a LTF, en relation avec l'art. 82 LP) par le tribunal supérieur d'un canton ayant statué sur recours (art. 75 al. 1 et 2 LTF); la valeur litigieuse de 30'000 fr. est atteinte (art. 74 al. 1 let. b LTF). Le recourant, qui a succombé devant la juridiction précédente, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

**1.3.** Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 1 LTF). Partant, le recourant n'ayant pas recouru devant l'instance cantonale, sa conclusion en réforme prise en instance fédérale est irrecevable, en tant qu'elle excède le dispositif de la décision de première instance prononçant la mainlevée de l'opposition à concurrence de 100'054 fr. 25, avec intérêts à 5% l'an dès le 30 juin 2021, ainsi que pour les frais de poursuites.

Par ailleurs, selon un principe général de procédure, les conclusions constatatoires ne sont recevables que lorsque des conclusions condamnatoires ou formatrices sont exclues; les conclusions constatatoires ont donc un caractère subsidiaire (**ATF 141 II 113** consid. 1.7; arrêt 5A\_693/2022 du 6 mars 2023 consid. 1.2). Partant, les conclusions du recourant tendant à faire constater qu'il n'est plus débiteur d'une quelconque dette en exécution du contrat de cautionnement sont irrecevables, puisque celle, réformatoire, tendant à ce que l'intimée soit déboutée de ses conclusions en mainlevée est suffisante.

**2.**

**2.1.** Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se

fondant sur d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (**ATF 146 IV 88** consid. 1.3.2; **145 IV 228** consid. 2.1 et la référence). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (**ATF 142 III 364** consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (**ATF 146 IV 297** consid. 1.2; **142 I 99** consid. 1.7.1; **142 III 364** consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; **ATF 146 IV 114** consid. 2.1; **144 II 313** consid. 5.1).

**2.2.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Lorsque, comme en l'espèce, l'autorité précédente était saisie d'un recours *stricto sensu*, de sorte que son pouvoir d'examen était limité à l'arbitraire s'agissant des faits retenus par le premier juge (art. 320 let. b CPC), le Tribunal fédéral contrôle librement la manière dont elle a fait usage de sa cognition limitée, en recherchant, dans le cadre des griefs qui lui sont présentés, si elle a nié – ou admis – à tort l'arbitraire de l'appréciation en fait opérée par le premier juge (interdiction de l'"arbitraire au carré"; **ATF 116 III 70** consid. 2b; **112 I 350** consid. 1; arrêt 5A\_972/2021 du 2 février 2023 consid. 1.3 et les autres références). Pour satisfaire cependant aux exigences de motivation de l'art. 106 al. 2 LTF, le recourant doit se plaindre non seulement de ce que les juges cantonaux ont admis ou refusé, à tort, de qualifier d'arbitraire l'appréciation des preuves de l'autorité inférieure, mais également s'en prendre aux considérations de celle-ci (arrêt 5A\_388/2011 du 19 août 2011 consid. 2 et les références). Comme la décision entreprise est celle qui a été rendue par l'autorité cantonale de dernière instance, et non pas le jugement à elle déféré, ce libre examen ne saurait être opéré de manière plus approfondie que celui auquel l'autorité cantonale de dernière instance s'est elle-même livrée (arrêt 5A\_455/2022 du 9 novembre 2022 consid. 3.2 et les références).

En l'espèce, le recourant dissémine dans son recours des reproches d'arbitraire dans l'établissement des faits. Outre que la majorité de ceux-ci tend en réalité à discuter les conséquences juridiques de l'adjudication d'un immeuble au créancier gagiste lui-même, il ne présente aucune argumentation conforme aux réquisits susmentionnés. Au contraire, dans ses propos confus, le recourant se borne en effet à opposer sa propre version des faits, sans exposer les moyens de preuve que l'autorité cantonale aurait ignorés. Il suit de là que le grief d'arbitraire dans l'établissement des faits (art. 9 Cst.) doit être d'emblée déclaré irrecevable.

### 3.

L'autorité cantonale a retenu que, selon le décompte de répartition du 18 août 2021, la réalisation du gage immobilier avait entraîné une perte de 2'038'952 fr. 90 pour l'intimée, de sorte que le premier juge avait arbitrairement nié la constatation de cette perte, étant précisé que seule était pertinente à cet égard la valeur effectivement obtenue lors de la vente aux enchères du gage.

Elle a ensuite considéré que l'absence du certificat d'insuffisance de gage valant titre de mainlevée n'avait aucune incidence, étant donné que le titre de mainlevée invoqué dans la procédure, et reconnu valable par le premier juge, était le contrat de cautionnement.

Enfin, l'autorité cantonale a considéré que, pour la seule raison que les dettes en question n'avaient pas été déléguées à l'acheteur, selon le décompte du 18 août 2021, il n'y avait aucune confusion possible entre le statut de débitrice et de créancière de l'intimée qui éteindrait la créance principale et, partant, le cautionnement.

Au vu de ces éléments, elle a admis la requête de mainlevée provisoire.

### 4.

Le recourant soutient en substance que la dette principale a été éteinte lors de l'acquisition de l'immeuble "et des cédulas hypothécaires" valant 5'000'000 fr. par l'intimée. A cet égard, on décèle de sa critique des plus confuse, dont on peine en grande partie à comprendre le lien avec la motivation de l'arrêt attaqué, qu'il tente de développer plusieurs arguments visant à rendre vraisemblable sa libération (art. 82 al. 2 LP) : l'acquisition "des cédulas hypothécaires" par l'intimée aurait donné lieu à

une compensation; l'intimée aurait omis de requérir son consentement lors de la reprise de dette, de sorte que le cautionnement serait éteint de par la loi (art. 178 al. 2 *cum* 493 al. 5 CO); l'acquisition de l'immeuble aurait entraîné l'extinction de la dette principale (art. 135 LP), de même que le cautionnement serait éteint avec la radiation des cédulas hypothécaires du registre foncier et sa dette serait éteinte en raison de son caractère accessoire (art. 114 al. 1 et 509 al. 1 CO); la dette principale serait éteinte en raison de la confusion au sens de l'art. 118 al. 1 CO; la caution pourrait faire valoir la compensation et refuser ainsi le paiement selon les art. 121 et 502 CO. Sans présenter de motivation, il relève aussi l'absence de certificat d'insuffisance de gage valant titre de mainlevée.

## 5.

Par la critique qui précède, on comprend que le recourant entend se prévaloir d'une exception au sens de l'art. 82 al. 2 LP, soit de l'extinction de sa dette suite à celle de la dette principale de prêt pour différentes causes (confusion suite à l'acquisition par l'intimée de l'immeuble mis en gage; paiement au vu de la valeur de l'immeuble et des cédulas hypothécaires équivalente à la dette principale, l'intimée n'ayant en outre pas obtenu de certificat d'insuffisance de gage).

### 5.1.

**5.1.1.** En vertu de l'art. 82 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 (al. 1); le juge la prononce si le débiteur ne rend pas immédiatement vraisemblable sa libération (al. 2).

La procédure de mainlevée provisoire, ou définitive, est une procédure sur pièces (*Urkundenprozess*), dont le but n'est pas de constater la réalité de la créance en poursuite, mais l'existence d'un titre exécutoire. Le juge de la mainlevée examine uniquement la force probante du titre produit par le poursuivant, sa nature formelle, et lui attribue force exécutoire si le poursuivi ne rend pas immédiatement vraisemblables ses moyens libératoires (**ATF 142 III 720** consid. 4.1; **132 III 140** consid. 4.1.1 et les références).

**5.1.2.** Lorsqu'une poursuite est engagée contre la caution, celle-ci peut rendre vraisemblables ses exceptions tenant à l'existence et au montant de la dette principale à titre de moyen libératoire au sens de l'art. 82 al. 2 LP. En effet, la garantie étant l'accessoire de la dette principale, la caution doit être autorisée à faire valoir ses moyens concernant tant sa dette que la dette principale (arrêt 5A\_477/2011 du 10 octobre 2011 consid. 5.2.1). La caution peut notamment se prévaloir des exceptions concernant la validité de la reconnaissance de dette ou la naissance de l'engagement, la portée ou encore l'extinction de celui-ci (arrêts 5A\_1036/2018 du 15 mai 2019 consid. 4.1.2; 5A\_477/2011 précité consid. 5.2.1).

Le poursuivi n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, mais seulement à les rendre vraisemblables, en principe par titre (art. 254 al. 1 CPC; **ATF 145 III 20** consid. 4.1.2; **142 III 720** consid. 4.1 et les arrêts cités). Le juge n'a pas à être persuadé de l'existence des faits allégués; il doit, en se fondant sur des éléments objectifs, avoir l'impression qu'ils se sont produits, sans exclure pour autant la possibilité qu'ils se soient déroulés autrement (**ATF 142 III 720** consid. 4.1; **132 III 140** consid. 4.1.2).

### 5.2.

**5.2.1.** Lorsque les parties conviennent – par contrat de fiducie – que 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; la créance incorporée dans la cédula se juxtapose à la créance garantie en vue d'en faciliter le recouvrement. On distingue alors la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédula hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore 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. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (**ATF 140 III 180** consid. 5.1.1).

### 5.2.2.

**5.2.2.1.** Lorsque le créancier gagiste dont la créance garantie est exigible provoque lui-même la réalisation forcée en mettant en oeuvre son droit de gage, il a le droit de se payer sur le prix de l'immeuble (art. 816 al. 1 CC; cf. aussi art. 135 al. 1 3<sup>ème</sup> phr. LP). Plus précisément, le droit du créancier consiste à pouvoir requérir la vente de l'immeuble et à être désintéressé sur le produit de la réalisation. Le créancier ne peut pas s'approprier l'immeuble à défaut de paiement (art. 816 al. 2 CC; STEINAUER, *Les droits réels*, tome III, 5<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 4278 et 4280).

Le droit de gage s'éteint, que la créance qu'il garantit soit ou non complètement couverte par le produit de la réalisation. En effet, si un créancier gagiste laisse procéder à la vente de son droit de gage, celui-ci a atteint son but et doit donc en principe être radié du registre foncier (art. 68 al. 1 let. b et 69 ORFI). L'extinction du droit de gage ne peut pas être subordonnée au résultat favorable de la réalisation. Elle se produit au contraire même quand la créance garantie par gage n'est pas couverte ou pas entièrement. En d'autres termes, tous les droits de gage garantissant une créance exigible s'éteignent, indépendamment de leur rang et de la question de savoir si la créance a été couverte par le produit de la réalisation (**ATF 108 II 183** consid. 2; arrêt 5A\_326/2018 du 28 septembre 2018 consid. 4.2.2.1 et les références, publié *in* SJ 2019 I p. 217, Pra 2020 p. 147 et RNR 2021 p. 176). Le gage n'est cependant pas radié si le créancier gagiste poursuivant acquiert l'immeuble et que le titre à l'origine de la poursuite a été complètement couvert. Si le gage n'a été couvert qu'en partie, la radiation n'interviendra qu'à due concurrence (**ATF 121 III 432** consid. 2a; FOËX, *in* Commentaire romand, LP, 2005, n° 78 ad art. 156 LP).

**5.2.2.2.** Les créances qui n'ont pas été soldées malgré la réalisation du gage ne s'éteignent pas, contrairement au droit de gage. Les créanciers reçoivent un certificat d'insuffisance de gage. Ce document démontre que le droit de gage a pris fin, mais n'entraîne pas novation de la créance (GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, 2000, n° 41 ad art. 158 LP). Il permet au créancier gagiste d'engager des poursuites pour la créance en souffrance sur les autres biens du débiteur. Dans le délai d'un mois à compter de la notification du certificat d'insuffisance de gage, le créancier peut agir contre le débiteur en étant dispensé du commandement de payer (art. 158 al. 2 LP; **ATF 121 III 486** consid. 3b; arrêt 7B.180/2006 du 1<sup>er</sup> décembre 2006 consid. 1.4; 7B.76/2003 du 2 juin 2003 consid. 1).

**5.3.** Si des valeurs mises en gage se trouvent dans la masse en faillite d'une personne morale et que la faillite a été suspendue faute d'actifs (art. 230 LP), chaque créancier gagiste peut néanmoins demander à l'office des faillites la réalisation de son gage (art. 230a al. 2 LP; liquidation spéciale). Ainsi, la suspension de la procédure de faillite faute d'actifs et la clôture de la procédure qui en découle ne déploient pas leurs effets sur l'ensemble de la masse en faillite. Chaque créancier hypothécaire peut exclure l'immeuble soumis au gage de la suspension de la faillite et de l'effet de clôture, avec pour conséquence qu'au lieu de la liquidation générale en faveur de tous les créanciers, seule une liquidation spéciale de l'immeuble concerné a lieu (arrêt 5A\_896/2010 du 11 mars 2011 consid. 4.2.2). La loi ne règle pas spécifiquement cette réalisation, raison pour laquelle la procédure sommaire de faillite s'applique (art. 231 LP; **ATF 140 III 462** consid. 5.1; arrêt 5A\_606/2019 du 3 décembre 2019 consid. 3.1), sauf si les particularités de la liquidation spéciale exigent des dérogations. En particulier, le fait que l'état de collocation se limite à l'état des charges et que les créanciers non garantis par gage n'y participent pas ne change rien au fait que la procédure ("liquidation subséquente") est un instrument du droit de la faillite et qu'elle doit se dérouler selon les principes du droit de la faillite (arrêt 5A\_796/2016 du 4 septembre 2017 consid. 3.3.3, publié *in* BISchK 2018 p. 57).

Dans cette procédure de liquidation, les objets gagés sont en principe réalisés aux enchères. Le principe de l'offre suffisante (art. 126 s. LP) ne s'applique pas. Aucun acte de défaut de biens n'est délivré. Un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 LP) est cependant remis au créancier gagiste qui a demandé la réalisation du gage et qui n'a pas été désintéressé. Pour le montant de son découvert de gage, le créancier gagiste peut engager une poursuite par voie de saisie (art. 230 al. 3 LP; LUSTENBERGER/SCHENKER, *in* Basler Kommentar, SchKG, 3<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 9c ad art. 230a LP; VOUILLOZ, *in* Commentaire romand, LP, 2005, n° 31 ad art. 230a LP; cf. aussi arrêt 5A\_789/2008 du 24 février 2009 consid. 2.4.3).

**5.4.** En l'espèce, les développements hétéroclites du recourant sur l'extinction de la dette – soit la confusion des qualités de créancière et débitrice, la reprise de dette sans son accord, le paiement de la dette au vu de la valeur estimée de l'immeuble – au motif que l'intimée a acquis aux enchères l'immeuble grevé, selon lui "avec les cédules hypothécaires", sont erronés. Ils révèlent une mauvaise compréhension générale du système des gages immobiliers tel que rappelé ci-dessus et les développements du recourant ne permettent nullement de rendre vraisemblable un moyen libératoire.

En effet, dans la procédure de liquidation spéciale, les créances cédulaires mises en poursuite étaient exigibles et ont été, toutefois seulement en partie, payées par compensation (improprement dite: cf. arrêt 7B.148/2000 du 22 août 2000 consid. 1) avec le prix de vente de l'immeuble acquis par l'intimée, de sorte qu'aucune délégation de ces dettes n'a eu lieu. Il ressort du décompte dressé par l'office au terme de la procédure de liquidation spéciale que l'intimée a subi une perte de 2'038'952 fr. 90. La valeur marchande de l'immeuble n'a aucune portée en matière d'exécution forcée pour évaluer la perte subie, l'intimée étant désintéressée sur le prix de l'immeuble obtenu au terme de l'exécution forcée, et non par l'acquisition de l'immeuble. Par ailleurs, outre que l'argumentation du recourant est contradictoire en tant qu'il soutient que les titres ont été radiés mais que l'intimée aurait acquis ceux-ci, la radiation des gages a dû au moins intervenir à concurrence du montant de l'adjudication. Contrairement à ce que semble prétendre le recourant, l'extinction du droit de gage suite à la réalisation forcée n'entraîne pas celle de la créance garantie. En conséquence, la créance de base de l'intimée contre la faillie issue du contrat de prêt, coexistant avec la créance cédulaire, existait encore. Par ailleurs, la créance litigieuse mise en poursuite dans la présente procédure est celle découlant du cautionnement solidaire garantissant la créance de base précitée, et non la créance cédulaire. La qualité de reconnaissance de dette du contrat de cautionnement, valant titre de mainlevée au sens de l'art. 82 LP, n'est pas contestée pour cette créance. C'est à raison que l'autorité cantonale a considéré que, au vu de la portée de ce document, l'absence de certificat d'insuffisance de gage donnant certains droits au créancier gagiste pour recouvrer la partie non couverte de sa créance cédulaire ne permettait nullement au recourant, débiteur du contrat de cautionnement, de prétendre que la créance de base qu'il garantit était vraisemblablement éteinte.

Il suit de là que les griefs du recourant en lien avec l'art. 82 al. 2 LP doivent être rejetés, dans la mesure de leur recevabilité.

## **6.**

En définitive, le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Celui-ci étant dénué de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire est rejetée (art. 64 al. 1 LTF). Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 66 al. 1 LTF). Aucuns dépens ne sont dus à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer et ne s'est pas opposée à l'octroi de l'effet suspensif (art. 68 al. 1 LTF).

### **Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

#### **1.**

Le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

#### **2.**

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée.

#### **3.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

#### **4.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg.

Lausanne, le 15 août 2023



Au nom de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse  
Le Président : Herrmann  
La Greffière : Ahtari