

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 734/2018; 5A 736/2018

Arrêt du 4 décembre 2018

Ile Cour de droit civil

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

Participants à la procédure

1. A. _____,
2. B. _____,
recourants,

contre

C. _____ AG,
représentée par Me Rémy Wyler, avocat,
intimée.

Objet
mainlevée provisoire de l'opposition,

recours contre les arrêts de la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois du 4 juillet 2018 (KC17.041753-180327 et KC17.042157-180328).

Faits :

A.

A.a. Les 19 et 30 août 2010, D. _____ SA, d'une part, et A. _____ et B. _____, d'autre part, ont signé un contrat d'" hypothèque fixe D. _____ ", par lequel la banque a accordé aux deux preneurs de crédit, solidairement entre eux, un prêt de 770'000 fr. Le taux d'intérêt convenu était de 2,81% l'an, pour la durée du contrat, fixée jusqu'au 4 janvier 2017.

Sous la rubrique " Sûretés ", ledit contrat mentionne un droit de gage immobilier d'au moins 770'000 fr. sans rang antérieur grevant la parcelle n°925 de la commune de U. _____ et renvoie pour le surplus à une convention de transfert de propriété à fin de garantie d'une cédula hypothécaire au porteur n°xxxx/xxxxxx signée le 1er janvier 2010 par A. _____ et B. _____ en faveur de D. _____ SA. Ladite cédula, créée le 13 novembre 2006, d'un montant de 1'060'000 fr., avec un taux d'intérêt maximal de 10%, grève en 1er rang la parcelle susmentionnée, en garantie du capital et des intérêts, le créancier ou le débiteur pouvant dénoncer en tout temps le prêt au remboursement total ou partiel, moyennant un préavis de six mois.

La clause n°1 de la convention de transfert de propriété à fin de garantie précise que les titres hypothécaires sont remis à la banque en propriété fiduciaire aux fins de garantir l'exécution de toutes créances issues des contrats que les preneurs de crédit ont conclus ou viendront ultérieurement à conclure, dans le cadre des relations d'affaires déjà existantes, avec l'une ou l'autre des succursales de D. _____. Selon la clause n°2, les preneurs de crédit déclarent, pour le cas où les titres hypothécaires transférés ne les désigneraient pas comme débiteurs,

reprendre les dettes que constatent ces titres. La clause n°3 prévoit ce qui suit: " D._____ est en droit, plutôt que d'exiger l'exécution des créances de crédits devenues exigibles, de faire directement valoir les créances qu'incorporent les titres hypothécaires remis à titre de garantie. Dans un tel cas, D._____ est dispensée de dénoncer, par avis supplémentaire, les créances dérivant des titres. " La clause n°4 stipule notamment que " [d]ès l'exigibilité, fût-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits, D._____ est en droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires constituées en garantie ".

A.b. Le 12 juin 2015, dans le cadre d'un transfert de patrimoine conformément aux art. 69 ss de la loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus; RS 221.301), C._____ AG a repris de D._____ SA les activités de " Retail & Corporate " (" Clientèle privée " et " Clientèle entreprises ") ainsi que de " Wealth Management " comptabilisées en Suisse. L'inscription au journal du registre du commerce du canton de Zurich du 14 juin 2015 atteste de la reprise des actifs et passifs de D._____ SA par C._____ AG de, respectivement, 326'452'272'000 fr. et 313'380'672'000 fr. (cf. FOSC des 28 mai et 17 juin 2015).

A.c. Par lettre du 14 juin 2017, C._____ AG a rappelé à A._____ et B._____ que leur prêt hypothécaire était arrivé à échéance le 4 février 2017 et a exigé le remboursement jusqu'au 30 juin 2017 du capital de 770'000 fr., plus les intérêts contractuels et moratoires, soit au total un montant de 809'230 fr. 80. La lettre précise en outre que, en vertu des clauses nos 3 et 4 du " Transfert de propriété à fin de garantie " signé le 1er janvier 2010, la créance de 1'060'000 fr. incorporée dans la cédula hypothécaire au porteur en premier rang remise à la banque est également devenue exigible le 4 février 2017.

B.

B.a. Le 6 juillet 2017, à la réquisition de C._____ AG, l'Office des poursuites du district de Nyon a notifié à A._____, dans la poursuite en réalisation d'un gage immobilier n°y'yyy'yyy, un commandement de payer le montant de 809'230 fr. 80, plus intérêts à 5% l'an dès le 1er juillet 2017, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation: " Montant dû sur le capital de la cédula hypothécaire sur papier au porteur, grevant en 1er rang à hauteur de 1'060'000 CHF la parcelle n°925 au lieu-dit (...) à U._____. Poursuite conjointe et solidaire avec B._____. " Un commandement de payer correspondant (poursuite en réalisation de gage n°z'zzz'zzz " conjointe et solidaire avec A._____ ") a été notifié le même jour à B._____. Les poursuivis ont formé opposition totale.

B.b. Le 4 septembre 2017, la poursuivante a requis du Juge de paix du district de Nyon la mainlevée provisoire des oppositions pour ce qui concerne tant la créance que le droit de gage.

A l'audience du 2 novembre 2017, A._____, muni d'une procuration aux fins de représenter B._____, a invoqué l'absence de dénonciation au remboursement de la créance cédulaire ou à tout le moins le non-respect du délai de préavis de six mois prévu dans la cédula. Il a également mis en cause la " légitimation active " de la poursuivante; à l'appui de ce moyen, il a produit un document édité par D._____ SA intitulé " Standalone financial statements and regulatory information for the year ended 31 December 2016 ", en soutenant qu'il était impossible de déterminer si, à la suite de la " fusion " de D._____ SA et C._____ AG, son hypothèque était comprise dans les actifs de C._____ AG.

B.c. Par deux prononcés datés du 9 novembre 2017 - dont les motifs ont été adressés aux parties le 14 février 2018 -, le Juge de paix du district de Nyon a notamment prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition aux poursuites en cause et a constaté l'existence du droit de gage.

B.d. Par deux actes postés le 24 février 2018, les poursuivis ont recouru contre les prononcés précités, en concluant notamment à leur réforme en ce sens que la requête de mainlevée provisoire est rejetée et que l'existence du droit de gage n'est pas constatée. La requête d'effet suspensif contenue dans les recours a été admise par décision du 1er mars 2018. Celle tendant à la jonction des causes, également contenue dans les recours, a en revanche été rejetée par décision du 21 mars 2018.

L'intimée s'est déterminée par acte du 30 avril 2018, concluant au rejet du recours.

B.e. Par deux arrêts séparés du 4 juillet 2018 - dont la motivation est identique -, notifiés le 6 juillet 2018, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois a rejeté les recours et confirmé les prononcés attaqués.

C.

Par deux actes séparés postés le 10 septembre 2018 - dont le contenu est identique -, A. _____ et B. _____ exercent chacun un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre les arrêts du 4 juillet 2018. Après avoir sollicité préalablement la jonction des causes, ils concluent, sous suite de dépens, à l'annulation des arrêts attaqués et à leur réforme en ce sens que les requêtes de mainlevée sont rejetées, que le droit de gage de C. _____ AG n'est pas constaté et qu'ils sont libérés des frais et dépens de première et deuxième instance. Subsidiairement, ils sollicitent le renvoi des causes à l'autorité précédente pour nouvelles décisions. Plus subsidiairement, ils concluent à la réforme des arrêts entrepris en ce sens que la jonction des causes est ordonnée et que les frais et dépens mis à leur charge sont " adapt[és] en conséquence ". Pour le surplus, ils requièrent d'être autorisés à " [se]réformer " pour le cas où leur acte de recours comporterait des " ajouts prohibés de faits ou de conclusions " ou ne serait pas compréhensible.

Par courrier du 23 septembre 2018, les recourants ont requis d'être mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

L'intimée conclut au rejet des recours dans la mesure de leur recevabilité.

Considérant en droit :

1.

1.1. Bien que dirigés contre deux décisions distinctes, les recours concernent le même complexe de faits et portent sur les mêmes questions juridiques. Il y a dès lors lieu de joindre les causes et de les traiter dans un seul arrêt (art. 24 al. 2 PCF et 71 LTF).

1.2. Les recours ont été déposés en temps utile (art. 46 al. 1 let. b et 100 al. 1 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). Les recourants, qui ont succombé devant la juridiction précédente, ont qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

2.

2.1. Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les moyens des parties ni par les motifs de l'autorité cantonale (ATF 138 II 331 consid. 1.3; 135 III 397 consid. 1.4). Cela ne signifie pas qu'il examine, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser. Compte tenu de l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, il ne traite que les questions qui sont soulevées devant lui par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2; 140 III 86 consid. 2; 133 III 545 consid. 2.2). La partie recourante doit par conséquent critiquer les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 140 III 86 consid. 2).

Par exception à la règle selon laquelle il applique le droit d'office, le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière sur la violation d'un droit constitutionnel ou sur une question relevant du droit cantonal que si le grief a été expressément soulevé et motivé de façon claire et détaillée. La partie recourante doit donc indiquer quelle disposition constitutionnelle ou légale a été violée et démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; ATF 143 II 283 consid. 1.2.2; 137 II 305 consid. 3.3). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 142 III 364 consid. 2.4).

2.2. Lorsque, comme ici, l'autorité cantonale de dernière instance statue sur recours, conformément au prin-

cipe de l'art. 75 al. 1 LTF, l'épuisement des instances cantonales est une condition de recevabilité du recours en matière civile au Tribunal fédéral. Sous réserve des exceptions énumérées par l'art. 75 al. 2 let. a-c LTF, qui n'entrent pas en ligne de compte en l'espèce, le principe de la double instance s'applique en droit civil (ATF 141 III 188 consid. 4.1 et les arrêts cités). L'épuisement des instances cantonales selon l'art. 75 al. 1 LTF signifie que les voies de droit cantonales doivent avoir été non seulement utilisées sur le plan formel, mais aussi épuisées sur le plan matériel. Lorsque l'autorité cantonale de dernière instance ne pouvait pas appliquer le droit d'office, mais devait se limiter à examiner les griefs régulièrement soulevés, le principe de l'épuisement matériel des instances cantonales veut que les griefs soumis au Tribunal fédéral aient déjà été invoqués devant l'instance précédente (ATF 143 III 290 consid. 1.1 et les références; arrêts 5A 429/2018 du 21 novembre 2018 consid. 3.1; 4A 32/2018 du 11 juillet 2018 consid. 5.2.1). Est en conséquence d'emblée irrecevable le grief développé au chapitre du recours intitulé " De la convention de transfert à fin de garantie " (p. 11-12), faute d'avoir été soulevé en instance cantonale.

2.3. L'institution de la réforme - qui était notamment consacrée en droit vaudois aux art. 153 à 157 aCPC/VD et permettait à la partie désirant obtenir la restitution d'un délai, corriger ou compléter sa procédure, de demander l'autorisation de se réformer jusqu'à la clôture de l'audience de jugement (art. 153 al. 1 aCPC/VD; arrêts 5P.422/2003 du 11 mars 2004 consid. 2.2; 4P.205/2003 du 22 décembre 2003 consid. 5.2) - est inconnue de la LTF. Le recours au Tribunal fédéral doit en effet contenir une motivation complète (art. 42 al. 2 LTF). La possibilité de déposer un mémoire complémentaire n'est prévue qu'en matière d'entraide pénale internationale (art. 43 LTF). Dans tous les autres domaines, il n'est possible de compléter la motivation - mais pas les conclusions - que dans le cadre d'une éventuelle réplique, et seulement si cela s'avère nécessaire en raison des déterminations de la partie intimée (arrêt 2C 66/2013 du 7 mai 2013 consid. 1.2 et l'arrêt cité). La requête tendant à être autorisé à " se réformer " assortissant les recours est partant irrecevable.

2.4. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF); le recourant ne peut critiquer les constatations de fait que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui entend se plaindre d'un établissement manifestement inexact - c'est-à-dire arbitraire (art. 9 Cst.; ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 135 III 127 consid. 1.5) - des faits doit se conformer au principe d'allégation sus-indiqué (cf. supra, consid. 2.1), étant rappelé que l'appréciation des preuves ne se révèle arbitraire que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'une preuve propre à modifier la décision attaquée ou encore si, sur la base des éléments recueillis, il a effectué des déductions insoutenables (ATF 136 III 552 consid. 4.2, avec la jurisprudence citée); les critiques appellatoires sont irrecevables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 et les arrêts cités).

Les recourants présentent sur près de quatre pages un " exposé des faits " de la cause. En tant qu'ils s'écartent des constatations retenues dans l'arrêt attaqué sans démontrer qu'elles auraient été établies de manière arbitraire, leur exposé est appellatoire et, partant, irrecevable.

3.

Les recourants soulèvent un moyen tiré de la violation de leur droit d'être entendus (art. 29 al. 2 Cst.), qu'ils doublent d'un grief d'arbitraire (art 9 Cst.) se confondant toutefois entièrement avec le premier. Eu égard à sa nature formelle, la violation de ce droit doit être examinée en premier lieu (ATF 138 I 232 consid. 5.1). A ce titre, les recourants reprochent à la cour cantonale de ne pas avoir traité leur " objection " - figurant pourtant à la page 4 de leur mémoire de recours du 22 février 2018 - selon laquelle une simple copie non légalisée de la cédula hypothécaire était insuffisante à démontrer que ce titre avait été formellement cédé par D. _____ SA à l'intimée.

3.1. La jurisprudence a déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de

la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1; 141 V 557 consid. 3.2.1). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision. En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références).

3.2. Autant qu'on les comprenne, les recourants semblent considérer que la cour cantonale n'aurait pas examiné leur critique consistant en substance à dire que le créancier poursuivant qui requiert la mainlevée provisoire sur la base d'une cédula hypothécaire ne peut se contenter d'en produire une simple copie mais doit en produire l'original ou une copie légalisée. Une telle critique est infondée. Il apparaît en effet clairement à la lecture de l'arrêt déféré que la cour cantonale a répondu à cette question en considérant, par référence à ANDRÉ PANCHAUD/MARCEL CAPREZ (La mainlevée d'opposition, § 10 n°8) et à CHRISTIAN DENYS (Cédula hypothécaire et mainlevée, in JdT 2008 II p. 3 ss, 7), qu'une copie de la cédula peut être produite à la place de l'original pour autant notamment que le poursuivi n'en conteste pas l'authenticité ni sa conformité à l'original ni la possession de l'original par le créancier poursuivant. La cour cantonale a par ailleurs répondu aux critiques des recourants en lien avec la détention de la cédula litigieuse en considérant que la poursuivante pouvait se prévaloir de la présomption de l'art. 930 CC. Les recourants confondent manifestement le défaut de motivation, qui relève du droit d'être entendu, avec le désaccord que la motivation présentée a suscité chez eux et qui relève du fond.

4.

Les recourants soutiennent derechef que l'intimée ne dispose pas de la "légitimation active" pour les poursuivre en réalisation de gage immobilier et qu'elle n'est détentrice d'aucun titre exécutoire lui permettant d'obtenir la mainlevée des oppositions qu'ils ont formées aux poursuites litigieuses.

4.1. La cour cantonale a constaté que selon le contrat de transfert de propriété à fin de garantie signé le 1er janvier 2010, les poursuivis avaient remis à D. _____ SA, en propriété fiduciaire aux fins de garantir l'exécution de toutes créances issues de contrats de crédit déjà conclus ou à conclure dans le cadre des relations d'affaires déjà existantes avec l'une ou l'autre des succursales de D. _____ SA, une cédula hypothécaire au porteur grevant en premier rang la parcelle n°925 de la commune de U. _____, pour un montant de 1'060'000 fr. Quant au contrat d'hypothèque fixe qu'ils avaient signé le 30 août 2010, pour un montant de 770'000 fr. avec D. _____ SA, il mentionnait un droit de gage immobilier d'au moins 770'000 fr. sans rang antérieur grevant la parcelle n°925 de la commune de U. _____, et renvoie pour le surplus au contrat de transfert de propriété à fin de garantie déjà signé. Il en découlait que D. _____ SA détenait la cédula hypothécaire en propriété à titre fiduciaire aux fins de garantie pour le prêt consenti par le contrat d'hypothèque du 30 août 2010. L'intimée, C. _____ AG, avait engagé des poursuites en réalisation de gage immobilier contre les recourants en se prévalant, comme titre de mainlevée provisoire, de la cédula hypothécaire qui avait été remise en garantie à D. _____ SA. Elle avait produit une copie de cette cédula à l'appui de ses requêtes de mainlevée. Les recourants n'avaient pas mis en doute la conformité de cette copie à l'original, ni requis la production de l'original de la cédula, ni même prétendu que l'intimée n'était pas en possession de l'original. Il y avait donc lieu de retenir que l'intimée était bien la détentrice actuelle de la cédula hypothécaire au porteur.

L'intimée exposait par ailleurs qu'elle détenait cette cédula à titre fiduciaire à la suite d'un contrat de transfert de patrimoine signé avec D. _____ SA le 12 juin 2015, dans le cadre duquel elle avait repris les droits et obligations découlant du prêt signé le 30 août 2010 et de la convention de fiducie signée le 1er janvier 2010. Il ressortait effectivement de l'extrait du registre du commerce produit que, par contrat du 12 juin 2015, D. _____ SA avait transmis à C. _____ AG des actifs de 326'452'272'000 fr. et des passifs de 323'380'672'000 fr. Il était vrai, comme le relevaient les recourants, que le transfert n'était que partiel, que l'intimée n'avait pas produit le contrat de transfert et qu'il n'était ainsi pas possible de vérifier si les droits et obligations découlant des deux contrats en cause figuraient bien sur l'inventaire désignant individuellement les objets du patrimoine

actif et passif transféré. On ne voyait toutefois pas comment la poursuivante, qui pouvait se prévaloir de la présomption de l'art. 930 al. 1 CC, aurait pu être en possession de la cédule hypothécaire au porteur si ces contrats ne lui avaient pas été transférés dans le cadre de l'exécution de l'accord signé le 12 juin 2015 avec D. _____ SA. On devait en conclure que l'intimée s'était substituée à D. _____ SA dans les relations contractuelles nouées avec les recourants et, partant, retenir qu'elle détenait la cédule hypothécaire au porteur en cause en qualité de propriétaire à titre fiduciaire.

4.2. Selon les recourants, il serait " plus que vraisemblable " que les contrats de prêt hypothécaire - à savoir un premier contrat portant sur un montant de 290'000 fr. avec un taux indexé au Libor et une durée indéterminée et un deuxième (ici litigieux) portant sur un montant de 770'000 fr. avec un taux fixe de 2,81% et une durée fixe échéant le 4 janvier 2017 -, la cédule hypothécaire, ainsi que la convention de transfert de propriété de ladite cédule à fin de garantie sont en possession de D. _____ SA et non de l'intimée. Ils relèvent notamment qu'il ressort du document intitulé " Standalone financial statements and regulatory information for the year ended 31 December 2016 ", produit en instance cantonale, qu'après " fusion ", D. _____ SA est toujours active et que 4.679 milliards de prêts hypothécaires demeurent à son bilan au 31.12.2015, soit plus de 6'076 fois le montant nominal de leur hypothèque fixe de 770'000 fr. Il semblait donc " plus que vraisemblable " que leur relation contractuelle se situait " dans cet important volume " et était en mains de D. _____ SA, ce d'autant que l'intimée n'avait apporté aucune preuve du transfert de l'hypothèque dans son patrimoine. Le seul montant des actifs et passifs de

D. _____ SA qui avaient effectivement été transférés vers l'intimée, soit plus de 300 milliards de francs, ne pouvait remplacer l'inventaire de fusion qui aurait dû être produit. De même, la seule production par l'intimée d'une copie non légalisée de la cédule hypothécaire remise en garantie ne suffisait pas à retenir que les contrats de crédit hypothécaire lui avaient été transférés, respectivement cédés par D. _____ SA. En retenant le contraire, la cour cantonale avait " retiré toute substance aux dispositions [de la]LFus régissant le transfert de patrimoine ", qui impliquaient nécessairement le constat d'un transfert effectif des créances, conventions et titres. Dès lors qu'il était ainsi démontré qu'elle n'avait reçu " en propre " ni les créances de base ni la convention de transfert à fin de garantie, l'intimée ne pouvait pas se prévaloir de l'échéance supposément atteinte des crédits hypothécaires contractés auprès de D. _____ SA. Elle ne pouvait en particulier se prévaloir des dénonciations au remboursement faites par D. _____ SA le 15 mai 2015 des deux crédits hypothécaires de, respectivement, 290'000 fr. et 700'000 fr. ainsi que de la cédule hypothécaire.

Les recourants relèvent en outre que l'intimée ne s'était jamais présentée à eux ni prévalue d'une quelconque cession de créance. Elle n'avait pas non plus démontré agir au nom de D. _____ SA au moyen d'une procuration écrite. L'intimée ne pouvait donc prétendre se substituer à D. _____ SA comme l'avait retenu la cour cantonale. Les recourants estiment être ainsi toujours en relation contractuelle avec D. _____ SA, qui avait, le 15 mai 2015, soit avant l'intimée, dénoncé les prêts et la cédule au remboursement pour une date postérieure à la " fusion ". Dès lors qu'il n'était pas prouvé que les créances de base et la cédule hypothécaire n'étaient plus dans le patrimoine de D. _____ SA, la possession de cette cédule par l'intimée était équivoque et cette dernière ne pouvait plus bénéficier de la présomption de propriété de l'art. 930 CC. Cette disposition ne s'appliquait de toute façon pas dès lors notamment qu'une cédule hypothécaire au porteur remise en garantie fiduciaire est un " droit réel immobilier accessoire " et non un bien meuble et que le prétendu possesseur doit démontrer qu'il détient la créance de base et pas seulement la cédule.

4.3.

4.3.1. Le droit de la cédule hypothécaire a été modifié lors de la révision du 11 décembre 2009, entrée en vigueur le 1er janvier 2012 (RO 2011 4637 ss, 4657). Dès lors que la cédule hypothécaire a, en l'espèce, été remise en garantie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le présent recours sera examiné sous l'angle de l'ancien droit (art. 1 al. 1 et 26 al. 1 Tit. fin. CC; ATF 140 III 180 consid. 3).

4.3.2. 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 (garantie fiduciaire; Sicherungs-übereignung), 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 (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 144 III 29 consid. 4.2; 140 III 180 consid. 5.1.1; 136 III 288 consid. 3.1).

Le fait que la créance causale et la créance abstraite coexistent ne signifie nullement que les deux créances s'ajoutent l'une à l'autre en ce sens que le créancier pourrait exiger cumulativement l'exécution des deux créances, ni qu'il pourrait choisir entre la poursuite ordinaire en recouvrement de la créance causale et la poursuite en réalisation de gage pour la créance abstraite, le créancier ayant, sauf convention contraire, l'obligation de chercher d'abord la créance abstraite (ATF 140 III 180 consid. 5.1.3-5.1.5; arrêt 5A 676/2013 du 31 janvier 2014 consid. 5.1.3).

Dans la poursuite en réalisation de gage immobilier pour la créance abstraite, la cédula hypothécaire au porteur est une reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 al. 1 LP et vaut titre de mainlevée pour toute la créance instrumentée dans le titre (ATF 134 III 71 consid. 3; arrêts 5A 676/2013 précité consid. 5.1.2; 5A 295/2012 du 9 octobre 2012 consid. 4.2.1; 5A 226/2007 du 20 novembre 2007 consid. 5.1). Le créancier qui requiert la mainlevée sur la base d'une cédula hypothécaire n'a donc pas à produire une reconnaissance de dette pour la créance causale (ATF 140 III 180 consid. 5.1.2).

4.3.3. Pour qu'il puisse valablement se prévaloir de la créance abstraite dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, le créancier poursuivant doit être le détenteur de la cédula hypothécaire et le débiteur de cette cédula inscrit sur le titre produit ou, à tout le moins, faut-il que le débiteur poursuivi reconnaisse sa qualité de débiteur de la cédula ou que cette qualité résulte de l'acte de cession de propriété de la cédula qu'il a signé. Ainsi, si la cédula hypothécaire ne comporte pas l'indication du débiteur, le créancier ne pourra obtenir la mainlevée provisoire que s'il produit une copie légalisée de l'acte constitutif conservé au registre foncier ou la convention de sûretés contresignée dans laquelle le poursuivi se reconnaît débiteur de la cédula cédée à titre de sûretés (ATF 140 III 36 consid. 4; 134 III 71 consid. 3; 129 III 12 consid. 2.5; AMBRE VEUILLET, in La mainlevée de l'opposition, 2017, n°225 ad art. 82 LP).

En vertu de l'art. 930 al. 1 CC, le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire. Cette règle s'applique notamment aux titres au porteur, comme les cédulas hypothécaires au porteur, à l'égard desquels les présomptions des art. 930 ss CC valent tant pour le droit sur le titre que pour le droit incorporé à celui-ci. A moins que sa possession ne soit suspecte ou équivoque, le détenteur d'une cédula hypothécaire au porteur qui s'en prétend propriétaire - même à titre fiduciaire (PASCAL PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code civil II, 2016, n°12 ad art. 930 CC) - est dès lors présumé en avoir acquis la propriété et, partant, être titulaire de la créance, garantie par gage immobilier, incorporée dans le papier-valeur. Il peut opposer cette présomption à quiconque, notamment au débiteur qui lui a remis la cédula, puisqu'il prétend posséder à titre de propriétaire - et non en tant que titulaire d'un droit réel restreint ou d'un droit personnel - et que la restriction prévue à l'art. 931 al. 2 in fine CC ne s'applique dès lors pas (arrêts 5A 210/2007 du 7 février 2008 consid. 4.3 et les références; 5C.11/2005 du 27 mai 2005 consid. 3.2.1 et les références, publié in RNR 2008 p. 46). Il incombe alors au débiteur de

renverser cette présomption, en rendant à tout le moins vraisemblable sa libération (art. 82 al. 2 LP; arrêt 5P.239/2000 du 3 octobre 2000 consid. 3a et les références; cf. ég. ATF 141 III 7 consid. 4.3).

4.3.4. En cas de transfert, l'acquéreur devient titulaire de la cédula hypothécaire, c'est-à-dire de la créance cédulaire et du droit de gage qui la garantit (art. 864 CC; PAUL-HENRI STEINAUER/ANNE-CHRISTINE FORNAGE, in Commentaire romand, Code civil II, 2016, n°5 ad art. 864 CC). Le transfert d'une cédula au porteur s'effectue par le biais d'un titre d'acquisition (généralement un contrat de transfert), valable sans forme particulière, la manifestation de la volonté de disposer de la cédula et le transfert à l'acquéreur de la possession du titre (STEINAUER/FORNAGE, op. cit. nos 3 et 4 ad art. 864 CC).

Lorsqu'il s'agit d'un transfert de patrimoine au sens des art. 69 ss LFus, le contrat de transfert doit notamment comporter un inventaire désignant clairement les objets du patrimoine actif et passif qui sont transférés, les immeubles, les papiers-valeurs et les valeurs immatérielles devant être mentionnés individuellement (art. 71 al. 1 let. b LFus). Les objets du patrimoine actif ainsi que les créances et les droits immatériels qui ne peuvent

nt être attribués sur la base de l'inventaire demeurent au sein du sujet transférant (art. 72 LFus). Le transfert de patrimoine doit, pour des raisons de publicité, obligatoirement faire l'objet d'une inscription au registre du commerce au siège du sujet transférant (art. 73 al. 1 LFus). Le transfert de patrimoine permet, en effet, de transférer un ensemble d'actifs et passifs, donc des droits, sans que les règles de forme ordinaires propres au transfert de chacun des biens concernés soient observées: l'inscription constitutive au registre foncier n'est pas requise pour qu'un transfert d'immeubles déploie ses effets; il en est de même de l'endossement pour les papiers-valeurs à ordre et de la cession civile pour les créances. L'abandon de ces règles de forme présuppose donc nécessairement que

la publicité relative au transfert des droits soit garantie d'une autre manière; l'inscription du transfert de patrimoine au registre du commerce est dès lors indispensable. Elle a un effet constitutif (art. 73 al. 2 LFus; arrêt 2C 503/2017 du 8 octobre 2018 consid. 5.5). Le transfert de patrimoine est ainsi effectif le jour ouvrable qui suit la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce (art. 932 al. 2 CO; cf. RALPH MALACRIDA, in Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2ème éd. 2015, n° 10 ad art. 73 LFus).

Les effets du transfert de patrimoine consistent en une succession universelle partielle, en ce sens que celle-ci est quantitativement limitée aux éléments figurant dans l'inventaire. Dits effets portent donc sur tous les actifs et passifs désignés dans l'inventaire accompagnant le contrat de transfert (arrêts 4A 213/2017 du 27 octobre 2017 consid. 1.1; 4A 130/2015 du 2 septembre 2015 consid. 3.1, publié in mietrechtspraxis [mp]2016 p. 60). La question controversée de savoir si le transfert de patrimoine englobe les contrats passés avec des tiers sans qu'une approbation de leur part ne soit nécessaire a été laissée ouverte (arrêt 4A 130/2015 précité). Un arrêt récent semble partir du principe que tel est le cas par application analogique de la jurisprudence relative à l'art. 17 al. 3 PCF (substitution des parties s'opérant de plein droit: arrêt 4A 213/2017 précité consid. 2 et la réf. à l'arrêt 4C.385/2005 du 31 janvier 2006 consid. 1.2.2; cf. ég. arrêts 4A 54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 1.2; 4A 373/2015 du 26 janvier 2016 consid. 1.1; 4A 458/2007 du 28 janvier 2008 consid. 1). La doctrine majoritaire se prononce quant à elle en faveur du transfert des contrats uno actu à l'instar des actifs et passifs (cf. MARC AMSTUTZ/

RAMON MABILLARD, Commentaire romand, Code des obligations II, 2ème éd. 2017, Intro. LFus n°247 ss et les références; MALACRIDA, op. cit., n° 15b ad art. 73 LFus). Quoi qu'il en soit, le transfert des obligations contractuelles implique qu'elles aient été inventoriées (art. 37 let. b et 71 al. 1 let. b LFus; arrêt 4A 213/2017 précité consid. 2). La question de savoir si une désignation précise à l'inventaire des contrats transférés est nécessaire n'a en l'état pas été tranchée (à ce sujet: AMSTUTZ/MABILLARD, op. cit., Intro. LFus n°250, qui considèrent qu'une telle exigence ne se justifie pas).

4.3.5. Les recourants ne sauraient être suivis en tant qu'ils persistent à affirmer que le transfert de patrimoine intervenu en juin 2015 entre D. _____ SA et l'intimée ne comprenait pas leurs prêts hypothécaires, lesquels seraient, selon eux, demeurés au bilan de D. _____ SA. L'on ne saurait en effet reprocher à la cour cantonale d'avoir considéré que lesdites obligations contractuelles avaient été transférées à l'intimée dans la mesure où cette dernière attestait suffisamment de sa qualité de créancière par la production de l'extrait du journal des inscriptions au registre du commerce du canton de Zurich relatif au transfert de patrimoine ainsi que d'une copie de la cédule hypothécaire et des documents contractuels, dont la convention de transfert de propriété à fin de garantie de ladite cédule. Il n'y avait, dans ces conditions, pas lieu de procéder spontanément à une instruction supplémentaire sur ce point (cf. arrêt 4A 213/2017 précité). La procédure de mainlevée d'opposition étant soumise à la maxime des débats (art. 55 CPC, art. 255 CPC a contrario; arrêt 5A 344/2018 du 18 septembre 2018 consid. 4.1.3 et les références), les recourants ne pouvaient se contenter de simplement alléguer que les obligations contractuelles

en cause ne faisaient pas partie du contrat de transfert, singulièrement de l'inventaire visé par l'art. 71 al. 1 let. b LFus, sans offrir de preuve en lien avec cette question. S'il est exact que le débiteur n'a pas à apporter la preuve absolue (ou stricte) de ses moyens libératoires, il doit néanmoins les rendre vraisemblables, en principe par titre (art. 254 al. 1 CPC; ATF 142 III 720 consid. 4.1; arrêt 5A 1017/2017 du 12 septembre 2018 consid. 4.1.2, destiné à la publication), étant rappelé que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider si un état de fait est vraisemblable ou non (VEUILLET, op. cit., n° 107 ad art. 82 LP). Or, alors que la reconnaissance de dette apparaissait claire sur le vu des documents produits, il ne résulte pas des constatations de fait de l'arrêt déféré - qui lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF) - que les recourants auraient requis la production du contrat de transfert de patrimoine et de l'inventaire qu'il comporte. Les recourants ne le prétendent du reste pas.

Ils ne sauraient dès lors valablement remettre en cause la constatation des juges cantonaux selon laquelle les droits et obligations de D. _____ SA envers eux, dont la créance cédulaire déduite en poursuite, étaient compris dans le transfert de patrimoine opéré le 12 juin 2015 en faveur de l'intimée. Il sera au demeurant relevé que dans la mesure où D. _____ SA détenait la cédule litigieuse non pas en pleine propriété mais à titre fiduciaire aux fins de garantie, elle ne faisait pas partie de son patrimoine et n'avait donc a priori pas à figurer individuellement sur l'inventaire de transfert (dans ce sens: CJ GE, 6.11.2017, ACJC/1422/2017, consid. 3.2). Quant à l'argument consistant à dire que l'intimée aurait dû, nonobstant le transfert de patrimoine, se justifier au moyen d'un acte de cession ou d'une procuration, il tombe manifestement à faux au vu des principes susrappelés. Par la nature même du transfert de patrimoine, la créance passe sans acte de cession vu l'effet de l'inscription au registre du commerce. Celle-ci remplace les formalités nécessaires au transfert à titre singulier (cf. supra consid. 4.3.3).

Pour le surplus, force est de constater que c'est à tort que les recourants soutiennent qu'une cédule hypothécaire au porteur ne constitue pas une chose mobilière bénéficiant de la présomption de l'art. 930 al. 1 CC (cf. supra consid. 4.3.3). Il leur appartenait donc de renverser cette présomption de propriété en fournissant à tout le moins des indices démontrant à satisfaction que la possession de la cédule est équivoque. Alléguer, sans autre forme de motivation, le fait que l'intimée n'avait produit qu'une copie non légalisée de la cédule n'est à cet égard pas suffisant. Comme cette dernière le souligne à juste titre, en relevant simplement l'élément factuel que la cédule produite était une copie, les recourants ne fournissent aucun élément qui aurait permis de mettre en échec la présomption de l'art. 930 al. 1 CC. Sauf à affirmer péremptoirement que la production " d'une telle copie n'implique pas qu'elle (...) a été formellement cédée [à l'intimée]", ils ne discutent pas les motifs retenus sur ce point par les juges précédents et ne s'attachent pas à démontrer en quoi le droit fédéral aurait été violé. Cela étant, alors que la production d'une copie du titre de mainlevée est en principe admis à moins que la partie adverse

n'en conteste l'authenticité (arrêt 5A 467/2014 du 18 décembre 2014 consid. 2.4), il n'apparaît pas qu'ils aient requis la production de l'original de la cédule, ce qu'ils auraient parfaitement pu faire (cf. art. 180 al. 2 CPC). Quant aux autres arguments avancés par les recourants, ils sont tous liés à leur thèse selon laquelle leurs contrats de prêts seraient demeurés dans le patrimoine de D. _____ SA, thèse qui, comme exposé ci-avant, a été rejetée à bon droit par la cour cantonale.

Autant que recevable, le grief apparaît infondé.

5.

Les recourants font encore grief à la cour cantonale d'avoir considéré que la créance cédulaire était exigible.

5.1. La cour cantonale a rappelé que lorsque le contrat de prêt est de durée déterminée ou à terme fixe, les rapports contractuels se terminent par la survenance de la date de l'échéance du contrat, sans qu'une déclaration de volonté de l'une des parties soit nécessaire. En principe, dans ce cas, l'exigibilité et l'échéance de l'obligation de restitution de l'emprunteur coïncident avec cette date, si bien que si cette obligation n'est pas exécutée, l'emprunteur est en demeure dès ce moment. En l'espèce, le contrat de prêt signé par les recourants avait été conclu pour une durée déterminée arrivant à échéance le 4 janvier 2017. Les montants dus en vertu de ce contrat étaient donc exigibles dès le 5 janvier 2017 indépendamment de toute mise en demeure. Le fait que la réception de la lettre recommandée de mise en demeure adressée aux recourants par l'intimée le 14 juin 2017 ne soit pas établie était ainsi sans conséquence.

Les juges cantonaux ont par ailleurs rappelé que l'art. 844 al. 1 aCC - applicable en l'espèce en vertu de l'art. 28 Tit. fin. CC - disposait que, sauf stipulation contraire, la cédule hypothécaire ne pouvait être dénoncée que moyennant un préavis de six mois pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Cette règle était toutefois de droit dispositif de sorte que les parties pouvaient convenir d'un délai plus court ou d'un autre terme. En pratique, les parties faisaient le plus souvent dépendre l'exigibilité de la créance abstraite de l'exigibilité de la créance causale. Autrement dit, si la créance causale était exigible, la créance abstraite l'était également. De telles conventions avaient été jugées admissibles par le Tribunal fédéral (ATF 123 III 97 consid. 2). L'art. 28 Tit. fin. CC réservait cependant les règles impératives de la loi nouvelle, soit notamment l'art. 847 al. 2 CC selon lequel les parties ne peuvent prévoir, par convention, un délai de dénonciation inférieur à trois mois pour le créancier, à moins que le débiteur ne soit en demeure pour le paiement de l'amortissement ou des intérêts. Ainsi, lorsque la créance causale devient exigible à une date déterminée, sans résiliation, une clause prévoyant

que la

créance abstraite devient exigible à la même date est valable au regard de l'art. 847 al. 2 CC pour autant que le rapport de base ait duré au minimum trois mois. En l'espèce, la cédula prévoyait qu'elle pouvait être dénoncée en tout temps, moyennant un préavis donné six mois à l'avance. Cependant, la clause n°4 de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie stipulait que le créancier était en droit d'exiger l'exécution des créances hypothécaires constituées en garantie dès l'exigibilité, fût-elle seulement partielle, de l'une des créances résultant des crédits. En adoptant une telle clause, les parties avaient, par une disposition particulière, dérogé à la clause figurant dans la cédula. En outre, cette disposition ne contrevenait pas en l'espèce à l'art. 847 al. 2 CC puisque la relation contractuelle de base était un contrat de prêt à terme fixe conclu le 30 août 2010 pour se terminer le 4 janvier 2017 et donc d'une durée manifestement supérieure à trois mois. La créance cédulaire était ainsi devenue exigible en même temps que la créance causale, soit le 5 janvier 2017.

5.2. Selon les recourants, l'intimée n'avait pas démontré avoir dénoncé au remboursement la cédula hypothécaire en respectant le délai de préavis de six mois. Elle ne pouvait, contrairement à ce qu'avait retenu la cour cantonale, se prévaloir de la clause n°4 de la convention de transfert de propriété à fin de garantie, dès lors qu'elle n'en " [détenait] pas les droits ". Ce n'était donc que si elle avait dénoncé la cédula au remboursement en respectant le préavis de six mois qu'elle aurait pu faire valoir l'exigibilité de la créance incorporée dans le titre et, partant, prétendre détenir un titre de mainlevée.

5.3.

5.3.1. Pour que le poursuivant puisse valablement se prévaloir de la créance abstraite dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, il est nécessaire que cette créance soit exigible (DENYS, op. cit., p. 12), et ce à la date de la notification du commandement de payer (arrêt 5A 785/2016 du 2 février 2017 consid. 3.2.2 et les références; VEUILLET, op. cit., n°95 et 231 ad art. 82 LP).

5.3.2. A teneur de l'art. 844 al. 1 aCC, sauf stipulation contraire, les cédulas hypothécaires ne peuvent être dénoncées, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Cette disposition est de droit dispositif et n'a qu'une portée subsidiaire par rapport à la convention des parties (DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 3ème éd., n°5 ad art. 844 aCC; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, T. III, 3ème éd., n°2943). La jurisprudence a ainsi admis la validité d'une modification du délai de dénonciation figurant dans une cédula par une convention séparée sous seing privé, le créancier pouvant ainsi faire valoir la créance abstraite non pas conformément au contenu de la cédula, mais en fonction de l'accord particulier passé (ATF 123 III 97 consid. 2). Selon la règle impérative de l'art. 847 al. 2 nCC, applicable à la dénonciation au remboursement des cédulas hypothécaires créées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit en vertu de l'art. 28 Tit. fin. CC (BÉNÉDICT FOËX, Les gages immobiliers dans la durée, in Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité, 2018, p. 33 ss, 43 et les références), les parties ne peuvent toutefois pas, par convention, prévoir pour le créancier un délai de dénonciation inférieur à trois mois, à moins que le débiteur ne soit en demeure pour le paiement de l'amortissement ou des intérêts.

Est de même considérée comme valide la clause contractuelle prévoyant que la dénonciation de la créance causale permet la poursuite en réalisation de gage immobilier sur la base des cédulas sans dénonciation expresse de celles-ci, respectivement que l'exigibilité de la créance causale déclenche celle de la créance cédulaire (DENYS, op. cit., p. 13 et la référence; FOËX, op. cit., p. 45 et les références; VEUILLET, op. cit., n°231 ad art. 82 LP; cf. ég. arrêts 5A 32/2011 du 16 février 2012 consid. 3 in fine, non publié aux ATF 138 III 182; 5A 73/2011 du 1er novembre 2011 consid. 2.2). La question est toutefois controversée de savoir si, dans un tel cas, l'art. 847 al. 2 nCC s'applique (pro: DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5ème éd., n°6b ad art. 847 CC; contra: FOËX, op. cit., p. 46).

5.3.3. Les recourants ont échoué dans leur thèse selon laquelle l'intimée ne se serait pas substituée à D. _____ SA dans leurs relations contractuelles (cf. supra consid. 4.3.5). C'est donc à bon droit que la cour cantonale a retenu que l'intimée pouvait se prévaloir de la clause n°4 de l'acte de transfert de propriété à fin de garantie. Cette clause, qui déroge à celle figurant dans la cédula, est valable au regard des principes susrappelés. Or il

n'est pas contesté que, conformément au contrat de prêt signé par les recourants, la créance de l'intimée en remboursement du prêt hypothécaire est devenue exigible le 5 janvier 2017. Il convient donc d'admettre que la créance cédulaire était bien exigible à la date déterminante de la notification du commandement de payer, le 6 juillet 2017 (cf. supra consid. 5.3.2), sans qu'il soit besoin de se déterminer sur l'avis de STAEHELIN selon lequel, en vertu de l'art. 847 al. 2 nCC, la créance cédulaire ne serait exigible que trois mois après l'exigibilité de la créance de base. Le moyen est partant infondé.

6.

En définitive, les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables. Les recours étant d'emblée dépourvus de chance de succès, la requête d'assistance judiciaire déposée par les recourants pour la procédure fédérale ne saurait être agréée (art. 64 al. 1 LTF). En conséquence, les frais judiciaires, arrêtés à 8'000 fr., sont mis solidairement à la charge des recourants qui succombent (art. 66 al. 1 LTF). Ceux-ci devront en outre verser solidairement des dépens à leur partie adverse (art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Les causes 5A 734/2018 et 5A 736/2018 sont jointes.

2.

Les recours sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables.

3.

La requête d'assistance judiciaire des recourants est rejetée.

4.

Les frais judiciaires, arrêtés à 8'000 fr., sont mis solidairement à la charge des recourants.

5.

Les recourants verseront à l'intimée, une indemnité de 8'000 fr. à titre de dépens, solidairement entre eux.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois.

Lausanne, le 4 décembre 2018

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Hildbrand