



Chapitre d'actes

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La cédule décédulisée

Foëx, Bénédicte

How to cite

FOËX, Bénédicte. La cédule décédulisée. In: La réforme des droits réels immobiliers : les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012. Foëx, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2012. p. 101–116. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:42091>

La cédule décédulisée

BÉNÉDICT FOËX

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Fort attendue, la cédule hypothécaire de registre est l'une des grandes nouveautés de la réforme des droits réels immobiliers votée par les Chambres fédérales le 11 décembre 2009 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

Le présent article commence par quelques remarques sur la notion de cédule hypothécaire de registre (I) et sur le droit qui est applicable à celle-ci (II). Il s'intéresse ensuite à la constitution (III) et aux effets (IV) de cette nouvelle forme de gage mobilier. Il aborde ensuite le remboursement de la créance cédulaire et le remploi de la cédule de registre (V) avant de s'achever par une brève remarque de droit transitoire (VI).

I. Notion de cédule hypothécaire de registre

A. Une cédule hypothécaire

La nouvelle version de l'art. 793 al. 1 CC prévoit que « le gage immobilier peut être constitué sous la forme d'une hypothèque ou d'une cédule hypothécaire ». Quant au nouvel art. 843 CC, il précise que « la cédule hypothécaire prend la forme d'une cédule hypothécaire de registre ou d'une cédule hypothécaire sur papier ». En d'autres termes, la cédule de registre est une sous-forme de cédule hypothécaire. C'est une cédule hypothécaire qui présente certaines particularités.

Comme toute cédule hypothécaire, la cédule de registre est une « créance personnelle garantie par un gage immobilier » (art. 842 al. 1 CC). Il s'agit donc d'une créance personnelle : le débiteur en répond (subsidièrement) sur tous

ses biens¹. Il s'agit en outre d'une créance nouvelle², qui vient s'ajouter à la créance (dite « de base » ou « causale »³) qui existait le cas échéant déjà entre les parties. Cette créance personnelle nouvelle - on l'appelle créance « cédulaire » (ou « abstraite »)⁴ - est garantie par gage immobilier : le créancier gagiste peut faire réaliser l'immeuble grevé et se payer par préférence sur le produit de la réalisation (art. 816 al. 1 et 817 CC) si la créance cédulaire ne lui est pas payée lorsqu'elle devient exigible. La cédula hypothécaire (de registre) est donc constituée d'un droit personnel tendant au paiement d'une somme d'argent (en monnaie suisse ; cf. art. 794 al.1 CC), garanti par un droit réel de réalisation ; ces deux droits sont indissolublement liés : l'un ne peut exister sans l'autre et ils partagent une « communauté de destin » juridique⁵.

B. Une cédula rajeunie

Le nouveau droit a emporté des modifications qui s'appliquent aux deux formes de cédulas hypothécaires. De ce point de vue, la cédula de registre, comme la cédula sur papier du nouveau droit, est une cédula rajeunie ou modifiée, par rapport aux cédulas hypothécaires de l'ancien droit.

Ainsi, on peut signaler en premier lieu que le nouvel art. 842 al. 2 CC prévoit que « sauf convention contraire la créance résultant de la cédula hypothécaire coexiste, le cas échéant, avec la créance à garantir issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur ». Cette disposition remplace l'ancien art. 855 al. 1, qui prévoyait au contraire que la constitution d'une cédula hypothécaire éteint sauf convention contraire la créance de base. En d'autres termes, à la présomption de novation de l'ancien droit succède la présomption de la coexistence des créances cédulaire et de base⁶ : la loi présume en d'autres termes que les cédulas hypothécaires font l'objet d'une utilisation à titre fiduciaire⁷.

Une autre modification importante résulte d'une adjonction à l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC. Cette disposition prévoit, comme par le passé, que le gage immobilier garantit au créancier « les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance ». Mais le législateur a ajouté une précision, qui réduit la portée de cette règle, s'agissant des cédulas hypothécaires : « la cédula

¹ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 271 ; STAEHELIN, n. 3 *ad* art. 842.

² STAEHELIN, n. 1 *ad* art. 842.

³ ATF 136 III 288/291. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, pp. 270 et 273.

⁴ ATF 136 III 288/291. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 270.

⁵ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 272 s. ; STAEHELIN, n. 10 *ad* art. 842.

⁶ STAEHELIN, n. 43 *ad* art. 842.

⁷ Cf. notamment : STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 283 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 357 ; STAEHELIN, Register-Schuldbrief, p. 210.

hypothécaire ne garantit au créancier que les intérêts effectivement dus ». En d'autres termes, dans la réalisation, la cédule hypothécaire ne garantit désormais plus au créancier que les intérêts pratiqués par les parties, facturés par le créancier au débiteur (dans la limite du taux d'intérêts inscrit au registre foncier)⁸.

Enfin, on peut rappeler que le nouveau droit a supprimé les compétences cantonales en matière de cédules hypothécaires⁹. Les cantons ne peuvent donc plus prescrire l'estimation des immeubles devant être grevés par une cédule hypothécaire (art. 843 al. 1 aCC). Par ailleurs, ils n'ont plus la faculté d'édicter des dispositions relatives à la dénonciation au remboursement de la créance cédulaire (art. 844 al. 2 aCC) : le délai de dénonciation est désormais le même pour toute la Suisse, à savoir six mois pour la fin d'un mois (art. 847 al. 1 CC) ; les parties ont toutefois la faculté de convenir d'une autre solution, dans les limites prévues à l'art. 847 al. 2 CC.

C. Une cédule dématérialisée

La cédule de registre est une cédule sans titre. Le nouvel art. 860 CC prévoit qu'« un titre est délivré pour toute cédule hypothécaire sur papier inscrite au registre foncier »¹⁰. On peut en tirer *a contrario* qu'un titre n'est pas émis lors de la constitution d'une cédule hypothécaire de registre. La cédule de registre n'est donc ni constatée par un titre, ni incorporée dans un papier-valeur¹¹.

On a reproché aux cédules hypothécaires d'être incorporées dans un papier-valeur : elles font l'objet de toutes sortes de manipulations (envois entre les parties, les notaires et les bureaux du registre foncier), elles se perdent, leur conservation est coûteuse, etc.¹² On réclamait donc l'introduction d'un gage immobilier dématérialisé. Et au lieu de moderniser l'hypothèque, le législateur a créé de toutes pièces un nouveau gage sans titre, en défroquant la cédule hypothécaire. Mais ce faisant, il n'a même pas pris la peine de rebaptiser ce gage, dont le nom fait précisément référence à un titre, dans les trois langues (*cédule hypothécaire*, *Schuldbrief*, *cartella ipotecaria*)¹³. La cédule de registre est une cédule sans cédule, une cédule décédulisée.

⁸ Cf. STEINAUER, La nouvelle réglementation, p. 67 (note 51) ; FOËX, Le nouveau droit, p. 8. Sur les difficultés d'interprétation de cette règle, voir notamment : STAEHELIN, n. 16 ss *ad* art. 846.

⁹ Cf. par exemple : STEINAUER, La nouvelle réglementation, p. 65 s.

¹⁰ Voir aussi l'art. 144 ORF.

¹¹ L'inscription d'une cédule de registre au registre foncier peut naturellement être attestée par la délivrance d'un extrait du registre foncier ; cf. art. 149 ORF.

¹² Cf. à cet égard Message, p. 5020 (qui se réfère à la motion du Conseiller national F. Schiesser tendant à l'introduction d'une cédule hypothécaire dématérialisée).

¹³ Cf. STEINAUER, La nouvelle réglementation, p. 69 ; STAEHELIN, n. 2 *ad* art. 843.

D. Une cédule immobilisée

La cédule de registre étant dématérialisée, elle est aussi - par voie de conséquence, en quelque sorte - un gage dont l'existence est étroitement liée au registre foncier : puisqu'il n'y a pas de titre, la cédule de registre se matérialise par le registre foncier. Sa constitution nécessite l'inscription au registre foncier, naturellement (art. 857 al. 1 CC), mais il en va de même de son transfert (art. 858 al. 1 CC) et de son grèvement par gage ou usufruit (art. 859 al. 1 et 3 CC) : contrairement à sa sœur aînée (la cédule sur papier), la cédule de registre ne peut pas changer de mains comme une chose mobilière : c'est une cédule immobilisée.

II. Droit applicable

Le nouveau droit ne consacre que trois dispositions à la cédule de registre : il s'agit des art. 857 à 859 CC. Mais cette réglementation est complétée par les art. 842 à 856 CC, qui s'appliquent aux deux formes de cédules hypothécaires. En outre, comme sous l'ancien droit¹⁴, le Code civil déclare applicables aux cédules hypothécaires certaines dispositions relatives à l'hypothèque (cf. art. 844 al. 1 et 845 CC). Par ailleurs, les dispositions générales du droit de gage immobilier (art. 793 à 823 CC) s'appliquent aux cédules de registre comme aux autres formes de gage immobilier. Enfin, il ne faut pas oublier que la nouvelle Ordonnance sur le registre foncier, également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, renferme un certain nombre de dispositions applicables en la matière¹⁵.

III. Constitution de la cédule de registre

La loi mentionne trois manières de constituer une cédule hypothécaire de registre : par contrat, par acte juridique unilatéral et par transformation.

A. Constitution par contrat

Le contrat constitutif de cédule de registre doit être revêtu de la forme authentique (art. 799 al. 2 CC). Ce contrat doit renfermer au titre d'éléments objectivement essentiels l'indication des parties (à savoir, le constituant et le créancier), l'obligation de constituer le gage, la désignation de l'immeuble grevé et la détermination de la créance cédulaire¹⁶. La question de savoir si l'indication du type de cédule hypothécaire (de registre ou sur papier) constitue également

¹⁴ Cf. les art. 845 al. 2 et 846 aCC.

¹⁵ Voir notamment les art. 72 à 74, 101 à 108 et 149 ORF.

¹⁶ Cf. STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 363. Voir aussi : SCHMID, Notarielle Aspekte, p. 365.

un élément objectivement essentiel est controversée¹⁷ ; si, en bonne théorie, on peut concevoir que le contrat soit valable sans cette précision (les parties se contentant de convenir de la constitution d'une cédule hypothécaire, voire uniquement d'un gage immobilier)¹⁸, il paraît néanmoins vivement conseillé d'indiquer expressément dans le contrat la forme que doit revêtir le gage à constituer. Le créancier prudent veillera en outre à exiger que la convention renferme une reconnaissance de la dette cédulaire valant titre de mainlevée au sens de l'art. 82 LP¹⁹.

Le contrat conclu, il incombe au constituant de requérir l'inscription au registre foncier (art. 963 al. 1 CC). La cédule de registre naît ensuite par l'inscription au registre foncier (art. 857 al. 1 et art. 799 al. 1 CC), qui produit donc un effet constitutif ainsi que l'effet rétroactif prévu à l'art. 872 al. 2 CC²⁰. Si les parties sont convenues de conventions accessoires au sens de l'art. 846 al. 2 CC, elles doivent ressortir de l'inscription (par le biais d'une observation ; art. 106 al. 1 ORF) pour être opposables aux tiers de bonne foi (art. 849 al. 2 CC)²¹ ; alternativement, les parties à l'acte constitutif peuvent se contenter de renvoyer à une convention séparée (art. 846 al. 2 CC), auquel cas il suffit que l'observation signale l'existence de la convention séparée pour que les clauses qu'elle renferme soient opposables aux tiers de bonne foi²².

L'inscription doit préciser qu'il s'agit d'une cédule de registre et non d'une cédule sur papier (art. 101 al. 2 *lit. c* ORF) et doit indiquer le nom du créancier (art. 857 al. 2 CC) : il n'est pas possible de créer une cédule de registre au porteur. Naturellement, l'inscription doit également préciser le montant de la créance cédulaire (art. 101 al. 2 *lit. e* ORF). De façon fort regrettable, ni le Code civil ni l'ORF n'exigent que l'inscription révèle le nom du débiteur²³ ; dans ces conditions, l'extrait du registre foncier relatif à une cédule de registre (art. 149 ORF) ne vaut donc pas titre de mainlevée en ce qui concerne la créance cédulaire²⁴.

¹⁷ Pour l'affirmative: HAAS, p. 307 ; SCHMID, Notarielle Aspekte, p. 365. *Contra*: WEISS, p. 112.

¹⁸ Voir par exemple: KAMERZIN, p. 282.

¹⁹ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 362 ; STEINAUER, Le débiteur, p. 228 s. ; FoEX, Le nouveau droit, p. 18 s. Voir aussi : STAHELIN, n. 5 *ad* art. 857.

²⁰ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 359 ; STAHELIN, n. 1 *ad* art. 857.

²¹ Cf. STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 364.

²² STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 364.

²³ STAHELIN, n. 5 *ad* art. 857 (qui précise que le droit fédéral n'interdit en revanche pas aux cantons de prévoir que l'inscription fournira cette indication) ; STEINAUER, Le débiteur, p. 226.

²⁴ STAHELIN, n. 5 *ad* art. 857 ; FoEX, Le nouveau droit, p. 19.

B. Constitution par acte juridique unilatéral

La cédule hypothécaire de registre peut également être constituée par acte juridique unilatéral : le constituant crée la cédule en sa propre faveur et non pas en faveur d'un tiers créancier. Cet acte juridique unilatéral doit être revêtu de la forme authentique (art. 799 al. 2 CC). Cet acte doit au minimum contenir les indications suivantes : identification du constituant, immeuble à grever, montant de la créance cédulaire, type de cédule hypothécaire à créer. Il est souhaitable qu'il renferme également une reconnaissance de la dette cédulaire émanant du débiteur de celle-ci²⁵. L'acte unilatéral peut également contenir des conventions accessoires au sens de l'art. 846 al. 2 CC ou renvoyer à une convention accessoire.

La cédule de registre est inscrite au registre foncier, au nom du propriétaire même (art. 857 al. 2 CC) et sur réquisition émanant de celui-ci. L'inscription produit ici aussi un effet constitutif (art. 857 al. 1 CC) et rétroagit au moment où la réquisition a été portée au journal du registre foncier (art. 972 al. 2 CC)²⁶.

C. Constitution par transformation

La cédule de registre peut être constituée par transformation d'un gage immobilier existant. Un acte authentique est alors nécessaire, même si le titulaire du gage en cause est le propriétaire de l'immeuble grevé (art. 73 ORF). Le consentement écrit des tiers intéressés (débiteur, titulaires de droits réels limités grevant le gage immobilier) est nécessaire (art. 964 CC)²⁷ ; seule la déclaration du propriétaire de l'immeuble grevé doit être revêtue de la forme authentique²⁸. La transformation nécessite une modification de l'inscription au registre foncier, avec indication du fait que le gage est désormais une cédule de registre et indication du nom du créancier (art. 107 ORF).

Cela étant, l'art. 33*b* Tit. fin. CC prévoit une procédure de transformation dite « simplifiée » (cf. art. 74 ORF) permettant de convertir les cédules hypothécaires de l'ancien droit en cédules hypothécaires de registre : une simple réquisition écrite est alors suffisante, pourvu qu'elle émane de l'ensemble des ayants droits (propriétaire de l'immeuble grevé, créancier, titulaires de droits réels limités grevant la cédule, mais non le débiteur²⁹).

²⁵ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 362.

²⁶ STAEHELIN, n. 1 *ad* art. 857.

²⁷ FOËX, La cédule, p. 349.

²⁸ STAEHELIN, n. 5 *ad* art. 844.

²⁹ Cf. à cet égard les critiques justifiées de D. Piotet, La nouvelle cédule, p. 11 s.

On notera enfin que, selon le Message du Conseil fédéral, la cédule hypothécaire émanant d'une transformation simplifiée conserve le rang de la cédule hypothécaire de l'ancien droit qu'elle remplace³⁰ ; il ne s'agirait donc pas de la constitution d'un nouveau droit de gage³¹, mais de la modification d'un gage existant. On peut se demander si la cédule de registre issue d'une transformation ordinaire (par acte authentique) conserve également le rang du gage qu'elle remplace ; la doctrine répond par l'affirmative³².

IV. Effets de la cédule de registre

A. Généralités

Un fois constituée, la cédule hypothécaire produit les effets de tout gage immobilier (cf. notamment les art. 805, 807, 818 et 816 CC). Dûment inscrite, la cédule hypothécaire bénéficie en outre de la foi publique du registre foncier : l'inscription fait foi de l'existence du gage (art. 848 CC), de l'existence de la créance cédulaire (art. 848 CC), du montant de la créance cédulaire (art. 852 al. 3 CC) et de la personne du créancier³³.

En revanche, nous l'avons vu, la constitution d'une cédule hypothécaire (de registre) ne produit sauf convention contraire pas d'effet novatoire de la créance de base³⁴ qui existe le cas échéant entre les parties. Les deux créances, créance de base et créance cédulaire coexistent (art. 842 al. 2 CC). Le législateur est parti du principe que les cédules hypothécaires du nouveau droit feraient l'objet d'une utilisation à titre fiduciaire ; le créancier gagiste est pleinement titulaire de la cédule, mais il doit faire de celle-ci un usage limité, conforme au but poursuivi par l'opération : garantir la créance de base, qui subsiste et qui fait référence en quelque sorte entre les parties³⁵.

Mais si le législateur a voulu consacrer ainsi la fiducie, il n'a fait son travail qu'à moitié : il a affirmé qu'il y avait coexistence des créances, mais il n'a presque rien dit du régime juridique de la fiducie qu'il introduisait ainsi. Par exemple, le titulaire d'une cédule de registre reçue à titre de garantie assume-t-il l'obligation de retransférer la cédule au fiduciaire si la créance de base lui est remboursée ? La loi ne le prévoit pas ; mais cette obligation découle du carac-

³⁰ Message, p. 5072.

³¹ Message, p. 5072.

³² STAEHELIN, n. 5 *ad* art. 844, n. 6 *ad* art. 843 et n. 31 *ad* art. 842 ; PFÄFFLI / BYLAND, p. 91.

³³ Cf. STAEHELIN, n. 6 s. *ad* art. 848 ; WEISS, p. 144 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 11.

³⁴ Cf. *supra*, I.B.

³⁵ Cf. notamment : STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 283 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 357 ; STAEHELIN, n. 46 *ad* art. 842 ; STAEHELIN, Register-Schuldbrief, p. 210 s.

rière fiduciaire de l'opération³⁶. De même, le titulaire de la cédule peut-il dénoncer la cédule hypothécaire au remboursement, alors même que le débiteur exécute régulièrement ses obligations résultant de la créance de base ? La réponse est négative³⁷ (sauf convention contraire), mais la loi ne le dit pas.

Il importe donc que les parties veillent à régler, par une convention de fiducie, leurs droits et obligations réciproques ; à tout le moins devraient-elles convenir que le créancier s'engage à ne pas faire de la cédule un usage qui aille au-delà de ce que requiert la garantie de la créance de base. A défaut, il restera au débiteur à tenter de démontrer que ces limitations des droits du créancier résultent implicitement de l'art. 842 al. 2 et 3 CC ; il faudra donc en quelque sorte déduire de la coexistence des deux créances, une limitation des facultés du créancier³⁸.

B. Transfert

Le transfert de la cédule hypothécaire de registre suppose la réunion de trois conditions. En premier lieu, les parties doivent passer un contrat, générateur de l'obligation de transférer la cédule. La loi ne soumet pas ce contrat au respect d'une forme particulière ; c'est donc le principe de la liberté de la forme qui s'applique (art. 11 al. 1 CO)³⁹. Ce contrat de transfert doit être valable, le principe de causalité s'appliquant au transfert des cédules de registre⁴⁰.

Le titulaire de la cédule doit ensuite requérir l'inscription du transfert au registre foncier (art. 104 al. 1 ORF) ; cette « déclaration écrite » (art. 858 al. 1 CC) est suivie de l'inscription du cessionnaire comme nouveau créancier. Cette inscription opère le transfert de la cédule de registre (art. 858 al. 1 CC), avec l'effet rétroactif de l'art. 972 al. 2 CC⁴¹.

Naturellement, il peut également arriver qu'une cédule de registre change de titulaire *extra tabulas*, par exemple par l'effet d'un jugement ou par succession universelle⁴². C'est alors l'acquéreur qui requiert lui-même sa propre inscription au registre foncier comme nouveau créancier et l'inscription est déclarative.

³⁶ Cf. par exemple: STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 285.

³⁷ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 285 s.

³⁸ Cf. à cet égard P.-H. Steinauer, Les nouvelles dispositions, p. 285, qui indique que le régime de l'utilisation à titre fiduciaire des cédules hypothécaires « peut se déduire de la notion même de garantie fiduciaire et devra, au besoin, être défini par les tribunaux ».

³⁹ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 ; STAHELIN, n. 9 *ad* art. 858 ; etc. Voir cependant PIOTET, La nouvelle cédule, p. 15.

⁴⁰ Cf. notamment : STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 ; STAHELIN, n. 15 *ad* art. 858.

⁴¹ WOLF / KERNEN, p. 372.

⁴² Cf. STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 365, note 37 ; STAHELIN, n. 30 *ad* art. 858.

Cela étant, le nouveau droit contient une règle qui devrait amener le cessionnaire à être particulièrement prudent en cas de transfert de cédule hypothécaire ; c'est l'art. 842 al. 3 CC, qui prévoit que « le débiteur reste libre, s'agissant de la créance qui résulte de la cédule, de faire valoir les exceptions personnelles issues du rapport de base à l'égard du créancier et de ses successeurs, s'ils ne sont pas de bonne foi ». En d'autres termes, le débiteur de la créance cédulaire peut faire valoir les exceptions découlant de ses relations avec le créancier gagiste (à savoir non seulement le contrat de prêt, par exemple, mais aussi la convention de fiducie⁴³) tant envers ce créancier et ses éventuels successeurs universels⁴⁴, qu'à l'égard des successeurs à titre particulier du créancier gagiste, s'ils sont de mauvaise foi⁴⁵.

Ainsi, on peut se demander si le débiteur peut par exemple opposer au cessionnaire de la cédule l'exception tirée du fait que le montant de la créance de base (ex. : prêt de Frs 100'000) est inférieur au montant de la créance cédulaire (Frs 150'000)⁴⁶. A première vue, la réponse est négative : la créance de base est issue d'un contrat auquel il n'est pas partie et qui ne lui est pas opposable en tant que tel. Il y a toutefois lieu de tenir compte du fait que l'art. 842 al. 2 CC prévoit désormais la coexistence des créances de base et cédulaire et que les cédules font en principe l'objet d'une utilisation à titre fiduciaire⁴⁷. Cela devrait amener le cessionnaire à se renseigner sur l'étendue de l'engagement réel du débiteur et sur les conventions passées entre le débiteur et le titulaire qui lui cède sa cédule. A défaut, il pourrait encourir le reproche de ne pas avoir prêté l'attention commandée par les circonstances et, partant, de ne pas être bonne foi⁴⁸ ; l'exception tirée du montant de la créance de base – de même, par exemple, que celle tirée du fait que le cédant, en sa qualité de fiduciaire, est contractuellement obligé de ne pas aliéner la cédule aussi longtemps que le débiteur de la créance de base s'exécute régulièrement⁴⁹ – pourrait alors lui être opposée⁵⁰.

On rappellera enfin que le débiteur de la créance cédulaire peut en sus opposer au titulaire de la cédule les exceptions qu'il a personnellement contre ce

⁴³ Message, p. 5053 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 287 ; STAEHELIN, n. 65 *ad* art. 842.

⁴⁴ Cf. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 286.

⁴⁵ Cf. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 286.

⁴⁶ STAEHELIN, n. 66 *ad* art. 842.

⁴⁷ Cf. *supra*, I.B.

⁴⁸ Cf. STAEHELIN, n. 67 *ad* art. 842 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 4. Pour P.-H. Steinauer, Les nouvelles règles, p. 286, « l'étendue du devoir d'attention requis devra encore être précisé par la jurisprudence ».

⁴⁹ Cf. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 285. Pour certains auteurs, le fiduciaire a l'obligation de ne pas aliéner la cédule sans céder simultanément la créance de base (cf. par exemple : STAEHELIN, n. 25 *ad* art. 858).

⁵⁰ Cf. STAEHELIN, n. 25 *ad* art. 858 et n. 66 *ad* art. 842..

créancier gagiste, ainsi que celles dérivant de l'inscription de la cédule au registre foncier (art. 848 et 849 al. 1 CC)⁵¹.

C. Grèvement

Il est possible de grever la cédule de registre d'un droit de gage mobilier ou d'un usufruit. Il y faut une inscription constitutive⁵² au registre foncier (art. 859 al. 1 et 3 CC), sur réquisition écrite de la personne inscrite au registre foncier comme titulaire de la cédule⁵³. Cette inscription doit naturellement reposer sur une cause valable⁵⁴. Le nouveau droit ne prévoit pas de forme particulière à cet effet. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'art. 900 al. 3 CC soumet la mise en gage des droits qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur à l'observation de la forme écrite ; le contrat d'engagement d'une cédule de registre doit donc être revêtu de la forme écrite⁵⁵. En revanche, en l'absence de base légale spécifique, le contrat constitutif d'usufruit grevant une cédule de registre n'est pas soumis au respect d'une forme particulière (art. 11 al. 1 CO)⁵⁶.

Cela étant, la constitution de tels droits réels mobiliers par inscription au registre foncier est une nouveauté assez révolutionnaire, qui soulève de nombreuses questions⁵⁷. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, on peut se demander ce qu'il advient en cas de cession de la créance garantie par le gage grevant la cédule : le gage mobilier étant un droit accessoire de la créance garantie⁵⁸, la cession de la créance garantie par ce gage mobilier qu'est le gage grevant une cédule de registre (art. 859 al. 1 CC) devrait en bonne logique emporter transfert du gage (art. 170 al. 1 CO). Mais ce gage peut-il réellement changer de titulaire sans modification de l'inscription au registre foncier⁵⁹ ? La réponse est vraisemblablement positive⁶⁰ : l'art. 859 al. 1 CC n'exige (dans les trois langues) l'inscription au registre foncier que pour la *constitution* du

⁵¹ Cf. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 288.

⁵² FOËX, Le nouveau droit, p. 13 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 365 (pour le gage) ; STAEHELIN, n. 17 *ad* art. 859 (pour l'usufruit).

⁵³ Art. 104 al. 3 et 4 ORF.

⁵⁴ FOËX, Le nouveau droit, p. 13 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 (pour le gage) ; STAEHELIN, n. 5 *ad* art. 859 (pour le gage).

⁵⁵ FOËX, La cédule, p. 359 ; voir aussi : WEISS, p. 207 s. *Contra* : STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 ; PIOTET, p. 7 ; STAEHELIN, n. 5 *ad* art. 859.

⁵⁶ STAEHELIN, n. 17 *ad* art. 859

⁵⁷ Voir par exemple H. Kuhn, pour qui le gage grevant une cédule de registre est « *ein eigenständiges immobilarsicherungsrechtliches Rechtsinstitut* » ; FOËX, La cédule, p. 360 s.

⁵⁸ Cf. par exemple : ZOBL / THURNHERR, Syst. T., n. 246.

⁵⁹ Cf. à cet égard P.-H. Steinauer (Les nouvelles règles, p. 354), pour qui les art. 858 al. 1 et 859 al. 1 CC ont pour effet que le registre foncier est devenu « *également un instrument de publicité "mobi-lière"* ».

⁶⁰ De cet avis également : STAEHELIN, n. 8 *ad* art. 859.

gage⁶¹ ; à cela s'ajoute que l'on ne voit pas bien comment le gage grevant une cédule hypothécaire pourrait changer de nature (accessoire ou non accessoire) selon qu'il greve une cédule sur papier ou une cédule de registre. Il n'en demeure pas moins que la construction juridique du gage grevant une cédule de registre est tout à fait particulière : voilà un gage mobilier qui naît moyennant une inscription au registre foncier ; mais à y regarder de plus près, on constate que la loi exige l'inscription non pas du gage, mais du titulaire de ce gage mobilier⁶² et que cette inscription s'opère de surcroît dans la rubrique « gages immobiliers » du feuillet de l'immeuble grevé par la cédule⁶³ ; et ce gage mobilier naissant moyennant l'inscription de ce titulaire se transfère et change donc de titulaire sans modification de cette inscription...

A titre de comparaison – et pour augmenter encore la perplexité du lecteur –, l'on relèvera que l'usufruit (grevant une cédule de registre), qui n'est pas un droit accessoire et qui ne peut changer de titulaire (art. 758 CC), se constitue par inscription du droit lui-même (art. 859 al. 3 CC)⁶⁴ et non du titulaire au registre foncier.

V. Remboursement et emploi

A. Remboursement de la créance cédulaire

En principe, le débiteur rembourse la créance de base, celle issue par exemple du contrat de prêt et qui a subsisté nonobstant la création de la cédule (art. 842 al. 2 CC)⁶⁵. Ce paiement n'est pas régi par les dispositions du Code civil relatives aux cédules hypothécaires.

Mais il peut arriver également que le débiteur rembourse la créance cédulaire, par exemple parce que les parties – par une convention contraire réservée à l'art. 842 al. 2 CC – sont convenues d'éteindre par novation la créance de base, avec comme conséquence que seule la créance cédulaire subsiste⁶⁶ ; ou encore se peut-il que le créancier ait dénoncé au remboursement la créance cédulaire (art. 847 CC).

Lorsqu'il rembourse la créance cédulaire, le débiteur peut faire valoir les exceptions dérivant du registre foncier et celles qu'il a personnellement contre

⁶¹ « Die Verpfändung des Register-Schuldbriefs », « la cartella ipotecaria è costituita in pegno ».

⁶² Cf. art. 859 al. 1 CC.

⁶³ Art. 104 al. 3 ORF. Cf. STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367.

⁶⁴ Art. 104 al. 4 ORF. FOËX, Le nouveau droit, p. 13. Voir cependant D. Staehelin (n. 17 *ad* art. 859), pour qui c'est l'usufruitier qui est inscrit.

⁶⁵ Cf. STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 357.

⁶⁶ Cf. STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 276.

le créancier (art. 848 et 849 al. 1 CC) ; il peut en outre faire valoir les exceptions découlant du rapport de base, dans les limites prévues à l'art. 842 al. 3 CC⁶⁷. La loi précise par ailleurs que « le débiteur ne peut exécuter sa prestation avec effet libératoire qu'entre les mains de celui qui, lors du paiement, est inscrit au registre foncier en tant que créancier » (art. 858 al. 2 CC). C'est logique : le titulaire de la cédule de registre est (en principe)⁶⁸ la personne inscrite en tant que créancier au registre foncier ; c'est donc en les mains de cette personne que le débiteur doit effectuer ses prestations relatives à la créance cédulaire.

Il incombe donc au débiteur cédulaire de consulter le registre foncier avant chaque paiement au titre de la créance cédulaire, pour s'assurer que celui qu'il croit être son créancier est encore inscrit comme tel. Il est vrai que le débiteur sera en principe avisé par le conservateur du registre foncier en cas de transfert de la cédule (art. 969 al. 1 CC). Mais le débiteur sera bien inspiré de ne pas s'en remettre uniquement à cette notification officielle. D'une part, il se peut que cette communication ne lui soit pas encore parvenue, alors même que le cessionnaire de la cédule est déjà inscrit au registre foncier comme nouveau titulaire de celle-ci ; or, le critère déterminant pour le paiement avec effet libératoire n'est pas la réception de l'avis officiel, mais bien l'inscription du cessionnaire au registre foncier⁶⁹. Mais surtout, il ne faut pas oublier que le débiteur de la cédule n'est pas inscrit au registre foncier⁷⁰ et que l'avis officiel ne lui sera donc pas adressé s'il n'est pas simultanément propriétaire de l'immeuble grevé.

On le voit, le débiteur prudent n'effectuera pas de paiement relatif à la créance cédulaire sans avoir au préalable consulté le registre foncier (voire même le journal du registre foncier pour s'assurer qu'aucune réquisition tendant au transfert de la cédule n'est pendante⁷¹). A défaut, il s'expose à payer entre les mains d'une personne qui n'est plus créancière, ayant cédé la cédule. Ce paiement n'aura alors pas d'effet libératoire et le débiteur devra s'exécuter une seconde fois, en les mains du créancier inscrit.

Quid si la personne inscrite n'est plus titulaire de la cédule, celle-ci ayant été acquise en-dehors du registre foncier par un tiers (jugement, succession universelle, etc.)⁷²? Il faut admettre que le paiement effectué en les mains du créancier encore inscrit au registre comme titulaire de la cédule produit un

⁶⁷ Sur les exceptions que peut faire valoir le débiteur en cas de novation, voir notamment STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 277.

⁶⁸ Cf. *supra*, appel de note 42.

⁶⁹ Cf. FOËX, La cédule, p. 351 ; voir aussi : STAEHELIN, n. 35 ad art. 858. *Contra* : PIOTET, La nouvelle cédule, p. 8.

⁷⁰ *Supra*, III.A.

⁷¹ Cf. art. 972 al. 2 CC. FOËX, La cédule, p. 351.

⁷² Cf. *supra*, note 42.

effet libératoire, la loi posant comme critère l'inscription au registre foncier et non l'acquisition de la cédule.

B. Remploi de la cédule de registre

Si le créancier a été intégralement remboursé, le débiteur⁷³ peut exiger le retransfert de la cédule à son nom (art. 853 ch. 1 CC) : il incombe donc au créancier de requérir l'inscription du débiteur cédulaire comme nouveau créancier au registre foncier⁷⁴. Le débiteur devient ainsi titulaire de la cédule. Il peut alors en requérir la radiation ou laisser subsister l'inscription (art. 854 al. 1 CC). S'il opte pour cette seconde solution, il peut procéder au remploi de la cédule de registre (art. 854 al. 2 CC) : le moment venu, il transférera la cédule à un tiers, en requérant son inscription au registre foncier (art. 858 al. 1 CC).

En d'autres termes, le remploi de la cédule de registre après désintéressement du créancier nécessite en principe deux inscriptions : l'inscription du débiteur à la requête du créancier désintéressé, puis l'inscription du nouveau créancier sur réquisition du débiteur auquel la cédule de registre a été rétrocédée.

VI. Droit transitoire

Le nouveau droit contient une seule règle de droit transitoire concernant les cédules hypothécaires de registre. Il s'agit de l'art. 33b Tit. fin. CC, qui prévoit la transformation simplifiée des cédules de l'ancien droit en cédules de registre⁷⁵.

Il est unanimement admis que le législateur a ainsi entendu favoriser la conversion des cédules hypothécaires de l'ancien droit en cédules hypothécaires de registre⁷⁶. Fort curieusement, la doctrine indique cependant que les cédules ainsi converties⁷⁷ restent soumises à l'ancien droit. On peine toutefois quelque peu à comprendre en quoi l'on favorise la transformation, si la cédule ainsi convertie se voit en définitive appliquer les règles de son ancienne forme. Et surtout, on ne voit pas bien comment concilier cette nouvelle forme ainsi acquise avec le droit antérieur au 1^{er} janvier 2012. Ainsi et par exemple, comment transfère-t-on une cédule de registre issue d'une transformation fondée

⁷³ Sur la situation lorsque le débiteur n'est pas simultanément propriétaire de l'immeuble grevé, cf. STAEHELIN, n. 10 s. *ad* art. 853 et n. 4 *ad* art. 854.

⁷⁴ STAEHELIN, n. 5 *ad* art. 853.

⁷⁵ Cf. *supra*, III.C.

⁷⁶ Message, p. 5072 ; STEINAUER, La nouvelle réglementation, p. 64 ; HAAS, p. 322 ; SCHMID-TSCHIRREN, p. 10 ; FOËX, p. 347.

⁷⁷ PIOTET, Le droit transitoire, p. 233 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 356.

sur l'art. 33b Tit. fin. CC, à laquelle l'ancien droit serait applicable ? Comment la grève-t-on de gage ? Qui inscrit-on comme titulaire au registre foncier, si elle était libellée au porteur sous l'ancien droit ?

En définitive, il ne paraît guère praticable d'appliquer à la cédula hypothécaire de registre des règles conçues pour des cédulas hypothécaires sur papier, à une époque où il n'était pas possible de constituer des cédulas de registre et qui ont précisément été abrogées par l'introduction de cette nouvelle forme de gage immobilier. Il paraît dès lors nettement préférable d'appliquer dans toute la mesure du possible⁷⁸ le nouveau droit aux cédulas hypothécaires de registre issues d'une transformation simplifiée au sens de l'art. 33b Tit. fin. CC⁷⁹. Les parties qui optent pour la transformation ne choisissent pas simplement une dénomination, une étiquette leur permettant de procéder à un ravalement de façade : elles portent leur dévolu sur une nouvelle forme de gage immobilier, avec ses particularités et son régime juridique ; en demandant par écrit que leur cédula « soit transformée en une cédula hypothécaire de registre » (art. 33b Tit. fin. CC), elles manifestent (à tout le moins tacitement) leur volonté d'adhérer à ce régime juridique, elles acceptent que leur gage soit transformé, soit façonné en vertu de ces règles nouvelles et devienne l'« institution juridique moderne et attrayante » dont les mérites sont vantés par le Message du Conseil fédéral⁸⁰.

Les autres questions de droit transitoire posées par l'introduction des cédulas hypothécaires de registre ne font pas l'objet de règles spécifiques. On peut donc appliquer les règles ordinaires du Titre final du Code civil ; le lecteur est invité à se référer à cet égard aux développements détaillés et particulièrement que le prof. Denis Piotet a consacré à ces questions⁸¹.

Conclusion

L'introduction de la cédula hypothécaire de registre est attendue depuis longtemps. Il s'agit là, selon le Message du Conseil fédéral, de la « pièce maîtresse » du nouveau droit⁸². Il reste à voir si, au-delà de la mode de la dématérialisation des papiers-valeurs, cette forme de gage immobilier rencontrera l'engouement qu'on lui promet. La cédula de registre implique une multiplica-

⁷⁸ Ainsi, une novation de la créance de base acquise sous l'ancien droit par l'effet de l'art. 855 al.1 aCC ne paraît-elle pas pouvoir être remise en cause par l'effet de l'art. 842 al. 2 CC (cf. PIOTET, La nouvelle cédula, p. 11 ss ; STAEHELIN, n. 75 *ad* art. 842).

⁷⁹ FOËX, Le nouveau droit, p. 14.

⁸⁰ Message, p. 5027.

⁸¹ PIOTET, Le droit transitoire, p. 225 ss ; PIOTET, La nouvelle cédula, p. 11 ss.

⁸² Message, p. 5027.

tion des inscriptions au registre foncier (transfert⁸³, grèvement par des droits réels limités⁸⁴, emploi⁸⁵). Or, l'inscription est une opération somme toute plus lourde et plus coûteuse qu'une simple remise du titre, n'offrant par ailleurs pas la discrétion⁸⁶ parfois recherchée par les parties⁸⁷ ; ces inconvénients pourraient en particulier compliquer la titrisation des cédules hypothécaires⁸⁸.

Cela étant, l'on ne dispose évidemment pas aujourd'hui du recul nécessaire pour déterminer si l'introduction de la cédule de registre constitue un succès. On peut en l'état noter que cette nouvelle forme de gage immobilier ne prendra son plein envol (et sa pleine justification) qu'avec l'informatisation complète du registre foncier. L'on peut par ailleurs affirmer que les règles introduites par le nouveau droit ne résolvent pas tous les problèmes et qu'elles promettent donc aux juristes encore de belles sources de réflexion !

Bibliographie

- B. FOËX, « La cédule hypothécaire de registre », *in* Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (J. SCHMID, éd.), Zurich 2012, p. 343 ss (cité : La cédule)
- B. FOËX, « Le nouveau droit des cédules hypothécaires », *in* JdT 2012 II 3 ss (cité : Le nouveau droit)
- R. HAAS, « Errichtung und Ausgestaltung des Register-Schuldbriefs », *in* Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (J. SCHMID, éd.), Zurich 2012, p. 293 ss
- S. KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse, Fribourg 2003
- H. KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Berne 2011
- Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), du 27 juin 2007, *in* FF 2007 p. 5015 ss (cité : Message)
- R. PFÄFFLI / D. BYLAND, Sachenrecht und Notar : Neuerungen, *in* Le notaire bernois 2011 p. 73 ss

⁸³ Art. 858 al. 1 CC.

⁸⁴ Art. 859 al. 1 et 3 CC.

⁸⁵ Art. 853 ch. 1, 854 al. 2 et 858 al. 1 CC.

⁸⁶ Cf. notamment l'art. 857 al. 2 CC.

⁸⁷ Cf. STEINAUER, La nouvelle réglementation, p. 64.

⁸⁸ Cf. STAEHELIN, n. 43 *ad* art. 858.

- D. PIOTET, « La nouvelle cédula de registre », *in* Not@lex 2010 p. 1 ss (cité : La nouvelle cédula)
- D. PIOTET, « Le droit transitoire de la révision du Code civil du 11 décembre 2009 et la pratique notariale », *in* NB 2010 p. 225 ss (cité : Le droit transitoire)
- J. SCHMID, « Notarielle Aspekte zum neuen Register-Schuldbrief », *in* recht 2010 p. 162 ss (cité: Notarielle Aspekte)
- C. SCHMID-TSCHIRREN, « Elektronische öffentliche Beurkundung und Grundpfandrechte : Neuerungen, insbesondere der Register-Schuldbrief », *in* RNRf 2011 p. 1 ss
- D. STAEHELIN, « Der sicherungseingetragene vinkulierte zinstragende Register-Schuldbrief mit separaten Nebenvereinbarungen », *in* Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander (F. LORANDI et D. STAEHELIN, éd.), Zurich 2011, p. 209 ss (cité: Register-Schuldbrief)
- D. STAEHELIN, *in* Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar (H. HONSELL, N. P. VOGT et T. GEISER, éd.), 4^e éd., Bâle 2011
- P.-H. STEINAUER, « La nouvelle réglementation de la cédula hypothécaire », *in* Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Muri 2010, p. 57 ss (cité : La nouvelle réglementation)
- P.-H. STEINAUER, « Le débiteur cédulaire », *in* Innovatives Recht. Festschrift für Ivo Schwander (F. LORANDI et D. STAEHELIN, éd.), Zurich 2011, p. 225 ss (cité: Le débiteur)
- P.-H. STEINAUER, « Les nouvelles dispositions générales sur les cédulas hypothécaires. Questions choisies », *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (J. SCHMID, éd.), Zurich 2012, p. 267 ss (cité : Les nouvelles dispositions)
- P.-H. STEINAUER, « Les nouvelles règles sur les cédulas hypothécaires : quoi de neuf pour les offices du registre foncier ? », *in* RNRf 2011 p. 353 ss (cité : Les nouvelles règles)
- S. WEISS, *Der Register-Schuldbrief*, thèse Lucerne, Zurich 2009
- S. WOLF / A. KERNEN, « Übertragung, Verpfändung und weitere praktische Verwendungsmöglichkeiten des Register-Schuldbriefs », *in* Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (J. SCHMID, éd.), Zurich 2012, p. 363 ss
- D. ZOBL / C. THURNHERR, *Das Fahrnispfand*, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 3^e éd., Berne 2010