UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2018

Published version Open Access

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

# Les gages immobiliers dans la durée

Foëx, Bénédict

**How to cite**

FOËX, Bénédict. Les gages immobiliers dans la durée. In: Imprescriptibilité, contrôle et responsabilité. Les effets du droit de propriété dans le temps. Foëx, Bénédict & Hottelier, Michel (Ed.). Genève : Schulthess, 2018. p. 33–53.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:104662

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

# Les gages immobiliers dans la durée

BÉNÉDICT FOËX

*Professeur à l'Université de Genève*

## Introduction

Les gages immobiliers sont faits pour durer. Ils servent de garantie pour le paiement de sommes généralement importantes, qui se remboursent sur le long terme (quand elles se remboursent). A cela s'ajoute qu'une fois la créance payée, le gage immobilier peut être réutilisé. La loi le prévoit expressément pour les cédules hypothécaires (*cf.* art. 854 al. 2 CC). Mais il est admis que les hypothèques peuvent également faire l'objet d'un remploi, moyennant un acte authentique[1] ; le gage n'est alors pas radié et subsiste pour être réutilisé.

Il a donc paru intéressant, dans cette Journée sur le thème de *La propriété dans le temps*, de consacrer un exposé aux gages immobiliers dans la durée. A cet effet, nous nous concentrerons sur quatre aspects : les conséquences de l'écoulement du temps sur la créance garantie et sur les intérêts produits par celle-ci (*infra*, I.), le sort de l'immeuble grevé dans la durée (II.), le rôle du temps dans la dénonciation au remboursement de la créance garantie (III.), avant de traiter rapidement de deux questions particulières (IV.).

## I. Imprescriptibilité de la créance garantie et des intérêts

**A.** En vertu de l'art. 807 al. 1 CC, « l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible ». Il y a imprescriptibilité, en ce sens que la prescription ne court pas : le gage « paralyse l'exception de prescription »[2] ; le temps est en quelque sorte suspendu. Il en va ainsi même si la créance garantie n'est (en tout ou partie) pas couverte par la valeur de l'immeuble grevé[3] et même si

---

1 *Cf.* notamment : TF, 19.3.2002, *in* RNRF 2003 p. 45/48 s. EIGENMANN, n. 22 *ad* art. 825 ; STEINAUER, Tome III, n° 2814 ; etc.

2 STEINAUER, Tome III, n° 2715b.

3 DÜRR / ZOLLINGER, n. 42 *ad* art. 807. Voir aussi : SCHMID-TSCHIRREN, n. 2 *ad* art. 807.

c'est un tiers (et non le propriétaire grevé) qui est le débiteur de la créance garantie[4] .

Ainsi que l'indique l'art. 807 CC, l'imprescriptibilité suppose l'inscription du gage au registre foncier. Il en découle que les gages légaux dits « directs », qui naissent sans inscription au registre foncier[5], ne tombent pas sous le coup de l'art. 807 CC[6] sauf, naturellement, s'ils sont néanmoins inscrits au registre foncier[7].

De même si un gage régulièrement inscrit est ensuite radié, l'art. 807 CC ne s'applique plus et la prescription commence de courir[8]. Selon D. Dürr et D. Zollinger, il en va ainsi même si la radiation est contraire au droit[9] (et résulte par exemple d'une erreur du registre foncier) ; on peut toutefois se demander s'il ne conviendrait pas plutôt de retenir que l'effet d'imprescriptibilité subsiste aussi longtemps que le gage existe encore matériellement nonobstant la radiation indue : ainsi que l'indique la note marginale de l'art. 805 CC[10], l'art. 807 CC fait partie des dispositions régissant les effets du gage immobilier et l'on voit mal pourquoi un gage qui a été inscrit (remplissant ainsi la condition posée par l'art. 807 CC) cesserait de produire l'effet voulu par l'art. 807 CC s'il existe encore en tant que gage malgré sa radiation[11].

Cela étant, il convient d'opérer une distinction selon que l'art. 807 CC s'applique à une hypothèque ou à une cédule hypothécaire.

**B.** En effet, l'art. 824 CC prévoit que l'hypothèque « peut être constituée pour sûreté d'une créance quelconque […] ». Il en découle que le type et la nature de la créance garantie par hypothèque peuvent varier.

Ainsi, il peut par exemple s'agir d'une créance dont le montant est encore indéterminé ou variable (art. 825 al. 1 CC), donnant lieu à l'inscription d'une

---

4 SCHMID-TSCHIRREN, n. 2 *ad* art. 807 ; FASEL, n. 1 *ad* art. 807. D. DÜRR et C. ZOLLINGER (n. 40 *ad* art. 807) réservent l'hypothèse dans laquelle le gage immobilier aurait été constitué sans le consentement du tiers débiteur.

5 *Cf.* STEINAUER, Tome III, n° 2691.

6 MARCHAND, n. 1 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 69 s. *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 4 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Tome III, n° 2715a.

7 *Cf.* par exemple l'art. 808 al. 3 et 4 et l'art. 810 al. 2 et 3 CC. DÜRR / ZOLLINGER, n. 71 *ad* art. 807.

8 MARCHAND, n. 3 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 77 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 10 *ad* art. 807 ; LEEMANN, n. 3 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Tome III, n° 2715b. Si le constituant du gage était le débiteur de la créance garantie lorsque le gage a été créé, un nouveau délai commence à courir (*cf.* art. 135 ch. 1 et 137 al. 1 CO) ; si tel n'était pas le cas, la prescription reprend son cours à compter de la radiation (MARCHAND, n. 4 *ad* art. 807).

9 DÜRR / ZOLLINGER, n. 80 *ad* art. 807.

10 « C. Effets ».

11 Ainsi que le notait (d'une façon générale) C. WIELAND (n. 1 *ad* art. 807), « l'imprescriptibilité subsiste aussi longtemps et pour autant que la créance est garantie par le gage ».

hypothèque « maximale », garantissant au maximum le montant fixe inscrit au registre foncier (art. 794 al. 2 CC)[12]. L'imprescriptibilité de la créance se produit alors à concurrence de ce montant inscrit, même si les variations de la créance ont pour effet de lui faire dépasser ce plafond ou même si la créance à l'origine indéterminée s'actualise, mais pour un montant supérieur[13].

Par ailleurs, l'hypothèque peut garantir une créance soumise à un droit autre que le droit privé fédéral. Ainsi, il peut en premier lieu s'agir d'une créance régie par le droit étranger[14], pourvu qu'elle soit libellée en francs suisses (art. 794 al. 1 CC)[15] : la créance garantie peut par exemple être issue d'un contrat de prêt soumis au droit allemand[16] ; de même, on peut imaginer qu'une hypothèque des artisans et entrepreneurs soit inscrite au registre foncier pour garantir une créance soumise au droit italien, le parties ayant soumis leur contrat d'entreprise à ce droit[17].

Dans de telles hypothèses, l'effet d'imprescriptibilité de l'art. 807 CC ne se produit en principe pas[18]. C'est en effet le droit applicable à la créance qui régit la prescription, conformément à l'art. 148 al. 1 LDIP ; dès lors, l'art. 807 CC n'est pas applicable[19].

En second lieu, la créance garantie par hypothèque peut être soumise au droit public. Il en va ainsi des créances garanties par une hypothèque légale de droit public cantonal (art. 836 CC). Ce sont alors les règles de droit cantonal qui régissent la créance et sa prescription[20]. L'art. 807 CC n'est donc pas applicable (même si l'hypothèque est inscrite au registre foncier ; art. 836 al. 1 et 2 CC), sauf si le droit cantonal en prévoit l'application à titre de droit cantonal supplétif[21]. Il se peut par ailleurs que la créance garantie soit régie par le droit

---

12 *Cf.* par exemple : STEINAUER, Tome III, n° 2805 et n° 2643.

13 DÜRR / ZOLLINGER, n. 37 ss *ad* art. 807. Voir en outre ATF 4A_542/2015, du 16 février 2016, consid. 4.2.

14 *Cf.* notamment : DÜRR, Syst. T., n. 604 ; ZOBL, Grundbuchrecht, n° 79.

15 Si la créance à garantir est libellée en une monnaie étrangère, l'inscription d'une hypothèque maximale garantissant une somme fixée en francs suisses est possible ; *cf.* DÜRR, n. 58 ss et n. 71 *ad* art. 794 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 6 *ad* art. 794.

16 *Cf.* DÜRR, Syst. T., n. 604.

17 SCHUMACHER, n° 38 et n° 42.

18 *Cf.* MARCHAND, n. 6 *ad* art. 807.

19 Sur la faculté qu'auraient les parties de procéder à une élection de droit partielle, en choisissant le droit régissant la prescription de la créance, voir notamment : BONOMI, n. 5 *ad* art. 148.

20 MARCHAND, n. 7 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 65 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 5 *ad* art. 807 ; PIOTET, Droit cantonal, n° 685. *Cf.* aussi : ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3.

21 PIOTET, Droit cantonal, n° 685.

public fédéral[22] ; la prescription est alors régie par le droit public fédéral et non par l'art. 807 CC[23].

**C.** Dans le cas de la cédule hypothécaire, les parties n'ont pas la même liberté de manœuvre : la créance garantie ne peut pas être « quelconque » (art. 824 al. 1 CC), pas plus qu'elle ne peut être « d'un montant indéterminé ou variable » (art. 825 al. 1 CC)[24]. Il découle notamment des art. 842 et 846 al. 1 CC que la créance garantie par une cédule hypothécaire doit tendre au paiement d'un montant déterminé[25]. La créance garantie par une cédule hypothécaire est une créance nouvelle[26], abstraite[27], qui naît par l'inscription de la cédule au registre foncier[28] ; elle ne peut donc ni être indéterminée ou variable, ni être soumise à un droit autre que le droit fédéral suisse[29]. On l'appelle la créance « cédulaire »[30] (ou « créance qui résulte de la cédule »[31]).

Cela étant, on le sait, les cédules sont fréquemment transférées à titre fiduciaire, aux fins de garantir une autre créance (dite créance « de base »[32], créance « causale »[33] ou « créance à garantir issue du rapport de base »[34]), résultant par exemple d'un contrat de prêt (art. 312 ss CO). Or, l'art. 842 al. 2 CC dispose que la créance cédulaire et la créance de base coexistent, sauf convention contraire. Le créancier gagiste fiduciaire est donc à la fois titulaire de la créance cédulaire, inscrite au registre foncier (et incorporée dans la cédule s'il s'agit d'une cédule sur papier) et titulaire de la créance causale (tendant par exemple au remboursement du prêt qu'il a octroyé au débiteur).

---

22 DÜRR / ZOLLINGER, n. 67 *ad* art. 807.

23 DÜRR / ZOLLINGER, n. 67 *ad* art. 807 (qui proposent toutefois d'appliquer par analogie l'art. 807 CC, à défaut de disposition légale contraire).

24 L'art. 794 al. 2 CC fait certes partie des dispositions générales du droit de gage immobilier, mais il est admis que l'hypothèse dont il traite (à savoir, celle dans laquelle la créance garantie est indéterminée) ne se conçoit que pour l'hypothèque ; *cf.* DÜRR, n. 98 *ad* art. 794 ; STEINAUER, Tome III, n° 2643.

25 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 61 et 64 s. *ad* art. 857.

26 STEINAUER, Commentaire, n. 16 *ad* art. 842.

27 STEINAUER, Commentaire, n. 25 *ad* art. 842.

28 *Cf.* s'agissant de la cédule hypothécaire de registre : STEINAUER, Commentaire, n. 136 et 160 *ad* art. 857 ; STAEHELIN, n. 1 *ad* art. 857. Pour la cédule hypothécaire sur papier : STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 860 ; STAEHELIN, n. 20 *ad* art. 860.

29 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 38 et 37 *ad* Rem. lim. ; DÜRR, Syst. T., n. 607 ; ZOBL, Grundbuchrecht, n° 79.

30 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 5 *ad* art. 842.

31 Art. 846 al. 2 CC.

32 STEINAUER, Commentaire, n. 45 *ad* art. 842.

33 STEINAUER, Commentaire, n. 45 *ad* art. 842.

34 Art. 842 al. 2 CC.

L'effet d'imprescriptibilité prévu à l'art. 807 CC se produit pour la créance cédulaire et non pour la créance de base[35] : la créance de base qui subsiste le cas échéant se prescrit suivant les règles ordinaires régissant la prescription.

C'est également le lieu de noter que le Tribunal fédéral a admis récemment que la prescription de la créance de base n'empêche pas le créancier gagiste fiduciaire d'exercer ses droits découlant de la cédule hypothécaire reçue en garantie et, en particulier, de se prévaloir de la créance cédulaire[36].

**D.** L'imprescriptibilité prévue par l'art. 807 CC s'étend aux intérêts (conventionnels et moratoires[37]) produits par la créance cédulaire et par la créance garantie hypothèque[38]. Il faut ajouter une précision importante en ce qui concerne les intérêts conventionnels : l'imprescriptibilité ne vaut que dans la limite prévue à l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC, à savoir « 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 ». Les intérêts conventionnels antérieurs ne sont plus garantis par le gage et constituent une créance chirographaire sujette à prescription selon l'art. 128 ch. 1 CO[39]. Pour le surplus, on peut également noter que si le gage en cause est une hypothèque maximale[40], les intérêts (conventionnels et moratoires[41]) ne sont imprescriptibles que si, cumulés à la créance garantie, ils ne dépassent pas le montant maximal inscrit au registre foncier[42].

## II. L'immeuble grevé dans la durée

**A.** En vertu de l'art. 805 CC, « le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires ». Ce principe, ne vaut pas seulement lors de la constitution du gage : il demeure vrai pendant toute l'existence de ce dernier.

---

35 ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3. STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842 ; MARCHAND, n. 9 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 52 *ad* art. 807.

36 ATF 2C_267/2010, du 8 avril 2011, consid. 6.3 et 6.4.

37 DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807.

38 MARCHAND, n. 2 *ad* art. 807 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 807. Voir aussi : STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842.

39 DÜRR / ZOLLINGER, n. 58 *ad* art. 807 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 807 ; LEEMANN, n. 6 *ad* art. 807. Voir aussi : MARCHAND, n. 2 *ad* art. 807 ; STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 842.

40 *Cf. supra*, appel de note 12.

41 *Cf.* SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 818 ; STEINAUER, Tome III, n° 2794d.

42 D. DÜRR et C. ZOLLINGER, n. 59 *ad* art. 807 (qui réservent l'hypothèse dans laquelle les parties seraient convenues que la créance garantie [en capital] serait d'abord frappée par la prescription).

C'est ainsi que si de nouvelles parties intégrantes sont intégrées au fonds grevé, elles sont *ex lege* grevées du gage[43] ; il en découle notamment que si une construction (art. 667 al. 2 CC) est érigée sur le fonds grevé, le créancier gagiste bénéficie de la plus-value qui en résulte. Il en va en principe de même des accessoires : les accessoires affectés à l'immeuble en cours d'existence du gage sont frappés par le gage[44] ; tel peut par exemple être le cas de machines qui sont installées dans l'usine se trouvant sur le bien-fonds hypothéqué.

Mais l'inverse est aussi vrai : si une partie intégrante est détachée du bien-fonds et perd sa qualité de partie intégrante, elle est dégrevée[45] ; de même, si un accessoire perd cette qualité, il ne répond en principe plus du gage[46].

**B.** Cela étant, le créancier gagiste n'est pas forcé d'assister les bras croisés à de telles diminutions de sa garantie. La loi tient en effet compte du fait que l'immeuble peut se déprécier au fil du temps : elle accorde une certaine protection au créancier gagiste et distingue selon que cette dépréciation est imputable (art. 808 et 809 CC) ou non (art. 810 CC) au propriétaire grevé.

**C.** L'application des art. 808 et 809 CC suppose la réunion des conditions suivantes :

- il faut une *dépréciation*, à savoir un acte matériel (et non un acte juridique tel que la constitution d'une servitude, par exemple) qui affecte physiquement l'immeuble et diminue la valeur de celui-ci[47] ; l'acte matériel peut consister en un acte positif (démolir un bâtiment) ou en une omission (défaut d'entretien)[48] ;
- cette dépréciation doit être *imputable au propriétaire de l'immeuble grevé*[49] ; la loi semble exiger une faute[50], mais cela n'empêche pas que l'imputabilité puisse résulter des art. 101 ou 55 CO ;
- cette dépréciation doit *mettre en péril les droits du créancier gagiste*, en ce sens que l'immeuble ne procure plus au titulaire du gage la même cou-

---

43 *Cf.* notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 46 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2722a.

44 *Cf.* notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 116 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2724.

45 *Cf.* notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 69 *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2722a. Sur les exceptions à ce principe, voir notamment : MARCHAND, n. 7 *ad* art. 805.

46 *Cf.* DÜRR / ZOLLINGER, n. 142 s. *ad* art. 805 ; STEINAUER, Tome III, n° 2725b ; SIMONIUS / SUTTER, p. 166 s. Voir cependant : ATF 45 II 181/186 s., JdT 1920 I 162/167 s. SCHMID-TSCHIRREN, n. 15 *ad* art. 805 ; MEIER-HAYOZ, n. 46 *ad* art. 644-645.

47 DÜRR / ZOLLINGER, n. 94 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 4 *ad* art. 808.

48 DÜRR / ZOLLINGER, n. 95 *ad* art. 808 ; MARCHAND, n. 4 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

49 STEINAUER, Tome III, n° 2735 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 1 *ad* art. 808. Voir cependant, en ce qui concerne l'art. 809 CC : DÜRR / ZOLLINGER, n. 19 s. *ad* art. 809 et n. 9 *ad* art. 810.

50 *Cf. a contrario* la note marginale de l'art. 810 et le texte du premier alinéa de cette disposition. Voir en outre : SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 808.

verture de sa créance qu'auparavant[51] ; il faut à cet égard tenir compte du rang du droit de gage en cause et de la valeur qu'avait l'immeuble avant la survenance de la dépréciation[52].

Lorsque ces conditions sont réunies, la loi met plusieurs moyens à la disposition du créancier gagiste, en distinguant selon que la dépréciation s'est déjà produite ou non.

Ainsi, dans le premier cas (dépréciation déjà intervenue), le créancier peut exiger du débiteur de la créance garantie (que celui-ci soit ou non le propriétaire de l'immeuble grevé[53]) :

- qu'il fournisse des sûretés (art. 809 al. 1) ; au besoin, le créancier peut intenter une poursuite en constitution de sûretés (art. 38 al. 1 LP)[54] ;
- qu'il procède au rétablissement de l'état antérieur (art. 809 al. 1 ; par ex. : rétablissement des accessoires, remplacement d'une partie intégrante qui avait été enlevée, plantation d'un arbre pour remplacer l'arbre abattu[55]) ;
- qu'il procède à un remboursement à due concurrence de sa créance si les sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur ne sont pas exécutés dans le délai fixé par le juge (art. 809 al. 3 CC).

Si la dépréciation est en cours ou menace de se produire, le créancier peut prendre diverses mesures, dont le destinataire varie. C'est ainsi que le créancier gagiste peut :

- demander au juge d'ordonner au propriétaire (voire au tiers auteur de l'atteinte[56]) de cesser ses actes (ou ses omissions) dommageables ou de ne pas les mettre à exécution (art. 808 al. 1 CC) ; il s'agira par exemple d'interdire la démolition ou la transformation inappropriée du bâtiment[57], ou d'ordonner au propriétaire d'entretenir celui-ci[58] ;

---

51 DÜRR / ZOLLINGER, n. 101 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737b ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 9 *ad* art. 808.

52 *Cf.* DÜRR / ZOLLINGER, n. 101 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2737b ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 9 *ad* art. 808.

53 DÜRR / ZOLLINGER, n. 33, 60 et 98 *ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2743. Voir cependant (en ce qui concerne l'art. 809 al. 2 CC) : MARCHAND, n. 4 *ad* art. 809.

54 MARCHAND, n. 4 *ad* art. 809.

55 *Cf.* DÜRR / ZOLLINGER, n. 48 ss *ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2742 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 3 *ad* art. 809.

56 MARCHAND, n. 6 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2739 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 12 *ad* art. 808.

57 STEINAUER, Tome III, p. 226 note de bas de page 3 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

58 STEINAUER, Tome III, p. 226 note de bas de page 4 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 808.

- exiger du débiteur[59] de la créance garantie qu'il fournisse des sûretés et, à défaut, qu'il procède au remboursement à due concurrence de la créance garantie[60] (art. 809 al. 2 et 3 CC) ;
- se faire autoriser par le juge à prendre lui-même les mesures nécessaires sur le fonds grevé (art. 808 al. 2 CC) ;
- prendre les mesures nécessaires de son propre chef s'il y a péril en la demeure (art. 808 al. 2 CC)[61] ; tel peut par exemple être le cas si le propriétaire reste inactif alors que le toit du bâtiment se trouvant sur le fonds grevé n'est plus étanche ;
- exiger du propriétaire qu'il lui rembourse les frais engagés pour prendre les mesures nécessaires prévues par l'art. 808 al. 2 CC. Ce droit au remboursement est garanti par une hypothèque légale, qui naît sans inscription et prime toute charge grevant l'immeuble (art. 808 al. 3 CC). L'hypothèque doit néanmoins être inscrite dans les quatre mois pour rester opposable aux tiers de bonne foi si le montant de la créance garantie est supérieure à mille francs (art. 808 al. 4 CC)[62]. Si cette hypothèque n'est pas inscrite dans ce délai, elle reste opposable à celui qui était propriétaire de l'immeuble lors de sa naissance et aux tiers de mauvaise foi ou qui ne peuvent pas se prévaloir de leur bonne foi (art. 3 al. 2 CC)[63] ; elle n'est en revanche pas opposable aux tiers de bonne foi, même à hauteur de mille francs[64].

**D.** Quant à l'art. 810 CC, il accorde une protection au créancier gagiste pour des dépréciations[65] qui ne sont pas imputables au propriétaire : inondation, orage, grêle, usure normale du bâtiment, constitution contre son gré d'une servitude de passage nécessaire sur son fonds, etc.[66] Lorsque cette dépréciation met en péril ses droits[67], le créancier dispose des moyens suivants :

- il peut prendre lui-même (et sans qu'une autorisation du juge ne soit nécessaire[68]) les mesures nécessaires pour parer aux dépréciations ou

---

59 DÜRR / ZOLLINGER, n. 81 et 98 *ad* art. 809 ; STEINAUER, Tome III, n° 2743 (en ce qui concerne l'art. 809 al. 3 CC).

60 STEINAUER, Tome III, n° 2741.

61 Voir notamment : DÜRR / ZOLLINGER, n. 132 s. *ad* art. 808.

62 Voir notamment : MARCHAND, n. 9 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2740 s.

63 DÜRR / ZOLLINGER, n. 183 *ad* art. 808 ; STEINAUER, Tome III, n° 2740a.

64 DÜRR / ZOLLINGER, n. 184 *ad* art. 808. *Contra* : STEINAUER, Tome III, n° 2740a.

65 *Cf. supra*, appel de note 47.

66 STEINAUER, Tome III, n° 2744 ; DÜRR / ZOLLINGER, n. 12 ss *ad* art. 810.

67 *Cf. supra*, appel de note 51.

68 D. DÜRR et C. ZOLLINGER, n. 41 s. *ad* art. 810 (qui relèvent à juste titre que le créancier a en revanche la *faculté* de saisir le juge, notamment s'il y a doute quant à la question de savoir si la dépréciation est imputable au propriétaire [art. 808 al. 2 CC] ou non [art. 810 al. 2 CC]) ; STEINAUER,

pour les empêcher (art. 810 al. 2 CC) : ériger un mur de protection contre la montée des eaux, réparer un toit abîmé par la foudre, etc.[69] Le créancier gagiste bénéficie alors d'une hypothèque légale garantissant le remboursement des frais ainsi engagés, qui naît sans inscription et prime les autres charges grevant l'immeuble (art. 810 al. 2 CC), mais qui cesse d'être opposable aux tiers de bonne foi si elle n'est pas inscrite dans les quatre mois à compter de la fin des mesures et si le montant garanti est supérieur à mille francs (art. 810 al. 3 CC). La loi précise que le propriétaire n'est pas « personnellement tenu » des frais engagés par le créancier gagiste (art. 810 al. 2 CC) ; il en résulte que l'hypothèque légale en question ne garantit aucune créance personnelle[70] (à l'instar de l'ancienne lettre de rente, dont l'art 847 al. 3 aCC indiquait qu'elle était « exclusive de toute obligation personnelle ») : le propriétaire n'en répond que sur son immeuble ;

- le créancier peut par ailleurs exiger la fourniture de sûretés ou un remboursement partiel de sa créance, dans la mesure où le propriétaire est indemnisé pour le dommage qu'il subit en raison de l'événement dommageable (art. 810 al. 1 CC) ; si l'indemnité en cause est versée par une assurance, c'est l'art. 822 CC qui est applicable, à titre de *lex specialis*[71].

**E.** Les art. 808 à 810 CC fournissent une protection non négligeable au créancier gagiste. Or il ne semble pas qu'ils soient fréquemment invoqués en pratique ; en témoigne notamment le petit nombre d'arrêts rendus par le Tribunal fédéral à leur propos.

Il est vrai qu'il peut s'avérer compliqué d'intervenir activement en cas de dépréciation de l'immeuble grevé ; il est probablement souvent plus simple, en cas d'inaction du propriétaire, de dénoncer au remboursement la créance garantie et d'entamer la procédure en réalisation de gage. A cela s'ajoute que le créancier prudent dispose généralement d'une certaine marge (l'immeuble grevé ayant une valeur supérieure au montant de sa créance), si bien que toute dépréciation ne met pas ses droits en péril. Enfin, il se peut que les propriétaires grevés, dans leur ensemble, entretiennent correctement leurs immeubles et s'abstiennent de tout acte de dépréciation, ce qui rend inutile le recours aux art. 808 à 810 CC.

---

Tome III, n° 2745 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 810. *Contra* : MARCHAND, n. 5 *ad* art. 810 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 174 ; etc.

69 SCHMID-TSCHIRREN, n. 8 *ad* art. 810.

70 *Cf.* DÜRR / ZOLLINGER, n. 50 ss *ad* art. 810 ; MARCHAND, n. 1 *ad* art. 810 ; STEINAUER, Tome III, n° 2746.

71 MARCHAND, n. 4 *ad* art. 810 ; STEINAUER, Tome III, n° 2744a.

## III. Délai de dénonciation au remboursement

**A.** Les gages immobiliers sont généralement constitués pour le long terme[72] ; en outre, les montants qu'ils garantissent sont souvent importants. Le parties cherchent donc généralement à éviter les remboursements abruptes, qu'ils soient exigés par le créancier ou effectués par le débiteur[73]. La durée joue donc également un rôle pour le remboursement de la créance garantie.

La créance garantie par gage immobilier doit en principe être dénoncée au remboursement avant d'être exigible (par le créancier) et exécutable (par le débiteur) : un certain délai doit s'écouler entre le moment où une partie souhaite qu'il soit procédé au remboursement et le moment où celui-ci est susceptible d'intervenir.

**B.** S'agissant des hypothèques, le Code civil se borne à régler un cas particulier : celui de la dénonciation « lorsque le propriétaire n'est pas personnellement tenu » (art. 831 CC)[74] ; il ne fixe en revanche pas de délai régissant la dénonciation des créances garanties par hypothèque. Ce sont donc les règles régissant la créance (*cf.* par exemple l'art. 318 CO)[75] ou, le cas échéant, la convention des parties elle-même, qui déterminent le délai de dénonciation.

**C.** En matière de cédules hypothécaires, la question est réglée par l'art. 847 CC[76]. Selon le premier alinéa de cette disposition, le délai de dénonciation, tant pour le créancier que pour le débiteur, est de six mois pour la fin d'un mois ; les conventions contraires sont réservées. Mais le second alinéa précise que ces stipulations ne peuvent « prévoir pour le créancier un délai de dénonciation inférieur à trois mois » (pour la fin d'un mois[77]), « à moins que le débiteur ne soit en demeure pour le paiement » des amortissements éventuellement prévus ou pour le paiement des intérêts. En d'autres termes, les parties peuvent convenir d'un délai inférieur à trois mois pour la dénonciation émanant du débiteur ; s'agissant de la dénonciation faite par le créancier, le délai minimal est de trois mois, à cette réserve près que les parties peuvent convenir d'un délai inférieur pour l'éventualité où le débiteur aurait été mis en demeure pour le paiement d'un amortissement ou des intérêts.

---

72 Voir notamment : STEINAUER, Commentaire, n. 5 et 8 *ad* art. 847.

73 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 5 *ad* art. 847.

74 Cette disposition est également applicable aux cédules hypothécaires (art. 844 al. 1 CC).

75 DÜRR / ZOLLINGER, n. 26 *ad* art. 811 ; ZOGG, n. 1 *ad* art. 831 ; *cf.* aussi : STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; LEEMANN, n. 5 *ad* art. 816. Voir en outre, notamment, les cas particuliers que constituent les art. 803 et 833 al. 2 CC.

76 On peut par ailleurs rappeler l'existence de règles particulières, ancrées notamment à l'art. 803 CC ainsi qu'à l'art. 833 al. 2 CC (applicable aux cédules hypothécaires en vertu de l'art. 845 CC) ; *cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 15 *ad* art. 847.

77 STEINAUER, Commentaire, n. 25 *ad* art. 847.

Ainsi que l'indique le texte même de son premier alinéa, l'art. 847 CC vise la dénonciation de la cédule hypothécaire. Les délais ainsi fixés s'appliquent donc à la dénonciation de la créance cédulaire[78], et non de l'éventuelle créance de base (dont la dénonciation est régie par d'autres dispositions légales ou par le contrat dont elle est issue)[79] ; quant aux amortissements et aux intérêts mentionnés au second alinéa de l'art. 847 CC, ils sont dus au titre de la créance cédulaire (et non de la créance de base)[80]. Il convient enfin de rappeler que, sauf convention contraire, la dénonciation de la créance de base n'entraîne pas dénonciation de la créance cédulaire[81].

**D.** Cela étant, on peut relever que la liberté contractuelle des parties en la matière est limitée.

**1.** Tout d'abord, l'art. 847 al. 2 CC est de droit impératif[82]. Il en découle que cette disposition, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 2012, s'applique également aux cédules hypothécaires créées avant cette date (art. 28 Tit. fin. CC)[83]. Il en résulte par exemple qu'un délai de dénonciation inférieur à trois mois valablement convenu en faveur du créancier sous l'ancien droit est sans effet aujourd'hui (exception faite du cas où le débiteur serait en demeure dans le paiement d'un amortissement ou des intérêts). Il est en revanche admis que si l'ancien droit cantonal (auquel renvoyait l'art. 844 al. 2 aCC) contenait une règle plus favorable au débiteur que celle ancrée à l'art. 847 al. 2 CC, cette règle reste applicable à la dénonciation des cédules hypothécaires créées sous l'ancien droit intervenant après le 31 décembre 2011[84].

**2.** En deuxième lieu, l'on peut rappeler qu'il n'est pas exclu l'art. 8 LCD soit applicable aux stipulations concernant la dénonciation au remboursement des cédules hypothécaires. Cette disposition prévoit qu'« agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat »[85].

---

78 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 3 *ad* art. 847.

79 STEINAUER, Commentaire, n. 9 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 3 *ad* art. 847.

80 STEINAUER, Commentaire, n. 24 *ad* art. 847.

81 STEINAUER, Commentaire, n. 9 s. *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 12 *ad* art. 847.

82 STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 9 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

83 STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 9 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

84 STEINAUER, Commentaire, n. 26 *ad* art. 847 ; PIOTET, Le droit transitoire, p. 231.

85 Pour l'analyse des conditions d'application de cette disposition, voir PICHONNAZ, n. 138 ss *ad* art. 8.

Appliquée à la dénonciation des cédules hypothécaires, cette disposition a pour effet que la convention des parties, si elle est préformulée[86], ne doit pas prévoir, d'une façon contraire à la bonne foi et au détriment du débiteur-consommateur[87], une disproportion notable et injustifiée entre les droits et obligations du créancier gagiste et du débiteur.

Or, il est soutenu en doctrine qu'un délai de dénonciation (par le créancier) inférieur à quatre mois créerait une telle disproportion notable et injustifiée, tombant sous le coup de l'art. 8 LCD[88]. La clause contractuelle instituant un tel délai, si elle est préformulée et insérée dans un contrat passé avec un débiteur-consommateur, serait dès lors frappée de nullité et remplacée par la règle prévue par le droit dispositif[89].

En d'autres termes, nonobstant l'art. 847 al. 2 CC, le délai minimum de dénonciation par le créancier (hors demeure pour le paiement des intérêts et des amortissements) serait de quatre mois s'il est fixé dans une clause préformulée passée avec un consommateur.

On peut concevoir de sérieux doutes à cet égard : la loi admet que le délai de dénonciation par le créancier peut être de trois mois. Ce délai admis comme légitime par la loi peut-il réellement impliquer une disproportion notable et manifeste, contraire aux règles de la bonne foi, s'il est prévu dans une clause préformulée passée avec un consommateur ? Suffit-il réellement d'une différence d'un mois pour qu'un délai soit admissible au sens de la LCD ou considéré comme déloyal alors même qu'il est expressément prévu par la base légale topique ? Un mois de plus, un mois de moins : en réalité, il s'agit ici de « *fine-tuning* » ; or, « *fine-tuning* » ne rime pas, nous semble-t-il, avec disproportion notable et injustifiée.

A cela s'ajoute que les clauses relatives au délai de dénonciation d'une cédule hypothécaire sont des conventions accessoires au sens de l'art. 846 al. 2 CC[90]. Elles ne produisent en principe que des effets personnels ; toutefois, elles sont opposables aux tiers, même de bonne foi, si elles sont inscrites au registre

---

86 Par « conditions générales », l'art. 8 LCD vise les « clauses contractuelles préformulées ('standardisées') qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats » (PICHONNAZ, n. 121 *ad* art. 8), même insérées dans un acte authentique (SCHMID, p. 92).

87 Est un consommateur, au sens de l'art. 8 LCD, la personne physique qui conclut le contrat en cause à titre personnel ou familial ; *cf.* SCHMID, p. 95. Selon P. PICHONNAZ, il s'agit de « toute personne physique ou morale qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont de manière prépondérante sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle » (PICHONNAZ, n. 137 *ad* art. 8).

88 SCHMID, p. 108 s.

89 SCHMID, p. 101.

90 STEINAUER, Commentaire, n. 27 *ad* art. 847.

foncier (ainsi que sur le titre, dans le cas des cédules hypothécaires sur papier)[91].

L'on peut dès lors se demander, avec le prof. D. Piotet, quel sera le sort de ces clauses en cas de changement de débiteur cédulaire[92] : une clause initialement valable, car convenue dans des conditions générales avec une personne qui n'est pas un consommateur, devient-elle nulle si le nouveau débiteur cédulaire est un consommateur ? A l'inverse, une clause initialement nulle, car convenue avec un consommateur, devient-elle valable en cas de reprise de dette cédulaire par un non-consommateur[93] ? Ainsi que le relève D. Piotet, « il y a là, à vrai dire, matière à écrire une monographie complète, l'art. 8 LCD n'étant manifestement pas adapté à des stipulations déloyales, dans un contexte spécifique et entre parties, lorsqu'elles participent en même temps à la foi publique du registre foncier et passent au successeur à titre particulier des porteurs originaires »[94].

A notre sens, on devrait donc retenir que l'art. 8 LCD n'empêche pas les parties de convenir d'un délai de dénonciation (par le créancier) inférieur à quatre mois[95]. Il n'en demeure pas moins que les parties devraient se montrer aussi prudentes que circonspectes en la matière, en attendant que la jurisprudence ait tranché les questions que pose l'art. 8 LCD en relation avec l'art. 847 al. 2 CC.

**3.** Notre troisième remarque tient au fait que les parties peuvent convenir que la créance cédulaire deviendra exigible par le créancier (ou exécutable par le débiteur) sans dénonciation, mais par l'arrivée d'un terme ou par la réalisation d'une condition[96]. Ainsi, elles peuvent par exemple prévoir que l'aliénation de l'immeuble grevé ou le fait que le débiteur fasse l'objet de poursuites rend la créance cédulaire exigible[97] ; de même, elles peuvent prévoir que le fait que la créance de base devienne exigible déclenche l'exigibilité de la créance cédulaire[98].

Dans de telles situations, l'art. 847 CC n'est en principe pas applicable : la créance devient exigible par la survenance de la condition ou du terme conve-

---

91 Art. 849 al. 2 CC. *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 77 s. *ad* art. 849 (qui relève [n. 80] qu'une clause qui n'a pas été portée au registre foncier mais qui est néanmoins connue de l'acquéreur de la cédule hypothécaire lui est opposable en vertu de l'art. 169 al. 1 CO) ; STAEHELIN, n. 19 et 21 *ad* art. 847.

92 *Cf.* à cet égard : PIOTET, Légitimation, p. 553.

93 *Cf.* PIOTET, Légitimation, p. 553.

94 PIOTET, Légitimation, p. 553.

95 Du même avis : STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 847, note de bas de page 41.

96 STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 1 *ad* art. 847.

97 STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847.

98 STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 847 ; STAEHELIN, n. 1 et 6b *ad* art. 847.

nus, sans dénonciation, si bien que l'art. 847 CC ne trouve pas à s'appliquer. Le prof. D. Staehelin soutient cependant que le délai minimal de trois mois est néanmoins applicable si l'exigibilité est soumise à condition résolutoire (à tout le moins si la condition résolutoire correspond matériellement à une dénonciation)[99] : ainsi et par exemple, la clause prévoyant que l'exigibilité de la créance de base entraîne l'exigibilité de la créance cédulaire n'emporterait en réalité exigibilité de la créance cédulaire que trois mois après la survenance de cette condition résolutoire[100]. On peut concevoir de sérieux doutes à cet égard : outre qu'elle ne peut pas être fondée sur une base légale, cette manière de voir introduirait passablement d'insécurité juridique, la notion de condition résolutoire correspondant matériellement à une dénonciation *(« soweit die Resolutivbedingung materiell einer Kündigung entspricht »*[101]) n'étant guère limpide.

## IV. Deux questions particulières

### A. Est-il possible d'acquérir un gage immobilier par prescription acquisitive ?

**1.** Dans le cadre de ce bref article sur les relations qu'entretiennent les gages immobiliers et l'écoulement du temps, il est légitime de se demander s'il est possible d'acquérir un gage immobilier par prescription acquisitive. En d'autres termes, à supposer qu'un gage immobilier inscrit au registre foncier n'ait pas été valablement constitué, l'écoulement du temps est-il susceptible de produire un effet guérisseur, de sorte que le gage devient valable au bout d'un certain temps ?

On le sait, le Code civil prévoit expressément que la propriété peut être acquise par prescription acquisitive ordinaire (art. 661 et 728 CC) et extraordinaire (art. 662 CC). En particulier, l'art. 661 CC dispose que celui qui est inscrit sans cause légitime comme propriétaire au registre foncier acquiert la propriété s'il a possédé l'immeuble à titre de propriétaire, de bonne foi, paisiblement et sans interruption pendant dix ans ; en matière mobilière, le délai est (en principe) de cinq ans (art. 728 al. 1 CC).

---

99 STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, Sicherungsübereignung, p. 147.

100 STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, Sicherungsübereignung, p. 147.

101 STAEHELIN, n. 6b *ad* art. 847 ; STAEHELIN, Sicherungsübereignung, p. 147.

L'art. 661 CC est applicable aux servitudes foncières, conformément à l'art. 731 al. 2 et 3 CC[102] ; il est par ailleurs admis que les autres catégories de servitudes peuvent également être acquises par prescription acquisitive : tel est le cas de l'usufruit[103], du droit d'habitation[104], du droit de superficie[105], du droit de source[106] et des « autres servitudes » de l'art. 781 CC[107]. En outre, il résulte du renvoi aux règles sur l'acquisition de la propriété immobilière ancré à l'art. 782 al. 3 CC que les charges foncières peuvent elles aussi faire l'objet d'une acquisition par prescription[108]. La doctrine dominante admet enfin qu'il est possible d'acquérir un gage *mobilier* par prescription acquisitive (en vertu d'une application par analogie de l'art. 728 CC)[109].

Cette admission quasi généralisée de la prescription acquisitive conduit à se demander si elle vaut aussi pour les gages immobiliers. Ainsi, si le contrat tendant à la constitution d'une hypothèque n'est pas revêtu de la forme authentique, il est frappé de nullité (art. 799 al. 2 CC et art. 11 al. 1 CO) ; l'inscription du gage au registre foncier est indue (art. 974 al. 1 CC) et le gage ne naît pas ; c'est la conséquence du principe de causalité. A supposer que le créancier ignore de bonne foi l'invalidité de son gage, acquiert-il la titularité de celui-ci au bout de dix ans, par application analogique de l'art. 661 CC ?

La réponse est négative. En effet, chacun des droits réels limités susmentionnés (servitudes, charges foncières, gage mobilier) procure en principe la possession de l'objet grevé à son titulaire[110]. Or tel n'est pas le cas du gage immobilier[111] : le créancier gagiste immobilier n'a précisément pas la possession de l'immeuble grevé ; on ne peut pas non plus lui reconnaître la possession de son droit, l'art. 919 al. 2 CC ne mentionnant à cet égard que les servitudes (négatives) et les charges foncières[112]. N'étant pas possesseur, le créancier gagiste

---

102 ATF 5C.122/2006, du 6 octobre 2006, consid. 2.2.1. STEINAUER, Tome II, n° 2241.

103 STEINAUER, Tome III, n° 2425.

104 STEINAUER, Tome III, n° 2504.

105 REY, n. 152 *ad* art. 731.

106 REY, n. 153 *ad* art. 731.

107 REY, n. 149 *ad* art. 731.

108 *Cf.* l'art. 783 al. 3 CC. ATF 124 III 196/200, JdT 1999 I 48/52. STEINAUER, Tome III, n° 2593a ; etc.

109 STEINAUER, Tome III, n° 3127 et 3156d ; FOËX, n. 19 *ad* art. 884 ; BAUER, n. 15 *ad* art. 884 ; OFTINGER / BÄR, n. 82 *ad* art. 884 ; LIVER, p. 392 ; etc. *Contra* : ZOBL / THURNHERR, n. 919 s. *ad* art. 884 ; PANNATIER KESSLER, n. 33 *ad* art. 728 ; etc.

110 *Cf.* l'art. 919 al. 1 et 2 CC pour les servitudes et les charges foncières et, pour le gage mobilier, les art. 884 al. 3, 900 al. 1 et 901 al. 1 et 2 CC.

111 STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; DÜRR, n. 55 *ad* art. 799 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; STEINAUER, Tome III, n° 3156d ; STARK / LINDENMANN, n. 76 *ad* art. 919 ; KAMERZIN, n° 299 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173 ; LIVER, p. 392.

112 STEINAUER, Tome III, n° 2690a ; STARK / LINDENMANN, n. 76 *ad* art. 919 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; DESCHENAUX, p. 263, note de bas de page 23a ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173. Voir cependant : DÜRR, n. 59 *ad* art. 799.

ne peut pas satisfaire la condition d'avoir possédé l'immeuble (à titre de créancier gagiste) pendant la durée du délai de prescription.

L'on ne saurait non plus sans base légale appropriée introduire une prescription acquisitive par simple écoulement du temps, déconnectée de la possession : en l'état du droit, la possession est une condition essentielle de l'acquisition d'un droit réel par prescription[113].

En conclusion, faute de procurer à son titulaire la possession de l'immeuble grevé ou du droit lui-même et faute de base légale instituant une prescription acquisitive sans possession en la matière, un gage immobilier ne peut pas s'acquérir par prescription acquisitive ordinaire[114] ou extraordinaire[115].

**2.** Il y a toutefois une exception : il est possible d'acquérir une cédule hypothécaire sur papier (art. 860 ss CC) par prescription acquisitive ordinaire. Non pas lors de sa constitution, mais lors de son transfert (art. 864 CC) : à supposer que le titre d'acquisition (vente, donation, etc.[116]) ne soit pas valable, la cédule hypothécaire n'est pas valablement transférée à l'acquéreur[117] ; toutefois, la cédule hypothécaire sur papier est une chose mobilière et est donc susceptible d'être possédée[118]. Il est dès lors possible d'appliquer l'art. 728 CC, qui régit l'acquisition de la propriété mobilière par prescription : l'acquéreur deviendra titulaire de la cédule hypothécaire s'il la possède à titre de propriétaire, paisiblement, sans interruption et de bonne foi pendant cinq ans[119].

Il y a donc bien un cas d'acquisition de gage immobilier par prescription acquisitive. Non pas lors de la constitution du gage immobilier. Mais lors du transfert du gage valablement créé : encore faut-il que ce gage puisse être pos-

---

113 *Cf.* STEINAUER, Tome III, n° 3156d : c'est « un principe général du droit suisse qu'un vice affectant le titre d'acquisition d'un droit réel ne peut plus être invoqué lorsque l'acquéreur a possédé la chose pendant une longue période. Il est vrai que les droits de gage immobiliers ne peuvent pas, eux, être acquis par prescription ; mais c'est précisément parce que le créancier gagiste n'exerce pas de possession sur l'immeuble grevé ». Voir cependant : DÜRR, Syst. T., n. 333.

114 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; STEINAUER, Tome III, n° 2690a et n° 3156d ; ZOBL / THURNHERR, n. 919 *ad* art. 884 ; MEIER-HAYOZ, n. 4 *ad* art. 661 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; SIMONIUS / SUTTER, p. 173 ; LIVER, p. 392 ; KAMERZIN, n° 299. *Contra* : DÜRR, Syst. T., n. 333 et n. 59 *ad* art. 799.

115 STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 857 ; DÜRR, n. 58 *ad* art. 799 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 7 *ad* art. 799 ; LEEMANN, n. 10 *ad* art. 799 ; DESCHENAUX, p. 263 ; KAMERZIN, n° 299.

116 STEINAUER, Commentaire, n. 29 *ad* art. 864.

117 STEINAUER, Commentaire, n. 32 *ad* art. 864. Voir aussi : STAEHELIN, n. 7 et 14 *ad* art. 864.

118 STEINAUER, Commentaire, n. 32 *ad* art. 864.

119 STEINAUER, Commentaire, n. 13, 18 et 32 *ad* art. 864 ; DÜRR, n. 60 *ad* art. 799 ; KAMERZIN, p. 129, note de bas de page 666.

sédé, ce qui est le cas des cédules hypothécaires sur papier mais non des cédules hypothécaires de registre (art. 857 ss CC)[120] et de l'hypothèque.

## B. Est-il possible de limiter la durée d'un droit de gage immobilier ?

**1.** On peut enfin se demander s'il est possible de limiter conventionnellement la durée d'un gage immobilier : les parties peuvent-elles par exemple convenir que le gage qu'elles constituent s'éteindra au bout de cinq ans ? Cela peut présenter une certaine utilité, notamment lorsque le propriétaire engage son immeuble pour garantir la dette d'un tiers (art. 827 et 844 CC) : il peut souhaiter que son intercession soit limitée dans le temps[121].

A notre connaissance, le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se pencher sur cette question. Quant à la doctrine, elle ne semble pas l'aborder et ne mentionne notamment pas l'expiration de la durée au nombre des causes d'extinction du gage immobilier[122].

En revanche, il est généralement admis qu'il est possible de constituer un gage *mobilier* pour une durée déterminée, l'expiration de cette durée entraînant l'extinction du droit de gage[123].

**2.** A première vue, une telle solution n'est pas transposable en matière immobilière : l'art. 801 al. 1 CC prévoit en effet que : « le gage immobilier s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble ». Il semble donc que l'expiration de la durée pour laquelle le gage immobilier a été constitué pourrait tout au plus produire des effets personnels : elle obligerait le créancier à requérir la radiation de son gage, lequel s'éteindrait par cette radiation, conformément à l'art. 801 al. 1 CC. En revanche, il ne serait pas possible de limiter la durée d'un gage immobilier avec effets réels, de façon à ce que le gage s'éteigne par la seule expiration de la durée, en-dehors du registre foncier et avant toute radiation.

Toutefois et d'une part, il ne faut pas oublier que, nonobstant l'art. 801 al. 1 CC, il existe des cas dans lesquels le gage immobilier s'éteint sans radiation

---

120 *Cf.* STEINAUER, Commentaire, n. 18 *ad* art. 858 et n. 21 *ad* art. 859.

121 *Cf.*, en matière mobilière : ZOBL / THURNHERR, n. 397 *ad* art. 884 ; LEEMANN, n. 40 *ad* art. 884. Voir en outre ATF 4A_141/2007, du 20 août 2007, consid. 4.4.

122 *Cf.* notamment : MARCHAND, n. 8 ss *ad* art. 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; DÜRR, n. 154 ss *ad* art. 801 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 2a *ad* art. 801 ; etc.

123 ZOBL, Vorbem. *ad* art. 888-890, n. 30 ; BAUER, n. 11 *ad* art. 889 ; FOËX, n. 14 *ad* art. 888 ; OFTINGER / BÄR, n. 15 *ad* art. 888.

(jugement extinctif, réalisation forcée, expropriation, etc.)[124]. L'art. 801 al. 1 CC mentionne d'ailleurs lui-même l'une de ces causes d'extinction du gage en-dehors du registre foncier : la « perte totale de l'immeuble ». On ne saurait donc déduire de l'art. 801 al. 1 CC qu'il est en soi exclu de prévoir que le gage s'éteindra par la seule expiration de la durée convenue.

A cela s'ajoute que la loi contient une règle similaire à celle de l'art. 801 CC pour les servitudes (foncières) : il s'agit de l'art. 734 CC, qui prévoit que « la servitude s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale du fonds servant ou du fonds dominant ». Or, cette disposition n'empêche pas de considérer que les servitudes de durée limitée s'éteignent *ipso facto* et en-dehors du registre foncier lorsque la durée convenue a expiré[125], à tout le moins si cette durée résulte de l'inscription[126]. Il devrait logiquement en aller de même pour les gages immobiliers.

**3.** Il résulte de ce qui précède qu'il devrait à notre sens être loisible aux parties de limiter avec effets réels la durée du droit de gage immobilier, avec la conséquence qu'il s'éteint sans autre lorsque cette durée est écoulée. La radiation produit alors un effet déclaratif ; elle devrait pouvoir intervenir d'office, si l'inscription indique la durée du droit (art. 976 ch. 1 CC). Alternativement, les parties peuvent naturellement prévoir que l'expiration de la durée produira uniquement des effets personnels, le gage subsistant tant qu'il n'est pas radié avec le consentement du créancier (radiation extinctive).

On notera enfin que l'extinction du gage par l'expiration de sa durée n'emporte (sauf convention contraire) pas extinction de la créance garantie[127]. Dans le cas de l'hypothèque, la créance subsiste puisque l'hypothèque n'en est que l'accessoire S'il s'agit d'une cédule hypothécaire, la créance cédulaire est convertie en une créance ordinaire[128].

---

124 *Cf.* notamment : STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 855 ; MARCHAND, n. 8 ss *ad* art. 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; DÜRR, n. 92 ss *ad* art. 801 ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 2a *ad* art. 801 ; etc.

125 ARGUL, n. 11 *ad* art. 734 ; STEINAUER, Tome II, n° 2254d ; STEINAUER, Fin et prolongation, p. 122 ; STEINAUER, Retour anticipé, p. 72 ; etc.

126 PETITPIERRE, n. 8 *ad* art. 734 ; LIVER, n. 145 à 147 *ad* art. 734.

127 *Cf.*, en cas de perte totale de l'immeuble grevé : MARCHAND, n. 8 *ad* art. 801 ; STEINAUER, Tome III, n° 2707a ; SCHMID-TSCHIRREN, n. 11 *ad* art. 801 ; LEEMANN, n. 14 *ad* art. 801. Voir cependant, s'agissant de la cédule hypothécaire : DÜRR, n. 98 *ad* art. 801.

128 *Cf.*, en cas de perte totale de l'immeuble grevé ou de jugement extinctif fondé sur l'art. 856 CC : STEINAUER, Commentaire, n. 10 *ad* art. 855 et n. 26 *ad* art. 856.

## Bibliographie

Maria Consuelo ARGUL, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016

Thomas BAUER, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5e éd., Bâle 2015

Andrea BONOMI, *in* Loi sur le droit international privé. Convention de Lugano (A. Bucher, éd.), Commentaire romand, Bâle 2011

Henri DESCHENAUX, Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, vol. V/II/2, Fribourg 1983

David DÜRR, Das Grundpfand. Systematischer Teil und Art. 793-804 ZGB, Zürcher Kommentar, vol. IV 2b, 2e éd., Zurich 2009

David DÜRR / Daniel ZOLLINGER, Das Grundpfand. Allgemeiner Teil. Wirkung des Grundpfands. Art. 805-823 ZGB, Zürcher Kommentar., vol. IV 2b/2, 2e éd., Zurich 2013

Antoine EIGENMANN, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016

Urs FASEL, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Sachenrecht (P. Breitschmid et A. Rumo, éd.), 3e éd., Zurich 2016

Bénédict FOËX, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016

Sidney KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse Fribourg, Zurich 2003

Hans LEEMANN, Sachenrecht. II. Abteilung, Berner Kommentar, vol. IV.2, Berne 1925

Peter LIVER, Das Eigentum, *in* Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, Bâle 1977, p. 1 ss

Peter LIVER, Die Grunddienstbarkeiten, Zürcher Kommentar, vol. IV.2a.1, 2e éd., Zurich 1980

Sylvain MARCHAND, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016

Arthur MEIER-HAYOZ, Das Eigentum, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5e éd., Berne 1981

Arthur MEIER-HAYOZ, Grundeigentum I, Berner Kommentar, vol. IV.1.2, 3e éd., Berne 1965

Karl OFTINGER / Rolf BÄR, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar, vol. IV. 2/c, 3e éd., Zurich 1981

Delphine PANNATIER KESSLER, *in* Code civil II (P. Pichonnaz, B. Foëx et D. Piotet, éd.), Commentaire romand, Bâle 2016

Etienne PETITPIERRE, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5e éd., Bâle 2015

Pascal PICHONNAZ, *in* Loi contre la concurrence déloyale (V. Martenet et P. Pichonnaz, éd.), Commentaire romand, Bâle 2017

Denis PIOTET, Droit cantonal complémentaire, Traité de droit privé suisse, vol. I/II, Fribourg 1998 (cité : Droit cantonal)

Denis 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)

Denis PIOTET, Légitimation, titre causal et rapports avec la créance de base : quels degrés d'abstraction pour le transfert de la cédule hypothécaire, *in* Une empreinte sur le Code civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (A. Rumo-Jungo, P. Pichonnaz, B. Hürlimann-Kaup et C. Fountoulakis, éd.), Berne 2013, p. 545 ss (cité : Légitimation)

Heinz REY, Die Grunddienstbarkeiten, Berner Kommentar, vol. IV.2.1.1, 2e éd., Berne 1981

Jörg SCHMID, Grundpfandrechte und der neue Art. 8 UWG, *in* Immobilienfinanzierung (S. Emmenegger, éd.), Bâle 2012, p. 71 ss

Christina SCHMID-TSCHIRREN, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5e éd., Bâle 2015

Rainer SCHUMACHER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3e éd., Zurich 2008

Pascal SIMONIUS / Thomas SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, vol. II, Bâle 1990

Daniel STAEHELIN, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5e éd., Bâle 2015

Daniel STAEHELIN, Sicherungsübereignung und Sicherungseintragung von Schuldbriefen, *in* Immobilienfinanzierung (S. Emmenegger, éd.), Bâle 2012, p. 139 ss (cité : Sicherungsübereignung)

Emil W. STARK / Barbara LINDENMANN, Der Besitz, Berner Kommentar, 4e éd., Berne 2016

Paul-Henri STEINAUER, Fin et prolongation du droit de superficie, *in* Le droit de superficie. Questions pratiques et d'actualité, Bâle 2016, p. 121 ss (cité : Fin et prolongation)

Paul-Henri STEINAUER, La cédule hypothécaire. Les obligations foncières. Commentaire des articles 842-865 et 875 CC, Berne 2016 (cité : Commentaire)

Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome II, 4e éd., Berne 2012 (cité : Tome II)

Paul-Henri STEINAUER, Les droits réels, Tome III, 4e éd., Berne 2012 (cité : Tome III)

Paul-Henri STEINAUER, Retour anticipé et extinction du droit de superficie, *in* Droit de superficie et leasing immobilier. Deux alternatives au transfert de propriété (B. Foëx, éd.), Zurich 2011, p. 67 ss (cité : Retour anticipé)

Carl WIELAND, Les droits réels dans le Code civil Suisse, Tome I, Lausanne 1913

Dieter ZOBL, Das Fahrnispfand. Art. 888-906 ZGB, Berner Kommentar, vol. asIV.2.5.2, 2e éd., Berne 1996

Dieter ZOBL, Grundbuchrecht, 2e éd., Zurich 2004 (cité : Grundbuchrecht)

Dieter ZOBL / Christoph THURNHERR, Das Fahrnispfand. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.1, 3e éd., Berne 2010

Samuel ZOGG, *in* Zivilgesetzbuch II (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.), Basler Kommentar, 5e éd., Bâle 2015