



Chapitre d'actes

1999

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

## Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires

---

Foëx, Bénédicte

### How to cite

FOËX, Bénédicte. Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires. In: Les gages immobiliers : Constitution volontaire et réalisation forcée. Hottelier, Michel et Foëx, Bénédicte (Ed.). Genève. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1999. p. 113–154. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9613>

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

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 14.03.2023 16:55

2<sup>ème</sup> Journée du droit de la propriété 1998

# **Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires**

**Par M. Bénédicte Foëx**  
Professeur à l'Université de Genève

# **LES ACTES DE DISPOSITION SUR LES CÉDULES HYPOTHÉCAIRES**

par **Bénédict Foëx**

Professeur à l'Université de Genève, avocat

## **INTRODUCTION**

Disposer, c'est transférer, grever, modifier ou éteindre un droit<sup>1</sup>. Par l'acte de disposition, le titulaire affecte l'existence ou le contenu de son droit<sup>2</sup>. Il accomplit un acte juridique qui entraîne en principe une diminution de l'actif<sup>3</sup>: en transférant ou en renonçant à son droit, le titulaire fait sortir ce dernier de son patrimoine, en grevant ou en modifiant son droit, il réduit en principe la place que celui-ci occupe dans son patrimoine.

Le titulaire d'une cédula hypothécaire est titulaire d'un papier-valeur (au porteur ou à ordre<sup>4</sup>), constatant l'existence d'une créance et du gage immobilier qui la garantit<sup>5</sup>. Ce titulaire peut disposer de ces droits. L'article 868 al. 1 CC fait d'ailleurs expressément référence à cette faculté du créancier gagiste. Toutefois, de façon quelque peu surprenante, cette règle laisse entendre (dans les trois langues nationales) que seule la créance constatée par le titre peut faire l'objet des actes de disposition du titulaire<sup>6</sup>. Or, on le sait, la créance et le droit de gage incorporés dans le titre forment « *un tout indissociable* »<sup>7</sup>. Les actes de disposition de l'ayant droit auront donc nécessairement pour objet tant la créance que le droit de gage: le titulaire d'une cédula hypothécaire ne peut pas disposer de la créance garantie sans simultanément disposer du droit de gage<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf. ENGEL, p. 145.

<sup>2</sup> Cf. GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, N° 152; TERCIER, N° 161.

<sup>3</sup> Cf. ENGEL, p. 145; GAUCH / SCHLUEP / TERCIER, N° 152; TERCIER, N° 161.

<sup>4</sup> Cf. art. 859 al. 1 CC. On le sait, la cédula hypothécaire nominative est un titre à ordre légal (cf. STEINAUER, N° 2929; MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, p. 129; LAREIDA, p. 21; etc. Voir aussi: SIMONTIUS / SUTTER, p. 247). Sur la possibilité de constituer une cédula hypothécaire sous la forme d'un titre nominatif, voir par exemple: STEINAUER, N° 2929b; SIMONTIUS / SUTTER, pp. 262 et 264; LAREIDA, p. 24 ss; etc.

<sup>5</sup> Voir par exemple: STEINAUER, N° 2931 et N° 2940; SCHMID, N° 1492; LAREIDA, p.11 s.; etc.

<sup>6</sup> « *La créance au porteur ou nominative que constate une cédula hypothécaire ou une lettre de rente ne peut être ni aliénée, ni donnée en gage, ni faire l'objet de quelque autre disposition, si ce n'est au moyen du titre* »; « *die Forderung aus Schuldbrief [...]* »; « *il credito portato da una cartella ipotecaria [...]* ».

<sup>7</sup> STEINAUER, N° 2931.

<sup>8</sup> Si l'on veut, l'on peut également considérer qu'en disposant de la créance, le créancier gagiste dispose simultanément du droit de gage, puisque celui-ci est l'accessoire de la créance; cf. à cet égard: STEINAUER, N° 2932; etc.

Il n'est en principe pas possible de disposer d'un droit avant qu'il ait été constitué<sup>9</sup>. Concrétisant ce principe, l'article 868 al. 1 CC précise que, s'agissant des cédules hypothécaires, des actes de disposition ne peuvent être accomplis qu'« *au moyen du titre* ». La constitution de la cédule hypothécaire est donc un préalable aux actes de disposition sur les droits constatés par le titre<sup>10</sup>. Il ne sera cependant pas question, dans les développements qui suivent, de la constitution de la cédule hypothécaire (qui fait d'ailleurs l'objet de l'exposé du Professeur Henri-Robert Schüpbach): lorsqu'il constitue une cédule hypothécaire, le propriétaire dispose de son immeuble et non pas du papier-valeur devant encore être créé<sup>11</sup>.

Cela étant, on le sait, il n'existe pas de marché des cédules hypothécaires<sup>12</sup>: la cédule hypothécaire, droit de gage permettant la mobilisation de la valeur du sol<sup>13</sup> et, par là même, gage destiné à circuler<sup>14</sup>, ne change pratiquement pas de mains<sup>15</sup>. Le bénéficiaire de l'acte de disposition sur une cédule hypothécaire est généralement une banque, laquelle ne disposera en principe pas du titre, si ce n'est à la demande de son client<sup>16</sup>. Quant à l'auteur de l'acte de disposition, il s'agit en règle générale du propriétaire de l'immeuble grevé, qui a constitué la cédule hypothécaire<sup>17</sup> ou qui est rentré en possession de celle-ci suite à l'extinction des droits du titulaire précédent<sup>18</sup>: les actes de disposition sur les cédules hypothécaires ont la plupart du temps pour objet une cédule hypothécaire du propriétaire<sup>19</sup>, à savoir un titre<sup>20</sup> incorporant des droits n'ayant qu'une existence formelle<sup>21</sup> ou platonicienne<sup>22</sup>, les qualités de créancier gagiste, de propriétaire de l'immeuble grevé et de débiteur étant réunies en la même personne<sup>23</sup>.

<sup>9</sup> Sur la théorie de la *Vorausverfügung*, voir par exemple: ZOBL, N° 661 ad art. 884; STAEHELIN, *Bedingte Verfügungen*, p. 93; etc.

<sup>10</sup> Cf. par exemple SCHÜPBACH, p. 140 s.; THORENS, p. 376; STEINAUER, N° 2992a; etc.

<sup>11</sup> Il en va vraisemblablement ainsi même si l'on admet, en cas de constitution d'une cédule hypothécaire par contrat, qu'à côté du contrat de gage immobilier, les parties doivent conclure un « *Begebungsvertrag* » donnant naissance à l'obligation du constituant de remettre le titre à son cocontractant (sur ce contrat, voir par exemple: BRÜCKNER, pp. 223 et 229; LAREIDA, p. 50 ss; etc.).

<sup>12</sup> Cf. par exemple: BRÜCKNER, p. 244; BÄR, p. 116, note 32; DE GOTTRAU, p. 217.

<sup>13</sup> Cf. STEINAUER, N° 2626; SIMONTUS / SUTTER, p. 158; WIEGAND, p. 86; etc.

<sup>14</sup> WIEGAND, p. 86; etc.

<sup>15</sup> BRÜCKNER, p. 244.

<sup>16</sup> Cf. BRÜCKNER, p. 244.

<sup>17</sup> Cf. notamment l'art. 859 al. 2 CC. Voir aussi l'art. 73 al. 2 lit c LDFR.

<sup>18</sup> Cf. art. 873 et 863 al. 2 CC.

<sup>19</sup> *Eigentümerschuldbrief*.

<sup>20</sup> Cédule au porteur dont le propriétaire est le porteur, cédule nominative au nom du propriétaire ou endossée en faveur du propriétaire.

<sup>21</sup> Cf. par exemple: STEINAUER, N° 2957; ZOBL, *Probleme*, p. 196; etc.

<sup>22</sup> Cf. SCHÜPBACH, p. 141.

<sup>23</sup> Pour plus de détails, notamment sur les hypothèses dans lesquelles seules deux de ces qualités sont réunies en la même main, voir par exemple: ZOBL, *Probleme*, p. 200 ss.

Il résulte de ce qui précède que le titulaire d'une cédule hypothécaire peut disposer de celle-ci. Son acte aura pour objet, outre la propriété du titre, les deux droits (créance garantie et droit de gage) incorporés dans le titre, lequel sera souvent une cédule du propriétaire. L'acte de disposition peut tendre au transfert des droits, à leur grèvement par un droit réel limité, à leur modification ou encore à leur extinction. Il nous incombe donc d'examiner chacune de ces catégories d'acte de disposition, étant précisé que nous pourrions nous contenter d'être succinct sur le dernier point: les actes de disposition tendant à l'extinction des droits constatés par la cédule hypothécaire sont rares en pratique<sup>24</sup>.

## I. L'ALIÉNATION D'UNE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

Le transfert de la propriété d'une cédule hypothécaire et des droits qu'elle incorpore peut s'effectuer de deux manières. D'une part, le titulaire de la cédule et l'acquéreur peuvent convenir que la cédule sera transférée sans réserve à ce dernier. Mais les parties peuvent également convenir que la cédule hypothécaire ne sera transférée qu'à titre fiduciaire, aux fins de garantir une *autre* créance dont l'acquéreur est titulaire. Dans le premier cas, on parle de transfert<sup>25</sup> (pur et simple ou sans réserve) de la cédule hypothécaire ou de transfert en « pleine propriété »<sup>26</sup>; il y a utilisation directe<sup>27</sup> de la cédule et la garantie est dite *directe*<sup>28</sup>. Dans la seconde hypothèse, l'on parle de transfert de propriété aux fins de garantie<sup>29</sup> (ou, parfois, de cession fiduciaire aux fins de garantie<sup>30</sup>); la sûreté procurée au bénéficiaire est une garantie *fiduciaire*<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Cf. *infra*, p. 28 s.

<sup>25</sup> STEINAUER, N° 2992.

<sup>26</sup> Cette appellation est toutefois de nature à induire en erreur. En effet, le fiduciaire est également titulaire d'une « pleine propriété »; cf. *infra*, p. 10.

<sup>27</sup> STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291.

<sup>28</sup> STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 290.

<sup>29</sup> DE GOTTRAU, p. 203.

<sup>30</sup> STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 292 s. Cette seconde appellation semble cependant moins appropriée; en effet, il est généralement admis que les papiers-valeurs à ordre et au porteur font l'objet d'un *transfert de propriété aux fins de garantie*, seuls les papiers-valeurs nominatifs pouvant faire l'objet d'une *cession* à titre fiduciaire (voir par exemple ZOBEL, *Syst. T.*, N° 1396 s.; DE GOTTRAU, p. 176; etc.).

<sup>31</sup> STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 290.

## A. Le transfert de la cédule hypothécaire (garantie directe)

### a) Généralités

A la différence du transfert à titre fiduciaire, le transfert des cédules hypothécaires en « pleine propriété » est réglé par la loi, aux articles 869 et 868 CC. Son importance pratique est cependant moins grande que celle du transfert à titre fiduciaire: les créanciers gagistes préfèrent généralement être titulaires d'une garantie fiduciaire, réputée plus souple et plus avantageuse que la garantie directe.

Le transfert en « pleine propriété » conserve cependant encore un certain champ d'application. Ainsi, il peut arriver qu'une cédule hypothécaire soit remise par le propriétaire de l'immeuble aux fins de garantir un crédit d'un montant identique à celui constaté par le titre<sup>32</sup>; les parties peuvent alors estimer qu'il n'y a guère de raison de ne pas recourir à une garantie directe. De même, il y aura simple transfert de la cédule lorsque le créancier gagiste est titulaire de la pleine propriété du titre et qu'il transfère ses droits à un tiers (par exemple, parce que le débiteur veut transférer son dossier hypothécaire auprès d'une autre banque). Il y a également transfert « pur et simple » lorsque le créancier à qui la cédule a été transférée à titre fiduciaire aux fins de garantie (ou qui l'a reçue en nantissement), n'étant pas désintéressé, exerce son droit de procéder à la réalisation privée de la cédule reçue en garantie<sup>33</sup>.

### b) Conditions du transfert des cédules hypothécaires

Les règles ordinaires régissant le transfert des droits réels sont en principe applicables au transfert des cédules hypothécaires<sup>34</sup>. En conséquence, le transfert doit reposer sur une cause valable<sup>35</sup>; en l'espèce, il s'agira généralement d'un contrat de vente ou de donation, voire d'un legs<sup>36</sup>. On le sait, cette cause ne suffit pas à opérer le transfert: il faut en plus un acte de disposition<sup>37</sup> et le transfert de la possession, exigé par l'article 869 al. 1 CC; contrairement à ce que le texte de cette disposition pourrait laisser entendre, il n'est pas nécessaire que le transfert de possession s'opère par la remise de la chose au sens de l'article 922 al. 1 CC: les parties peuvent également recourir à un autre mode de transfert de la possession (délégation de possession, constitut possessoire, *brevi manu traditio*, etc.)<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Cf. BÄR, p. 106.

<sup>33</sup> Cf. *infra*. pp. 12 et 21.

<sup>34</sup> Cf. STEINAUER, N° 2992.

<sup>35</sup> Cf. STEINAUER, N° 2993; voir également: LAREIDA, pp. 69 et 71. D'un avis contraire, en ce qui concerne les cédules nominatives: SIMONIUS / SUTTER, p. 261 s.

<sup>36</sup> STEINAUER, N° 2993.

<sup>37</sup> Il s'agit ici d'un acte juridique bilatéral par lequel l'aliénateur manifeste sa volonté de transférer la propriété de la cédule hypothécaire, l'acquéreur exprimant sa volonté de l'acquérir.

<sup>38</sup> STEINAUER, N° 2997; LEEMANN, N° 5 *ad* art. 869. Selon les circonstances, si le transfert de la possession a lieu par constitut possessoire, l'art. 717 CC est applicable.

La cédule hypothécaire n'étant pas seulement une chose mobilière, mais également un titre, les règles régissant le transfert des droits constatés par un titre sont également applicables. Il en résulte trois conséquences principales:

- si la cédule hypothécaire est nominative, l'acte de disposition prend la forme d'un endossement, qui ne peut être effectué en blanc<sup>39</sup>;
- si l'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposer, ce ne sont pas les règles générales (à savoir, les articles 933 et 934 CC), mais les articles 935 CC (pour les cédules hypothécaires au porteur) et 1006 CO (si la cédule hypothécaire est nominative) qui s'appliquent<sup>40</sup>: l'acquéreur protégé par ces dispositions<sup>41</sup> est donc maintenu dans son acquisition non seulement si la cédule hypothécaire était confiée à l'aliénateur, mais également s'il s'agissait d'un titre volé, perdu ou dont le titulaire a été dessaisi d'une autre manière sans sa volonté;
- enfin, les parties ont la faculté de transférer les droits incorporés par simple cession<sup>42</sup>; ce sont alors les règles sur la cession de créance (et non celles sur le transfert des papiers-valeurs) qui sont applicables: il en résulte notamment que la cession doit revêtir la forme écrite<sup>43</sup>, que l'acquéreur *a non domino* n'est pas protégé (même s'il est de bonne foi)<sup>44</sup> et que le débiteur peut opposer à l'acquéreur les exceptions qu'il avait envers le cédant<sup>45</sup>.

Lorsque ces conditions sont réunies, la cédule hypothécaire est transférée. On rappellera qu'il n'est pas nécessaire de modifier l'inscription au registre foncier, le transfert de la titularité d'une cédule hypothécaire s'effectuant *extra tabulas*<sup>46</sup>; l'acquéreur peut cependant requérir son inscription au registre des créanciers gagistes<sup>47</sup>, avec cette conséquence que les avis

<sup>39</sup> Cf. art. 869 al. 2 CC. ATF 81 II 112/115 s., JdT 1956 I 16/19; STEINAUER, N° 2995; MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, p. 129; LAREIDA, p. 74; etc.

<sup>40</sup> Cf. STEINAUER, N° 2996; SCHMID, N° 1846; LAREIDA, pp. 69 et 72; etc.

<sup>41</sup> A cet égard, l'on rappellera que l'art. 935 CC exige que l'acquéreur soit de bonne foi (au sens de l'art. 3 al. 2 CC), alors que l'art. 1006 CO protège l'acquéreur (légitimé par un endossement) s'il n'était pas de mauvaise foi et n'a pas commis de faute lourde lors de son acquisition; cf. STEINAUER, N° 2996; etc.

<sup>42</sup> *Sic*, pour les cédules nominatives: STEINAUER, N° 2995a; LEEMANN, N° 23 *ss ad art.* 869; ATF 81 II 112/115, JdT 1956 I 16/18 s.; voir cependant: LAREIDA, p. 78. Pour les cédules au porteur, voir LAREIDA, p. 77.

<sup>43</sup> Art. 165 al. 1 CO. Cf. LEEMANN, N° 23 *ad art.* 869.

<sup>44</sup> *Sic*, pour les cédules nominatives: STEINAUER, N° 2996a, LEEMANN, N° 24 *ad art.* 869. *Contra*, semble-t-il, pour les cédules au porteur: LAREIDA, p. 77.

<sup>45</sup> *Sic*, pour les cédules nominatives: STEINAUER, N° 2995a; LEEMANN, N° 24 *ad art.* 869. *Contra*, pour les cédules au porteur: LAREIDA, p. 77.

<sup>46</sup> Cf. Art 66 al. 1 ORF; ATF 112 III 26/29, JdT 1988 II 130/133; STEINAUER, N° 2997; SCHMID, N° 1845; LEEMANN, N° 1 *ad art.* 869.

<sup>47</sup> Cf. art. 66 al. 2 et 108 al. 1 *lit. b* ORF. STEINAUER, N° 2997; SCHMID, N° 1845; etc.

prévus par la loi ou par l'Ordonnance sur le registre foncier<sup>48</sup> doivent être notifiés par le conservateur du registre foncier au créancier ainsi inscrit<sup>49</sup>.

c) Effets du transfert en « pleine propriété »

aa) Par le transfert de la cédule hypothécaire, l'acquéreur devient titulaire des droits constatés par le titre: il acquiert la créance et le droit de gage qui en garantit le paiement. Cette acquisition s'effectuant en « pleine propriété », l'acquéreur peut disposer librement des droits ainsi acquis: il peut à son tour aliéner la cédule hypothécaire ou accomplir sur celle-ci d'autres actes de disposition; il peut donc notamment transférer la cédule hypothécaire aux fins de garantie ou remettre le titre en nantissement.

Le transfert d'une cédule hypothécaire ne produit en principe pas d'effet novatoire<sup>50</sup>: l'article 855 al. 1 CC prête cet effet à la constitution<sup>51</sup> d'une cédule hypothécaire et non au transfert ultérieur de celle-ci. Cela ne porte cependant guère à conséquence, l'aliénateur n'étant en principe pas redevable d'une autre dette envers l'acquéreur que celle tendant au transfert de la titularité de la cédule hypothécaire. Il est vrai qu'il en va différemment s'il s'agit du transfert d'une cédule hypothécaire du propriétaire: mais la doctrine admet dans ce cas que l'article 855 al. 1 CC peut être appliqué par analogie, le transfert de la cédule du propriétaire éteignant alors (sauf convention contraire<sup>52</sup>) par novation l'obligation primitive qui liait le propriétaire à l'acquéreur<sup>53</sup>.

La créance garantie est celle qu'incorpore le titre<sup>54</sup>. Elle n'est pas nécessairement dirigée contre l'aliénateur ou contre le propriétaire de l'immeuble grevé<sup>55</sup>. Les éventuelles dispositions cantonales concernant notamment le taux d'intérêt maximum<sup>56</sup> ou la dénonciation de la créance garantie<sup>57</sup> sont applicables.

<sup>48</sup> Voir par exemple les art. 846 et 834 al. 1 CC, l'art. 969 CC ou encore l'art. 49 al. 3 ORF.

<sup>49</sup> Cf. art. 66 al. 3 ORF.

<sup>50</sup> Cf. STAEHELIN, p. 1269.

<sup>51</sup> « *La constitution d'une cédule hypothécaire [...]* »; « *mit der Errichtung eines Schuldbriefes [...]* »; « *mediante la costituzione di una cartella ipotecaria [...]* ».

<sup>52</sup> Cf. art. 855 al. 2 CC.

<sup>53</sup> Cf. MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, p. 127; LAREIDA, p. 58. Du même avis, semble-t-il: STAEHELIN, p. 1269.

<sup>54</sup> Au montant en capital s'ajoutent les intérêts conventionnels visés à l'art. 818 al. 1 ch. 3, les frais de poursuite et les intérêts moratoires (art. 818 al. 1 ch. 2 CC).

<sup>55</sup> Cf. art. 845 CC.

<sup>56</sup> Art. 795 al. 2 CC.

<sup>57</sup> Art. 844 al. 2 CC. Cf. à Genève l'art. 83 al. 1 LACC.

Le transfert de la cédula hypothécaire a par ailleurs pour effet que l'acquéreur, s'il est de bonne foi, est protégé non seulement quant au pouvoir de disposer de l'aliénateur<sup>58</sup>, mais également, dans les limites des articles 865 et 866 CC, quant à l'existence des droits constatés par le titre<sup>59</sup>: la teneur de l'inscription au registre foncier et du titre dressé en due forme font règle à l'égard du tiers de bonne foi. En d'autres termes, le transfert a pour conséquence une limitation des exceptions du débiteur, ce dernier ne pouvant pas opposer à l'acquéreur les exceptions personnelles dont il disposait envers le cédant<sup>60</sup>.

bb) Pour le surplus, l'acquéreur de la cédula hypothécaire peut exercer les droits compétant aux créanciers gagistes immobiliers, soit notamment celui d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé s'il n'est pas désintéressé<sup>61</sup>. A cet égard, l'on peut rappeler que le grevé et le créancier gagiste peuvent fort bien convenir (en la forme authentique) que le créancier pourra procéder à la réalisation privée de l'immeuble grevé<sup>62</sup>. Même s'il est vrai qu'un tel *ius vendendi* peut poser des difficultés d'application pratique non négligeables (notamment si l'immeuble est grevé d'autres gages)<sup>63</sup>, l'on peut se demander pourquoi les parties n'y recourent que rarement: le créancier gagiste n'est-il pas souvent contraint (pour éviter une perte) de se porter acquéreur de l'immeuble à l'issue de la procédure d'exécution forcée, se trouvant en fin de compte malgré tout confronté à la difficulté de trouver un tiers susceptible d'acquérir l'immeuble de gré à gré?

## B. Le transfert de propriété aux fins de garantie (garantie fiduciaire)

### a) Généralités

La remise d'une cédula hypothécaire aux fins de garantie peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'une *constitution* aux fins de garantie<sup>64</sup>, la cédula étant d'emblée créée pour être remise à titre fiduciaire au créancier. Mais il est également possible de transférer aux fins de garantie une cédula hypothécaire existante (soit en principe, une cédula hypothécaire du

<sup>58</sup> Cf. *supra*, p. 5.

<sup>59</sup> Voir à cet égard: STEINAUER, No 3000 ss et les réf.; MEIER-HAYOZ / VON DER CRONE, p. 129 ss; LAREIDA, p. 84 ss. Est en principe également un tiers au sens de ces dispositions l'acquéreur d'une cédula hypothécaire constituée unilatéralement par le propriétaire en application de l'art. 20 al. 1 ORF, à tout le moins si cet acquéreur n'a pas été mêlé aux circonstances entourant la constitution de la cédula; cf. ATF 115 III 111/119, JdT 1991 II 162/172; SCHMID, N° 1837. Sur la situation du premier preneur, lorsqu'il ne peut pas être assimilé à un tiers, voir par exemple: STEINAUER, N° 3010; SIMONIUS / SUTTER, p. 263; SCHMID, N° 1838 ss; etc.

<sup>60</sup> Cf. art. 872 CC. Voir à cet égard: STEINAUER, N° 3011 ss et N° 2634; SIMONIUS / SUTTER, p. 262 ss; etc.

<sup>61</sup> Cf. art. 816 al. 1 CC.

<sup>62</sup> Cf. STEINAUER, N° 2784 s.; SIMONIUS/SUTTER, p. 182; LEEMANN, N° 3 ad art. 816; SCHMID, N° 1477 et N° 1553; STAEHELIN, p. 1260; DEILLON-SCHEGG, p. 208. Voir cependant: WIELAND, N° 2 ad art. 816. Sur la solution contraire adoptée par le droit allemand, voir le § 1149 BGB.

<sup>63</sup> Cf. SIMONIUS/SUTTER, p. 182 s.; STAEHELIN, p. 1260.

<sup>64</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 292.

propriétaire<sup>65</sup>): il y a alors un ~~de~~ *transfert* de propriété aux fins de garantie. Tous deux produisent en principe les mêmes effets; seul le transfert aux fins de sûreté nous intéresse cependant ici<sup>66</sup>.

En recourant au transfert (ou à la constitution) à fin de garantie, les parties visent à garantir une créance (ou plusieurs créances) de l'acquéreur (le fiduciaire). Cette créance, qui est généralement dirigée contre l'aliénateur (le fiduciaire), subsiste lors de la remise de la cédule hypothécaire. Le fiduciaire acquiert donc la propriété du titre et la titularité des droits incorporés, tout en conservant la créance de base (ou les créances de base), résultant par exemple d'un contrat de prêt; mais il s'engage simultanément à n'exercer les droits ainsi acquis que dans les limites de ce qu'exige le remboursement de la créance garantie (ou des créances garanties)<sup>67</sup>. En d'autres termes, s'il a bien pour effet de transférer la propriété du titre, le transfert fiduciaire est un transfert lié<sup>68</sup>, conditionné par le but poursuivi par les parties.

Le transfert à titre fiduciaire des cédules hypothécaires est aujourd'hui prisé par les banques, qui le préfèrent souvent au transfert en « pleine propriété » ainsi qu'au nantissement des cédules hypothécaires<sup>69</sup>. Ce mode d'utilisation des cédules hypothécaire (inspiré, semble-t-il, de la pratique hypothécaire allemande<sup>70</sup>) est relativement récent et n'est pas réglé directement par la loi; il en résulte une certaine insécurité juridique<sup>71</sup>, même s'il ne fait pas de doute que le transfert de propriété aux fins de garantie des cédules hypothécaires est licite<sup>72</sup>.

#### b) Conditions du transfert aux fins de garantie

Le transfert de propriété aux fins de garantie d'une cédule hypothécaire est soumis aux mêmes conditions que le transfert d'une cédule hypothécaire en « pleine propriété »: il nécessite une

<sup>65</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 292, qui ne semble envisager que cette hypothèse.

<sup>66</sup> Cf. *supra*, p. 2.

<sup>67</sup> Voir par exemple: STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 293; DE GOTTRAU, p. 176; etc.

<sup>68</sup> Cf. WIEGAND, p. 98.

<sup>69</sup> Voir par exemple: DE GOTTRAU, p. 203; BÄR, p. 115; VOLLENWEIDER, p. 52; etc.

<sup>70</sup> Cf. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 284.

<sup>71</sup> Cf. par exemple *infra*, p. 13 ss.

<sup>72</sup> Voir par exemple: ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/90; voir aussi: VOLLENWEIDER, p. 23 ss; etc.

cause valable, un acte de disposition<sup>73</sup> et le transfert de la possession<sup>74</sup>; en outre, si la cédula hypothécaire est nominative, il faut un endossement complet<sup>75</sup>.

Il convient cependant de relever deux particularités par rapport au transfert en « pleine propriété »:

- en premier lieu, le titre d'acquisition, la cause du transfert, est ici un contrat de fiducie (*pactum fiduciae*). Il s'agit d'un contrat innomé, dont la validité n'est pas soumise au respect d'une forme particulière<sup>76</sup>. Cette convention renferme, outre l'engagement du fiduciaire de transférer la propriété au fiduciaire, la désignation de la cédula hypothécaire devant être transférée et la désignation de la créance (ou des créances, voire du cercle des créances) à garantir<sup>77</sup>; les parties sont naturellement libres de régler expressément d'autres aspects de leurs relations contractuelles (par exemple, ceux ayant trait à la limitation des droits du fiduciaire, aux modalités de la réalisation de la cédula hypothécaire remise en garantie, etc.)<sup>78</sup>.

En matière bancaire, les parties recourent généralement à des contrats-types préimprimés<sup>79</sup>. Ces contrats prévoient fréquemment que le cercle des créances garanties s'étend à l'ensemble des créances actuelles et futures de la banque résultant de ses relations d'affaires avec le débiteur<sup>80</sup>. En outre, ils confèrent généralement à la banque le droit de faire valoir la créance incorporée dans la cédula hypothécaire (ainsi que les intérêts échus de trois années, plus les intérêts de l'année courante)<sup>81</sup> et (dans la mesure où le droit cantonal le permet<sup>82</sup>) celui de dénoncer la créance incorporée au remboursement aux mêmes conditions que celles applicables à la créance garantie<sup>83</sup>.

<sup>73</sup> Cf. *supra*, note 37. Si l'aliénateur n'a pas le pouvoir de disposer, les art. 935 CC et 1006 al. 2 CO sont applicables; cf. *supra*, p. 5.

<sup>74</sup> Cf. *supra*, p. 4.

<sup>75</sup> Cf. *supra*, p. 5. Voir en outre VOLLENWEIDER, p. 60; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 287; DE GOTTRAU, p. 206.

<sup>76</sup> Cf. art. 11 al. 1 CO. VOLLENWEIDER, p. 56; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 287; DE GOTTRAU, p. 204.

<sup>77</sup> Cf. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 286; VOLLENWEIDER, p. 96. Voir cependant: WIEGAND, p. 98.

<sup>78</sup> Cf. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 287; VOLLENWEIDER, p. 96 s.; WIEGAND, p. 98.

<sup>79</sup> Cf. DE GOTTRAU, p. 204; BÄR, p. 115 s.; VOLLENWEIDER, p. 98. Pour des exemples de tels contrats standardisés, voir notamment: VOLLENWEIDER, p. 197 ss; IYNEDJIAN (éd.), p. 420. Voir aussi: ATF 115 II 349/350 s., JdT 1992 II 34/35 s.

<sup>80</sup> Voir par exemple: ATF 115 II 349/350, JdT 1992 II 34/35; DE GOTTRAU, p. 205; BÄR, p. 115. Sur l'admissibilité de telles clauses, notamment sous l'angle de l'art. 27 CC, voir par exemple: BÄR, p. 127 ss; VOLLENWEIDER, p. 100; etc.

<sup>81</sup> Cf. l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC. ATF 115 II 349, JdT 1992 II 34; VOLLENWEIDER, p. 63 ss; DE GOTTRAU, p. 205; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 290; etc. Pour une critique de ces clauses, voir la note in JdT 1992 II 48, ainsi que BÄR, p. 116.

<sup>82</sup> Cf. art. 844 al. 2 CC.

<sup>83</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 101; DE GOTTRAU, p. 206; etc.

La banque se réserve par ailleurs la faculté de réaliser la cédula hypothécaire de gré à gré si elle n'est pas désintéressée<sup>84</sup>. Enfin, les contrats-types précisent en général que la banque aura l'obligation de retransférer la propriété de la cédula hypothécaire au fiduciaire lorsque toutes ses prétentions envers le débiteur seront éteintes<sup>85</sup>.

- en second lieu, l'on peut rappeler que si la possession de la cédula hypothécaire est transférée au fiduciaire par constitut possessoire<sup>86</sup>, le transfert de propriété aux fins de garantie, quoique valable, ne sera en principe pas opposable aux tiers<sup>87</sup>.

### c) Effets du transfert aux fins de garantie

aa) Lorsque les conditions du transfert aux fins de garantie sont réunies, le fiduciaire acquiert la propriété du titre et la titularité des droits incorporés<sup>88</sup>. Il s'agit là d'une pleine propriété et de la pleine titularité des droits incorporés, conformément à la théorie du transfert intégral des droits au fiduciaire (*Vollrechtstheorie*)<sup>89</sup> développée notamment eu égard au *numerus clausus* des droits réels. Ce n'est qu'*inter partes*, dans ses relations avec le fiduciaire, que les pouvoirs du fiduciaire sont limités: selon la formule consacrée, le fiduciaire peut plus que ce qu'il n'a le droit de faire<sup>90</sup>. Le fiduciaire est donc pleinement propriétaire de la cédula, mais il est obligé envers le fiduciaire à ne pas exercer les droits ainsi acquis en garantie au-delà de ce que requiert son désintéressement<sup>91</sup>: ainsi et par exemple, le fiduciaire a l'obligation de retransférer la propriété de la cédula au fiduciaire s'il est désintéressé<sup>92</sup>, ce qui implique qu'il ne doit pas l'aliéner à un tiers dans l'intervalle<sup>93</sup>.

<sup>84</sup> VOLLENWEIDER, p. 101; DE GOTTRAU, p. 205.

<sup>85</sup> DE GOTTRAU, p. 206.

<sup>86</sup> Cf. art. 924 al. 1 (2ème hypothèse) CC.

<sup>87</sup> Cf. art. 717 al. 1 CC. VOLLENWEIDER, p. 25. Voir cependant l'ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/90, dans lequel le Tribunal fédéral laisse entendre qu'il n'est pas possible de procéder à un transfert de propriété fiduciaire d'une cédula hypothécaire par constitut possessoire; voir aussi: SCHMID, N° 1849; VOLLENWEIDER, p. 59.

<sup>88</sup> Cf. par exemple: VOLLENWEIDER, p. 106; DE GOTTRAU, p. 207; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293. Voir également, en ce qui concerne la créance garantie: ATF 115 II 349/352 s., JdT 1992 II 34/39.

<sup>89</sup> Voir par exemple: THÉVENOZ, p. 274; ZOBL, *Syst. T.*, N° 1360; etc.

<sup>90</sup> Voir encore récemment: ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/90: « Comme tous les actes juridiques fiduciaires, le transfert de la propriété aux fins de garantie se distingue aussi par le fait que le fiduciaire peut plus que ce qui lui est permis ».

<sup>91</sup> Voir par exemple: ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/90; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293, note 6; DE GOTTRAU, p. 207; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 289.

<sup>92</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 108; DE GOTTRAU, p. 207; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 289.

<sup>93</sup> VOLLENWEIDER, pp. 84 et 108; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293 (note 6); ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 289.

Le transfert à titre fiduciaire n'entraîne pas l'extinction par novation de la créance de base (ou des créances de base): le but des parties est précisément de garantir cette créance, non de lui substituer la créance constatée par le titre<sup>94</sup>. Cette coexistence de la créance de base et de la créance constatée par le titre est l'une des caractéristiques du transfert aux fins de garantie des cédulas hypothécaires<sup>95</sup>. Elle constitue également l'un des avantages principaux de la garantie fiduciaire par rapport au transfert en « pleine propriété»: le fiduciaire est non seulement propriétaire de la cédula (et titulaire des droits incorporés), disposant ainsi de « l'arme absolue » en matière de sûretés<sup>96</sup>, mais il conserve simultanément la créance de base dirigée contre le débiteur<sup>97</sup>.

Cette créance de base n'est pas nécessairement dirigée contre le fiduciaire. Elle porte intérêts au taux convenu dans le *pactum fiduciae*; la législation cantonale (concernant la dénonciation ou le taux d'intérêts de la créance incorporée) ne lui est pas applicable<sup>98</sup>.

La sûreté conférée au fiduciaire n'est pas une garantie accessoire: la propriété transférée aux fins de garantie est indépendante de l'existence d'une créance de base<sup>99</sup>. Cette propriété ne prend donc pas fin lorsque la créance garantie s'éteint; le fiduciaire a cependant l'obligation de retransférer la propriété au fiduciaire, à moins que la convention ne lui permette de conserver la cédula en garantie d'autres créances. Le transfert d'une cédula hypothécaire aux fins de garantie permet donc de garantir plusieurs créances; il peut d'ailleurs servir à la garantie de créances futures, conditionnelles, d'un montant variable ou encore dont le montant diffère de celui de la créance constatée par la cédula hypothécaire<sup>100</sup>.

bb) L'acquéreur à titre fiduciaire étant pleinement propriétaire, il peut exercer les droits constatés par le titre. En particulier, s'il n'est pas désintéressé à l'échéance, il peut se payer sur le prix de l'immeuble grevé en intentant une poursuite en réalisation de gage

<sup>94</sup> C'est pourquoi l'on fait souvent observer que la remise d'une cédula hypothécaire à titre fiduciaire poursuit un but très proche, si ce n'est identique, à celui du nantissement: ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 284. Voir aussi BÄR (p. 115), qui qualifie le transfert aux fins de sûretés de « *verdeckte Verpfändung mit externem Vollrecht* ».

<sup>95</sup> Voir BÄR, p. 130.

<sup>96</sup> Cf. GIOVANOLI, p. 54.

<sup>97</sup> Il découle cependant du contrat de fiducie (ainsi que, le cas échéant, de l'art. 872 CC) que le fiduciaire ne peut pas réclamer le paiement de montants supérieurs à la créance de base (en capital et accessoires). Cf. aussi BÄR, p. 126.

<sup>98</sup> Cf., pour le taux d'intérêts, VOLLENWEIDER, p. 52 s.

<sup>99</sup> Cf. par exemple: VOLLENWEIDER, pp. 66 et 21; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293 (note 7); ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 285.

<sup>100</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 66 ss; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293 (note 7); ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 286. Voir aussi l'ATF 115 III 349/353, JdT 1992 II 34/39, où le Tribunal fédéral précise que le transfert d'une cédula hypothécaire à fin de sûreté permet de « *garantir les créances de n'importe quelle nature* » ce qui laisse entendre (à juste titre) que des créances tendant à une autre prestation que le paiement d'une somme d'argent (pour autant qu'elle puisse être convertie en argent) peut être garantie par ce biais; cf. à cet égard: VOLLENWEIDER, p. 66 s.; d'un avis contraire, semble-t-il: STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 293 (note 7).

immobilier<sup>101</sup>, sans avoir à réaliser au préalable la cédule hypothécaire elle-même<sup>102</sup>. Cela suppose cependant que tant la créance garantie que la créance incorporée dans le titre soient exigibles; en particulier, le fiduciaire devra au préalable avoir procédé à la dénonciation de la cédule hypothécaire<sup>103</sup>.

S'il n'est pas désintéressé, le fiduciaire peut également procéder à la réalisation privée de la cédule hypothécaire reçue en garantie<sup>104</sup> et ce même si le fiduciaire tombe en faillite: il est propriétaire de la cédule hypothécaire, qui ne tombe donc pas dans la masse en faillite du fiduciaire<sup>105</sup>. La réalisation privée s'effectuera par vente de gré à gré (étant précisé que le fiduciaire peut se porter acquéreur de la cédule, par *Selbsteintritt*<sup>106</sup>) ou par le biais d'une vente aux enchères volontaires et publiques<sup>107</sup>, étant rappelé que le fiduciaire doit remettre au fiduciaire le solde éventuel après paiement de la créance garantie<sup>108</sup>. En l'absence d'un marché des cédules hypothécaires, la réalisation privée pose la difficulté de la fixation du prix de vente de la cédule. En effet, le fiduciaire engage sa responsabilité si le prix atteint n'est pas équitable<sup>109</sup>. Il en résulte que le fiduciaire se portera généralement lui-même acquéreur de la cédule<sup>110</sup>, en principe pour sa valeur nominale<sup>111</sup>.

<sup>101</sup> Cf. art. 816 al. 1 CC et art. 41 al. 1 LP; il peut alors invoquer l'art. 806 CC (cf. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 289). A noter que si le fiduciaire ne demande que le paiement des intérêts ou des annuités, il peut également tenter une poursuite par voie de saisie (ou, le cas échéant, de faillite), en vertu de l'art. 41 al. 2 LP.

<sup>102</sup> Cf. par exemple: STAEHELIN, p. 1260; voir également ZOBL (*Zur Sicherungsübereignung*, p. 291) et DE GOTTRAU (p. 209), qui précisent que le fiduciaire ne peut procéder de la sorte qu'à la condition que le contrat de fiducie le prévoie.

<sup>103</sup> La législation édictée le cas échéant par le canton sur la base de l'art. 844 al. 2 CC est alors applicable, ce qui peut contribuer à rendre peu attractif le transfert de propriété aux fins de garantie d'une cédule hypothécaire; cf. VOLLENWEIDER, p. 52.

<sup>104</sup> Selon la doctrine, le fiduciaire dispose de ce droit même si les parties n'en sont pas expressément convenues; cf. VOLLENWEIDER, p. 157; DE GOTTRAU, p. 216; STAEHELIN, p. 1260; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 294; ZOBL, *Syst. T.*, N° 1488. A noter par ailleurs qu'eu égard au fait qu'il est propriétaire du titre et titulaire des droits incorporés, le fiduciaire ne peut pas tenter la poursuite en réalisation de gage mobilier. Cf. STAEHELIN, p. 1260; ZOBL, *Syst. T.*, N° 1488; plus nuancé: VOLLENWEIDER, p. 134 et la note 15.

<sup>105</sup> ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/90; VOLLENWEIDER, p. 159; DE GOTTRAU, p. 217; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 294.

<sup>106</sup> Ainsi que le relève le Tribunal fédéral, le créancier devient ainsi « sans restriction aucune de ses droits, titulaire des cédules hypothécaires; la désagrégation, caractéristique de la fiducie entre ce que l'on peut faire en droit et ce que l'on est autorisé contractuellement à faire » disparaissant alors (ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/91); voir aussi VOLLENWEIDER, p. 164.

<sup>107</sup> VOLLENWEIDER, p. 156 ss; DE GOTTRAU, p. 216 ss; ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 294; etc.

<sup>108</sup> ATF 119 II 326/328, JdT 1995 II 87/91; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 293 (note 6); DE GOTTRAU, p. 207; etc.

<sup>109</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 160; DE GOTTRAU, p. 217 s.

<sup>110</sup> Cf. ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung*, p. 294.

<sup>111</sup> BÄR, p. 116; STAEHELIN, p. 1260 et la note 70. Voir en outre VOLLENWEIDER, p. 162, qui relève qu'au besoin, le fiduciaire peut faire procéder à une estimation de la valeur de la cédule.

ce) Cela étant, il n'est pas possible de présenter ici l'ensemble du régime juridique applicable au transfert de propriété des cédulas hypothécaires aux fins de garantie. Aussi se contentera-t-on d'effectuer encore trois remarques.

- En premier lieu, il convient de souligner qu'en cas de faillite du fiduciaire, la cédula hypothécaire tombe dans la masse des biens devant être affectés au paiement des créanciers, au sens de l'article 197 al. 1 LP; il s'agit là d'une conséquence de la *Vollrechtstheorie*<sup>112</sup>. A cela s'ajoute qu'en principe, le fiduciaire n'est pas au bénéfice d'un *droit de distraction* dans cette éventualité.

En effet, il est généralement admis que le fiduciaire ne peut pas se prévaloir du droit de distraction ancré à l'article 401 al. 3 CO, pour cette seule raison déjà que (s'agissant de la fiducie-sûreté) le *pactum fiduciae* n'est pas un mandat et qu'en conséquence, le droit du mandat n'est en principe pas applicable aux relations entre le fiduciaire et le fiduciaire<sup>113</sup>.

Par ailleurs, quand bien même les cédulas hypothécaires transférées sont des titres au porteur ou à ordre<sup>114</sup>, elles ne peuvent généralement pas faire l'objet du droit de distraction de l'article 201 LP lorsqu'elles sont transférées aux fins de garantie. En effet, elles ne sont pas remises au fiduciaire « *pour l'encaissement seulement* », ainsi que le voudrait la première hypothèse visée par cette disposition. Ensuite, en règle générale, la seconde possibilité ouverte par l'article 201 LP ne sera pas non plus réalisée. En effet, la cédula transférée à titre fiduciaire garantit généralement l'ensemble des créances du fiduciaire découlant de ses relations d'affaires avec le débiteur<sup>115</sup>; l'on ne saurait alors considérer que le titre a été remis « *comme couverture de paiements à faire spécialement désignés* »<sup>116</sup> au sens de l'article 201 LP. L'opinion contraire de M. Vollenweider<sup>117</sup>, selon laquelle cette expression devrait être interprétée extensivement, avec cette conséquence qu'il suffirait que les créances garanties soient déterminables, n'est guère convaincante: l'article 201 LP est une disposition à caractère exceptionnel, qui doit être interprétée restrictivement<sup>118</sup>. Dans ces conditions, force est de constater que l'article 201 LP ne permettra que rarement au fiduciaire d'exiger la distraction de la cédula hypothécaire remise aux fins de garantie.

<sup>112</sup> Cf. *supra*, p. 10.

<sup>113</sup> Cf. par exemple: VOLLENWEIDER, p. 186; STEINAUER, N° 3054c; ZOBL, *Syst. T.*, N° 1381 et N° 1470; DE GOTTRAU, p. 193; etc.

<sup>114</sup> Cf. *supra*, p. 1.

<sup>115</sup> Cf. *supra*, p. 9.

<sup>116</sup> « *Eine bestimmt bezeichnete künftige Zahlung*»; « *un determinato pagamento futuro* ».

<sup>117</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 185.

<sup>118</sup> Cf. par exemple: ZOBL, *Syst. T.*, N° 1469.

Enfin, il convient de retenir que le fiduciaire ne peut pas non plus se prévaloir du droit de distraction en faveur des clients d'une banque en faillite, introduit le 1er janvier 1997 par le nouvel article 37b al. 1 LB. En effet, les biens transférés à une banque aux fins de sûreté ne constituent pas des « valeurs déposées » susceptibles de faire l'objet de ce droit de distraction. Il est vrai que l'article 16 LB, qui donne la définition de ces « valeurs déposées », mentionne en son ch. 2 « les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants ». L'on doit cependant considérer que cette disposition, contrairement à ce qu'indique la doctrine<sup>119</sup>, ne vise pas les valeurs transférées aux fins de garantie: alors que dans la fiducie-gestion (*fiducia cum amico*), le fiduciaire agit dans l'intérêt du fiduciaire, dans la fiducie-sûreté, il agit dans son propre intérêt<sup>120</sup>; il résulte donc de la nature même de la *fiducia cum creditore* que le fiduciaire ne détient pas l'objet transféré pour le compte du fiduciaire<sup>121</sup>.

Certains auteurs allèguent qu'il résulte de l'intention du législateur que l'article 16 ch. 2 LB couvre également aux biens transférés aux fins de sûreté. Ils en veulent pour preuve que les Chambres fédérales ont modifié la formulation de cette disposition, laquelle visait initialement les biens que la banque « gère à titre fiduciaire » ; la formule finalement choisie (à avoir les biens que la banque « détient à titre fiduciaire ») démontrerait qu'on a entendu viser également les actifs transférés aux fins de sûreté<sup>122</sup>. Force est cependant de constater que cette intention du législateur n'est pas étayée par les débats tels qu'ils ont été publiés: la seule intervention devant les Chambres relative à cette modification émane du rapporteur devant le Conseil des Etats, M. Sergio Salvioni, lequel a souligné qu'il s'agissait là d'une « modification de caractère technique: (...) c'est une question de terminologie »<sup>123</sup>. Dans ces conditions, il paraît pour le moins audacieux de retenir que le droit de distraction de l'article 37b al. 1 LB s'étend aux biens (par exemple, une cédula hypothécaire) transférés aux fins de garantie à une banque.

- En second lieu, l'on peut relever l'existence d'une certaine insécurité juridique en ce qui concerne le régime juridique applicable à la *prescription de la créance garantie* par le transfert aux fins de sûreté. En effet, l'article 807 CC ne lui est pas applicable: cette disposition a pour conséquence que la créance constatée par le titre est imprescriptible; en revanche, elle ne produit pas d'effet sur la créance de base. Quant à l'article 140 CO, il ne vise pas non la propriété fiduciaire mixte.

<sup>119</sup> Voir par exemple: KLEINER / LUTZ, N° 15 ad art. 16; DE GOTTRAU, p. 195; VOLLENWEIDER, p. 186.

<sup>120</sup> Cf. par exemple: HOFSTETTER, p. 29; ZOBL, *Syst. T.*, N° 1356; etc.

<sup>121</sup> « Für Rechnung der Depotkunden fiduziarisch innehat »; « che la banca detiene a titolo fiduciario per conto dei clienti deponenti ».

<sup>122</sup> Cf. par exemple: KLEINER / LUTZ, N° 15 ad art. 16; DE GOTTRAU, p. 195 (note 75); BERTSCHINGER, p. 429.

<sup>123</sup> BO CE 1994 p. 1095.

Tout au plus pourrait-on considérer, avec certains auteurs, que l'article 140 CO est applicable par analogie à la fiducie mixte<sup>124</sup>: le transfert de propriété aux fins de garantie n'empêcherait donc pas la créance de base de se prescrire, mais le fiduciaire conserverait le droit de faire valoir sa sûreté nonobstant la prescription. Force est cependant de constater que cette manière de voir ne peut guère trouver appui sur le texte de l'article 140 CO ou de sa note marginale: tous deux visent clairement, dans les trois langues, les créances garanties par « *gage mobilier* »<sup>125</sup>. L'on ne saurait par ailleurs guère s'appuyer sur le fait que la solution proposée prévaut en droit allemand<sup>126</sup>, puisque celui-ci contient une base légale expresse en ce sens<sup>127</sup>.

On le constate, les assises de l'application analogique de l'article 140 CO à la propriété fiduciaire transférée aux fins de garantie paraissent peu solides. Le fiduciaire n'est donc pas à l'abri d'une décision judiciaire rejetant cette proposition doctrinale; le fiduciaire dont la créance serait prescrite devrait alors retransférer la propriété de la cédule hypothécaire acquise aux fins de garantie au fiduciaire, alors même que la créance constatée par le titre dont il est propriétaire n'est pas sujette à prescription.

Enfin, l'on peut noter que la remise de cédules hypothécaires aux fins de garantie peut présenter un *inconvenient pratique* résultant du fait que, sous réserve du droit de procéder à la réalisation privée, le fiduciaire est contractuellement tenu de s'abstenir de disposer de la cédule reçue en garantie<sup>128</sup>. Or, il peut arriver que le fiduciaire souhaite se défaire de la propriété de la cédule hypothécaire<sup>129</sup> ou qu'il soit amené à accomplir un autre acte de disposition sur celle-ci. Le fiduciaire devra cependant obtenir au préalable le consentement du fiduciaire, ce qui soulève des difficultés ou faire échouer l'opération envisagée<sup>130</sup>.

En définitive, il n'est pas indifférent d'être privé (ne serait-ce qu'*inter partes*) du pouvoir de disposer de la cédule hypothécaire. C'est pourquoi certains établissements bancaires marquent semble-t-il un regain d'intérêt pour le transfert en « pleine propriété » des cédules hypothécaires: même si la garantie directe est moins souple

<sup>124</sup> Voir par exemple: ZOBL, *Syst. T.*, N° 1403; OFTINGER / BÄR, *Syst. T.*, N° 259; VON TUHR / ESCHER, p. 233; etc. Voir, pour la propriété fiduciaire des cédules hypothécaires: VOLLENWEIDER, p. 73 (note 117).

<sup>125</sup> « *Fahrnispfandrecht* »; « *pegno mobiliare* ».

<sup>126</sup> Cf. ZOBL, *Syst. T.*, N° 1403; VON TUHR / ESCHER, p. 233.

<sup>127</sup> Cf. § 223 II BGB.

<sup>128</sup> Cf. *supra*, p. 10.

<sup>129</sup> Cf. par exemple VOLLENWEIDER, p. 163: « *Häufig hat der Gläubiger kein Interesse daran, den Schuldbrief als Kapitalanlage zu behalten, sondern will ihn veräußern* ».

<sup>130</sup> Ainsi et par exemple, l'on peut imaginer qu'un tiers souhaite se porter acquéreur de l'immeuble grevé à la condition de reprendre la cédule hypothécaire remise en garantie à la banque, mais que le fiduciaire (qui, par hypothèse, n'est pas le propriétaire de l'immeuble) s'oppose à ce transfert.

que la garantie fiduciaire et qu'elle présente d'autres inconvénients encore par rapport à cette dernière<sup>131</sup>, du moins procure-t-elle au créancier le libre pouvoir de disposer de la cédule hypothécaire, ce qui, en fin de compte, n'est pas un mince avantage.

## II. LA CONSTITUTION DE DROITS RÉELS LIMITÉS GREVANT UNE CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

Si elle est une chose mobilière, la cédule hypothécaire est avant tout un papier-valeur; en cette qualité, elle peut être l'objet des droits réels limités susceptibles de porter sur un papier-valeur. Elle peut donc être grevée d'un droit de gage mobilier<sup>132</sup>, d'un usufruit<sup>133</sup>, d'un droit de rétention<sup>134</sup> et d'un droit de gage des prêteurs sur gage<sup>135</sup>. Le droit de rétention est un droit de gage légal: il naît *ex lege* et ne peut pas être constitué volontairement par les parties<sup>136</sup>. Quant au droit de gage des prêteurs sur gage, il ne doit guère être pratiqué sur des cédules hypothécaires<sup>137</sup>. Seuls entrent donc ici en ligne de compte le gage mobilier et l'usufruit.

### A. Le nantissement d'une cédule hypothécaire (garantie indirecte)

#### a) Généralités

Ainsi que l'a rappelé récemment encore le Tribunal fédéral, les cédules hypothécaires peuvent être remises en gage<sup>138</sup>. Le créancier acquiert alors un nantissement, ou plus précisément un gage mobilier<sup>139</sup>, sur la cédule hypothécaire: en d'autres termes, le bénéficiaire est un créancier gagiste mobilier<sup>140</sup> et sa garantie hypothécaire est *indirecte*<sup>141</sup>.

<sup>131</sup> Pour des comparaisons, voir par exemple: VOLLENWEIDER, p. 116 ss; STAHELIN, p. 1257 ss.

<sup>132</sup> Cf. art. 868 al. 1 et 901 CC.

<sup>133</sup> Cf. art. 868 al. 1, 745 al. 1 et 775 CC.

<sup>134</sup> Cf. art. 895 al. 1 CC.

<sup>135</sup> Cf. art. 907 ss CC. Ce gage peut en effet grever des papiers-valeurs; cf. par exemple OFTINGER / BÄR, N° 3 *ad* art. 909; STEINAUER, N° 3167d.

<sup>136</sup> Cf. par exemple: ZOBL, N° 15 s. *ad* art. 895.

<sup>137</sup> Cf., d'une manière générale: ZOBL, N° 8 *ad* art. 907-915.

<sup>138</sup> ATF 119 II 326/327, JdT 1995 II 87/90.

<sup>139</sup> S'agissant de la mise en gage d'un papier-valeur, ce sont en effet les art. 899 ss CC (« Chapitre II: Du gage sur les créances et autres droits »), et non les art. 884 ss CC (« Chapitre I: Du nantissement et du droit de rétention »), qui sont applicables.

<sup>140</sup> ATF 119 II 326/327, JdT 1995 II 87/90; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291; etc.

Le nantissement de cédules hypothécaires présente certains avantages par rapport au transfert en « pleine propriété »: ainsi et notamment, à l'instar du transfert aux fins de garantie, il permet de garantir des créances futures, conditionnelles<sup>142</sup> ou de montant variable, qui ne sont de surcroît pas soumises au taux d'intérêt fixé le cas échéant par la législation cantonale en application de l'article 795 al. 2 CC<sup>143</sup>; par ailleurs, le nantissement présente l'avantage (en réalité, avant tout théorique) que la poursuite en réalisation de gage mobilier est soumise à des délais plus courts que ceux applicables à la réalisation forcée d'un gage immobilier<sup>144</sup>.

En raison notamment de ces caractéristiques, le nantissement des cédules hypothécaires a eu pendant longtemps une grande importance pratique<sup>145</sup>. Toutefois, il présente également un certain nombre d'inconvénients<sup>146</sup>, si bien qu'il a été en grande partie supplanté par le transfert de propriété aux fins de garantie des cédules hypothécaires<sup>147</sup>. A cela s'ajoute que l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1997, du nouvel article 156 al. 2 LP constitue un motif supplémentaire de renoncer à la mise en gage des hypothécaires du propriétaire<sup>148</sup>. Le nantissement des cédules hypothécaires ayant perdu une grande partie de son actualité, les développements que nous lui consacrons pourront être succincts.

## b) Conditions du nantissement des cédules hypothécaires

La cédule hypothécaire étant un papier-valeur, sa mise en gage suit en principe les règles applicables à l'engagement des papiers-valeurs<sup>149</sup>. Il faut donc un contrat de gage, un acte de

<sup>141</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 290. Cf. en allemand: « *indirektes Hypothekengeschäft* », voir par exemple: ZOBL, *Syst. T.*, N° 531; MOSER, p. 2; BÄR, p. 108; etc.

<sup>142</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291; voir aussi: ZOBL, *Probleme*, p. 199; MOSER, p. 120.

<sup>143</sup> Cf. MOSER, p. 4; GILLIÉRON, p. 275; etc.

<sup>144</sup> Cf. les art. 152 al. 1 ch. 1 et 154 al. 1 LP. Voir en outre MOSER, p. 6; GILLIÉRON, p. 275; ZOBL, *Probleme*, p. 199.

<sup>145</sup> ZOBL, *Syst. T.*, N° 531; MOSER, p. 2; etc.

<sup>146</sup> Ainsi, le créancier gagiste devra généralement procéder à une double réalisation: il lui faudra d'abord faire réaliser la cédule hypothécaire, puis (ayant acquis la propriété de la cédule lors de cette première réalisation) procéder à la réalisation de l'immeuble grevé. Cf. à cet égard: VOLLENWEIDER, p. 123; DE GOTTRAU, pp. 203 et 209 s.; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291 s.; etc. Par ailleurs, l'on peut rappeler que le gage mobilier est un droit accessoire de la créance qu'il garantit.

<sup>147</sup> Cf. par exemple: DE GOTTRAU, p. 203.

<sup>148</sup> Cf. *infra*, p. 22 s.

<sup>149</sup> Il est toutefois loisible aux parties de faire en quelque sorte abstraction du titre et de grever les droits incorporés en suivant les règles applicables à l'engagement des créances, avec cette conséquence que le contrat de gage doit être passé par écrit (cf. art. 900 al. 1 CC), qu'un endossement n'est pas nécessaire (pour les cédules nominatives) et que les règles sur l'acquisition de bonne foi des papiers-valeurs ne s'appliquent pas. Cf. notamment à cet égard: ZOBL, *Probleme*, p. 203; MOSER, p. 169 ss; etc.

disposition<sup>150</sup> et la remise du titre<sup>151</sup>; en outre, si la cédule hypothécaire est nominative, un endossement est nécessaire<sup>152</sup>. Sans entrer dans les détails, l'on peut en outre effectuer les remarques suivantes:

- en premier lieu, en ce qui concerne *l'objet* du nantissement, il convient de rappeler que la mise en gage des cédules hypothécaires du propriétaire a fait (et fait encore) l'objet de controverses en jurisprudence et en doctrine<sup>153</sup>: l'on a même soutenu que le nantissement d'une cédule hypothécaire du propriétaire consistait en réalité en un transfert de propriété aux fins de sûretés, la mise en gage de la créance constatée par le titre du propriétaire étant juridiquement impossible<sup>154</sup>.

En réalité, il semble que l'on évite bien des difficultés si l'on retient que c'est le titre lui-même (et non la créance constatée par le titre, qui n'a qu'une existence encore formelle, et moins encore la « *portion de la valeur de l'immeuble* » grevé par la cédule hypothécaire<sup>155</sup>) qui constitue l'objet du gage mobilier<sup>156</sup>. En tout état de cause, tant la jurisprudence que la grande majorité de la doctrine admettent la validité du nantissement des cédules hypothécaires du propriétaire<sup>157</sup>.

- En second lieu, l'on peut relever que la loi ne soumet pas la validité du *contrat de gage* (dont les *essentialia* sont l'engagement de créer le gage, la désignation de la cédule à nantir et la désignation de la créance ou des créances devant être garanties<sup>158</sup>) à l'observation d'une forme particulière<sup>159</sup>. Cependant, en matière bancaire, les parties (à savoir, le constituant et le créancier gagiste) consignent en principe leur accord dans une convention écrite, qui confère généralement des droits étendus au créancier gagiste<sup>160</sup>.

<sup>150</sup> Il s'agit ici d'un acte juridique bilatéral par lequel le constituant manifeste sa volonté de créer le gage, le créancier manifestant de son côté sa volonté d'acquiescer le gage; cf. STEINAUER, N° 3157g; FOËX, p. 281. On rappellera que si le constituant n'a pas le pouvoir de disposer, les art. 935 CC (si la cédule est au porteur) et 1006 al. 2 CO (si la cédule est nominative) sont applicables; cf. par exemple MOSER, p. 137 ss.

<sup>151</sup> Cf. art. 901 al. 1 et 868 al. 1 CC.

<sup>152</sup> Cf. art. 901 al. 2 CC.

<sup>153</sup> Pour un état de la question, voir par exemple: ATF 115 II 149/151 s.; ZOBL, N° 147 *ad* art. 901; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291 (note 3); MOSER, p. 41 ss; GILLIÉRON, p. 283 ss; etc.

<sup>154</sup> Cf. GILLIÉRON, p. 280, voir aussi: GILLIÉRON, *Note*, p. 92; etc.

<sup>155</sup> Cf. ATF 107 III 128/134, JdT 1984 II 2/8.

<sup>156</sup> Cf. à cet égard: FOËX, p. 202.

<sup>157</sup> Voir notamment: ATF 115 II 149/151; ZOBL, N° 143 *ad* art. 901 et les réf.; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291; etc.

<sup>158</sup> Cf. par exemple: MOSER, p. 109 ss.

<sup>159</sup> Cf. art. 901 CC et 11 al. 1 CO; MOSER, p. 105; OFTINGER / BÄR, N° 122 *ad* art. 901; ZOBL, *Probleme*, p. 203; etc.

<sup>160</sup> Les banques se réservent notamment le droit de procéder à la réalisation privée de la cédule reçue en gage, ainsi que la faculté d'exercer les droits constatés par le titre; en outre le contrat prévoit généralement que

Il convient cependant de relever que la jurisprudence, suivie par la doctrine, exige le respect de la forme authentique lorsque le contrat de gage a pour objet une cédula hypothécaire du propriétaire qui doit encore être créée par le constituant<sup>161</sup>. Cette manière de voir paraît cependant surprenante au regard des articles 900 et 901 CC, ainsi que de l'article 11 al. 1 CO: il résulte en effet clairement de ces dispositions que le contrat de gage ayant pour objet un papier-valeur n'est pas soumis au respect d'une forme particulière<sup>162</sup>.

Il faut cependant reconnaître que le créancier gagiste a un intérêt évident à ce que le contrat de gage mobilier soit revêtu de la forme authentique dans une telle hypothèse: à défaut, il ne disposera pas d'une créance tendant à la constitution et à l'inscription de la cédula hypothécaire<sup>163</sup> et ne pourra donc pas exiger de son cocontractant qu'il crée le gage immobilier destiné à lui être remis en nantissement. A notre avis, l'on peut donc retenir que l'observation de la forme authentique s'impose non pas parce que la loi l'exigerait, mais parce qu'à défaut de celle-ci, le créancier doit se contenter de dommages-intérêts pour inexécution (du contrat de gage mobilier) si son cocontractant ne crée pas la cédula du propriétaire devant être remise en gage<sup>164</sup>.

- En ce qui concerne le *transfert de la possession*, l'article 884 al. 3 CC est applicable<sup>165</sup>. Le gage ne naît donc pas si le constituant (ainsi que, le cas échéant, le tiers débiteur de la créance à garantir ou le tiers propriétaire de la cédula<sup>166</sup>) conserve la maîtrise exclusive de la cédula devant être nantie. La loi exige donc un « *transfert de possession qualifié* »<sup>167</sup>, ce qui exclut en principe que la constitution du gage s'effectue par constitut possessoire ou par création d'une copossession entre le constituant et le créancier (ou encore, par transfert de la possession ouverte)<sup>168</sup>.

Il s'agit là d'une condition d'existence du gage: alors que le transfert de propriété fiduciaire par constitut possessoire est valable, mais non opposable aux tiers<sup>169</sup>,

l'ensemble des créances de la banque découlant de ses relations d'affaires avec le débiteur sera garanti par le gage. Voir par exemple: MOSER, p. 112 ss.

<sup>161</sup> Cf. ATF 121 III 97/101, JdT 1996 I 667/670; ATF 93 II 82/86 s.; ATF 71 II 262/266, JdT 1946 I 370/373. ZOBL, N° 151 *ad* art. 901; OFTINGER / BÄR, N° 138 *ad* art. 901; STEINAUER, N° 3157d; MOSER, p. 106; ZOBL, *Probleme*, p. 204; etc.

<sup>162</sup> Cf. FOËX, p. 172 s.

<sup>163</sup> Cf. art. 799 al. 2 CC.

<sup>164</sup> Cf. FOËX, p. 173.

<sup>165</sup> Cf. par exemple: MOSER, p. 124.

<sup>166</sup> Cf. ZOBL, N° 576 s. *ad* art. 884; FOËX, p. 283 s.

<sup>167</sup> STEINAUER, N° 3099.

<sup>168</sup> Voir par exemple: ZOBL, N° 715 ss et N° 582 *ad* art. 884; STEINAUER, N° 3100c; etc.

<sup>169</sup> Art. 717 al. 1 CC; voir cependant *supra*, note 87.

l'article 884 al. 3 CC prévoit que le droit de gage « *n'existe pas* » si le constituant conserve la maîtrise exclusive de la chose<sup>170</sup>.

- Enfin, l'on rappellera que *l'endossement* nécessaire à l'engagement d'une cédule hypothécaire nominative<sup>171</sup> peut être un endossement pignoratif (contenant la mention « *valeur en garantie* », « *valeur en gage* », etc.<sup>172</sup>) ou un endossement ordinaire<sup>173</sup>; en revanche, un endossement en blanc ne suffit en principe pas<sup>174</sup>.

Le gage prend naissance lorsque ces conditions sont réunies. S'il le souhaite, l'acquéreur peut requérir son inscription au registre des créanciers en sa qualité de créancier gagiste mobilier<sup>175</sup>; une telle inscription est cependant facultative et ne constitue pas une condition de validité du nantissement des cédules hypothécaires<sup>176</sup>.

### c) Effets du nantissement

aa) Le nantissement d'une cédule hypothécaire procure à son titulaire un droit de gage mobilier: le bénéficiaire n'est pas créancier hypothécaire et n'acquiert pas la titularité des droits incorporés<sup>177</sup>. Si le nantissement porte sur une cédule hypothécaire du propriétaire, l'on peut d'ailleurs considérer que la créance constatée par le titre a encore une existence purement formelle et qu'elle ne naîtra matériellement que lorsque les qualités de propriétaire du fonds grevé et de titulaire de la cédule hypothécaire ne seront plus réunies en la même personne<sup>178</sup>.

<sup>170</sup> Cf. STEINAUER (N° 3100c), qui critique cette différence de régime juridique; voir également ZOBL (N° 722 ss ad art. 884), pour qui la solution de l'art. 717 al. 1 CC devrait être appliquée pas analogie au gage.

<sup>171</sup> Cf. art. 901 al. 2 CC.

<sup>172</sup> Art. 1009 al. 1 CO. ZOBL, N° 128 ad art. 901; MOSER, p. 128; LAREIDA, p. 60; etc.

<sup>173</sup> Art. 1001 CO. ZOBL, N° 128 ad art. 901; MOSER, p. 128 s.; LAREIDA, p. 60 s.; etc.

<sup>174</sup> Voir l'art. 869 al. 2 CC. ZOBL, N° 128 ad art. 901; MOSER, p. 131; ZOBL, *Probleme*, p. 208; etc. La question est toutefois controversée: cf. MOSER, p. 129 ss; ZOBL, *Probleme*, p. 207 ss.

<sup>175</sup> Art. 66 al. 2 ORF.

<sup>176</sup> Cf. ZOBL, N° 129 ad art. 901; voir aussi SIMONIUS / SUTTER, p. 269 (note 111).

<sup>177</sup> *Sic*, pour la créance constatée par la cédule hypothécaire: ATF 115 II 149/151 et 155; STEINAUER, N° 3161b; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291; DE GOTTRAU, p. 209; FAVRE / LINIGER, p. 105; etc.

<sup>178</sup> Cf. à cet égard: ATF 115 II 149/151; STAEHELIN, p. 1257; BÄR, p. 109; SIMONIUS / SUTTER, p. 270 s.; voir encore: STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291 s. Il est cependant parfois soutenu que la créance constatée par le titre naît matériellement lors de la remise de la cédule hypothécaire en nantissement; cf. à cet égard: ATF 113 III 144/147, JdT 1989 II 139/143; ZOBL, N° 147 ad art. 901; MOSER, p. 49; ZOBL, *Probleme*, p. 196 s.; PIOTET, p. 133.

Quant à son objet, le gage s'étend non seulement aux droits constatés par le titre, mais également aux intérêts courants de la créance incorporée dans la cédule<sup>179</sup>. Il est loisible aux parties de convenir que la garantie fournie s'étendra aux intérêts échus de la créance nantie, dans la limite prévue à l'article 818 al. 1 ch. 3 CC<sup>180</sup>.

Le gage ainsi créé garantit le remboursement de la créance (ou des créances) désignée dans le contrat de gage, laquelle n'est pas nécessairement dirigée contre le débiteur de la créance constatée par le titre; en outre, les intérêts (conventionnels et moratoires) et les frais de poursuite sont également garantis par le gage<sup>181</sup>. On peut préciser que la constitution du gage n'emporte pas novation de la créance garantie par le nantissement<sup>182</sup>: cette créance subsiste au contraire nécessairement; à défaut, le droit de gage, droit accessoire, s'éteindrait<sup>183</sup>.

bb) Pour le surplus, le créancier qui a reçu la cédule hypothécaire en nantissement a les droits et les obligations d'un créancier gagiste mobilier. En particulier, s'il n'est pas désintéressé à l'échéance, il peut faire procéder à la réalisation de la cédule nantie<sup>184</sup>. Le créancier devra donc intenter une poursuite en réalisation de gage mobilier<sup>185</sup>, à moins que le contrat (ou une convention subséquente) ne l'autorise à procéder à la réalisation privée<sup>186</sup>. En revanche, n'étant pas créancier hypothécaire, le créancier nanti ne peut pas exercer une poursuite en

<sup>179</sup> Art. 904 al. 1 CC. ZOBL, N° 53 et 55 *ad* art. 904; MOSER, p. 155; STAEHELIN, p. 1267; ZOBL, *Probleme*, p. 218; etc. Voir aussi l'ATF 104 III 35/35 = JdT 1980 II 2/13, qui précise qu'il s'agit là des « intérêts non échus lors de la réalisation ».

<sup>180</sup> ATF 104 III 35/35 s. = JdT 1980 II 2/13; ZOBL, N° 53 et 56 s. *ad* art. 904; MOSER, p. 160 s.; BRÜCKNER, p. 245 (note 66); STAEHELIN, p. 1267; ZOBL, *Probleme*, p. 219 ss; etc. Le cas échéant, le créancier nanti d'une cédule hypothécaire du propriétaire peut également se prévaloir de l'art. 806 CC en cas de faillite du propriétaire de l'immeuble (ou dans la poursuite en réalisation de gage immobilier qu'il aurait intentée); cf. à cet égard: ZOBL, N° 60 et 64 *ad* art. 904; MOSER, pp. 156 et 163; ZOBL, *Probleme*, p. 223 ss; etc.

<sup>181</sup> Art. 899 al. 2 et 891 al. 2 CC. MOSER, p. 154.

<sup>182</sup> Cf. STEINAUER, N° 3161b; STAEHELIN, p. 1257; FOËX, *Sûretés bancaires*, p. 155 (note 135); FAVRE / LINIGER, p. 102. Voir cependant l'ATF 119 III 105/107, dans lequel le Tribunal fédéral semble considérer que l'engagement d'une cédule hypothécaire éteint par novation la créance de base; voir à cet égard BARBEY, p. 11 s.

<sup>183</sup> Cf. FOËX, *Sûretés bancaires*, p. 155 (note 135).

<sup>184</sup> Cf. art. 899 al. 2 et 891 al. 1 CC.

<sup>185</sup> Art. 151 ss LP. ZOBL, N° 132 *ad* art. 901; DE GOTTRAU, p. 210; MOSER, p. 148; FAVRE / LINIGER, pp. 102 et 105 s.; STAEHELIN, p. 1260; ZOBL, *Probleme*, p. 211; etc.

<sup>186</sup> ZOBL, N° 132 *ad* art. 901; MOSER, p. 148 s.; STAEHELIN, p. 1261; ZOBL, *Probleme*, p. 211 s.; etc. Voir aussi l'art. 324 al. 1 LP

réalisation de gage immobilier<sup>187</sup>; il en va autrement si, en dérogation à l'article 906 al. 1 CC, le contrat de gage l'autorise à exercer les droits constatés par le titre<sup>188</sup>.

Il convient cependant de rappeler que si un immeuble grevé par une cédula hypothécaire du propriétaire nanti est saisi ou est réalisé (suite à une poursuite en réalisation de gage immobilier) ou encore si le débiteur de la dette constatée par le titre est en faillite, la cédula du propriétaire remise en nantissement ne peut pas faire l'objet d'une réalisation (forcée ou privée) séparée: la cédula sera portée à l'état des charges de l'immeuble pour le montant incorporé (ou pour la somme garantie par le nantissement si celle-ci est inférieure)<sup>189</sup>.

cc) On le constate, sous réserve des exceptions qui viennent d'être rappelées, le créancier nanti qui n'est pas désintéressé doit suivre la voie de la poursuite en réalisation de gage mobilier. Le nouvel article 156 al. 2 LP est donc applicable si le titre nanti est une cédula du propriétaire (ce qui sera généralement le cas<sup>190</sup>). Or, cette disposition prévoit qu'à l'issue de la réalisation, les titres du propriétaire remis en nantissement par le propriétaire sont « ramenés au montant du produit de la réalisation en cas de réalisation séparée »; en d'autres termes, à l'issue de la poursuite en réalisation de gage, la valeur nominale de la cédula est réduite au montant du produit de réalisation.

L'article 156 al. 2 LP est destiné à remédier au résultat inéquitable auquel pouvait conduire l'acquisition de la cédula par le créancier nanti lors de la réalisation de gage mobilier<sup>191</sup>. Simultanément, cette disposition a pour effet indirect de contribuer à la perte de faveur du nantissement des cédulas hypothécaires (du propriétaire).

<sup>187</sup> Cf. FAVRE / LINIGER, p. 105 (qui citent la jurisprudence non publiée de la Cour de Justice de Genève); ZOBL, *Probleme*, p. 213; OFTINGER / BÄR, N° 52 *ad art.* 906. Voir encore l'ATF 64 II 415/417 s., JdT 1939 I 199/200 s. *Contra*: ZOBL (N° 134 et 154 *ad art.* 901 et N° 76 *ad art.* 906), pour qui l'engagement d'une cédula hypothécaire au porteur ou nominative conforme à l'art. 901 CC confère au créancier le droit de procéder à la réalisation de l'immeuble grevé par la cédula hypothécaire; du même avis, si la cédula hypothécaire est nominative: MOSER, p.151 s. (voir encore, s'il ne s'agit pas d'une cédula du propriétaire: STAEHELIN, p. 1260).

<sup>188</sup> Cf. FAVRE / LINIGER, p. 105 (qui précisent que, selon la jurisprudence de la Cour de Justice de Genève, une telle clause du contrat de gage ne peut pas être opposée au tiers débiteur de la créance garantie par gage immobilier, à moins que celui-ci n'ait donné son accord); OFTINGER / BÄR, N° 52 *ad art.* 906; DE GOTTRAU, p. 210; ZOBL, *Probleme*, p. 213; LAREIDA, p. 63. Voir encore BÄR, p. 113, qui qualifie ces clauses d'« *Exzentrizität* » (p. 111, note 16); voir également: STAEHELIN, p. 1261.

<sup>189</sup> Cf. les art. 35 al. 2, 102 et 126 ORFI ainsi que l'art. 76 OAOF. Voir à cet égard: ATF 115 II 149/153 s. (où le Tribunal fédéral rappelle que le créancier gagiste mobilier ne devient pas pour autant créancier hypothécaire); ZOBL, N° 155 *ad art.* 901; STEINAUER, N° 3161e; MOSER, pp. 149 s. et 152 s.; BRÖNNIMANN, p. 142 s.; ZOBL, *Probleme*, p. 214. Voir encore: ZOBL, *Die Rechtsstellung*, p. 139 s.; HUBER, p. 322 ss.

<sup>190</sup> Cf. ZOBL, *Syst. T.*, N° 531; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 291; ZOBL, *Probleme*, p. 199; etc. Voir aussi: MOSER, p. 3.

<sup>191</sup> En effet, ce créancier n'a pas *ex lege* l'obligation d'imputer le produit de la réalisation subséquente de l'immeuble grevé (par la cédula hypothécaire) sur le solde de sa créance non couvert à l'issue de la poursuite en réalisation de gage mobilier. Cf. ATF 115 II 149. Sur cet arrêt, voir par exemple: STEINAUER, N° 3161d; PIOTET, p. 130 ss; PFÄFFLI, p. 687 ss; etc.

En effet, les tiers n'auront en règle générale guère de raisons d'acquérir la cédula hypothécaire du propriétaire lors de la réalisation forcée, puisque la créance ainsi acquise sera égale au produit de réalisation et qu'ils ne pourront en principe en obtenir le paiement que moyennant la réalisation forcée de l'immeuble<sup>192</sup>. En conséquence, le créancier nanti n'aura souvent d'autre choix (s'il veut éviter de devenir simple créancier chirographaire<sup>193</sup>) que de se porter lui-même acquéreur du titre, pour le montant de la créance garantie par le nantissement<sup>194</sup>; la réalisation de la cédula emporte alors l'extinction de la créance garantie par le gage mobilier, mais le créancier (désormais hypothécaire) ne rentrera dans ses fonds qu'en faisant valoir la créance de même montant incorporée dans le titre, ce qui supposera en général qu'il suive la procédure en réalisation de gage immobilier.

On le constate, ainsi que le relève le Professeur Paul-Henri Steinauer<sup>195</sup>, l'article 156 al. 2 LP a pour effet pratique que le droit du créancier gagiste mobilier de se payer sur le produit de la réalisation de la cédula hypothécaire se convertit dans le droit de procéder à la réalisation forcée de l'immeuble. Autrement dit, la réalisation du gage mobilier constitue un détour menant en définitive à la réalisation forcée de l'immeuble<sup>196</sup>. Dans ces conditions, l'on comprend que certains auteurs estiment que le nantissement des cédulas du propriétaire constitue une pratique appelée à disparaître<sup>197</sup>.

Il est vrai que l'article 156 al. 2 LP n'est applicable qu'à la poursuite en réalisation de gage mobilier et qu'il n'est donc pas applicable à la réalisation privée du gage<sup>198</sup>. Cependant, le Tribunal fédéral a rappelé que le droit contractuel de procéder à la réalisation privée doit être exercé de bonne foi par le créancier gagiste; en particulier, ce dernier répond du dommage qu'il cause si, fautivement, il n'observe pas la diligence requise par les circonstances<sup>199</sup>. Il en résulte que la valeur nominale de la cédula doit en principe être atteinte en cas de réalisation privée<sup>200</sup>. Et comme il n'existe pas de marché des cédulas hypothécaires<sup>201</sup>, le créancier nanti devra généralement se porter lui-même acquéreur de la cédula reçue en gage. En d'autres termes, même s'il procède à la réalisation privée de la cédula hypothécaire (qu'il s'agisse ou

<sup>192</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 292 (note 5); BRÜCKNER, p. 246 (note 68); BÄR, p. 124; BRÖNNIMANN, p. 140; JENT-SÖRENSEN, p. 80.

<sup>193</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 292 (note 5).

<sup>194</sup> Cf. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 292 (et la note 5); BRÜCKNER, p. 246 (note 68).

<sup>195</sup> STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 292 (note 5).

<sup>196</sup> BÄR, p. 124.

<sup>197</sup> Cf. BRÜCKNER, p. 246; BÄR, p. 126.

<sup>198</sup> Cf. ZOBL, N° 160 *ad art.* 901; STEINAUER, *A propos de la constitution des cédulas hypothécaires*, p. 292 (note 5); BRÖNNIMANN, p. 141.

<sup>199</sup> ATF 118 II 112/114, SJ 1992 p. 461/462. Cf. ZOBL, N° 52 *ad art.* 891; STEINAUER, N° 3122b; FOËX, p. 272; etc.

<sup>200</sup> ZOBL, N° 160 *ad art.* 901.

<sup>201</sup> Cf. *supra*, p. 2 et la note 12.

non d'une cédule du propriétaire), le créancier devra en définitive attendre la réalisation forcée de l'immeuble pour obtenir le paiement de son dû.

Enfin, l'on peut rappeler que le créancier nanti n'est pas confronté à ces problèmes s'il est habilité par convention à exercer les droits constatés par le titre reçu en gage<sup>202</sup> : en effet, l'article 156 al. 2 LP est alors inapplicable<sup>203</sup> et la question de la diligence à observer lors de la vente du gage ne se pose pas puisque le créancier procédera directement à la réalisation forcée de l'immeuble grevé. Mais à nouveau, force est de constater que ce n'est pas la cédule elle-même, mais bien l'immeuble qui permet au créancier d'être désintéressé.

En dernière analyse, en l'absence d'un marché des cédules hypothécaires, la mise en nantissement des cédules hypothécaires paraît une pratique peu naturelle, voire artificielle : pourquoi donc grever le titre, alors qu'en définitive la garantie effective réside dans l'immeuble ?

## B. L'usufruit d'une cédule hypothécaire

Pour mémoire, l'on rappellera que le titulaire d'une cédule hypothécaire peut la remettre en usufruit<sup>204</sup>. Les règles générales sont applicables à la constitution de cet usufruit ; s'agissant d'une création par acte juridique, il faut donc, outre un contrat constitutif d'usufruit valable, un acte de disposition<sup>205</sup>, le transfert de la possession ainsi qu'un endossement si la cédule est nominative<sup>206</sup>.

Selon certains auteurs, la constitution d'un usufruit sur une cédule hypothécaire du propriétaire aurait pour effet de faire naître les droits incorporés dans le titre<sup>207</sup>, selon un mécanisme qui reste à démontrer. Pour le surplus, les articles 773 à 775 CC sont applicables<sup>208</sup>.

La constitution d'un usufruit sur une cédule hypothécaire par acte juridique entre vifs est rare en pratique. Depuis la modification de l'Ordonnance sur le registre foncier du 23 novembre 1994, entrée en vigueur le 1er janvier 1995, l'article 66 al. 2 ORF ne mentionne d'ailleurs plus

---

<sup>202</sup> Cf. *supra*, p. 22.

<sup>203</sup> Cf. ZOBL, N° 159 *ad art.* 901.

<sup>204</sup> LEEMANN, N° 25 *ad art.* 774 ; WIELAND, N° 12a *ad art.* 774 ; STEINAUER, N° 2422, 2490 et 2992 ; ZOBL, *Probleme*, p. 199 ; etc.

<sup>205</sup> Il s'agit d'un acte juridique bilatéral, par lequel le disposant manifeste sa volonté de créer la servitude et le bénéficiaire manifeste sa volonté de l'acquiescer.

<sup>206</sup> Cf. par exemple : WIELAND, N° 12a *ad art.* 774. Voir aussi STEINAUER, N° 2417 ss.

<sup>207</sup> PIOTET, p. 133 ; voir aussi : ZOBL, *Probleme*, p. 196 s.

<sup>208</sup> Cf. STEINAUER, N° 2492.

l'usufruitier d'une cédula hypothécaire parmi les personnes susceptibles d'être inscrites dans le registre des créanciers<sup>209</sup>.

### III. LES ACTES DE DISPOSITION EMPORTANT MODIFICATION D'UNE CÉDULA HYPOTHÉCAIRE

Il arrive qu'en fonction des circonstances, les parties souhaitent s'écarter de la teneur d'une cédula hypothécaire. Deux voies leur sont alors en principe ouvertes.

a) En premier lieu, il leur est loisible de convenir de clauses particulières sans modifier le titre et l'inscription au registre foncier. Selon le Tribunal fédéral, la validité de ces stipulations n'est pas soumise au respect de la forme authentique, sauf si elles ont trait aux points objectivement essentiels du contrat de gage<sup>210</sup>. De telles conventions n'affectent pas les droits constatés par le titre, mais les conditions de leur exercice (modalités du remboursement de la créance garantie, dénonciation de celle-ci, etc.); elles ne produisent d'effets qu'*inter partes* et ne sont pas opposables aux tiers<sup>211</sup>. En d'autres termes, ces clauses n'emportent pas à proprement parler de modification de la cédula hypothécaire<sup>212</sup>, si bien que nous pouvons les laisser de côté.

b) En second lieu, les parties peuvent convenir de modifier la cédula hypothécaire elle-même. Il s'agit alors d'affecter le contenu ou l'étendue des droits constatés par le titre. Cette opération suppose donc un acte de disposition<sup>213</sup>, lequel doit reposer sur une cause valable. Un acte authentique est donc en principe nécessaire<sup>214</sup>. Toutefois, l'on considère généralement que la forme notariée n'a pas besoin d'être observée lorsqu'il s'agit d'augmenter le taux d'intérêts de la créance garantie<sup>215</sup> ou d'alléger la charge résultant de la cédula hypothécaire<sup>216</sup>; ainsi et par exemple, l'allègement de la dette ou la diminution du taux d'intérêt inscrit au registre foncier pourraient s'effectuer sur simple déclaration écrite du créancier gagiste<sup>217</sup>. Il convient d'ajouter, à notre sens, que la forme authentique n'est pas non

<sup>209</sup> Cf. RO 1995 I 14 ss, p. 22.

<sup>210</sup> Cf. encore récemment: ATF 123 III 97, SJ 1997 p. 526. Voir aussi: *Cour de Justice* GE, 2.7.92, in JdT 1995 II 126/127.

<sup>211</sup> Voir cependant l'ATF 123 III 97/99, qui semble considérer que seuls les tiers de bonne foi sont protégés.

<sup>212</sup> A cet égard, l'on peut regretter que les termes « *modification de la cédula hypothécaire* » (« *Änderung des Schuldbriefs* », « *modifica di una cartella ipotecaria* ») aient été utilisés dans le « chapeau » de l'ATF 123 III 97.

<sup>213</sup> Cf. *supra*, p. 1.

<sup>214</sup> Cf. STEINAUER, N° 2978 et N° 2698; SIMONIUS / SUTTER, p. 255; SCHMID, N° 1531; RIEMER, p. 88.

<sup>215</sup> Voir STEINAUER, N° 2698b; SIMONIUS / SUTTER, p. 193; LEEMANN, N° 61 et 73 ad art. 799.

<sup>216</sup> STEINAUER, N° 2978 et N° 2698; SIMONIUS / SUTTER, p. 193; SCHMID, N° 1531; RIEMER, p. 88.

<sup>217</sup> STEINAUER, N° 2980 et N° 2698a.

plus nécessaire pour modifier une cédula hypothécaire en mains du propriétaire de l'immeuble grevé<sup>218</sup> : un acte unilatéral émanant du propriétaire doit alors être suffisant<sup>219</sup>.

La convention en la forme authentique ou la déclaration écrite (du créancier gagiste allégeant la charge ou du titulaire d'une cédula du propriétaire) ne suffit pas à modifier la cédula hypothécaire. Il faut encore changer en conséquence l'inscription au registre foncier et la teneur du titre<sup>220</sup>. Un acte de disposition, à savoir la réquisition au registre foncier, est donc nécessaire. Cette réquisition émanera du propriétaire du fonds grevé s'il s'agit d'aggraver la charge<sup>221</sup> (ou de modifier une cédula du propriétaire) et du créancier gagiste s'il s'agit de l'alléger<sup>222</sup>. En outre, le conservateur du registre foncier ne modifiera l'inscription que s'il peut modifier simultanément le titre<sup>223</sup>, ce qui suppose que celui-ci lui soit présenté<sup>224</sup>. Enfin, le consentement de tiers (par exemple, les créanciers de rang postérieur, si l'augmentation de la charge dépasse le montant de la case hypothécaire occupée par la cédula hypothécaire en cause<sup>225</sup>) devra le cas échéant être recueilli<sup>226</sup>.

c) Selon la doctrine et la jurisprudence, ces principes sont également applicables en cas de division d'une cédula hypothécaire (en plusieurs cédules de même rang et d'un montant total identique), voire lors de la réunion de plusieurs cédules (en une cédula de même montant et de même rang): moyennant une convention passée en la forme authentique<sup>227</sup>, l'inscription au registre foncier serait modifiée sans qu'intervienne une radiation au sens technique<sup>228</sup>. En effet, ces opérations n'entraîneraient pas l'extinction des rapports de droit constatés par le titre; en particulier, l'identité même de la créance garantie ne serait pas affectée<sup>229</sup>. Les

<sup>218</sup> Du même avis, semble-t-il: STEINAUER, N° 2978; SIMONIUS / SUTTER, p. 255.

<sup>219</sup> Cf. art. 20 al. 1 ORF.

<sup>220</sup> C'est le lieu de rappeler que le changement de créancier ou de débiteur s'opèrent en principe en-dehors du registre foncier. Cf. art. 66 al. 1 ORF; ATF 112 III 26/29, JdT 1988 II 130/133; ATF 99 Ib 430/434 s., JdT 1975 II 91/95.

<sup>221</sup> Cf. art. 963 et 965 CC; HOMBERGER, N° 4 ad art. 964; STEINAUER, N° 2979; voir aussi SIMONIUS / SUTTER, p. 255.

<sup>222</sup> Cf. art. 964 al. 1 CC; HOMBERGER, N° 4 ad art. 964; SIMONIUS / SUTTER, p. 255; l'art. 874 al. 1 CC confère au débiteur le droit d'exiger du créancier que l'inscription au registre foncier soit modifiée en conséquence; cf. LEEMANN, N° 2 ad art. 874. Voir cependant l'art. 67 al. 1 ORF, qui semble indiquer que la réquisition doit émaner du débiteur.

<sup>223</sup> Cf. art. 874 al. 2 CC et 68 al. 1 ORF. *Justizdirektion* BE, 2.8.94, in RNRf 1996 p. 174 ss; STEINAUER, N° 2978 et N° 2980; SCHMID, N° 1832; SIMONIUS / SUTTER, p. 255.

<sup>224</sup> Sur la possibilité ouverte au débiteur de saisir le juge si le créancier refuse de remettre la cédula au conservateur du registre foncier, voir: STEINAUER, N° 2980; LEEMANN, N° 3 ad art. 874.

<sup>225</sup> Cf. par exemple PETER, p. 403.

<sup>226</sup> Cf. art. 964 al. 1 CC. Il peut également s'agir du titulaire d'un nantissement ou d'un usufruit sur la cédula hypothécaire; cf., en cas de radiation du droit de gage: DESCHENAUX, p. 255.

<sup>227</sup> *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRf 1954 p. 307/308; WOLF, p. 249; LEEMANN, N° 31 ad art. 869; voir également FLÜCKIGER (p. 321), qui s'appuie sur de la jurisprudence cantonale.

<sup>228</sup> *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRf 1954 p. 307/308; WOLF, p. 249; voir également FLÜCKIGER, p. 322 ss.

<sup>229</sup> Cf. ATF 66 II 151/157, JdT 1941 I 98/103.

cédules résultant de la division occuperaient donc le même rang et prendraient la date de la cédule d'origine<sup>230</sup>; l'inverse serait en principe également vrai en cas de réunion de cédules<sup>231</sup>. En conséquence, la division et la réunion de cédules (sans augmentation du montant de la garantie et sans amélioration du rang) ne nécessiteraient pas le consentement des titulaires de droits réels limités de rang postérieur<sup>232</sup> et ne permettraient pas au bénéficiaire d'un droit de profiter des cases libres d'exercer cette faculté<sup>233</sup>.

A vrai dire, l'on peut concevoir quelques doutes sur le bien-fondé de cette manière de voir. En effet et en premier lieu, s'il est vrai qu'«*un rapport de droit peut être modifié sans être supprimé pour autant*»<sup>234</sup>, cela ne signifie pas que cette affirmation vaut pour la division (ou la réunion) de créances et des droits réels qui les garantissent. Les développements de A. von Tuhr<sup>235</sup> cités par la jurisprudence et la doctrine<sup>236</sup> ne fournissent aucun élément en ce sens, puisqu'ils visent d'autres modifications d'une créance (augmentation ou diminution de la prestation due, etc.). La démonstration que la division et la réunion de cédules constituent une simple modification du titre et des droits constatés reste donc à apporter.

Ensuite, il conviendrait également d'expliquer pourquoi la division et la réunion n'impliquent pas l'extinction (par radiation) du droit de gage à diviser ou des cédules à réunir, malgré l'article 801 al. 1 CC, qui prévoit que «*le gage immobilier s'éteint par la radiation de l'inscription*»<sup>237</sup>. En effet, notre Code civil ne connaît pas le «*biffage*» d'une inscription: l'on ne peut donc soutenir qu'en cas de division ou de réunion de cédules, l'inscription originelle n'est pas radiée, mais simplement biffée<sup>238</sup>. On ne saurait non plus considérer que l'inscription n'est pas radiée, mais rectifiée au sens de l'article 977 al. 2 CC<sup>239</sup>: en effet, ainsi que son texte l'indique, cette disposition s'applique aux inscriptions inexactes, condition qui n'est pas réalisée *in casu*<sup>240</sup>. Enfin, le fait que le droit allemand prévoie qu'en cas de division

<sup>230</sup> Cf. *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/308; WOLF, p. 249; WIELAND, N° 5 ad art. 869.

<sup>231</sup> Cf. ATF 66 II 151/157, JdT 1941 I 98/103; FLÜCKIGER, p. 325 ss; HOMBERGER, N° 31 ad art. 965 (qui semble considérer qu'un acte authentique n'est pas nécessaire).

<sup>232</sup> *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/308; WOLF, p. 250 (qui semble considérer qu'en cas de division de la cédule, il est possible en certaines circonstances de se passer du consentement du créancier); LEEMANN, N° 16 ad art. 842 et N° 31 ad art. 869.

<sup>233</sup> *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/308; WOLF, p. 250.

<sup>234</sup> ATF 66 II 151/155 s., JdT 1941 I 98/102.

<sup>235</sup> VON TUHR / ESCHER, p. 180.

<sup>236</sup> Cf. ATF 66 II 151/156, JdT 1941 I 98/102; FLÜCKIGER, p. 324. Voir aussi: WOLF, p. 249 (note 50).

<sup>237</sup> A noter cependant que, selon l'ATF 66 II 151/155, JdT 1941 I 98/101, l'art. 801 al. 1 CC vise «*la radiation faite en vue de la suppression du titre et non pas la radiation d'une inscription destinée à être remplacée par une nouvelle inscription concernant la même créance*».

<sup>238</sup> Voir cependant: *Office fédéral du registre foncier* (6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/308) et FLÜCKIGER (p. 322), qui distinguent entre «*Streichung*» et «*Löschung*». Cela étant, l'on peut noter que l'art. 100 al. 1 ORF semble assimiler le «*biffage*» à une rectification.

<sup>239</sup> *Contra*: ATF 66 II 151/155, JdT 1941 I 98/101.

<sup>240</sup> En outre, les autres conditions d'application de l'art. 977 al. 2 CC ne seront pas non plus réunies; cf. à cet égard l'art. 98 ORF ainsi que STEINAUER, *Tome I*, N° 966 ss; ATF 123 III 346/349 ss; etc.

d'une *Briefhypothek*, les titres issus de la division prennent la place du gage d'origine<sup>241</sup> ne paraît guère déterminant<sup>242</sup>: on peut au contraire en déduire qu'il faut une base légale expresse pour que la division produise un tel effet<sup>243</sup>.

On le constate, l'assimilation de la division (ou de la réunion) de cédules à une simple modification repose sur des bases qui ne sont guère solides. Il s'agit cependant là d'un usage semble-t-il répandu<sup>244</sup>, qui correspond à un besoin non négligeable de la pratique. Il faut donc vraisemblablement s'en accommoder. Cela étant, il nous semble que l'acte authentique devrait refléter sans équivoque l'intention des parties d'opérer une simple modification de la cédule à diviser (ou des cédules destinées à être réunies). En particulier, les termes laissant entendre que l'opération envisagée conduit à l'extinction des rapports de droit préexistants devraient être évités; ainsi, l'on peut par exemple se demander s'il est heureux de recourir à la locution « *novation de cédule hypothécaire* » que l'on rencontre à Genève<sup>245</sup>, qu'il s'agisse d'une division, d'une réunion ou de toute autre modification de cédule dont les parties entendent précisément, qu'elle n'entraîne pas l'extinction du gage à modifier.

#### **IV. L'ACTE DE DISPOSITION ENTRAÎNANT L'EXTINCTION D'UNE CÉDULE HYPOTHECAIRE**

Pour mémoire, l'on rappellera que l'ayant droit peut également disposer de la cédule hypothécaire en provoquant l'extinction de celle-ci. De tels cas sont rares. En effet, le créancier gagiste ne renonce généralement pas à ses droits<sup>246</sup>; et, même dans cette hypothèse, il doit en principe remettre la cédule au débiteur<sup>247</sup>, puisque l'article 863 al. 1 CC prévoit que « *si le créancier renonce à son gage, le débiteur peut à son choix, faire radier l'inscription ou la laisser subsister* ». En outre, en vertu de l'article 873 CC, le créancier désintéressé (ou dont la créance s'éteint pour une autre cause que le paiement, telle que la compensation, la remise de dette, etc.<sup>248</sup>), doit remettre le titre non annulé au débiteur<sup>249</sup>.

<sup>241</sup> Cf. § 1152 BGB.

<sup>242</sup> Voir cependant: *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/308.

<sup>243</sup> En définitive, ainsi que l'observe le Prof. P.-H. Steinauer, « *la modification d'une inscription n'est pas, à vrai dire, une opération distincte. Ou bien, elle consiste en une limitation d'un droit et elle a alors le caractère d'une radiation (partielle), extinctive ou rectificative (voir l'art. 964 al. 1 [...]). Ou bien, elle vise à étendre la portée d'un droit inscrit et il s'agit en réalité de la constitution d'un droit, régie par les règles relatives aux inscriptions (constitutives ou déclaratives)* » (STEINAUER, *Tome I*, N° 757).

<sup>244</sup> Cf. en 1954 déjà: *Office fédéral du registre foncier*, 6.5.52, in RNRF 1954 p. 307/307 s.

<sup>245</sup> Cf. par exemple l'art. 3 lit. d du Règlement genevois fixant le tarif des émoluments du registre foncier, du 7 septembre 1988 (E 1 50.07); voir également l'Arrêt du Tribunal administratif genevois résumé in MONTANI / BINDSCHEDLER / MARTIN, p. 447.

<sup>246</sup> Voir cependant, pour un cas de renonciation à une hypothèque: TF, 22.2.95, in SJ 1995 p. 665 ss (et les remarques critiques de SANDOZ / PIOTET, p. 48 ss).

<sup>247</sup> LEEMANN, N° 4 *ad* art. 863; STEINAUER, N° 2972a.

<sup>248</sup> Cf. STEINAUER, N° 2971a; LEEMANN, N° 3 *ad* art. 873.

Ainsi donc, c'est définitive en général au débiteur qu'il appartiendra de décider si l'inscription de la cédula hypothécaire doit être maintenue<sup>250</sup>. Or, le débiteur peut réutiliser le titre rentré en sa possession<sup>251</sup> et n'a donc guère de raison d'éteindre le droit de gage. S'il décide néanmoins de dégrever son immeuble, le débiteur devra requérir la radiation du droit de gage<sup>252</sup>; il lui incombera de remettre simultanément le titre au registre foncier, aux fins de cancellation<sup>253</sup>. La radiation ne sera faite que si les tiers protégés par l'article 964 al. 1 CC donnent leur consentement<sup>254</sup>.

A noter enfin que le créancier gagiste et le débiteur peuvent convenir d'éteindre le gage<sup>255</sup>. C'est alors le créancier gagiste qui a qualité pour en requérir la radiation<sup>256</sup>; à nouveau, le consentement des tiers intéressés devra être recueilli<sup>257</sup>.

## CONCLUSION

En bonne théorie, la cédula hypothécaire est un gage particulièrement avantageux, tant pour le débiteur que pour le créancier. Elle incorpore une reconnaissance de dette abstraite<sup>258</sup>; elle assure donc une grande clarté des relations juridiques. Elle ne peut contenir ni condition, ni contre-prestation<sup>259</sup> et est incorporée dans un papier-valeur; elle est donc facilement transmissible. Elle greève un immeuble; la garantie qu'elle procure est donc en principe particulièrement sûre. Enfin, le débiteur peut réutiliser la cédula après avoir désintéressé le créancier; elle permet donc d'éviter les inconvénients inhérents à la constitution d'un gage de remplacement ou au remploi de l'hypothèque.

<sup>249</sup> A noter que si la dette est payée par un propriétaire grevé qui n'est pas le débiteur, c'est lui (et non le tiers débiteur) qui peut exiger la remise du titre; cf. STEINAUER, N° 2971; LEEMANN, N° 10 *ad* art. 873.

<sup>250</sup> Si le créancier requiert néanmoins la radiation du gage en se fondant sur sa renonciation unilatérale au droit de gage, le consentement du débiteur (ainsi que, le cas échéant, celui du tiers propriétaire de l'immeuble grevé ou d'autres tiers intéressés) devra être recueilli. Cf. art. 964 al. 1 CC; STEINAUER, N° 2707.

<sup>251</sup> Cf. art. 863 al. 2 CC.

<sup>252</sup> Cf. art. 863 al. 1 et 801 CC. STEINAUER, N° 2976 (qui ajoute [N° 2976a] que si le créancier gagiste a été désintéressé par le tiers propriétaire de l'immeuble grevé, c'est ce dernier qui a qualité pour requérir la radiation du droit de gage); voir aussi: DESCHENAUX, p. 255.

<sup>253</sup> Art. 864 CC et art. 64 ORF. STEINAUER, N° 2975; SCHMID, N° 1834; etc.

<sup>254</sup> Art. 964 al. 1 CC. STEINAUER, N° 2976a; DESCHENAUX, p. 255, qui précise que le consentement du titulaire d'un nantissement ou d'un usufruit est également nécessaire.

<sup>255</sup> La convention des parties n'est pas soumise au respect d'une forme particulière; cf. DESCHENAUX, p. 246; HOMBERGER, N° 6 *ad* art. 964.

<sup>256</sup> Art. 964 al. 1 CC. STEINAUER, N° 2706.

<sup>257</sup> STEINAUER, N° 2707.

<sup>258</sup> Cf. art. 855 al. 1 CC. STEINAUER, N° 2935.

<sup>259</sup> Art. 854 CC.

Force est de constater que ces caractéristiques ne sont pas nécessairement celles qui semblent séduire les parties aujourd'hui. En effet, en recourant au transfert de propriété aux fins de garantie ou au nantissement des cédulas hypothécaires, les parties créent une sûreté *mobilière*: c'est le papier-valeur qui sert de garantie<sup>260</sup>; de façon quelque peu paradoxale, l'immeuble grevé n'est visé qu'indirectement, malgré la valeur de garantie qu'il représente. A cela s'ajoute que la créance garantie par la fiducie-sûreté ou par le nantissement n'est pas la créance constatée par le titre: cette créance « abstraite » jouissant pourtant de la foi publique attachée au registre foncier et au titre<sup>261</sup>, ne joue en réalité qu'un rôle essentiellement formel, ne pouvant être invoquée que dans les limites de la créance de base<sup>262</sup>.

Nous n'ignorons pas qu'il s'agit simultanément là d'un avantage important, si ce n'est décisif, de ces deux formes de sûreté: contrairement au transfert en « pleine propriété », le transfert aux fins de garantie et la remise en nantissement permettent de garantir un cercle étendu de créances, dont le montant peut de surcroît varier<sup>263</sup>.

L'on peut cependant se demander si le prix de cette remarquable souplesse n'est pas trop important. En effet, il n'est pas certain que les parties (et, singulièrement, le débiteur ainsi que le propriétaire de l'immeuble grevé) saisissent jusque dans leurs dernières implications (notamment du droit des poursuites), les conséquences de la superposition de la créance garantie (ou des créances garanties) et de la créance constatée par le titre<sup>264</sup>. Est-il par exemple vraiment raisonnable d'attendre du fiduciaire qu'il comprenne que la clause du *pactum fiduciae* relative aux intérêts de la créance constatée par le titre permettra au fiduciaire de faire valoir « des intérêts qui n'existent que comptablement, mais qui n'en sont pas matériellement »<sup>265</sup>? Le fiduciaire réalise-t-il par ailleurs que la cédula hypothécaire qu'il remet en garantie au fiduciaire « se rapproche en fait de la figure juridique de l'hypothèque maximale dans le sens que les intérêts (de la cédula) hypothécaire(s) serviront dans le fond à l'augmentation du montant en capital garanti par le gage. On est amené, dans un tel cas, à parler d'une hypothèque en garantie d'un montant maximum sous l'habit d'une hypothèque en garantie d'un capital déterminé »<sup>266</sup>?

Dans le même ordre d'idées, l'on rappellera que l'*Appellationshof* du Canton de Berne a admis récemment l'invalidation pour erreur essentielle d'un contrat de gage mobilier ayant pour objet une cédula du propriétaire: le constituant a en effet fait valoir avec succès qu'il avait cru qu'en remettant la cédula en gage en garantie de la dette d'un tiers (à savoir, son

<sup>260</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 117.

<sup>261</sup> Cf. les art. 865 et 866 CC.

<sup>262</sup> WIEGAND, p. 95.

<sup>263</sup> Cf. VOLLENWEIDER, p. 119.

<sup>264</sup> Cf. BRÜCKNER, p. 246.

<sup>265</sup> ATF 115 II 349/360, JdT 1992 II 34/49.

<sup>266</sup> ATF 115 II 349/359, JdT 1992 II 34/48.

fil), il risquait tout au plus de perdre son immeuble (grevé de la cédule hypothécaire) et n'avait pas réalisé que sa responsabilité personnelle pouvait de plus être engagée (moyennant la réalisation de la cédule nantie)<sup>267</sup>.

Dans une certaine mesure, la complexité des problèmes juridiques posés par le nantissement ou le transfert aux fins de garantie des cédules hypothécaires résulte du fait que ce gage immobilier n'a pas été conçu pour être utilisé de la sorte<sup>268</sup>. Destinée à mobiliser la valeur du sol et à circuler<sup>269</sup>, la cédule est incorporée dans un papier-valeur faisant foi des énonciations qu'il contient; or, lorsque la cédule est remise en nantissement ou transférée aux fins de sûreté, ce papier-valeur dont la teneur « fait règle »<sup>270</sup> ne renseigne pas les parties sur leurs droits et obligations, puisque c'est en réalité le *pactum fiduciae* ou le *pactum de pignore dando* qui tiennent lieu de loi entre elles.

Et pourtant, l'indépendance (relative) de la cédule hypothécaire par rapport à la relation contractuelle de base est l'un de ses atouts majeurs: c'est précisément elle qui a conduit l'*Union internationale du notarial latin* à prendre la cédule hypothécaire suisse comme modèle pour son projet d'eurohypothèque<sup>271</sup>.

Dans ces conditions, il paraît plutôt réjouissant que certains établissements bancaires remettent en question les vertus du transfert de cédules hypothécaires aux fins de garantie, somme toute bien compliqué, et recourent (ou envisagent de recourir) à nouveau au transfert en « pleine propriété ». Ce retour aux sources pourrait également être l'occasion de redécouvrir l'hypothèque<sup>272</sup>, voire de procéder à un nouvel examen des avantages et inconvénients de la lettre de rente: un gage abstrait des relations de base (à tel point qu'il est exclusif de toute obligation personnelle du grevé<sup>273</sup>), mais incorporé dans un papier-valeur et grevant un immeuble ayant fait l'objet d'une estimation officielle permettant la fixation d'une charge maximale<sup>274</sup> ne constitue-t-il pas *a priori* une garantie particulièrement sûre<sup>275</sup>?

\* \* \*

<sup>267</sup> Cf. *Appellationshof* BE, 14.9.94, in RNRF 1996 p. 250 ss.

<sup>268</sup> Cf. WIEGAND, p. 86.

<sup>269</sup> Cf. par exemple: STEINAUER, N° 2632 ss; WIEGAND, p. 76; etc.

<sup>270</sup> Art. 866 CC.

<sup>271</sup> Cf. WEHRENS/GRESSER, pp. 5, 8, 10 et 16.

<sup>272</sup> Cf. THORENS, p. 378: « On peut [...] se demander si on n'emploie pas quelquefois, et même trop souvent, la cédule hypothécaire au porteur à la place de l'hypothèque »; voir également PIOTET, p. 136: « les banques, romandes en particulier devraient [...] recourir, notamment pour les crédits variables, comme les crédits de construction, beaucoup plus à l'hypothèque, qui a pratiquement disparu aujourd'hui au profit de la cédule hypothécaire alémanique ». Voir cependant, récemment encore: TRAUFFER, p. 28.

<sup>273</sup> Cf. art. 847 al. 3 CC.

<sup>274</sup> Cf. art. 848 al. 2 CC; cf. à Genève les art. 81 et 82 LACC. S'il s'agit d'un immeuble agricole, la valeur de rendement est déterminante (cf. art. 848 al. 1 CC et 10 LDFR).

<sup>275</sup> Cf. à cet égard E. HUBER (Erläuterungen, p. 201), qui se réfère à la lettre de rente « als sozusagen absolut sichere Anlage ».

**BIBLIOGRAPHIE**

- R. BÄR, *Der indirekte Hypothekarkredit - Zur Sicherungsübereignung und Verpfändung von Schuldbriefen*, in *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte. Berner Bankrechtstag*, Berne 1996, p. 105 ss
- R. BARBEY, *Jurisprudence récente de droit bancaire privé*, in *Journée 1994 de droit bancaire et financier*, Berne 1994, p. 11 ss
- U. BERTSCHINGER, *Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG). Parallelen und Unterschiede zu Art. 401 OR*, in *PJA* 1995 p. 426 ss
- J. BRÖNNIMANN, *Zwangsvollstreckungsrechtliche Risiken bei Grundpfandrechten*, in *Theorie und Praxis der Grundpfandrechte. Berner Bankrechtstag*, Berne 1996, p. 133 ss
- C. BRÜCKNER, *Rechtsgeschäftliche Errichtung von Grundpfandrechten - Umfang des Formzwangs und zeitlicher Beginn der Pfandsicherheit*, in *RNRF* 1996 p. 216 ss
- B. DEILLON-SCHEGG, *Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren*, thèse, Zurich 1997
- H. DESCHENAUX, *Le registre foncier, Traité de droit privé suisse*, vol. V.II.2, Fribourg 1983
- P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2e éd., Berne 1997
- D. FAVRE / M. LINIGER, *Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée*, in *SJ* 1995 p. 101 ss
- B. FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle 1997
- B. FOËX, *Sûretés bancaires et droits réels*, in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, p. 121 ss (*Sûretés bancaires*)
- P. FLÜCKIGER, *Zusammenlegung und Trennung von Grundpfandrechten*, in *MBVR* 1950 p. 321 ss
- P. GAUCH / W.R. SCHLUEP / P. TERCIER, *Partie générale du droit des obligations*, Tome I, 2e éd., Zurich 1982

- P.-R. GILLIÉRON, *Les titres de gage créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l'exécution forcée selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, in *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990, p. 273 ss
- P.-R. GILLIÉRON, *Note ad ATF 119 II 326*, in *JdT* 1995 II 92 ss (*Note*)
- M. GIOVANOLI, *Tendances modernes du droit des sûretés bancaires et contrôle prudentiel des banques*, in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, p. 23 ss
- N. DE GOTTRAU, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire*, in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997, p. 173 ss
- J. HOFSTETTER, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, Bâle 1979, p. 1 ss
- A. HOMBERGER, *Besitz und Grundbuch, Zürcher Kommentar*, vol. IV.3, 2e éd., Zurich 1938
- E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Tome II, 2e éd., Berne 1914 (*Erläuterungen*)
- H. HUBER, *Die Ansprüche der Faustpfandgläubiger von Eigentümerschuldbriefen im Konkurs des Pfand Eigentümers*, in *RNRF* 1979 p. 329 ss
- N. IYNEDJIAN (éd.), *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne 1997
- I. JENT-SÖRENSEN, *Aktuelle Probleme der Faust- und Grundpfandverwertung. Anmerkungen zu BGE 119 III 105 = ZBGR 76 S. 104*, in *RNRF* 1995 p. 73 ss
- B. KLEINER / B. LUTZ, *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Zurich 1997
- E. LAREIDA, *Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht*, thèse, Zurich 1986
- H. LEEMANN, *Sachenrecht. II. Abteilung, Berner Kommentar*, vol. IV.2, Berne 1925
- A. MEIER-HAYOZ / H.C. VON DER CRONE, *Wertpapierrecht*, Berne 1985
- V. MONTANI / O. BINDSCHEDLER / R. MARTIN, *La jurisprudence rendue en 1996 par le Tribunal administratif et le Conseil d'Etat genevois*, in *SJ* 1997 p. 437 ss
- P. MOSER, *Die Verpfändung von Grundpfandtiteln*, thèse, Zurich 1989

- K. OFTINGER / R. BÄR, *Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar*, vol. IV.2.c, 3e éd., Zurich 1981
- H. PETER, *Le rang des droits réels et la réalisation des immeubles*, in RNRF 1997 p. 377 ss
- R. PFÄFFLI, *Verpfändung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen: Rechtsfolgen in der Zwangsverwertung. Überlegungen zu BGE 115 II 149*, in RJB 1991 p. 684 ss
- P. PIOTET, *Le nantissement d'une cédule hypothécaire du propriétaire (ATF 115 II 149 ss; JdT 1989 I 583)*, in JdT 1990 I 130 ss
- H.M. RIEMER, *Die beschränkten dinglichen Rechte. Grundriss des schweizerischen Sachenrecht*, vol. II, Berne 1986
- S. SANDOZ / D. PIOTET, *Abandon d'une hypothèque (Note sur l'arrêt SJ 1995 p. 665 ss)*, in SJ 1996 p. 48 ss
- J. SCHMID, *Sachenrecht*, Zurich 1997
- H.-R. SCHÜPBACH, *Gestation de la cédule hypothécaire et naissance du droit de gage*, in RNRF 1990 p. 129 ss
- P. SIMONIUS / T. SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht*, vol. II, Bâle 1990
- D. STAEHELIN, *Bedingte Verfügungen*, Zurich 1993 (*Bedingte Verfügungen*)
- D. STAEHELIN, *Betreibung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief*, in PJA 1994 p. 1255 ss
- P.-H. STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, in RNRF 1997 p. 289 ss (*A propos de la constitution des cédules hypothécaires*)
- P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, Tome I, 3e éd., Berne 1997 (*Tome I*)
- P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III, 2e éd., Berne 1996
- P. TERCIER, *Le droit des obligations*, Zurich 1996
- L. THÉVENOZ, *La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme*, in RDS 1995 II 253 ss
- J. THORENS, *Cédules hypothécaires. Naissance du droit réel immobilier et actes de disposition*, in RDS 1973 I 371 ss
- B. TRAUFFER, *Die Grundpfandverschreibung im Rechtsverkehr*, in RNRF 1998 p. 3 ss