

Université de Genève – Faculté de droit
Travail de rédaction juridique
Année académique 2019-2020

**Le gage mobilier grevant une cédule hypothécaire de registre
(art. 859 al. 1 CC)**

Travail effectué sous la surveillance du Professeur Bénédict FOËX
Dans le cadre du cours de droits réels

Matias Jaime CHRISTIE COTERA

Table des matières

<i>I.</i>	<i>Introduction</i>	<i>1</i>
<i>II.</i>	<i>Les droits de gage immobilier et mobilier.....</i>	<i>1</i>
<i>III.</i>	<i>La cédule hypothécaire de registre.....</i>	<i>2</i>
<i>IV.</i>	<i>Les particularités du gage mobilier grevant une cédule hypothécaire de registre</i>	<i>3</i>
<i>V.</i>	<i>La constitution d'un gage mobilier grevant une cédule hypothécaire de registre.....</i>	<i>5</i>
A.	Le titre d'acquisition	5
1.	Le contrat constitutif	5
2.	La disposition pour cause de mort.....	6
B.	L'opération devant le registre foncier	6
1.	La réquisition d'inscription	7
2.	L'examen par le registre foncier	7
C.	L'inscription au grand livre.....	8
<i>VI.</i>	<i>L'extinction du droit de gage mobilier grevant la cédule hypothécaire de registre....</i>	<i>8</i>
A.	L'extinction de la créance garantie.....	9
B.	La renonciation du créancier gagiste mobilier	9
C.	La radiation de la cédule hypothécaire de registre.....	9
D.	Le jugement extinctif	9
E.	L'exécution forcée	10
<i>VII.</i>	<i>Conclusion</i>	<i>10</i>
	<i>Bibliographie.....</i>	<i>11</i>

I. Introduction

La cédule hypothécaire fut pensée par son père, Eugen HUBER, comme un droit réel limité, plus précisément un gage immobilier, qui avait pour vocation de garantir des créances en mobilisant la valeur du sol dans une cédule¹. Avec ce double rôle, il voulut créer un marché des cédules hypothécaires, qui pouvaient être transférées, saisies, ainsi que faire l'objet elles-mêmes de droits réels limités². Cependant, bien qu'elle eût été le moyen le plus courant pour garantir des prêts immobiliers³, cette institution juridique s'avéra couteuse et inadaptée aux divers échanges dont elle fit l'objet⁴.

Suite à la réforme des droits réels, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, une nouvelle forme de droit de gage immobilier, la cédule hypothécaire de registre, a été introduite dans le CC. Cette « pièce maîtresse » du nouveau droit a pour caractéristique novatrice d'être dématérialisée, modernisant et rendant ainsi plus attrayants les échanges de celle-ci⁵.

Les cédules de registre (art. 857 CC), à l'instar des droits de gage mobilier, sont des droits de gage, destinées à garantir une créance⁶. Bien que dans l'avant-projet de la réforme de 2012, il fut envisagé d'interdire le nantissement d'une cédule hypothécaire, le législateur, dans son élan réformateur et sous les critiques des banques, a concrétisé à l'art. 859 al. 1 CC la possibilité de constituer un droit de gage mobilier sur une cédule hypothécaire de registre⁷.

Ce mécanisme ésotérique peut, après une première lecture, être compris comme un droit de gage mobilier qui grèverait un droit de gage immobilier. Cependant, cet emboîtement est plus complexe que nous pourrions le penser et a engendré plusieurs questions sans réponses qui ne font pas l'unanimité.

Afin de comprendre cette institution juridique, nous effleurons, dans un premier temps, la notion de droit de gage (*infra* II). Dans un second temps, nous compulsions les spécificités (*infra* III) et les conditions d'un engagement d'une cédule de registre (*infra* IV). Nous terminerons enfin par les motifs d'extinction des gages mobiliers grevant les cédules de registre (*infra* V).

II. Les droits de gage immobilier et mobilier

Avant de commencer notre analyse, il sied de rappeler succinctement par un survol la conception générale du droit de gage.

¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904, FF 1904 IV p. 1 ss, p. 74.

² FOËX, La cédule de registre p. 345 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 10.

³ HÜRLIMANN-KAUP / STEINAUER, p. 13.

⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007, FF 2007 p. 5015 ss, p. 5020 ; Foëx, La cédule décédulisée, p. 103 ; HÜRLIMANN-KAUP / STEINAUER, p. 13.

⁵ FF 2007 p. 5027 ; WEISS, Revision, p. 102.

⁶ FOËX, Sûretés bancaires, p. 122.

⁷ FF 2007 p. 5060.

Les droits de gages font parties du *numerus clausus* des droits réels limités⁸. Ceux-ci prévalent sur le droit de propriété et limitent les facultés de maîtrise sur la chose du propriétaire⁹. Ils procurent la maîtrise de l'objet du gage par sa réalisation à hauteur du montant garanti. A l'inverse, ce droit réel limité n'autorise pas le titulaire de jouir ou d'user de l'objet du gage¹⁰. De plus, il procure à son titulaire la faculté de faire réaliser l'objet grevé du gage et de se payer par préférence¹¹. Ce droit permet donc de créer une garantie pour le créancier gagiste.

Deux types de gage sont prévus par le droit suisse. D'une part, le droit de gage immobilier, qui ne porte que sur des immeubles immatriculés au registre foncier (art. 796 al. 1 CC), est lui-même composé de l'hypothèque et de la cédule hypothécaire (art. 793 CC). Cette dernière catégorie est elle-même sous-divisée en deux formes, la cédule hypothécaire sur papier et de registre (art. 843 CC). D'autre part, le gage mobilier est le droit réel limité par lequel son titulaire peut faire réaliser une chose mobilière (art. 884 ss et 713 CC) ou des créances et d'autres droits aliénables (art. 899 ss CC)¹².

III. La cédule hypothécaire de registre

La cédule de registre se distingue de sa sœur, la cédule sur papier, dans la mesure où elle « est elle-même conçue comme une cédule identique à la cédule papier, mais où la publicité du gage et de la créance abstraite sont fournies par la seule inscription au registre foncier, et non plus également par le papier-valeur »¹³. Les deux formes de cédule hypothécaire se valent et le choix de l'une sur l'autre est laissé au libre choix du constituant¹⁴.

La cédule de registre est, avec la cédule hypothécaire sur papier, « une créance personnelle garantie par un gage immobilier » (art. 842 al. 1 CC), dont le débiteur répond subsidiairement sur tous ses biens¹⁵. La cédule est donc tant composée d'une créance personnelle que d'un droit de gage immobilier, qui forment un tout consubstantiel. Ils partagent le même destin juridique, dès lors qu'en principe le gage est un accessoire de la créance cédulaire et garantit celle-ci¹⁶.

Cette créance, dite « cédulaire » ou « abstraite », est garantie par le gage immobilier¹⁷. La créance cédulaire est qualifiée d'abstraite, étant donné qu'elle ne peut renvoyer au rapport de base et ne doit pas contenir de condition ou de contre-prestation (art. 846 al. 1 CC)¹⁸. Celle-ci est, au demeurant, nouvelle, car elle se crée parallèlement à une possible créance « de base » ou « causale », qui existe entre le créancier cédulaire et le débiteur¹⁹.

La cédule peut être constituée en faveur d'un tiers ou par et pour le propriétaire lui-même de l'immeuble. Dans ce dernier cas, nous parlons alors de « cédule du propriétaire au sens

⁸ STEINAUER, Tome I, N 35 et 120 ; FOËX, Sûretés bancaires, p. 122.

⁹ STEINAUER, Tome I, N 148.

¹⁰ STEINAUER, Tome III, N 2620.

¹¹ ATF 125 III 252, consid. 2a, *in* JdT 1999 II 87 consid. 2a ; STEINAUER, Tome III, N 2619 et 2622.

¹² ATF 142 III 746, consid. 2.1 ; FOËX, Sûretés bancaires, p. 137 ; CR CC II-FoËX, CC 884 N 1.

¹³ PIOTET, La nouvelle cédule, p. 2.

¹⁴ STEINAUER, CC 843 N 10 ss ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 356.

¹⁵ FOËX, La cédule décédulisée, p. 101 s. ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions générales, p. 271.

¹⁶ ATF 144 III 29, consid. 4.2 ; STEINAUER, nouvelles dispositions, p.272 s. ; FOËX La, cédule décédulisée, p. 102.

¹⁷ FOËX, La cédule décédulisée, p. 102.

¹⁸ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 270 ; STEINAUER, CC 842 N 25.

¹⁹ ATF 144 III 29, consid. 4.2 ; ATF 136 III 288, consid. 3.1.

propre »²⁰. De même, bien que la loi ne le prévoit pas, nous pouvons aussi concevoir que le débiteur et le créancier cédulaire soient la même personne, sans que celle-ci soit le propriétaire de l'immeuble grevé²¹. Par ailleurs, la cédula hypothécaire de registre, contrairement à l'hypothèque, a l'avantage de pouvoir être réemployée dans le cadre d'une autre relation juridique, en procédant à une série d'inscriptions au registre foncier²².

La mécanique de garantie de la créance cédulaire par le droit de gage immobilier peut s'excogiter de plusieurs formes. Le choix entre celles-ci est, conformément à la liberté contractuelle, laissé aux parties²³. La manière la plus simple, aussi appelée « la garantie directe », prévoit que la créance cédulaire éteint la créance de base, laissant le créancier avec la seule cédula²⁴. L'ancien droit présumait l'utilisation de la cédula comme moyen de garantie directe. Aujourd'hui, l'art. 842 al. 2 CC pose la présomption que la cédula hypothécaire est utilisée comme garantie fiduciaire²⁵. Dans cette construction, le créancier a, en plus de la créance de base, la cédula à titre de sûreté²⁶. Dernièrement, la cédula peut faire l'objet d'un gage mobilier, qui vient assurer la créance de base et ne permet de mettre en œuvre le droit de gage immobilier qu'après la réalisation du droit de gage mobilier. Ce procédé est appelé la « garantie indirecte »²⁷. Nous développerons plus amplement cette dernière forme de garantie par la suite (*infra* IV et V).

IV. Les particularités du gage mobilier grevant une cédula hypothécaire de registre

L'art. 859 al. 1 CC énonce que « la constitution d'un droit de gage mobilier sur une cédula hypothécaire de registre a lieu par l'inscription au registre foncier du titulaire du droit sur la base d'une déclaration écrite du créancier inscrit ». Cette disposition est une *lex specialis* aux règles générales sur la mise en gage d'une créance (art. 899 ss CC), qui restent applicables dans la mesure où l'art. 859 al. 1 CC ne prévoit pas le contraire²⁸.

Le gage grevant une cédula de registre est un gage grevant une créance au sens de l'art. 899 ss CC. Bien que le terme nantissement soit généralement éculé pour désigner ce gage, il n'en est point, puisque son objet est la créance cédulaire²⁹. Néanmoins, les dispositions sur le nantissement s'appliquent *mutatis mutandis*, sauf dispositions contraires (art. 899 al. 2 CC)³⁰.

La mise en gage, prévue à l'art. 859 al. 1 CC, ne s'adresse qu'à la constitution d'un gage mobilier à titre dérivé sur la cédula³¹. Il convient de noter qu'il ne sera pas traité de la constitution d'un gage mobilier sur une cédula hypothécaire de registre à titre originaire, rendue possible soit par un jugement formateur (art. 665 al. 1 et 2 CC par analogie) soit par la protection

²⁰ ATF 115 II 149, consid. 2 ; STEINAUER, CC 842 N 33 ; BSK ZGB II-STAEHELIN, CC 857 N 11.

²¹ SANTSCHI KALLAY/PFÄFFLI, p. 525 ; STEINAUER, CC 842 N 38.

²² FF 2007 p. 5054 ; STEINAUER, CC 842 N 117 ; FOËX, La cédula décédulisée, p. 113 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 270 s.

²³ WEISS, Revision p. 108.

²⁴ ATF 119 III 105, consid. 2a ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 274.

²⁵ FOËX, La cédula décédulisée, p. 103 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 283.

²⁶ ATF 140 III 180, consid. 5.1.1 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 280.

²⁷ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 1 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 278.

²⁸ FF 2007 p. 5060 ; ATF 104 III 35, consid. 1 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 278 s.

²⁹ BSK-STAEHELIN, CC 859 N 3 ; STEINAUER, Les nouvelles règles p. 365 ; DÜRR/KAUFMANN, p. 69.

³⁰ FOËX, Sûretés bancaires, p. 127.

³¹ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 2.

de la bonne foi de l'acquéreur du gage (art. 973 CC)³². La garantie par le gage mobilier grevant une cédula de registre est un mécanisme juridique, qui est notamment apprécié dans le milieu bancaire, surtout dans le domaine du refinancement du commerce hypothécaire³³.

La garantie indirecte est conçue de telle manière que le titulaire de la créance de base n'acquière pas directement la créance cédulaire mais dispose d'un droit de gage mobilier sur cette dernière. La créance de base est de ce fait garantie indirectement par la créance cédulaire qui est elle-même garantie par le droit de gage immobilier³⁴. D'un point de vue économique, la créance est garantie par la valeur de l'immeuble³⁵. Cependant, ce dernier ne pourra être réalisé que si la cédula est réalisée dans un premier temps³⁶. C'est pourquoi, la garantie indirecte est principalement utilisée pour garantir une créance d'une valeur inférieure à la créance cédulaire³⁷. La mise en gage de la cédula peut aussi servir à garantir la dette d'un tiers³⁸.

La créance de base, qui est garantie indirectement par la cédula, doit respecter quelques caractéristiques. Elle peut être future, conditionnelle et aussi variable. Celle-ci peut être de nature contractuelle comme extracontractuelle³⁹. Le principe de spécialité ne s'appliquant pas rigoureusement à ce type de gage mobilier, la créance de base n'a pas besoin d'être strictement déterminée quantitativement ni qualitativement. Néanmoins, elle se doit être suffisamment déterminable au moment de la conclusion du contrat⁴⁰. Dans le respect de ce principe, le droit de gage pourrait garantir plusieurs créances de base⁴¹.

L'engagement d'une cédula hypothécaire peut se bâtir de diverses manières. D'abord, pour les cédulas du propriétaire au sens propre, le créancier gagiste mobilier est un tiers mais le débiteur du gage mobilier est le propriétaire de l'immeuble et le titulaire de la cédula⁴². Ensuite, un créancier gagiste mobilier pourrait profiter d'un gage sur la créance cédulaire d'un titulaire d'une cédula, qui ne serait pas le débiteur cédulaire⁴³. Nous pouvons, au surplus, construire un droit de gage mobilier dont le débiteur de ce gage ne serait pas le créancier cédulaire, notamment, par l'application par analogie de l'art. 887 CC⁴⁴. Par exemple, un créancier gagiste mobilier, tenant son gage du créancier cédulaire, constituerait un gage mobilier sur la cédula grevée, en faveur d'un tiers, avec le consentement du créancier cédulaire.

Par ailleurs, nous pouvons aussi imaginer que le titulaire de la cédula hypothécaire déjà grevée d'un gage mobilier puisse grever celle-ci d'un second gage mobilier, conformément à l'art. 903 CC. Cette construction juridique est possible dans la mesure où le gage subséquent est à un rang postérieur et que le créancier cédulaire ou le nouveau créancier gagiste avise le créancier du gage antérieur⁴⁵.

³² CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 2.

³³ FF 2007 p. 5060 ; SCHMID, p. 171 ; HÜRLIMANN-KAUP / STEINAUER, p. 13.

³⁴ STEINAUER, CC 842 N 114 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 2 s. ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 278.

³⁵ STEINAUER, CC 842 N 114.

³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.11/2005 du 27 mai 2005, consid. 3.1 ; PIOTET, La nouvelle cédula, p. 7 ; STEINAUER, CC 842 N 114.

³⁷ STEINAUER, CC 842 N 115 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 278.

³⁸ BSK ZGB II-BAUER/BAUER, CC 899 N 17 ; STEINAUER, CC 859 N 28.

³⁹ ATF 142 III 746, consid. 2.2.1 ; ATF 113 II 163, consid. 2c ; STEINAUER, CC 842 N 133.

⁴⁰ ATF 142 III 746, consid. 2.2.1 ; FOËX, Sûretés bancaires, p. 139.

⁴¹ STEINAUER, CC 842 N 134.

⁴² ATF 115 II 149, consid. 2 ; STEINAUER, CC 842 N 121 ss.

⁴³ STEINAUER, CC 842 N 120 s.

⁴⁴ STEINAUER, CC 842 N 128 ss.

⁴⁵ STEINAUER, CC 859 N 30 ; BSK-STAEHELIN CC 859 N 4 ; STEINAUER, Tome III, N 2986.

V. La constitution d'un gage mobilier grevant une cédula hypothécaire de registre

La constitution du gage mobilier sur la cédula de registre suit en principe les mêmes conditions que celles de son transfert⁴⁶. Trois conditions doivent être remplies. Il faut, premièrement, un titre d'acquisition (*infra* A), secondement, une réquisition d'inscription au registre foncier (*infra* B), et dernièrement, une inscription au registre foncier (*infra* C)⁴⁷.

A. Le titre d'acquisition

La mise en gage de la cédula de registre doit être prévue soit dans un contrat (*infra* 1) soit, extraordinairement, dans une disposition pour cause de mort (*infra* 2)⁴⁸.

1. Le contrat constitutif

Dans le premier cas, l'acte constitutif est « un acte générateur d'obligations par lequel le constituant s'oblige à requérir l'inscription au registre foncier d'un droit de gage mobilier sur la cédula »⁴⁹. Le constituant s'oblige donc envers le titulaire de la créance destinée à être garantie⁵⁰. Les règles sur le nantissement régissent en principe ce contrat (art. 899 al. 2 CC)⁵¹.

Le constituant doit être une personne physique ou morale, ayant la capacité civile active⁵². Diverses personnes peuvent endosser le rôle du constituant. Selon la lettre de l'art. 589 al. 1 CC, le créancier cédulaire peut constituer un tel gage. Le propriétaire qui est lui-même titulaire d'une cédula grevant son immeuble peut mettre en gage cette cédula⁵³. De plus, en appliquant par analogie l'art. 887 CC, un créancier gagiste mobilier d'une cédula, inscrit au registre foncier, peut également constituer un second gage mobilier sur celle-ci, au sens de l'art. 859 al. 1 CC, au moyen du consentement écrit de la personne qui lui a attribué son gage mobilier⁵⁴.

Le débiteur cédulaire n'est pas partie au contrat, à moins que le titulaire de la cédula hypothécaire de registre soit lui-même le débiteur du gage mobilier⁵⁵. La notification de la constitution du gage au débiteur cédulaire n'est pas un élément essentiel du contrat. Néanmoins, le conservateur du registre foncier devra en informer le débiteur cédulaire s'il est le propriétaire de l'immeuble grevé (art. 969 al. 1 CC)⁵⁶.

Selon le principe de causalité, l'acte constitutif doit être valable pour créer un droit réel limité⁵⁷. Cependant, n'étant pas expressément prévue, la forme du contrat est matière à controverse.

Pour une partie de la doctrine, soutenue par un récent arrêt zurichois⁵⁸, l'acte n'est pas soumis à une forme spéciale. Elle se base principalement sur une application par analogie de la liberté

⁴⁶ STEINAUER, Tome III, N 2985 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 4.

⁴⁷ STEINAUER, Tome III, N 2980 ss ; CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 2.

⁴⁸ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 3.

⁴⁹ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 3.

⁵⁰ ATF 142 III 746, consid. 2.1 ; STEINAUER, CC 842 N 135.

⁵¹ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 279 ; STEINAUER, CC 842 N 135.

⁵² STEINAUER, CC 857 N 27 et CC 859 N 27.

⁵³ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 4 ; STEINAUER, CC 859 N 26.

⁵⁴ STEINAUER, Tome III, N 2986 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 365 ; BSK ZGB II-STAEHELIN, CC 859 N 4.

⁵⁵ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 5.

⁵⁶ STEINAUER, CC 859 N 29 et 43 ; CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 5 ; voir toutefois : BSK-STAEHELIN, CC 859 N 6 et CC 858 N 3, pour qui le registre foncier devrait aussi aviser le débiteur qui n'est pas propriétaire.

⁵⁷ FOËX, La cédula hypothécaire p. 359 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 13 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 5 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367.

⁵⁸ Tribunal cantonal ZH, du 8 novembre 2018, consid. 6.3.

de la forme appliquée aux transferts de cédules de registre (art. 11 al. 1 CO). Ces exigences devraient, selon elle, s'appliquer *a maiore ad minus*. De plus, elle argue que l'art. 901 al. 1 CC pour les titres au porteur ainsi que les dispositions spéciales sur les titres intermédiés ne prescrivent pas de forme spécifique pour constituer un gage⁵⁹.

D'autres auteurs préconisent à tout le moins la forme écrite. Cependant, la justification de l'exigence de cette forme n'est pas unanime. Par exemple, Denis PIOTET avance que la transposition des règles du transfert de cédules nécessiterait un changement législatif. Pour lui, la cédule de registre est un droit-valeur au sens large, puisque le droit à la créance est dématérialisé. Partant, il préconise la forme écrite de l'art. 973c al. 4 CO, s'appliquant aux transferts des droits-valeurs⁶⁰. Par ailleurs, Stefan WEISS admet l'argumentaire adverse mais prône la forme écrite, dans un souci de sécurité juridique, notamment des exigences requises pour la foi publique du registre foncier. Il soutient aussi que l'art. 900 al. 1 CC est applicable par analogie, dans la mesure où l'inscription au registre foncier remplace le titre d'émission et ajoute que cette forme serait en harmonie avec l'engagement des navires et des aéronefs⁶¹. D'autre part, Bénédicte FOËX infère que l'art. 859 al. 1 CC n'écarte pas l'application des art. 899 ss CC et plus particulièrement de l'art. 900 al. 3 CC, concernant l'engagement par écrit des créances ordinaires⁶².

A notre sens, le contrat d'engagement de la cédule doit revêtir la forme écrite. Le gage grevant la cédule, bien qu'il soit matériellement un gage mobilier, obéit au principe de publicité de par son inscription constitutive au registre foncier. Il ne s'agit pas d'un simple droit de créance qui ne nécessite pas de manifestation extérieure. La dématérialisation de la cédule ne permet pas une manifestation par sa possession. Il se doit dès lors d'être fondé sur un contrat clair et précis, qui puisse légitimer une inscription au registre foncier d'un droit réel limité.

Il sied de remarquer que lorsque la cédule hypothécaire de registre n'existe pas encore, le contrat de mise en gage de cette cédule doit se faire en la forme authentique, car il renferme implicitement la condition de constituer la cédule hypothécaire. Il sera toutefois abusif d'invoquer le vice de forme, si le créancier gagiste a déjà reçu le pécule garanti⁶³.

2. La disposition pour cause de mort

Le titre d'acquisition peut prendre la forme d'une disposition pour cause de mort et plus particulièrement d'un legs. Au moyen de celui-ci, le feu créancier cédulaire accorde le droit à son créancier de pouvoir constituer un gage sur la cédule qu'auront reçue ses héritiers⁶⁴. Cette forme d'acte doit suivre les règles formelles des art. 498 ss CC⁶⁵.

B. L'opération devant le registre foncier

Avant de procéder à l'inscription du droit de gage mobilier, une réquisition d'inscription du gage doit être déposée au registre foncier (*infra* 1). Par la suite, le conservateur du registre foncier devra en examiner son bien-fondé (*infra* 2).

⁵⁹ BSK-STAEHELIN, CC 859 N 5 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 ; en ce sens : DÜRR/KAUFMANN, p. 71 s. ; SCHMID 170 s. ; STEINAUER, CC 859 N 31 ; DÜRR/KAUFMANN, p. 71 s.

⁶⁰ PIOTET, La nouvelle cédule, p. 15 ; PIOTET, Légitimation, p. 554 s.

⁶¹ WEISS, Kritische Analyse, N 619 ss.

⁶² FOËX, La cédule hypothécaire, p. 359 s. ; FOËX, La cédule décédulisée, p. 110 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 13.

⁶³ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.93/2004 du 7 octobre 2004, consid. 3.3, in RNRF 85/2004 p. 136 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 5 ; STEINAUER, CC 859 N 32.

⁶⁴ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 279, note de bas page 47 ; FOËX, Sûretés bancaires, p. 130.

⁶⁵ STEINAUER, CC 858 N 37 par renvoi de CC 859 N 33.

1. La réquisition d'inscription

La réquisition d'inscription au registre foncier du gage mobilier doit être faite par une déclaration écrite du créancier, selon l'art. 859 al. 1 CC et l'art. 104 al. 3 de l'ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF)⁶⁶. Cette réquisition est l'acte de disposition du requérant, par lequel il exprime sa volonté de constituer un droit réel limité sur la cédula (art. 963 al. 1 CC)⁶⁷. Le créancier peut être le créancier cédulaire ou, dans le cas l'art. 887 CC, le créancier gagiste mobilier⁶⁸. La simple titularité de la cédula n'est pas suffisante, il est nécessaire que le créancier, cédulaire ou gagiste, soit formellement inscrit comme tel au registre foncier⁶⁹. Cela a pour conséquence, notamment, qu'un héritier, ayant reçu une cédula sans avoir été inscrit au registre, devra d'abord être inscrit au registre foncier avant de pouvoir en disposer librement⁷⁰. La réquisition d'inscription est en principe irrévocable (art. 47 al. 1 phr. 2 ORF)⁷¹ et doit aussi être sans condition ni réserve (art. 47 al. 1 ORF)⁷².

2. L'examen par le registre foncier

Avant d'inscrire le droit de gage mobilier, le conservateur du registre foncier est obligé de s'assurer de la légitimation du requérant quant à son droit de disposer de la cédula et au titre sur lequel il fonde sa réquisition (art. 965 al. 1 CC).

Le requérant à l'inscription au registre foncier du gage mobilier doit avoir le pouvoir de disposer de la créance cédulaire⁷³. Le conservateur du registre foncier examine, notamment, si le requérant peut requérir à l'inscription⁷⁴, en vérifiant que celui-ci est le titulaire de la cédula ou le créancier gagiste mobilier inscrit au registre foncier (art. 965 al. 2 CC et 83 ORF)⁷⁵. Il doit, de plus, « contrôler le justificatif relatif au titre, en particulier sa forme » (art. 83 al. 2 let. g ORF). A cet égard, le requérant est, en principe, tenu de prouver que le titre, duquel il fonde sa réquisition, respecte les formes de validité (art. 965 al. 3 CC). Cette condition ouvre un nouveau désaccord, découlant directement de la controverse de la forme du contrat d'engagement.

Les prôneurs de la liberté de la forme du contrat constitutif du gage mobilier, également soutenus par le jugement zurichois, sont d'avis que le conservateur du registre foncier n'a pas l'obligation de vérifier l'acte constitutif de l'engagement. Il n'est ni même nécessaire de le présenter, car le contrôle n'a pas d'objet, surtout si l'acte constitutif a été conclu tacitement. La simple déclaration écrite suffit⁷⁶. Paul-Henri STEINAUER énonce à cet égard que l'art. 589 al. 1 CC, comme l'art. 588 al. 1 CC, s'interprète comme « une exception globale aux exigences de l'art. 965 [CC] relatives à la légitimation quant au titre d'acquisition (...) »⁷⁷.

Face à eux, Denis PIOTET est d'avis que cette situation occulte serait résolue par l'application de l'art. 965 al. 3 CC, en vertu d'une interprétation systématique de la loi. Le titre écrit devrait

⁶⁶ RS 211.432.1.

⁶⁷ WEISS, Revision, p. 109 ; STEINAUER, CC 842 N 141 ; STEINAUER, Tome I, N 140.

⁶⁸ STEINAUER, CC 859 N 34 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 13.

⁶⁹ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 366 ; FOËX, Le nouveau droit, p. 2 ; WEISS, Revision, p. 109.

⁷⁰ STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 366 s.

⁷¹ STEINAUER, CC 859 N 34 ; SCHMID, p. 170.

⁷² CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 858 N 12 par renvoi de CC 859 N 6.

⁷³ STEINAUER, CC 842 N 142 ; Weiss, Kritische Analyse, N 523.

⁷⁴ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 858 N 12 par renvoi de CC 859 N 6 ; BSK- STAEHELIN, CC 858 N 12 par renvoi de CC 859 N 4.

⁷⁵ STEINAUER, CC 858 N 47 par renvoi de CC 859 N 34 ; WEISS, Kritische Analyse, N 523.

⁷⁶ Tribunal cantonal ZH, du 8 novembre 2018, consid. 6.3 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 5 ; STEINAUER, Les nouvelles règles, p. 367 s. ; SCHMID, p. 170 s. ; WEISS, Kritische Analyse, N 524 et 649 ; DÜRR/KAUFMANN, p. 76 et 85.

⁷⁷ STEINAUER, CC 858 N 48 par renvoi de CC 859 N 34.

donc être produit, sinon nous pourrions faire face à des inscriptions constitutives sans cause valable et dont les débiteurs de bonne foi pourraient se fier⁷⁸. Par ailleurs, Bénédicte FOËX semble penser que l'art. 104 al. 3 ORF n'impose pas la présentation au conservateur du registre foncier d'un contrat écrit⁷⁹.

A notre avis, l'exactitude du registre foncier commande une application sans exception de l'art. 965 al. 3 CC pour la constitution d'un droit réel limité. La présentation d'un contrat constitutif écrit devrait être primordial pour prouver formellement l'existence du justificatif. Cela s'inscrit dans une continuation logique de l'exigence d'un contrat constitutif en la forme écrite. En outre, une inscription d'un droit réel limité fondée sur un titre informel, dont sa véracité ne peut être prouvée, serait susceptible de porter préjudice à la foi publique du registre foncier.

C. L'inscription au grand livre

L'inscription au grand livre du registre foncier est constitutive, c'est-à-dire que le gage mobilier grevant la cédule de registre naît de cette inscription (art. 971 al. 1 et 972 al. 1 CC)⁸⁰ et rend public le gage⁸¹. D'après l'art. 104 al. 3 ORF, l'inscription est faite sous la rubrique « gages immobiliers » du feuillet de l'immeuble grevé et indique que le titulaire a un droit de gage mobilier sur la cédule de registre⁸². Cette opération est une inscription au sens propre (art. 958 ch. 3 CC) et non pas une simple observation⁸³. Par ailleurs, concernant l'effet rétroactif au jour de son inscription au journal (art. 972 al.2 CC), Bénédicte FOËX semble douter que cet effet puisse s'appliquer à un droit réel mobilier⁸⁴.

Le créancier gagiste est inscrit aux côtés du créancier cédulaire sur le feuillet de l'immeuble⁸⁵, comme « créancier gagiste », ce qui peut sembler maladroit, puisque son gage porte sur la créance cédulaire et non sur l'immeuble⁸⁶. Dans le cas d'un créancier gagiste mobilier qui requière l'inscription d'un second gage mobilier sur la créance cédulaire, une simple précision en sus de l'inscription existante est faite au registre foncier, indiquant l'existence du nouvel engagement. Par ailleurs, si un gage mobilier subséquent est constitué par le créancier cédulaire, le nom du créancier gagiste mobilier subséquent ainsi qu'une précision indiquant la postériorité du gage doivent être portés au registre foncier⁸⁷.

VI. L'extinction du droit de gage mobilier grevant la cédule hypothécaire de registre

Les causes d'extinction du droit de gage mobilier grevant une cédule de registre sont diverses et variées. Il est utile de noter que ces causes sont celles prévues pour le nantissement mais présentent certaines particularités à l'aune de la nature de la cédule de registre⁸⁸.

⁷⁸ PIOTET, La nouvelle cédule, p. 15 ; PIOTET, Légitimation, p. 554 ss.

⁷⁹ FOËX, La cédule hypothécaire, p. 360.

⁸⁰ FOËX, La cédule décédulisée, p. 110 ; SCHMID, p. 171.

⁸¹ STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 279.

⁸² FOËX, La cédule hypothécaire, p. 360 ; STEINAUER, CC 859 N 38 ; SANTSCHI KALLAY/PFÄFFLI, p. 520.

⁸³ STEINAUER, CC 859 N 38 ; BSK-STAEHELIN CC 859 N 4 ; voir cependant : WEISS, Kritische Analyse, N 624, pour qui l'inscription ne devrait pas être une inscription au sens propre et devrait être portée sous la rubrique « observations ».

⁸⁴ FOËX, La cédule hypothécaire, p. 360.

⁸⁵ Tribunal cantonal ZH, du 8 novembre 2018, consid. 6.3 ; BSK-STAEHELIN, CC 589 N 3 ; STEINAUER, CC 859 N 42.

⁸⁶ WEISS, Revision, p. 109 ; STEINAUER, CC 859 N 42.

⁸⁷ STEINAUER, CC 859 N 40 s.

⁸⁸ CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 7 ; STEINAUER, CC 859 N 44.

Nous commencerons par entrevoir le cas où la créance garantie s'éteint (*infra* A). Dans un second temps, nous nous intéresserons à la renonciation du créancier gagiste (*infra* B), avant d'examiner la radiation de la cédula hypothécaire (*infra* C). Enfin, nous achèverons par les causes d'extinction que sont le jugement extinctif (*infra* D) et l'exécution forcée (*infra* E).

A. L'extinction de la créance garantie

Le gage mobilier étant un accessoire de la créance qu'il garantit, celui-ci disparaît, en principe, avec l'extinction de l'obligation principale de cette dernière⁸⁹. Cette créance s'éteint par le paiement de la créance ou par l'extinction de la cause de la créance (art. 889 al. 1 CC par analogie et 114 al. 1 CO)⁹⁰. Néanmoins, pour une partie de la doctrine, l'accessorité du gage n'est pas stricte, raison pour laquelle le droit de gage subsiste formellement aussi longtemps que celui-ci n'a pas été radié du registre foncier. A cet égard, le créancier gagiste mobilier devra faire une déclaration écrite pour demander la radiation de l'inscription, au sens de l'art. 964 al. 1 CC⁹¹. Quant au débiteur du gage, il aurait une prétention en exécution de la radiation de l'inscription qui selon Paul-Henri STEINAUER serait fondée sur les art. 889 al. 1 et 826 CC par analogie⁹². Pour Denis PIOTET, cette prétention se baserait sur l'art. 801 CC par analogie⁹³.

Il échet de préciser que le paiement, à la mauvaise personne, de la créance garantie n'a pas d'effet libératoire⁹⁴. Selon l'art. 900 al. 2 CC et 906 al. 2 CC, s'il en avisé, le débiteur du gage mobilier ne peut se libérer convenablement qu'en mains du créancier, cédulaire ou gagiste, inscrit au registre foncier et avec l'accord de l'autre créancier. Cependant, cet avis ne serait pas nécessaire pour le gage grevant une cédula de registre, puisque le débiteur ne peut se prévaloir de ne pas avoir eu connaissance du registre foncier (art. 970 al. 4 CC)⁹⁵.

B. La renonciation du créancier gagiste mobilier

Le créancier gagiste peut renoncer à son droit de gage mobilier sur la cédula. Il peut le faire soit par contrat, soit l'imposer à ses héritiers par un legs, soit unilatéralement. L'extinction formelle du droit se fait par la radiation de celui-ci, après que le créancier gagiste l'ait requis⁹⁶.

C. La radiation de la cédula hypothécaire de registre

La radiation de la cédula hypothécaire de registre entraîne fatalement l'extinction du droit de gage mobilier. Ce dernier se trouve dépourvu d'objet et s'éteint de plein droit (art. 801 al. 1 CC par analogie)⁹⁷. Dans le cas d'une cédula du propriétaire au sens propre, le propriétaire ne peut radier la cédula sans le consentement du créancier gagiste mobilier⁹⁸.

D. Le jugement extinctif

Un jugement formateur peut permettre au créancier cédulaire ou au créancier gagiste d'un rang postérieur de requérir à la radiation du droit de gage mobilier (art. 963 al. 2 CC). Ce jugement

⁸⁹ ATF 142 III 746, consid. 2.2.4 ; PIOTET, La nouvelle cédula, p. 7 ; FOËX, La cédula hypothécaire, p. 360 s.

⁹⁰ STEINAUER, CC 859 N 45.

⁹¹ STEINAUER, CC 859 N 46 ; WEISS, Kritische Analyse, N 625 ; WEISS, Revision, p. 109.

⁹² STEINAUER, CC 859 N 45 ss.

⁹³ PIOTET, La nouvelle cédula, p. 7 ; en ce sens : FOËX, La cédula hypothécaire, p. 360 s.

⁹⁴ BSK-STAEHELIN, CC 859 N 6 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 280.

⁹⁵ STEINAUER, CC 858 N 53 par renvoi de CC 859 N 29 ; BSK-STAEHELIN, CC 859 N 6 ; voir toutefois : FOËX, La cédula hypothécaire, p. 360, pour qui l'art. 970 al. 4 CC ne s'applique pas dans cette hypothèse.

⁹⁶ STEINAUER, CC 859 N 48 ; CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 8.

⁹⁷ WEISS, Kritische Analyse, N 625 ; STEINAUER CC 859 N 49 ; FOËX, La cédula hypothécaire, p. 360 s. ; PIOTET, La nouvelle cédula, p. 7.

⁹⁸ STEINAUER CC 859 N 49.

est prononcé si le créancier gagiste s'est obligé à requérir la radiation mais ne s'exécute point (art. 665 CC par analogie) ou pour exécuter un legs renonçant au gage mobilier⁹⁹.

E. L'exécution forcée

Une procédure d'exécution forcée d'une cédula de registre grevée d'un droit de gage mobilier, menée à son terme, éteint ce dernier, indépendamment du fait que la créance garantie par le gage mobilier ait pu être intégralement remboursée¹⁰⁰. En outre, les parties peuvent convenir de passer par une réalisation privée de la cédula ou de directement prévoir la réalisation de l'immeuble grevé de la cédula¹⁰¹.

Le créancier gagiste peut agir en exécution du gage, si la créance garantie n'a pas été payée et qu'elle est exigible¹⁰². En principe, les règles sur la réalisation forcée d'un gage mobilier s'appliquent (art. 891 al. 1 et 904 al. 1 CC conjointement aux art. 151 ss LP)¹⁰³ et pour les cédulas du propriétaire au sens propre l'art. 156 al. 2 LP s'applique par analogie¹⁰⁴.

Dans le cadre d'une garantie indirecte, une réalisation de l'immeuble grevé, qui est économiquement le bien garantissant la créance, ne peut être envisagée qu'à condition que la cédula elle-même ait été réalisée préalablement, en tant qu'objet du droit de gage mobilier. Le créancier gagiste devra, pour cela, acquérir la cédula, avec la créance cédulaire, lors de la réalisation de celle-ci pour pouvoir ensuite réaliser l'immeuble grevé¹⁰⁵.

VII. Conclusion

L'institution novatrice et révolutionnaire de la cédula hypothécaire de registre n'a pas manqué de faire des émules. La dématérialisation de la cédula, qui se voulait à la base mouvante pour mobiliser la valeur du sol, ainsi que le gage mobilier constitué par son inscription au registre foncier ont laissé place à des controverses remettant en cause les principes des droits réels et instaurant des incertitudes inquiétantes.

La mise en gage de la cédula hypothécaire de registre n'a malheureusement pas été suffisamment pensée pour que la situation juridique soit clairvoyante. En effet, l'incertitude, quant à la forme que doit adopter l'acte constitutif ainsi que les nombreuses autres controverses, ne favorisent pas l'intégration de la cédula de registre et sa mise en gage dans le système juridique. En outre, l'inscription au registre foncier nécessaire pour l'engagement des cédulas de registre reste lourde et coûteuse¹⁰⁶.

Cependant, la cédula hypothécaire de registre fut pensée pour faire face à l'informatisation du registre foncier. Nous ne pouvons donc qu'attendre cette modernisation, bien que les controverses aient peu de chances d'être résolues par celle-ci, avant de pouvoir en tirer des conclusions sur la réussite de cette construction qui sème actuellement la discorde.

⁹⁹ STEINAUER CC 859 N 50 ; CR CC II-STEINAUER/FORNAGE, CC 859 N 8.

¹⁰⁰ STEINAUER CC 859 N 51.

¹⁰¹ STEINAUER CC 842 N 159 s.

¹⁰² FOËX, Sûretés bancaires, p. 153 ; SANTSCHI KALLAY/PFÄFFLI, p. 517.

¹⁰³ STEINAUER CC 842 N 158 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 280.

¹⁰⁴ FOËX, Le nouveau droit, p. 21 ; STEINAUER, Les nouvelles dispositions, p. 280.

¹⁰⁵ PIOTET, La nouvelle cédula, p. 7 ; STEINAUER CC 842 N 114 et 161 ; STEINAUER, Tomme III, N 3212c s.

¹⁰⁶ FOËX, La cédula décédulisée, p. 115.

Bibliographie

DÜRR David/KAUFMANN Thomas, *Der neue Register-Schuldbrief und weitere Änderungen des Grundpfandrechts*, Berne (Stämpfli) 2012.

FOËX Bénédicte, *La cédula decédulisée*, in *La réforme des droits réels immobiliers : les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1er janvier 2012* [FOËX Bénédicte, édité.], Genève (Schulthess) 2012, p. 101ss (cité : *La cédula decédulisée*).

FOËX Bénédicte, *La cédula hypothécaire de registre*, in *Les servitudes et les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil* [SCHMID JÜRIG, édité.], Zurich (Schulthess) 2012, p. 343 ss (cité : *La cédula hypothécaire*).

FOËX Bénédicte, *Le nouveau droit des cédulas hypothécaires*, in *Journal des tribunaux (JdT)* 2012 II, p. 3 ss (cité : *Le nouveau droit*).

FOËX Bénédicte, *Sûretés bancaires et droits réels*, in *Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC)* 1997, p. 121 ss (cité : *Sûretés bancaires*).

GEISER Thomas/WOLF Stephan (édité.), *Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar*, 6^e éd., Bâle (Helbing) 2015 (cité : *BSK CC II-AUTEUR*).

HÜRLIMANN-KAUP Bettina / STEINAUER Paul-Henri, *Les nouveaux droits réels immobiliers : un aperçu*, in *Droit de la construction (DC/BR)* 2010, p. 10 ss.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte/PIOTET Denis (édité.), *Code civil II, Commentaire romand*, Bâle (Helbing) 2016 (cité : *CR CC II-AUTEUR*).

PIOTET Denis, *La nouvelle cédula de registre*, in *Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Not@lex)* 2010, p. 1 ss (cité : *La nouvelle cédula*).

PIOTET Denis, *Légitimation, titre causal et rapports avec la créance de base : quels degrés d'abstraction pour le transfert de la cédula hypothécaire ?*, in *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* [RUMO-JUNGO Alexandra, PICHONNAZ Pascal, HÜRLIMANN-KAUP Bettina, FOUNTOLAKIS Christiana, édité.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 545 ss (cité : *Légitimation*).

SANTSCHI KALLAY Mascha/PFÄFFLI Roland, *Grundpfandrechte : Bekanntes und weniger Bekanntes*, in *Revue suisse de jurisprudence (RSJ/SJZ)* 2018, p. 517 ss.

SCHMID Jürg, *Notarielle Aspekte zum neuen Register-Schuldbrief : unter Berücksichtigung von grundbuchrechtlichen Aspekten*, in *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (recht)* 2010, p. 162 ss.

STEINAUER Paul-Henri, *La cédula hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842 - 865 et 875 CC*, Berne (Growth Publisher Law) 2016 (cité : *STEINAUER*).

STEINAUER Paul-Henri, *Les droits réels*, Tome I, 6^e éd., Berne (Stämpfli) 2019 (cité : *Tome I*).

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

STEINAUER Paul-Henri, Les nouvelles dispositions générales sur les cédules hypothécaires, *in* Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil [SCHMID JÜRIG, éd.], Zurich (Schulthess) 2012, p. 267 ss (cité : Les nouvelles dispositions).

STEINAUER Paul-Henri, Les nouvelles règles sur les cédules hypothécaires : quoi de neuf pour les offices du registre foncier ?, *in* Revue Suisse du notariat et du registre foncier (RNRF/ZBGR) 2011, p. 353 ss (cité : Les nouvelles règles).

WEISS Stefan, Der Register-Schuldbrief : kritische Analyse des Schuldbriefrechts unter besonderer Berücksichtigung des bundesrätlichen Entwurfs vom 27. Juni 2007, *in* Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR), n° 42, thèse (Lucerne), Zurich, Bâle, Genève (Schulthess) 2009 (cité : Kritische Analyse).

WEISS Stefan, Der Register-Schuldbrief, *in* Revision des Sachenrechts - ein erster Überblick für Eilige [FELLMANN Walter, SCHWARZ Jörg, éd.], Berne (Stämpfli) 2012, p. 101 ss (cité : Revision).