

Charles Haefliger
Ancien Conservateur du registre foncier vaudois
Reproduction autorisée avec l'indication de la source

1. Définition et principes généraux

Sources légales :

CCS art. 793-883

ORF du 22.2.1910, entrée en vigueur le 1.1.1912.

Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (L.P.) : art. 41 , 133 ss, 151 ss

Vaud C.D.P.J. (Code de droit privé judiciaire vaudois) : art. 85 à 89.

Le gage immobilier procure à son bénéficiaire (le créancier) la garantie d'une créance en grevant un immeuble d'un droit permettant de faire vendre aux enchères publiques la parcelle grevée, lorsque le débiteur (qui est en général le propriétaire de l'immeuble) n'effectue pas les prestations convenues (paiement d'un intérêt + éventuellement paiement d'un amortissement). Le créancier ne peut obtenir satisfaction qu'au moyen de la vente du gage (en l'espèce, l'immeuble) aux enchères publiques et selon les principes de la poursuite pour dette et la faillite (cf. Tuor, *Le Code civil suisse*, trad. française par Henri Deschenaux, édition 1950, p. 577).. Le créancier ne dispose d'aucun droit direct sur l'immeuble. Tuor fait remarquer dans son commentaire cité que les Romains déjà avaient déclaré nulle la clause qui autoriserait le créancier, à défaut de paiement, de s'approprier l'objet du gage à titre de compensation pour sa créance (*lese commissoria* ou clause de déchéance). A bon droit: l'objet du gage ayant le plus souvent une valeur supérieure au montant de la créance, l'appropriation constituerait pour le créancier un enrichissement usuraire. Le CC, dans son art. 816 al. 2, reprend cette interdiction. Cela étant, tant que le propriétaire débiteur paie ce qu'il doit, le créancier n'a aucun droit sur l'immeuble grevé.

Tuor relève dans son commentaire (p. 570) que le droit de gage immobilier est appelé à répondre à différents besoins; les deux principaux buts de ce droit sont:

- 1.) La fonction de garantie d'une créance et
- 2.) La fonction économique, soit la mobilisation de la valeur du sol. Le gage immobilier peut devenir un moyen de répartir la valeur du sol. Par la création du droit de gage, une partie de la valeur du sol se trouve individualisée; elle est rendue accessible à d'autres personnes que le propriétaire. On obtient ce résultat par l'émission d'un document, d'un titre, dans lequel le droit est incorporé de telle sorte que ce titre est réputé représenter dans les transactions une partie correspondante de la valeur du sol (p. 570). Ce titre peut être vendu, donné, remis en paiement ou en nantissement, tout comme n'importe quelle autre chose mobilière.

Au moment où, à la fin du 19^{ème} siècle, le prof. Eugène Huber fut chargé par le Conseil fédéral de rédiger un projet de Code civil, il existait en Suisse une très grande variété de gages immobiliers; cette situation était due à l'extrême diversité des droits cantonaux; certaines formes de gage étaient inspirées par le droit romain, d'autres par le droit germanique.

Plutôt que d'admettre une seule forme de gage immobilier qui régirait impérativement tous les cantons suisses, le prof. Huber jugea préférable de retenir diverses formes concurrentes de gage immobilier, et ceci pour les motifs suivants:

- 1.) Une seule forme de gage risquait de ne pas pouvoir remplir, à satisfaction de chaque canton, les différentes fonctions dévolues au gage immobilier.
- 2.) Il fallait respecter le profond et louable attachement du peuple de chaque canton pour sa forme traditionnelle de régime foncier.

C'est ainsi que le CCS de 1912 retient 3 formes de gage immobilier, qui correspondaient dans les grandes lignes aux 3 types fondamentaux existant dans les divers cantons suisses. Ces 3 formes de gage immobilier sont décrites en détails par le CCS, et il est naturellement exclu de s'en écarter et d'en créer d'autres. Ce sont l'hypothèque, la cédule hypothécaire et la lettre de rente. Toutefois, cette dernière forme a été abandonnée par la mise à jour du CCS au 1^{er} janvier 2012. Elle ne subsiste que pour les anciennes lettres de rentes (art. 33a titre final CCS). Dès lors, elle ne fera pas l'objet de la présente contribution.

Avant d'examiner les deux formes de gage immobilier existant, il nous paraît opportun de dégager brièvement les principes généraux régissant le gage immobilier indépendamment de la forme qu'il revêt.

1.1 Constitution du gage

Art. 799 CC : le gage immobilier est constitué en principe par l'inscription au registre foncier. Le contrat de gage immobilier n'est valable que s'il est passé en la forme authentique.

1.2 Imprescriptibilité

Art. 807 CC : L'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible.
Règles générales sur la prescription: cf. art. 127 CO : 10 ans.- Art. 128 CO : 5 ans.

1.3 Etendue du droit de gage

L'immeuble est grevé avec ses parties intégrantes et ses accessoires. L'accessoire ne suit cependant pas nécessairement le sort de l'immeuble. Lorsque des accessoires sont « mentionnés » au R.F. (machines industrielles, mobilier d'hôtel, etc.), le droit du créancier hypothécaire s'étend alors nécessairement sur ces objets.

Il convient de remarquer que lorsque l'immeuble grevé est donné à bail, le créancier d'un gage immobilier a droit aux loyers et fermages de la parcelle grevée dès le moment où une poursuite en réalisation de gage a été intentée, ou si une faillite a été déclarée, mais uniquement jusqu'à la réalisation de l'immeuble (art. 806 CC).

Le propriétaire n'a pas le droit de diminuer la valeur de l'immeuble grevé: le créancier peut faire cesser tous actes dommageables à son égard (art. 808 CC), et il peut même exiger un remboursement partiel de sa créance (art. 809 CC).

1.4 Etendue de la garantie

L'art. 818 CC prévoit ce qui suit:

« Le gage immobilier garantit au créancier:

1. Le capital,
2. Les frais de poursuite et les intérêts moratoires;
3. Les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance; la cédule hypothécaire ne garantit au créancier que les intérêts effectivement dus.

Le taux primitif de l'intérêt ne peut dans la suite être porté à plus de 5 % au préjudice des créanciers postérieurs. »

La partie de la créance qui dépasse la garantie offerte par l'art. 818 constitue une simple créance personnelle, non garantie (Tuor p. 579).

1.5 Aliénation de petites parcelles

Art. 811 CC: « Lorsque le propriétaire de l'immeuble grevé en aliène une parcelle d'une valeur inférieure au 1/20 de la créance, le créancier ne peut refuser le dégrèvement de cette parcelle, pourvu qu'un acompte proportionnel lui soit payé ou que le reste de l'immeuble lui offre une garantie suffisante ».

1.6 La spécialité du gage quant à son objet

L'art. 797 CC prévoit expressément que le gage immobilier ne peut grever qu'un ou plusieurs immeubles, désignés spécialement et d'une manière exacte.

Plusieurs immeubles peuvent être donnés en gage pour une seule et même créance: les immeubles sont alors grevés collectivement pour le montant total de la créance.

Si les immeubles appartiennent à des propriétaires différents qui sont codébiteurs de la dette, ils doivent en principe s'engager solidairement envers leur créancier.

L'art. 143 CO définit la solidarité passive, « il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier, chacun d'eux soit tenu pour le tout. » L'art. 148 al. 2 CO prévoit que celui qui paie au-delà de sa part a, pour l'excédent, un recours contre les autres débiteurs.

Répartition de la garantie: Il y a répartition de la garantie si, sans que la créance elle-même soit divisée, chacun des immeubles n'est grevé que pour une part déterminée de celle-ci. « Ainsi, en cas de réalisation, le créancier ne pourra exercer ses droits sur chaque immeuble qu'à concurrence de la somme indiquée et non pour la

créance totale. Dans le doute, la répartition de la garantie s'opère proportionnellement à la valeur des divers immeubles (art. 798 al. 2 et 3 CC). » (sic Tuor p. 580).

Réalisation des immeubles grevés collectivement: art. 816 al. 3. Il n'est pas toujours indispensable que tous les immeubles grevés soient réalisés. La réalisation a lieu dans la mesure jugée nécessaire par l'office des poursuites.

O.R.F.I. art. 107 et 119. si les immeubles appartiennent au même propriétaire, il n'en sera vendu qu'autant qu'il est nécessaire pour couvrir la créance du créancier poursuivant.

Si les immeubles appartiennent à différents propriétaires dont un seul est débiteur, on vendra d'abord ceux qui appartiennent à ce dernier. Ce n'est que si le produit de cette vente est insuffisant que les immeubles appartenant à des tiers pourront être réalisés. Dans ce cas, tous les immeubles seront vendus à la même séance d'enchères (Tuor, p. 581/2).

1.7 De la poursuite en réalisation de gage

(Die Betreuung auf Pfandverwertung): La poursuite en réalisation de gage est un mode d'exécution spéciale. Les biens sur lesquels doit porter l'exécution sont déterminés d'avance, soit lors de la constitution du gage, où l'immeuble grevé est expressément désignée (cf. Antoine Favre, Droit des poursuites, édition 1967, p. 250).

L'art. 41 L.P. prescrit que « La poursuite en réalisation de gage, engagée par la procédure du commandement de payer se continue directement par la procédure de réalisation » (sic Favre p. 250), le stade de la saisie n'étant pas observé. (Notons que la « saisie » a pour but essentiel de déterminer les biens du débiteur dont la réalisation servira à désintéresser les créanciers).

L'art. 41 al. 1 LP signifie que le débiteur d'une créance garantie par gage est fondé en principe à renvoyer le créancier à s'en prendre d'abord au gage et peut s'opposer à une poursuite ordinaire par laquelle le créancier entendrait se prévaloir aussitôt de la garantie présentée par l'ensemble de la fortune du débiteur. Ce principe de l'art. 41 al. 1 LP est appelé « beneficium excussionis realis ». Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 4 septembre 1958 (RO 84 III 67 = JT 1958 II 98) a toutefois confirmé et précisé que l'art. 41 al. 1 LP n'était pas de droit impératif. « Il est donc loisible pour le débiteur de renoncer d'avance au beneficium excussionis realis, et, si le gage appartient à un tiers, le créancier peut, soit lors de la constitution du droit de gage soit même plus tard, convenir avec le tiers, avec ou sans le consentement du débiteur, quel gage ne répondra que subsidiairement, c'est-à-dire après le restant du patrimoine du débiteur » (sic in JT 1958 II 100).

Réalisation des immeubles par l'Office des poursuites et faillites.

Le principe juridique qui régit la réalisation forcée des immeubles est exprimé à l'art. 126 LP: « L'objet mis en vente est adjugé après 3 criées au plus offrant (CO 231, 235), à condition que l'offre soit supérieure à la somme des créances garanties par gage préférables à celle du poursuivant.

S'il n'est fait aucune offre suffisante, la poursuite cesse quant à l'objet mis en vente. »

Quant à l'art. 149 LP, il a la teneur suivante: « Le créancier qui a participé à la saisie et n'a pas été désintéressé intégralement reçoit un acte de défaut de biens pour le montant impayé. Le débiteur reçoit une copie de l'acte de défaut de biens » Quant à l'article 149a LP, il prévoit : La créance constatée par un acte de défaut de biens se prescrit par 20 ans à compter de la délivrance de l'acte de défaut de biens; à l'égard des héritiers du débiteur, elle se prescrit au plus tard par un an à compter de l'ouverture de la succession ».

Si le débiteur a été déclaré en faillite, l'art. 265 LP précise qu'une nouvelle poursuite, sur la base de l'acte de défaut de biens ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleure fortune.

Toujours à propos de faillite, l'art. 208 LP pose le principe que « l'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes du failli à l'exception toutefois de celles qui sont garanties par des gages sur les immeubles du débiteur ». La réalisation d'une créance garantie par gage n'appartient pas en effet à l'exécution générale, mais constitue un mode d'exécution spéciale; aussi une dette garantie par gage mais non échue doit-elle être déléguée à l'acquéreur de l'immeuble (art. 135 LP).

Cependant l'exception de l'art. 208 LP ne vaut que pour autant que le gage couvre la créance. Si ce n'est pas le cas, le montant découvert est porté comme créance non garantie à l'état de collocation, quand bien même la dette n'est pas échue (Sic in A. Favre, p. 301/2).

1.8 L'engagement des immeubles agricoles

L'engagement des immeubles agricoles est en outre régi par la LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural, entrée en vigueur le 1er janvier 1994, selon l'art. 798a nouveau CC.

2. Les formes de gage immobilier

2.1 L'hypothèque (die Grundpfandverschreibung)

correspond à l'hypothèque du droit français: elle était donc en usage en Suisse romande. L'hypothèque n'avait qu'une fonction de garantie; elle n'était pas destinée au commerce et n'était pas incorporée dans un papier valeur (ce qui caractérise la cédula hypothécaire, ainsi que nous le verrons ci-dessous).

L'hypothèque apparaît sous forme diverses, la plus fréquente étant l'obligation hypothécaire, nominative (le créancier étant p. ex. un établissement bancaire), ou en faveur du porteur, ce qui permet de la remettre en nantissement auprès d'une banque p. ex.. L'hypothèque peut aussi prendre la forme d'un crédit hypothécaire, lorsque le remboursement d'un crédit accordé par un établissement bancaire, ou une société d'assurances, est garanti par un ou plusieurs immeubles appartenant au propriétaire emprunteur.

L'hypothèque peut garantir une dette éventuelle pour un montant maximum; on parle alors d'hypothèque maximale.

L'hypothèque n'est pas incorporée dans un papier valeur. Dans la pratique, le notaire dépose au registre foncier une copie du contrat hypothécaire sur laquelle le conservateur appose une « relation d'inscription »; ce document n'est cependant qu'un simple moyen de preuve (Tuor, p. 602).

Le transfert de la créance doit s'opérer conformément aux prescriptions édictées par le C.O. pour la cession (art. 164 ss CO); un contrat écrit de cession est nécessaire.

Notons que l'inscription au registre foncier n'est pas nécessaire pour valider la cession des créances garanties par gage immobilier (art. 835 CC).

Précisons encore que l'hypothèque n'est qu'une dépendance de la créance, un droit purement accessoire: si l'hypothèque garantit une créance amortissable (ce qui est généralement le cas), le gage immobilier diminuera d'office au fur et à mesure du paiement des amortissements. Le montant inscrit au registre foncier ne correspond donc qu'à la créance primitive; dès que cette dernière est réduite par le jeu des amortissements payés par le débiteur, le droit hypothécaire est diminué dans la même mesure. Toutefois, la case hypothécaire demeure inscrite à son montant initial, aussi longtemps qu'aucune réquisition ne vient la modifier: elle n'est pas libre.

2.2 La cédula hypothécaire (der Schuldbrief)

1. Elle est incorporée dans un papier valeur négociable (ce qui n'est pas le cas de l'hypothèque): la cédula hypothécaire est conçue pour l'échange ; elle permet d'utiliser la valeur du sol et offre un placement sûr et mobile. Elle est en principe destinée à circuler (Tuor p. 601).

2. La cédula hypothécaire est détachée du rapport juridique qui est à son origine; sauf convention contraire, la créance résultant de la cédula hypothécaire coexiste, le cas échéant, avec la créance à garantir issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur. (art. 842 CCS); c'est une créance abstraite. (L'hypothèque au contraire dépend étroitement de sa cause, elle est causale). Elle ne tolère aucune condition, toutefois elle peut contenir des conventions accessoires portant sur l'intérêt, l'amortissement et la dénonciation ainsi que d'autres clauses accessoires concernant la créance qui résulte de la cédula hypothécaire. Il peut alors être renvoyé à une convention séparée (art 846 CCS). Ces conventions ne sont opposables aux tiers de bonne foi que si elles sont inscrite au registre foncier; dans le cas d'une cédula hypothécaire sur papier, elles doivent également résulter du titre. (art 849 al 2 CCS).

La coexistence de la créance cédulaire avec la créance de base peut faire courir des risques au débiteur, il y a donc lieu de se protéger soit:

- Par convention, il peut être prévu que la constitution de la créance cédulaire éteint la créance de base
- La remise de la cédula en garantie indirecte (nantissement)
- La remise de la cédula en garantie fiduciaire, où le créancier conserve les deux créances, mais s'engage à ne faire valoir la créance cédulaire qu'en garantie de la créance de base

La cédula hypothécaire prend la forme d'une cédula hypothécaire de registre ou d'une cédula hypothécaire sur papier (art. 843 CCS introduit le 1.1.2012).

La cédula hypothécaire de registre est constituée par l'inscription au registre foncier. Elle est inscrite au nom du créancier ou du propriétaire. (art 857 CCS). Son transfert a lieu par l'inscription du nouveau créancier au registre foncier sur la base d'une déclaration écrite de l'ancien créancier. (art 858 CCS)

La cédula hypothécaire sur papier est un titre dressé par l'office du registre foncier qui doit porter la signature du conservateur. Le Conseil fédéral arrête les formes applicables au titre, (art. 861 CCS) qui est dressé conformément au modèle établi par l'ORF (art 144 ORF). Cet article précise ce que doit contenir le titre; il doit notamment énoncer tous les droits et charges antérieurs affectant l'immeuble grevé (lettre h), ou se borner à indiquer les gages, les charges foncières, les DDP, les usufruit et les droits d'habitation de rang antérieur, et d'indiquer que d'autres charges de rang antérieur figurent au grand livre (chiffre 6).

La teneur de la cédula fait règle à l'égard de toute personne qui s'en est rapportée de bonne foi aux énonciations du titre (art. 848 et 862 al 1 CC). Le registre foncier cependant fait foi, lorsque la teneur de la cédula n'est pas conforme à l'inscription; c'est pourquoi l'acquéreur de bonne foi du titre a droit à la réparation du dommage qu'il a subi, en cas de non concordance entre le titre et le registre foncier (art. 862 al 2 et 3 CC).

Le conservateur du registre foncier est seul habilité à apporter une inscription ou modification sur le titre, hormis le cas de l'endossement - cession d'un titre nominatif.

La cédule hypothécaire sur papier est soit nominative (en faveur d'un créancier déterminé), soit en faveur du porteur. Lorsqu'une cédule hypothécaire a été établie en faveur d'une banque et qu'après une vingtaine d'années, le débiteur rembourse sa dette à la banque, ce débiteur peut exiger d'elle une cession du titre en sa faveur: la cédule devient alors un titre en faveur du propriétaire, qui aura la faculté, par la suite, de la céder à un tiers et de redevenir de la sorte débiteur d'une véritable créance (et non plus seulement fictive).

Une des principales caractéristiques de la cédule trouve son fondement dans l'art. 853 CC: « le débiteur qui paie la totalité de la dette peut exiger du créancier, s'agissant d'une cédule hypothécaire de registre qu'il en consente le transfert à son nom, s'agissant d'une cédule hypothécaire sur papier qu'il lui remette le titre non annulé ». C'est ainsi que le débiteur, qui est en principe le propriétaire de l'immeuble grevé, peut négocier de nouveau le titre rentrée en sa possession (art. 854 al. 2 CC): un nouvel acte authentique n'est pas nécessaire.

Une cédule hypothécaire sur papier ne peut être radiée qu'après cancellation du titre (perforation) (art. 855 CC et 152 ORF). Si le titre a été égaré ou détruit par mégarde (ce qui arrive hélas fréquemment), la cancellation est remplacée par l'annulation judiciaire (art. 865 CC); l'annulation a lieu de la manière prescrite pour les titres au porteur; le délai d'opposition est de six mois (cf. art. 981 C.O.), s'agissant d'un titre nominatif dont le créancier est resté inconnu durant 10 ans, l'annulation se fait en application des dispositions de l'art. 856 CCS.

Cession de créance: en cas de transfert de la créance constatée par une cédule hypothécaire sur papier, la remise du titre est nécessaire dans tous les cas. Si le titre est nominatif, mention y est faite du transfert opéré et du nom de l'acquéreur (art. 864 CC): endossement - cession, ce qui montre qu'il s'agit en réalité d'un titre à ordre, dans le système des papiers-valeurs! Le transfert de la cédule hypothécaire de registre a lieu par l'inscription du nouveau créancier au registre foncier sur la base d'une déclaration écrite de l'ancien créancier.

Transformation d'une cédule hypothécaire sur papier en cédule hypothécaire de registre: une cédule hypothécaire sur papier constituée avant le 1^{er} janvier 2012 peut être transformée en cédule hypothécaire de registre sur la base d'une demande écrite du propriétaire foncier et des ayant droit de la cédule hypothécaire sur papier (art. 33a Titre final CC et 74 ORF). Dans tous les cas, la production du titre papier est nécessaire.

3. Le nantissement (cf. art. 884, 888 à 893 CC)

Une chose mobilière peut être remise en nantissement (ou en gage) à un créancier en garantie d'une créance. Donner une chose en nantissement, c'est donner une maîtrise effective sur cette chose, c'est la remettre en possession provisoire au créancier.

Une cédule hypothécaire ou une obligation hypothécaire au porteur sont des choses mobilières comparables à une action d'une société anonyme. Elles peuvent donc être remises en nantissement pour garantir le remboursement d'une créance. S'agissant d'une cédule hypothécaire de registre, le nantissement a lieu par l'inscription au registre foncier du titulaire du droit, sur la base d'une déclaration écrite du créancier (l'usufruit est également constitué par l'inscription au RF).

Lorsque le débiteur a remboursé sa créance, le créancier doit restituer la cédule hypothécaire à l'ayant droit. Le nantissement s'éteint dès que le créancier cesse de posséder la cédule hypothécaire.

Le créancier qui n'est pas désintéressé a le droit de faire vendre la cédule hypothécaire aux enchères publiques et de se faire payer sur le prix obtenu.

Le nantissement garantit au créancier le capital, les intérêts conventionnels, les frais de poursuite et les intérêts moratoires (art. 891 CC).

Est nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le titre remis en nantissement faute de paiement (interdiction du « pacte comissoire ») (art. 894 CC).

Nantissement subséquent : cf. art. 886 et 887 CC.

Un ou plusieurs nantissements successifs sont possibles, moyennant avis un créancier antérieur de céder le titre au créancier subséquent, après paiement. Le titre ne fera retour à son propriétaire que lorsque le dernier créancier nanti aura obtenu satisfaction.

4. Le registre des créanciers (ORF art. 103 et 104)

Le transfert des créances garanties par une cédule hypothécaire sur papier ou par une hypothèque n'est pas obligatoirement inscrit au registre foncier.

En revanche, si l'ayant droit en fait la demande au conservateur un justifiant son droit (production du titre hypothécaire, avec cession en bonne et due forme s'il s'agit d'un titre nominatif - soit un endossement -), le nom et le domicile des nouveaux créancier sont inscrits dans un registre spécial appelé « registre des créanciers ». Le canton de Vaud utilise comme registre des créanciers le verso des fiches de propriétaires (dites « fiches-cotet »).

Lorsqu'un créancier figure sur ce registre spécial, le conservateur doit lui faire toutes les communications qui lui sont prescrites par la loi ou l'ordonnance sur le registre foncier (art. 103 ORF).

« Le transfert des créances garanties par gage immobilier n'étant pas obligatoirement inscrit au RF, la bonne foi attachée au RF à teneur de l'art. 973 CC ne s'étend pas aux indications contenues dans le registre des créanciers » (Jenny : Der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach dem schweizerischen ZGB, p. 39, cité par Gonvers-Sallaz dans son commentaire de l'ORF, ad art. 66 n. 10). Le registre des créanciers « joue le rôle d'un livre d'adresses ». « Les créanciers soucieux de leurs intérêts ne manqueront pas de demander leur inscription

au registre des créanciers », puis leur radiation le jour venu (par suite de remboursement p. ex.).

Concernant la cédule hypothécaire de registre, l'inscription du créancier au registre foncier est par contre obligatoire. Le créancier qui ne peut se légitimer par l'inscription au grand livre doit prouver, par un titre d'acquisition qu'il a acquis son statut de créancier avant l'inscription au registre foncier (art 104 ORF).

5. La radiation du gage immobilier au registre foncier

Le fondement juridique de cette opération est énoncé à l'art. 964 CC: « Les radiations ... ne peuvent être faites que sur la déclaration écrite de ceux auxquels l'inscription confère des droits ».

Pour le registre foncier, il faut donc une réquisition de radiation signée par le créancier; il existe une formule officielle à cet effet, où la signature du propriétaire est également requise (ce qui évite au conservateur d'aviser le propriétaire conformément à l'art. 969 CC).

Précisons que la simple quittance sur titre n'équivaut pas à une réquisition de radiation.

En ce qui concerne les cédules hypothécaire sur papier, l'art. 855 CC et l'art. 152 ORF. disposent que le titre ne peut être radié qu'après sa cancellation, ou son annulation par le juge. La cédule doit donc être remise au conservateur pour sa radiation.

Sur la réquisition de radiation doivent figurer obligatoirement la signature du créancier ainsi que celle du propriétaire de l'immeuble grevé.

La production du titre est obligatoirement pour la radiation d'une cédule hypothécaire sur papier et d'une obligation hypothécaire au porteur. Pour les hypothèques nominatives, cette production est recommandée, en vue d'éviter toute confusion. A défaut, il incombe au propriétaire grevé requérant d'établir par tous moyens que la créance est éteinte (art. 976 CC). La radiation d'une cédule hypothécaire de registre s'opère sur la base d'une réquisition signée par le créancier inscrit et le propriétaire (art 964 CC)

6. Le rang des gages immobiliers (v. Tuor p. 591 ss et 542 ss)

Le principe de base est exprimé à l'art. 972 CC: les droits réels limités de diverse nature (servitudes, charges foncières, gages immobiliers, annotations) prennent rang selon la date de leur inscription au RF: c'est le principe de la priorité du temps, qui s'exprime par l'adage latin « Prior tempore, potior jure ». L'effet de l'inscription au feuillet remonte à la date de l'inscription au journal.

6.1 Rang des gages immobiliers entre eux

En principe, chaque créancier hypothécaire a le droit, jusqu'à concurrence du montant de sa créance, d'être payé sur la totalité du prix de vente obtenu lors de la réalisation par l'office des poursuites (ventes aux enchères publiques). « Cependant, s'il existe plusieurs gages successifs, l'un limite nécessairement l'autre. Il faut alors que s'établisse un certain ordre », en ce sens que les créanciers dont le gage est antérieur puissent être payés les premiers, les suivants devant se contenter du solde. S'il y a plusieurs gages immobiliers inscrits sur un immeuble, ils obtiennent en principe des rangs différents: le premier gage inscrit obtient le 1er rang; le 2ème gage obtenant le 2ème rang, et ainsi de suite, sauf convention contraire. « Le prix obtenu sert à désintéresser les créanciers dans l'ordre de leur rang; l'excédent éventuel revient au propriétaire du gage, éventuellement à la masse en faillite. Les créanciers de même rang concourent au marc le franc (art. 817 al. 2 CC), c'est-à-dire qu'ils reçoivent, si la somme qui leur revient ne suffit pas à les désintéresser tous, une part proportionnée au montant de leur créance. » (Tuor p 577).

6.1.1 Cases fixes

Le CCS a choisi le système dit des cases fixes: la radiation d'un gage immobilier ne modifie pas le rang des gages postérieurs. On a comparé ce système aux livres rangés sur le rayon d'une bibliothèque; si on retire un volume, la place reste vacante, la case devient libre et on peut la remplacer par un autre livre. Donc, en cas de remboursement d'un gage, le propriétaire peut en constituer un nouveau dans le même rang que celui qui a été radié, sans consulter les titulaires des droits postérieurs.

« Un gage immobilier peut être d'emblée créé en 2ème ou 3ème rang, ou en rang postérieur, sans qu'il existe aucun droit de gage antérieur » (Tuor p. 595). On crée ce qu'on appelle une « case réservée » (cf. art. 813 CC). « Ce système permet p. ex. au propriétaire d'offrir à un créancier personnel, voir éventuel, une garantie en rang postérieur, en 2ème ou 3ème rang et de conserver au contraire entre ses mains les premières cases, qui représentent la plus grande valeur de l'immeuble, afin de les négocier lorsque l'occasion s'en présente ».

6.1.1.1 Exceptions au système des cases fixes (il y en a deux)

- 1) « Les parties peuvent convenir que, lorsqu'une case deviendra libre, le gage avancera en rang. Pour qu'elle produise tous ses effets et soit opposable aux tiers, la clause envisagée doit être stipulée en la forme authentique et être ensuite annotée au RF (art. 814 al. 3 CC) » (Tuor p. 595). Cette clause « pcl » (profit des cases libres), constitue le système dit de l'avancement des droits de gage. « On a comparé ce mécanisme à une pile de livres. Si l'on retire de dessous la pile l'un des volumes, tous les autres descendent d'eux-mêmes par l'effet de la pesanteur. L'extinction des gages de rang antérieur profite toujours aux créanciers hypothécaires de rang postérieur. Le propriétaire ne peut rien mettre à la place du gage disparu; s'il veut créer un nouveau droit de gage, il doit lui assigner le

dernier rang après tous les gages immobiliers existants ». (Tuor p. 593). Ce système du pc1 est devenu une clause de style dans tous les actes hypothécaires de tous les cantons romands et au Tessin. En Suisse allemande, on s'en tient au système dit des cases fixes.

Remarquons que sur le plan pratique, dans le canton de Vaud, les registres fonciers procèdent à l'avancement automatique des gages bénéficiant de la clause pc1. Mais théoriquement, selon les auteurs ayant étudié la question, le droit de pc1 devrait être exercé par son bénéficiaire, et le registre foncier ne devrait agir que sur la base d'une réquisition signée par ce dernier, et acceptée par le propriétaire grevé.

- 2) Au moment de la réalisation du gage, que faut-il faire lorsqu'il y a une case vide, ou lorsqu'un titre hypothécaire au porteur est entre les mains du propriétaire débiteur, qui n'a pas eu l'occasion de le négocier? Selon Tuor, qui analyse la portée de l'article 815 CC : « on ne tient tout simplement pas compte, au moment de la réalisation, de la case libre; on ne tient pas compte non plus du titre qui est resté entre les mains du propriétaire, les créanciers postérieurs en rang occupent d'office la place vide; le prix correspondant leur est attribué selon leur rang ». (sic Tuor p. 596). Si le CCS avait adopté une autre solution, les grands bénéficiaires en auraient été la masse en faillite et les créanciers chirographaires, au préjudice des créanciers hypothécaires, ce qui n'aurait pas été satisfaisant sur le plan de l'équité.

6.2 Rang des gages immobiliers par rapport aux servitudes et aux autres droits (Tuor p. 542 & s.)

Entre les différentes sortes de droits réels, on peut concevoir un ordre, une hiérarchie: il existe un rang entre les servitudes et les droits de gage immobilier.

Lorsqu'un immeuble grevé d'une servitude (usufruit ou interdiction de bâtir p. ex.) est donné en garantie, le droit de gage frappe la chose dans l'état où elle se trouve au moment où il est constitué, la servitude étant donc opposable à créancier hypothécaire. Une servitude existante prime tout gage constitué ultérieurement sur le bien-fonds; l'objet du gage ne peut être réalisé que sous réserve du maintien de l'intégrité de la servitude. Mais qu'en est-il dans le cas contraire, lorsqu'un immeuble est d'abord donné en gage, et seulement ensuite grevé d'une servitude? Celle-ci doit-elle être absolument respectée? S'il en est ainsi, le créancier hypothécaire risquerait d'en éprouver un grave dommage, et parfaitement injustifié.

Le CCS admet que la constitution de nouvelles servitudes n'est pas interdite. L'art. 812 CC dispose même expressément que le propriétaire ne peut pas renoncer valablement à grever son immeuble d'autres droits réels. En revanche, la constitution de servitudes ou de charges foncières ne peut porter aucune atteinte aux droits d'un créancier hypothécaire antérieurement inscrit. Une servitude ou une charge foncière constituée sur un immeuble, sans l'assentiment des créanciers gagistes n'a d'effet

qu'en tant qu'elle ne porte pas préjudice aux droits de gage existants (p. ex. une servitude active ne porte aucun préjudice aux créanciers hypothécaires antérieurs en rang). En d'autres termes, le droit de gage antérieurement créé prime toute limitation ultérieure de la propriété. Il y a donc un rang des droits réels qui se règle selon la date de leur constitution. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 3 avril 1917, a déclaré que bien que la loi (art. 812 CC et 142 LP) ne mentionne que les servitudes et les charges foncières la règle du rang des droits réels s'applique aussi aux droits personnels annotés (p. ex. droit d'emption, de préemption, de réméré ou bail). Un droit personnel annoté qui exerce une influence défavorable sur la valeur vénale de l'immeuble doit être assimilé à une servitude passive (RO 43 III 140 = JT 1917 partie poursuite p. 114).

Ce principe du rang des droits réels par rapport aux gages immobiliers n'a de portée pratique qu'en cas de réalisation du gage, lorsque le produit de la vente ne suffit pas à désintéresser le ou les créanciers hypothécaires. Comment faut-il procéder dans cette éventualité? La réponse nous est fournie par l'art. 812 CC en relation avec l'art. 142 LP. C'est le système dit de la double mise à prix.

L'immeuble est tout d'abord mis aux enchères avec la charge nouvelle. Si une offre est faite qui couvre les droits de gage antérieurs, les choses en restent là: les créanciers hypothécaires n'ont pas été lésés par la charge nouvelle. L'immeuble est alors adjugé, grevé de la servitude. Il en est tout différemment lorsque l'offre la plus élevée ne permet pas de désintéresser les créanciers hypothécaires. La cause de ce découvert réside peut-être précisément dans la charge nouvelle qui a déprécié l'immeuble. C'est pourquoi les créanciers hypothécaires peuvent demander une seconde mise à prix. L'immeuble est alors offert dans l'état où il se trouvait avant d'être nouvellement grevé, donc sans la servitude. Cette manière de faire amènera probablement une offre supérieure. Celle-ci sera acceptée et l'immeuble sera adjugé après radiation de la servitude (sic Tuor p. 544)

En application des principes que nous venons de dégager, une règle très importante doit être systématiquement appliquée dans les registres fonciers; pour qu'un gage immobilier puisse être augmenté (il s'agit de l'augmentation de la case hypothécaire), il doit être obligatoirement postposé à tous les droits postérieurs qui en diminuent la valeur. Une autre solution, utilisée parfois pour les droits annotés (emption, pré-emption, baux à loyer, etc.) consiste à faire consentir les bénéficiaires desdits droits à l'augmentation de la case hypothécaire. La différence pratique est la suivante:

- la postposition du gage ne dépend que de son créancier et entraîne un changement de rang une fois pour toutes;
- le consentement dépend de tiers qui peuvent le refuser lors de chaque nouvelle augmentation du gage en cause, et n'entraîne aucune inscription dans les rangs qui demeurent; ce consentement est annexé à la réquisition augmentant le gage.

7. De quelques cas pratiques

7.1 Changement de créancier

Ainsi que nous l'avons vu, le créancier d'un gage immobilier a toujours la possibilité de céder sa créance à un tiers, même sans le consentement du débiteur (art. 864 CC).

Rappelons que l'inscription au RF n'est pas nécessaire pour valider la cession des créances garanties par gage immobilier, sous réserve du cas particulier des cédules hypothécaires de registre.

En revanche, les créanciers d'hypothèques ou de cédules hypothécaires papier peuvent toujours, et ils devraient toujours, se faire inscrire au registre accessoire dit « registre des créanciers », qu'ils soient créanciers nominatifs, porteurs ou au bénéfice d'un nantissement (créancier nanti). De même, ces créanciers ne devraient pas omettre de faire radier leur nom au RF lorsqu'ils ne sont plus au bénéfice de la créance hypothécaire (par suite de remboursement p. ex.).

7.2 Changement de débiteur

En cas de vente d'une parcelle grevée d'un gage immobilier, il arrive très fréquemment que l'acquéreur reprenne une dette hypothécaire à la décharge du vendeur.

Si l'acquéreur s'est chargé de la dette, le débiteur primitif est libéré, à moins que le créancier ne lui déclare par écrit, dans l'année qu'il n'entend pas renoncer à ses droits contre lui (art. 832 al. 2 CC).

L'art. 834 CC précise encore que si l'acquéreur se charge de la dette, le conservateur du RF en avise le créancier. Celui-ci doit faire sa déclaration dans l'année à compter de cet avis. (Il existe des formules officielles de reprise de dette, pour faciliter la tâche du conservateur).

Une observation très importante doit être formulée: le changement de débiteur n'est pas inscrit sur le titre par le conservateur. A la demande du créancier, le conservateur indique seulement le nom du nouveau propriétaire de l'immeuble grevé (qui est généralement le débiteur de la dette, mais pas nécessairement). Ce principe a été confirmé par le Tribunal fédéral dans un arrêt rendu le 27 septembre 1973, dans la cause Klein c. Département de justice du canton du Tessin (in RO 99 Ib 430 = JT 1975 I 240 et II 91). En voici un extrait: « En matière de cédule hypothécaire, ni le RF ni le titre ne précisent qui est le débiteur de la créance personnelle garantie par gage immobilier. Dès lors, aucun tiers ne peut être sûr que le nom énoncé dans la cédule corresponde au débiteur de l'obligation ».

« Le conservateur n'est pas tenu de remplacer le nom du précédent propriétaire par celui de l'acquéreur comme débiteur ». (sic in JT 1975 II 91/2).

7.3 Dégrèvement, extension et mutation de gage

Une parcelle n'est pas immuable; il arrive fréquemment que sa surface augmente, ou au contraire diminue. Que deviennent alors les gages qui la grèvent?

En cas de diminution de surface, par suite d'aliénation partielle de la parcelle grevée p. ex., le créancier hypothécaire doit intervenir obligatoirement et donner expressément son consentement pour la libération partielle de son gage; une réquisition de « dégrèvement » sera présentée au registre foncier en complément de la réquisition de transfert immobilier partiel.

Dans l'opération inverse, en cas d'augmentation de surface de la parcelle grevée, un acte authentique d'« extension de gage » devra accompagner la réquisition de transfert immobilier augmentant la surface de la parcelle grevée. Remarquons que comme la position du créancier hypothécaire est améliorée (puisque l'immeuble grevé a une surface plus grande qu'auparavant), l'intervention du créancier ne sera pas obligatoirement exigée: l'opération d'extension de gage pourra intervenir comme clause accessoire, mais obligatoire, dans l'acte authentique de transfert immobilier.

Lorsque les 2 opérations décrites ci-dessus interviennent simultanément, il se produit alors une « mutation de gage » (dégrèvement + extension de gage).

7.4 Modification de la créance

Une créance garantie par gage immobilier peut toujours être augmentée, réduite, ou reportée à son montant primitif (remploi de la créance). Le gage immobilier est alors adapté au capital de la nouvelle créance.

En cas d'augmentation de la dette et du gage, l'acte authentique est nécessaire, sauf pour reporter une cédule amortie à son montant primitif, ou pour augmenter une cédule créée au nom du propriétaire ou délivrée au propriétaire (titre au porteur) mais non émise, cas où la forme écrite est suffisante (art. 12 CO).

7.5 La novation

La novation telle qu'on la connaissait au sens de l'article 855 ancien CC, n'existe plus en temps que telle. De fait, la créance résultant de la cédule hypothécaire, sauf convention coexiste avec la créance issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur, alors que l'article 855 ancien prévoyait le contraire. La seule référence à la novation qui subsiste se trouve à l'art 116 CO. Il s'agit en fait d'un remplacement d'un ou de plusieurs titres par un ou plusieurs autres titres, l'avantage principal de cette conversion étant de nature pécuniaire (la radiation d'un ancien titre et la création d'un titre nouveau en remplacement étant facturé en principe sur une base ad valorem).

De fait la novation de l'art 116 CO suppose que les parties s'accordent sur l'extinction de la créance de base du fait de la naissance de la créance cédulaire, ce qui est en réalité rarement le cas, vu l'objectif régulièrement purement financier de l'opération.

Le gage conserve son rang primitif, sauf convention contraire (y compris en regard des autres droits inscrits sur l'immeuble). Si un seul titre vient à remplacer plusieurs anciens, c'est le rang le moins bon de ces anciens qui est déterminant.

Seule entre en ligne de compte la novation objective, soit celle où les parties d'origine restent les mêmes. Si les parties doivent aussi changer, cela entraîne la nécessité de créer un nouveau titre à la place de l'ancien.

7.6 Changement de rang

Un gage immobilier créé en 1er rang, p. ex., peut parfaitement être postposé à un autre gage immobilier et changer donc de rang (il passera p. ex. en 2ème rang).

De même un gage immobilier en 3ème rang, p. ex., peut avancer en 2ème rang s'il profite des cases libres et si la 2ème case hypothécaire est devenue vacante par suite de radiation du gage inscrit primitivement en 2ème rang.

7.7 Modification diverses

Les modifications du gage nécessitent la forme authentique, sauf pour les points accessoires (art. 12 CO) tels que consentement, postposition, radiation partielle ou réduction du capital et du gage, ou encore augmentation de l'intérêt recevable et de l'intérêt maximum. Sur ce dernier point, il convient de rappeler qu'en vertu de l'art. 818 al. 2 CC, l'élévation du taux de l'intérêt en dessus de 5 % nécessite le consentement des créanciers hypothécaires postérieurs.

1.	DEFINITION ET PRINCIPES GENERAUX	1
1.1	CONSTITUTION DU GAGE	2
1.2	IMPRESCRIPTIBILITE	2
1.3	ETENDUE DU DROIT DE GAGE.....	2
1.4	ETENDUE DE LA GARANTIE	3
1.5	ALIENATION DE PETITES PARCELLES.....	3
1.6	LA SPECIALITE DU GAGE QUANT A SON OBJET.....	3
1.7	DE LA POURSUITE EN REALISATION DE GAGE.....	4
1.8	L'ENGAGEMENT DES IMMEUBLES AGRICOLES.....	5
2.	LES FORMES DE GAGE IMMOBILIER	6
2.1	L'HYPOTHEQUE (DIE GRUNDPFANDVERSCHREIBUNG).....	6
2.2	LA CEDULE HYPOTHECAIRE (DER SCHULDBRIEF)	6
3.	LE NANTISSEMENT (CF. ART. 884, 888 A 893 CC).....	8
4.	LE REGISTRE DES CREANCIERS (ORF ART. 103 ET 104)	9
5.	LA RADIATION DU GAGE IMMOBILIER AU REGISTRE FONCIER.....	10
6.	LE RANG DES GAGES IMMOBILIERS (V. TUOR P. 591 SS ET 542 SS)	10
6.1	RANG DES GAGES IMMOBILIERS ENTRE EUX.....	11
6.1.1	<i>Cases fixes</i>	11
6.1.1.1	Exceptions au système des cases fixes (il y en a deux)	11
6.2	RANG DES GAGES IMMOBILIERS PAR RAPPORT AUX SERVITUDES ET AUX AUTRES DROITS (TUOR P. 542 & S.)	12
7.	DE QUELQUES CAS PRATIQUES	14
7.1	CHANGEMENT DE CREANCIER.....	14
7.2	CHANGEMENT DE DEBITEUR	14
7.3	DEGREVEMENT, EXTENSION ET MUTATION DE GAGE	15
7.4	MODIFICATION DE LA CREANCE.....	15
7.5	LA NOVATION	15
7.6	CHANGEMENT DE RANG.....	16
7.7	MODIFICATION DIVERSES	16

