

Master in Business Law  
1999 – 2001

MEMOIRE DE STAGE  
Présenté par Vesna Stanimirovic

***LA CEDULE HYPOTHECAIRE COMME GARANTIE DE LA  
BANQUE, EN PARTICULIER LE TRANSFERT DE PROPRIETE  
A TITRE DE SÛRETE***

## **I. INTRODUCTION**

Ce mémoire traite des différentes garanties que la cédule hypothécaire peut offrir à la banque.

Les aspects principaux des deux garanties traditionnelles, soit la remise en pleine propriété d'une cédule hypothécaire (garantie directe) et le nantissement d'une cédule hypothécaire (garantie indirecte), y sont passés en revue.

Le transfert de propriété aux fins de garantie bénéficie de considérations plus nombreuses et de développements plus détaillés, en raison du fait qu'il représente une garantie très prisée par les banques. Depuis quelques années, celles-ci exigent de plus en plus fréquemment que la propriété des cédules hypothécaires leur soit transférée à titre fiduciaire, afin de garantir leurs prêts immobiliers. En effet, les banques ont constaté, lors de la crise immobilière des années 1990, que le transfert de propriété fiduciaire des cédules hypothécaires constituait un mode de sûreté plus souple et plus avantageux que ne l'étaient les garanties directe et indirecte. A ce propos, le mémoire compare les différentes garanties les unes par rapport aux autres.

Finalement, le mémoire se propose d'aborder les conditions préalables à l'emploi des mesures d'exécution forcée, lorsque la banque fait usage de sa garantie et d'observer les différents aspects de ces mesures, suivant le mode de sûreté que la banque possède.

## **II. LA CEDULE HYPOTHECAIRE**

### **A. NOTION<sup>1</sup>**

La cédule hypothécaire peut être définie comme un papier-valeur qui incorpore une créance garantie par un droit de gage immobilier.

La cédule est un titre nominatif lorsqu'elle est créée au nom d'un créancier déterminé (un tiers ou le propriétaire de l'immeuble grevé); c'est un titre à ordre (art. 1145 ss CO).

Créée au porteur (le premier porteur peut être le propriétaire ou un tiers), la cédule est un titre au porteur (art. 978 ss CO).

---

<sup>1</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 243-248 ; Steinauer, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 290

Les règles générales sur les papiers-valeurs (art. 965 à 973 CO) lui sont en principe applicables. En vertu de l'art. 973 CO, les règles spéciales des art. 842 ss CC traitant notamment de la cédule hypothécaire ont le pas sur les règles générales régissant les papiers-valeurs.

La créance et le droit de gage forment un tout indissociable, car le papier-valeur incorpore à la fois la créance et le droit de gage.

Selon l'art. 842 CC, la cédule hypothécaire garantit une créance personnelle, c'est-à-dire que le débiteur répond aussi de cette créance sur tous ses biens.

La créance garantie, toujours d'un montant fixe, ne peut être assortie de réserves ou de conditions (art. 854 CC), ceci dans le but de favoriser la négociabilité du titre.

La cédule hypothécaire est également une reconnaissance de dette. Celle-ci est abstraite, en ce sens qu'elle n'énonce pas sa cause (art. 17 CO).

La constitution de la cédule hypothécaire donne naissance à une créance nouvelle, à savoir la créance qui résulte de la reconnaissance de dette que le débiteur exprime dans le titre. Elle éteint donc par novation l'obligation dont elle résulte (art. 855 al. 1 CC).

## **B. CONSTITUTION<sup>2</sup>**

### **1. *LE TITRE D'ACQUISITION***

La cédule hypothécaire peut être constituée de deux manières.

Elle peut l'être soit en faveur d'un tiers, soit c'est le propriétaire de l'immeuble qui la constitue à son nom pour la transférer par la suite.

Dans le premier cas de figure, le titre d'acquisition prendra la forme d'un contrat de gage immobilier. Par ce contrat, le constituant s'engage envers le créancier à constituer en sa faveur une cédule hypothécaire nominative ou au porteur et, de ce fait, de lui accorder un droit de gage sur l'immeuble désigné dans le titre hypothécaire en vue de garantir sa dette. De son côté, le créancier promet de remettre le titre au débiteur, une fois sa créance éteinte.

---

<sup>2</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 251-257 ; Steinauer, *Les droits réels*, Tome II, p. 215-218

La forme authentique est requise pour la valable conclusion de ce contrat (art. 799 al. 2 CC).

Dans la seconde hypothèse, le titre d'acquisition consiste dans la seule déclaration unilatérale du propriétaire de l'immeuble, qui exprime la volonté de grever son immeuble d'un gage au moyen d'une cédula hypothécaire. En effet, les qualités de propriétaire de l'immeuble grevé et de créancier gagiste sont réunies dans la même personne. Une simple réquisition d'inscription au registre foncier est donc suffisante.

## 2. *L'ACTE DE DISPOSITION*

Les droits de gages immobiliers volontaires prennent naissance par l'inscription au registre foncier. Cette inscription manifeste la volonté de l'aliénateur de transférer la propriété de la cédula, en exécution du titre d'acquisition. La réquisition d'inscription doit émaner du propriétaire de l'immeuble (art. 963 al. 1 CC). Ce dernier produira, lors de l'inscription, le contrat de gage en la forme authentique, si une telle convention a été conclue entre les parties, ou il joindra une réquisition écrite, si la cédula est constituée par déclaration unilatérale.

## 3. *LE TRANSFERT DE LA POSSESSION*

L'art. 856 al. 1 CC stipule qu'un titre sera délivré pour toute cédula hypothécaire inscrite au registre foncier. Le titre ne peut être délivré au créancier que si le débiteur et le propriétaire de l'immeuble ont donné leur accord (art. 857 al. 3 CC) et, pour cela, ils doivent le faire par écrit. Cette règle vise à protéger le débiteur.

# **III. LES PRINCIPAUX USAGES DE LA CEDULE HYPOTHECAIRE DANS LE DOMAINE BANCAIRE**

## **A. EN GENERAL**

Il existe principalement trois moyens de garantir une créance à l'aide d'une cédula hypothécaire.

Cette garantie peut prendre la forme d'un droit de gage immobilier en faveur d'un créancier déterminé ou au porteur (garantie directe), d'un droit de gage mobilier sur le titre (garantie indirecte) ou d'une garantie fiduciaire.

## **B. GAGE IMMOBILIER OU GARANTIE DIRECTE**

La banque, en octroyant un prêt au débiteur, peut recevoir en garantie de sa créance une cédule hypothécaire. Celle-ci peut être constituée spécialement à cet effet et devra respecter les conditions mentionnées ci-dessus pour sa valable constitution. Elle sera en principe créée au porteur, les cédules nominatives se faisant désormais très rares.

Le débiteur peut aussi transférer à la banque une cédule hypothécaire qu'il aura constituée antérieurement. On trouvera ci-dessous les conditions nécessaires au transfert de la cédule hypothécaire.

### 1. *CONDITIONS*

#### a) Le titre d'acquisition<sup>3</sup>

Le titre d'acquisition représente l'acte juridique qui a pour effet d'obliger le propriétaire d'une chose à en transférer la propriété à l'acquéreur.

C'est en vertu d'un contrat de garantie (qui ne nécessite le respect d'aucune forme particulière) que le débiteur transfère la propriété de la cédule hypothécaire à la banque en guise de garantie du prêt qu'elle lui accorde.

Le transfert étant causal, ce contrat devra être valable afin que le transfert de la cédule soit lui-même valable.

#### b) L'acte de disposition<sup>4</sup>

C'est le contrat de transfert par lequel le débiteur s'engage à transférer la possession de la créance incorporée dans le titre, assortie du droit de gage.

Quant à la forme requise pour ce contrat-là, elle dépend du type de la cédule hypothécaire. Si elle est au porteur, aucune forme particulière n'est à respecter, alors que si elle est nominative, la déclaration de transfert doit être faite par écrit : la cédule nominative est un titre à ordre et un endossement devra être opéré (art. 967 al. 2 et 1003 CO).

---

<sup>3</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 274

<sup>4</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 274-275

Quant au fond, le contrat doit remplir les conditions de validité ordinaires (art. 1 ss CO) et l'aliénateur doit avoir le pouvoir de disposer du titre<sup>5</sup>.

c) Le transfert de la possession

Pour que le transfert soit parfait, le titre doit absolument être transmis à l'acquéreur (art. 869 al. 1 et 868 al. 1 CC, 967 al. 1 CO).

Tous les modes de transfert de la possession sont valables, sous réserve des règles applicables à la constitution du droit de gage mobilier.

## 2. EFFETS

En premier plan, il est important de relever que la somme due par le débiteur ne peut être supérieure au montant inscrit sur la cédule hypothécaire.

L'art. 855 al. 1 CC prévoit que la constitution de la cédule « éteint par novation l'obligation dont elle résulte ». Les parties peuvent donc déjà être débitrice et créancière l'une de l'autre en vertu d'un rapport de base, par exemple un contrat de prêt, que la nouvelle créance née de la reconnaissance de dette figurant dans la cédule vient remplacer. D'après la loi, l'effet novatoire ne se produit que lors de la constitution de la cédule. Cependant, la doctrine considère qu'il y a novation également lors du transfert de la cédule (on applique l'art. 855 al. 1 CC par analogie)<sup>6</sup>. Le transfert du titre éteint donc aussi l'obligation initiale qui liait le débiteur de la cédule à l'acquéreur.

Le transfert de la cédule hypothécaire fait de l'acquéreur le titulaire de la créance incorporée dans le titre avec le droit de gage qui la garantit. L'acquéreur bénéficie aussi de la légitimation que lui confère la cédule.

Par ailleurs, l'inscription au registre foncier ainsi que le titre jouissent de la foi publique (art. 865, 866 CC), de sorte que l'acquéreur de bonne foi est protégé dans son acquisition et que le débiteur perd les moyens de défense qu'il avait jusque là en cas de non existence de la créance ou d'éventuelles exceptions ou encore lorsque le droit de gage immobilier n'a pas été valablement constitué.

Quant à l'exercice du droit du créancier, celui-ci ne peut le faire valoir que moyennant la présentation du titre (art. 868 al.1 CC)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A certaines conditions, l'acquéreur de bonne foi est protégé même si l'auteur du transfert n'avait pas le pouvoir de disposer : voir art. 935 CC (acquéreur de bonne foi d'un titre au porteur) et art. 1006 al. 2 CO (acquéreur de bonne foi d'une cédule nominative).

<sup>6</sup> Foëx, *Les gages immobiliers : constitution volontaire et réalisation forcée*, p. 119

<sup>7</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 269-270

Le débiteur n'est libéré que s'il paie à l'échéance entre les mains de la personne qui présente le titre et qui est légitimée par celui-ci (art. 966 al. 2 CO). Dans le cas contraire, le créancier a la possibilité d'engager une poursuite en réalisation de gage immobilier, afin de se payer sur le produit de la réalisation de l'immeuble, objet du gage.

### 3. AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE CE MODE DE SURETE

Le principal avantage de ce mode de sûreté consiste en la possibilité d'introduire directement une poursuite en réalisation de gage immobilier à l'encontre du débiteur, en cas d'inexécution à l'échéance. C'est une garantie plus grande que le simple nantissement d'une cédule hypothécaire, que l'on verra plus loin, car la titularité porte directement sur la créance incorporée dans le papier-valeur dont l'objet de la garantie est l'immeuble.

Lorsque le créancier hypothécaire acquiert la cédule hypothécaire, cette acquisition se fait en « pleine propriété », à savoir que l'acquéreur, dans sa position de propriétaire, pourrait librement disposer des droits ainsi acquis : il pourrait, en particulier, à son tour aliéner le titre hypothécaire ou accomplir sur celui-ci d'autres actes de disposition, par exemple transférer la cédule aux fins de garantie ou remettre le titre en nantissement<sup>8</sup>.

En bénéficiant de l'immeuble comme objet du gage, le créancier a, outre les droits sur l'immeuble même, des droits sur ses parties intégrantes et ses accessoires (art. 805 CC). Par ailleurs, le gage comprend également les loyers ou fermages courants depuis l'ouverture de la poursuite ou la déclaration de faillite du débiteur jusqu'à la réalisation de l'immeuble (art. 806 CC), ainsi que les indemnités d'assurances (art. 822 CC).

L'étendue de la sûreté offerte par le droit de gage immobilier comprend le capital, les frais de poursuite, les intérêts moratoires mais surtout, et c'est particulier aux droits de gage immobiliers, les intérêts conventionnels de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente, augmentés de l'intérêt courant depuis l'ouverture de la faillite ou du jour de la réquisition de vente jusqu'au jour de la vente (art. 818 CC). La sûreté s'étend aussi aux dépenses faites par le créancier pour parer à une dépréciation de l'objet du gage (art. 819 CC).

---

<sup>8</sup> Foëx, op. cit. sous note no 6, p.119

## C. GAGE MOBILIER OU GARANTIE INDIRECTE (cédule hypothécaire remise en nantissement)

Le nantissement est un droit accessoire qui dépend du droit principal qu'est la créance garantie. En vertu des art. 889 al. 1 CC et 114 al. 1 CO, le droit de gage s'éteint dès que la créance garantie n'existe plus et il suit cette créance lorsque celle-ci est cédée (art. 170 CO)<sup>9</sup>.

Pour sa valable constitution, les conditions ci-dessous doivent être remplies.

### 1. *CONDITIONS*

#### a) Le titre d'acquisition

Le titre d'acquisition est le premier élément nécessaire à la valable constitution d'un nantissement. Il se présente sous la forme d'un contrat de nantissement<sup>10</sup>, dans lequel le constituant s'oblige à créer le droit de gage et par lequel le créancier gagiste assume l'obligation principale de restituer l'objet grevé une fois le droit de gage éteint.

Il faut rigoureusement distinguer ce contrat du rapport juridique de base (généralement un contrat de prêt) qui donne naissance à la créance garantie.

Il faut relever que le nantissement répond au principe de causalité, en ce sens que la validité du titre d'acquisition est une condition nécessaire à la validité du nantissement.

La pratique bancaire a souvent recours à des contrats de gage préformulés et standardisés (voir annexe no 1) désignés souvent dans les termes d'acte de nantissement ou acte de gage. Ces contrats doivent contenir certains éléments nécessaires à la validité du nantissement.

En premier lieu, l'engagement du constituant de créer le gage doit y figurer<sup>11</sup>. On peut constater qu'UBS SA remplit cette condition dans les actes de nantissement qu'elle conclut (voir annexe précitée, préambule). Tel n'est pas toujours le cas. Certaines banques se limitent, dans leurs contrats standards, à indiquer uniquement que la banque est titulaire d'un droit de gage.

---

<sup>9</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 323

<sup>10</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 331 ; Foëx, *Sûretés et garanties bancaires*, p.130

<sup>11</sup> Foëx, op. cit sous note no 10, p.134-136

Ensuite, il importe de désigner l'objet grevé<sup>12</sup>. Il doit s'agir d'une chose mobilière prise individuellement et qui représente une valeur patrimoniale, par conséquent un objet réalisable. Force est de constater que la cédule hypothécaire, répondant à ces critères, se prête donc bien au nantissement. UBS SA a pour pratique de joindre à ses actes de gage un bordereau des valeurs remises en nantissement. Elle y désigne la ou les cédules nanties en indiquant également le montant de la créance qui y est incorporé (voir annexe susmentionnée, p. 3).

Le nantissement est un droit accessoire, qui dépend du droit principal qu'est la créance<sup>13</sup>. Il importe donc de désigner la créance qui doit être garantie. Néanmoins, l'aspect accessoire de la sûreté n'est pas aussi rigoureux que pour le droit de gage immobilier et le contrat peut prévoir que le gage garantira plusieurs créances déterminées ou déterminables. La banque fait d'ailleurs fréquemment usage de cette faculté, comme on peut le constater dans l'annexe (préambule). Il peut donc s'agir d'une créance future, conditionnelle ou éventuelle.

Mais, afin de ne pas contrevenir aux art. 2 et 27 CC, il faut préciser le cercle des créances devant être garanties. On doit convenir que le gage servira de sûreté aux créances découlant des relations d'affaires entre les parties et qu'il concerne uniquement les créances auxquelles les parties pouvaient et devaient raisonnablement penser.

#### b) L'acte de disposition

Il s'agit d'un contrat dans lequel le constituant du gage manifeste sa volonté de transférer la possession de la chose grevée en exécution du contrat de nantissement, ce que le créancier accepte<sup>14</sup>. Aucune forme particulière n'est à observer pour ce contrat.

Selon le principe de causalité, il n'est valable que si le contrat de nantissement est valable. Le constituant doit avoir en outre le pouvoir de disposer de la chose qu'il greève<sup>15</sup>.

#### c) Le transfert de possession

Selon l'art. 884 al. 3 CC, le nantissement « n'existe pas, tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose ». Il faut donc un transfert de possession qualifié<sup>16</sup>, c'est-à-dire que le constituant perde la maîtrise exclusive de

---

<sup>12</sup> Foëx, op. cit sous note no 10, p.137-140

<sup>13</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 323 ; Foëx, op. cit. sous note no 10, p.140-144

<sup>14</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 333

<sup>15</sup> L'art. 884 al. 2 CC réserve la protection du tiers acquéreur de bonne foi.

<sup>16</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 333-334

l'objet grevé et que le créancier détienne la maîtrise directe sur le gage. Le constitut possessoire est donc exclu.

## 2. *EFFETS*<sup>17</sup>

Le créancier gagiste n'a ni l'usage, ni la jouissance de la cédule hypothécaire remise en nantissement. Il n'acquiert pas la créance désignée dans la cédule hypothécaire. La créance garantie par le nantissement, distincte de celle incorporée dans le titre, peut de cette manière être future, éventuelle ou conditionnelle.

Le créancier peut, une fois sa créance devenue exigible et s'il n'a pas été désintéressé, procéder à la réalisation du titre et se payer sur le produit de celui-ci (art. 891 al. 1 CC). Le gage lui garantit le capital (de la créance causale), les intérêts conventionnels et moratoires, ainsi que les frais de poursuite (art. 891 al. 2 CC).

## 3. *AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE CE MODE DE SURETE*

Il est indéniable que le nantissement des cédules hypothécaires présente plusieurs avantages. Sa constitution est simple et ne requiert pas le respect d'une forme particulière. Il permet de garantir des engagements à court et à long terme. Le cercle des créances garanties peut être assez large, comme on l'a vu plus haut.

Néanmoins, une série d'inconvénients est liée à ce mode de sûreté.

En premier lieu, les parties courent le risque de voir le nantissement nul en vertu des art. 2 et 27 CC, si le cercle des créances garanties n'est pas assez déterminé et si, de ce point de vue, il paraît abusif.

Pour le créancier en particulier, la possibilité qui lui est offerte, en cas de non remboursement de sa créance échue, peut s'avérer insatisfaisante et même compliquée. En effet, comme on l'a vu ci-dessus, dans une situation pareille, le créancier qui n'est pas désintéressé peut réaliser l'objet du gage. Lors du nantissement d'une cédule hypothécaire, le droit de gage porte sur le titre même et en aucun cas sur la créance incorporée dans le papier-valeur, ni d'ailleurs sur l'immeuble<sup>18</sup>. Le créancier devra donc introduire une poursuite en réalisation de gage mobilier qui aboutira à la réalisation du titre. Or, le titre peut ne pas trouver d'acquéreur ou, en cas d'acquisition, ne désintéresser le créancier que dans une moindre mesure. Pour parer à cette éventualité, ce dernier peut se porter acquéreur du titre et obtenir ainsi un droit réel sur la créance et l'immeuble, objets de la cédule.

---

<sup>17</sup> Foëx, op. cit. sous note no 10, p.151-152

<sup>18</sup> Steinauer, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, p. 291

Il le fera seulement si les circonstances pour une telle acquisition sont propices (voir chapitre IV, partie A et annexe no 3). Il pourra ensuite introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier, qui lui permettra de se payer sur le produit de la réalisation de l'immeuble. Mais, comme on peut le constater, le créancier doit d'abord engager une poursuite en réalisation de gage mobilier (à moins qu'il ne se soit réservé le droit de faire valoir la créance incorporée dans le titre pour pouvoir introduire directement une poursuite en réalisation de gage immobilier, voir note no 21), devenir propriétaire du titre, puis introduire une autre poursuite mais dans ce cas en réalisation de gage immobilier. Cette manière de procéder est compliquée et très longue.

Lorsque le créancier introduit une réquisition de poursuite à l'encontre du débiteur, ce dernier a la possibilité de former opposition au commandement de payer qui lui est notifié (art. 74 ss LP). Pour lever cette opposition, le créancier doit être au bénéfice d'une reconnaissance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé (art. 82 LP). Il est admis par la jurisprudence que la cédule hypothécaire, étant par essence une reconnaissance de dette, vaut titre à mainlevée en faveur du porteur<sup>19</sup>. Or, le bénéficiaire d'un droit de gage mobilier sur une cédule hypothécaire n'est pas titulaire de la créance incorporée dans le titre. Il ne jouit précisément que d'un droit réel limité sur ce titre. Par conséquent, la cédule hypothécaire ne vaut pas reconnaissance de dette au profit du titulaire d'un droit de gage mobilier<sup>20</sup>. Il s'agit là d'un autre point faible du nantissement de la cédule hypothécaire<sup>21</sup>.

Le débiteur de la dette garantie par le gage mobilier encourt un risque important, car l'existence de deux droits de gage (le gage mobilier constitué sur la cédule et le gage immobilier constitué par la cédule) a pour corollaire une double procédure en réalisation forcée qui, dans certains cas, peut aboutir à des résultats choquants (voir chap. IV sur la réalisation, partie A).

Cependant, il peut arriver que le constituant du gage, nantissant la cédule qui le désigne débiteur de la dette qui y est incorporée, garantisse la dette d'un débiteur tiers. Il risque de subir, lui aussi, un inconvénient majeur. En effet, à l'issue de la

---

<sup>19</sup> Voir ACJ du 23 juin 1994 V. c. Banque X, ACJ du 23 juin 1994 SI X c. Banque Y, ACJ du 14 avril 1994 Banque X c. P. Ces arrêts se réfèrent en général tous à Panchaud/Caprez, *La mainlevée d'opposition*, 2<sup>e</sup> édition, 1980, §17 n. 22 et §53 n. 11. Lors de mon stage, je me suis souvent référée à cet ouvrage à l'occasion de rédaction de requêtes de mainlevée, notamment aux paragraphes précités, lorsque la banque avait accordé un crédit garanti par une ou plusieurs cédules hypothécaires.

<sup>20</sup> Favre/Liniger, *Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée*, p. 104-105

<sup>21</sup> Pour éviter les inconvénients liés au fait qu'être au bénéfice d'une cédule nantie ne donne aucun droit réel sur la créance incorporée dans le titre ni sur l'immeuble, le créancier peut se réserver contractuellement la possibilité de faire valoir comme propriétaire les droits rattachés aux cédules. Une telle clause, qui étend les droits du créancier gagiste, lui permet dès lors de dénoncer la cédule au remboursement et ainsi de faire valoir la créance incorporée dans le titre donné en gage. Il peut ainsi directement introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier, sans devoir au préalable requérir une poursuite en réalisation de gage mobilier. Cette clause est admise par la jurisprudence à condition d'être valablement intégrée au contrat (voir ATF 64 II 415, ATF du 24.02.1998).

procédure en réalisation de gage mobilier, il est certes subrogé aux droits du créancier (art. 110 ch. 1 CO) et possède de ce fait une créance ordinaire à l'encontre du débiteur<sup>22</sup> ; mais, d'autre part, le nouvel acquéreur du titre détient une cédule hypothécaire qui déclare le constituant du gage débiteur du montant figurant dans le titre et garanti par un immeuble. Il s'expose donc non seulement à perdre le titre hypothécaire, mais encore à devoir s'acquitter de la dette qui y est incorporée, avec le risque s'il ne le fait pas, de voir l'immeuble réalisé.

## **D. LE TRANSFERT DE PROPRIETE A TITRE DE SURETE DES CEDULES HYPOTHECAIRES**

### **1. GENERALITES**

Le transfert de propriété aux fins de garantie (fiducie mixte ; *die Sicherungsübereignung* ; *fiducia cum creditore*) est un contrat par lequel un débiteur (ou un tiers) (le fiduciaire) transfère au créancier (le fiduciaire) la propriété d'une chose mobilière (marchandises, titres au porteur ou à ordre etc.) en garantie d'une créance ou plusieurs créances, le créancier prenant de son côté l'engagement personnel de ne pas faire de cette propriété un usage allant au-delà de ce qu'exige la garantie, et en particulier de restituer la chose une fois que la créance garantie aura été exécutée<sup>23</sup>.

Cette construction juridique est une création de la pratique bancaire, qui poursuit un but analogue au nantissement, à savoir un moyen de remboursement dans les opérations de prêt, mais représentant cependant une meilleure garantie pour la banque, puisque celle-ci acquiert la propriété du titre et non simplement un droit réel limité.

Ce mode de sûreté est pleinement reconnu par la doctrine et la jurisprudence et, comme on le verra ci-dessous, il ne constitue ni une simulation, ni une fraude à la loi et ne contrevient point au *numerus clausus* des droits réels.

### **2. NATURE JURIDIQUE**

Le transfert de propriété à titre de garantie constitue un acte fiduciaire. Le créancier fiduciaire, à savoir la banque, acquiert du débiteur fiduciaire la propriété fiduciaire de la cédule hypothécaire.

---

<sup>22</sup> ATF 108 II 188 = JT 1986 II 546

<sup>23</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 306 ; Zobl, *Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen*, p. 283

Cette propriété fiduciaire n'est pas une sorte particulière de propriété, il faut l'entendre comme une pleine propriété tout à fait traditionnelle<sup>24</sup>. La doctrine et la jurisprudence considèrent que le fiduciaire est donc pleinement propriétaire du titre. En vertu de l'acte fiduciaire, il est soumis à des restrictions. Cependant, ces restrictions sont de nature contractuelle et ne concernent que les rapports internes qu'il possède avec le fiduciaire.

Quant aux rapports externes, le fiduciaire, propriétaire de plein droit de la cédule, n'est en rien limité. Les limites élaborées dans le cadre des rapports internes ne peuvent présenter d'effets opposables aux tiers, sous peine de violer le principe du *numerus clausus* des droits réels<sup>25</sup>.

Quant à la créance garantie, elle résulte d'un rapport de base établi par la banque et son client. Il peut s'agir d'un prêt hypothécaire, d'un contrat de compte-courant, etc. C'est ce rapport de base qu'on garantit en transférant à titre de sûreté la propriété de la cédule hypothécaire. Le transfert de propriété à titre de garantie et le rapport de base doivent être clairement distingués l'un de l'autre car ils constituent deux rapports de droit complètement indépendants l'un de l'autre. La créance incorporée dans le titre est abstraite, comme on l'a vu auparavant, et totalement indépendante de la créance causale.

Le transfert de propriété à titre de sûreté ne constituant donc pas une garantie de créance accessoire<sup>26</sup>, la créance garantie ressortant du rapport de base peut ne pas être encore déterminée au moment où l'acte fiduciaire, nécessaire au transfert de propriété, est conclu. Cette créance peut être diminuée et augmentée par la suite, elle peut même être remplacée par une créance différente<sup>27</sup>. Par ailleurs, il peut s'agir de diverses sortes de créances : échues ou non, conditionnelles, futures, etc.

Le fait que la garantie offerte par le transfert de propriété fiduciaire ne constitue pas un droit accessoire de la créance a aussi pour conséquence qu'en cas de cession de la créance garantie, la garantie que constitue le titre ne passe pas automatiquement au cessionnaire conformément à l'art. 170 CO.

En effet, il y a entre le fiduciaire (débitrice) et le fiduciaire (banque) un rapport de confiance particulier qui existe en vertu de la convention fiduciaire. Celle-ci prévoit que le fiduciaire accepte de transférer la propriété du titre au fiduciaire et que ce dernier s'engage, de son côté, à la lui restituer une fois la créance éteinte. Or, ce rapport de confiance n'existe pas entre le fiduciaire et le cessionnaire. La garantie

---

<sup>24</sup> Zobl, op. cit., p. 284

<sup>25</sup> Zobl, op. cit., p. 284

<sup>26</sup> Zobl, op. cit., p. 285; de Gottrau, *Sûretés et garanties bancaires*, p.179; Vollenweider, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, p. 67-71

<sup>27</sup> Vollenweider, op. cit., p.67-68

passé au cessionnaire uniquement si le débiteur est consentant. Dans le cas contraire, le fiduciaire reste le propriétaire du titre<sup>28</sup>.

Le même principe vaut en cas de reprise de dette.

Le tiers, avec l'accord de la banque, peut devenir son nouveau débiteur en lieu et place de l'ancien. Dans ce cas également, la garantie que représente le titre hypothécaire ne passe pas, sauf accord exprès du débiteur initial. Ce dernier est dans cette hypothèse habilité à réclamer la restitution du titre<sup>29</sup>.

### 3. CONDITIONS

#### a) Le titre d'acquisition

L'acte fiduciaire (*Sicherungsabrede, Treuhandvereinbarung, pactum fiduciae*) est un contrat sui generis, qui n'est soumis à aucune forme particulière (art. 11 CO).

Du point de vue de sa fonction, il représente, à l'instar du contrat de nantissement, le fondement juridique du transfert de la propriété à la banque fiduciaire<sup>30</sup>.

Ce contrat fixe les droits et obligations respectifs des parties. Il constitue le cadre des rapports internes entre le débiteur fiduciaire et la banque fiduciaire. La banque acquiert, d'une part, la pleine propriété du titre sous l'angle des droits réels, mais, d'autre part, elle s'engage dans ce contrat à respecter les limites internes qui lui sont imposées dans l'usage de son droit de propriété.

La convention ne devra pas contredire les art. 27 CC, 19 à 21 CO et 287 ss LP, sous peine d'être frappée de nullité. Il va de soi qu'en cas de contrat fiduciaire nul, le transfert de propriété sera lui aussi sans effet (principe de causalité).

La convention fiduciaire règle essentiellement les points suivants<sup>31</sup> :

- obligation du fiduciaire de transférer la propriété au cessionnaire
- détermination de l'objet du transfert
- détermination de la créance garantie
- fixation des conditions dans lesquelles le fiduciaire devra restituer la sûreté
- mode de réalisation de la sûreté à l'échéance de la créance garantie

---

<sup>28</sup> Néanmoins, certains auteurs de doctrine (Zobl, op. cit., p.285, de Gottrau, op. cit., p. 179) estiment qu'il faut admettre que, sauf convention contraire passée entre le fiduciaire et le cessionnaire, le cédant est tenu de transférer l'objet de la garantie au cessionnaire.

<sup>29</sup> Vollenweider, op. cit., p.70-71

<sup>30</sup> Vollenweider, op. cit., p. 96 ss; Zobl, op. cit., p. 286-287; de Gottrau, op. cit., p. 180-181

<sup>31</sup> Vollenweider, op. cit., p. 96 ss; Zobl, op. cit., p. 286-287; de Gottrau, op. cit., p. 180-181

- modalités relatives à l'usage et à la conservation de la chose par le fiduciaire

En théorie, elle devrait comporter aussi l'engagement du fiduciaire de ne pas faire un usage excédant ce qui est nécessaire à la garantie de sa créance. UBS SA, en tant que principal intervenant en Suisse sur le marché hypothécaire, se laisse beaucoup de latitudes et incorpore, dans ses conventions, des clauses qui à certains égards donnent l'impression de dépasser le cadre nécessaire à la sûreté de sa créance. En annexe no 2, on trouve un modèle de convention qu'UBS SA utilise dans la pratique bancaire.

Ce contrat-type prévoit que les cédules, remises en pleine propriété à la banque, serviront à garantir l'exécution de toutes ses créances à l'égard du donneur de sûreté que ces créances découlent de contrats déjà conclus ou qu'elles procèdent des contrats qui viendront à être conclus dans le cadre des relations d'affaires déjà existantes et avec n'importe quelle succursale d'UBS SA (annexe no 2, Ch. 1, § 2).

En général, la banque désigne précisément dans la convention quelle(s) cédule(s) est (sont) transférée(s) à fin de garantie. L'objet de la garantie (la cédule) doit être déterminé ou au moins déterminable. La garantie entrant en force au moment du transfert de propriété, les parties pourraient prévoir que servent comme garantie des cédules non encore déterminées, mais seulement déterminables d'après des critères objectifs et subjectifs<sup>32</sup>. Mais reste la condition que la cédule doit toujours être individualisée (annexe no 2, Ch. 1, §1).

Souvent, la banque se réserve le droit de réaliser les titres de gré à gré ou d'exclure à son seul choix le « *beneficium excussionis realis* » du débiteur, en introduisant une poursuite ordinaire au lieu d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (annexe no 2, Ch. 4, §1 et 2).

Elle se réserve en particulier la possibilité de faire valoir, à la place des créances garanties, les créances incorporées dans les cédules, y compris les intérêts échus des trois années et les intérêts courus à un taux donné (annexe no 2, Ch. 2, §2 et Ch. 3).

En cas de pluralité de créances garanties, le contrat peut autoriser la banque à déterminer à quelle créance la sûreté sera affectée (annexe 2, Ch. 4, § 2).

Les parties peuvent librement aménager les modalités de dénonciation. En effet, convenir que l'échéance de la créance garantie (causale) rend la créance incorporée dans la cédule (abstraite) exigible est parfaitement possible (annexe no 2, Ch. 3).

Comme évoqué ci-dessus, en cas de cession de créance ou de reprise de dette, la garantie que représente le transfert fiduciaire des cédules hypothécaires ne passe

---

<sup>32</sup> Vollenweider, op. cit., p.100, voir aussi note no 45

pas au cessionnaire, ni respectivement au tiers repreneur. UBS SA prévoit cependant dans ses conventions que, dans de telles hypothèses, la garantie passe tout de même (annexe no 2, Ch. 6 et 7).

b) L'acte de disposition

C'est le contrat dans lequel le fiduciaire manifeste sa volonté de transférer la possession de la (des) cédule(s) hypothécaire(s) au fiduciaire en exécution du *pactum fiduciae*.

Le fiduciaire doit avoir le pouvoir de disposer du (des) titre(s).

Ce contrat n'est valable que si la convention de fiducie l'est aussi.

c) Le transfert de la possession

Le transfert de la possession se fait par tradition (au sens de l'art. 714 al. 1 CC). Il représente l'exécution du contrat de fiducie. Tous les modes de transfert admis pour le nantissement peuvent être utilisés. Il faut donc qu'il y ait transmission de la possession du fiduciaire au fiduciaire pour que le transfert de propriété à fin de garantie soit parfait<sup>33</sup>. Le constitut possessoire comme mode de transfert de propriété serait en théorie possible, mais, comme le titre hypothécaire reste en la possession du fiduciaire, le transfert de propriété ne serait par conséquent pas opposable aux tiers<sup>34</sup>.

Conformément aux art. 967 al. 1 CO et 869 al. 1 CC, la remise du titre est nécessaire pour le transfert de la créance constatée par une cédule hypothécaire au porteur. Si la cédule est nominative un endossement complet en faveur du fiduciaire devra en plus être opéré (art. 869 al. 2 CC).

Au moment de la conclusion du pacte fiduciaire, il se peut, comme on l'a constaté ci-dessus, que la cédule ne soit pas encore constituée. On peut se demander si un contrat de gage immobilier passé en la forme authentique est nécessaire, comme le prescrit l'art. 799 al. 2 CC. Il faut répondre par l'affirmative à cette question, puisque le preneur de sûreté acquiert la position d'un créancier hypothécaire tout à fait ordinaire du point de vue des rapports externes. Le constituant du gage doit dès lors s'engager par le biais d'un contrat de gage immobilier passé en la forme authentique et constituer un droit de gage immobilier. Pour ce faire, aucune mention du transfert de propriété fiduciaire n'est nécessaire<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Zobl, op. cit., p. 287; de Gottrau, op. cit., p. 183-184

<sup>34</sup> ATF 119 II 326 = JT 1995 II 87/90

<sup>35</sup> Zobl, op. cit., p. 289-290

La propriété fiduciaire sur la cédule hypothécaire n'existe que lorsque les conditions susmentionnées ont été respectées, à savoir lorsque un contrat de fiducie a été conclu entre les parties et une fois que le fiduciaire a été mis en possession du titre. Néanmoins, le preneur de sûreté peut, dès l'inscription de son droit de gage au registre foncier et avant même la prise de possession de la cédule, faire valoir les droits qui lui appartiennent en sa qualité de créancier hypothécaire, puisqu'en vertu des art. 799 al. 1 et 856 al. 2 CC, le droit de gage immobilier produit ses effets dès l'inscription<sup>36</sup>. En effet, le fiduciaire, est vis-à-vis des tiers, un créancier hypothécaire ordinaire. Dans les rapports externes, il n'y a aucune différence juridique entre la propriété fiduciaire et la propriété traditionnelle. Cette différence apparaît uniquement, comme on l'a vu, dans les rapports internes du fiduciaire et du fiduciaire.

#### 4. POSITION JURIDIQUE DES PARTIES

##### a) Sous l'angle des droits réels<sup>37</sup>

Du point de vue des droits réels, la banque fiduciaire devient seule propriétaire de la cédule et par conséquent seule titulaire de la créance abstraite qui y est incorporée. Comme telle, elle peut la revendiquer auprès de quiconque (donc même auprès du fiduciaire), conformément à l'art. 641 al. 2 CC.

Ayant tous les droits d'un propriétaire ordinaire, la banque fiduciaire pourrait en théorie disposer librement de l'objet. Elle pourrait ainsi en transférer la propriété ou conférer un droit réel limité sur le titre hypothécaire à un tiers, lequel serait protégé dans son acquisition qu'il sache ou non que l'aliénateur n'est propriétaire qu'à titre fiduciaire. C'est le principe de la relativité des rapports contractuels qui s'applique ici. En effet, la banque n'est limitée dans l'exercice de son droit de propriété que par la convention de fiducie et celle-ci ne concerne que les rapports internes des parties. Dans les rapports externes, la banque est la seule propriétaire du titre et est parfaitement en droit de l'aliéner.

C'est au seul créancier fiduciaire qu'il appartient de prendre toutes les mesures utiles à la sauvegarde de la propriété qu'il détient sur l'objet.

Il peut user de la chose et en percevoir les fruits.

Quant au débiteur fiduciaire, il a perdu tous ses droits réels sur la chose. Il ne peut notamment plus conférer à des tiers un droit de gage postérieur sur la chose, ni la revendiquer.

---

<sup>36</sup> Zobl, op. cit., p. 290

<sup>37</sup> Steinauer, op. cit., p. 308-309; Vollenweider, op. cit., p. 106-107; de Gottrau, op. cit., p. 185-186, 189; Zobl, op. cit., p. 288-289

## b) Sous l'angle du droit des obligations<sup>38</sup>

Bien que, du point de vue des droits réels, le créancier soit devenu un propriétaire ordinaire de la cédule, le transfert de propriété n'est destiné qu'à garantir une créance<sup>39</sup>. Le contrat de fiducie a pour double fonction, comme on l'a déjà signalé, de fonder ce transfert de propriété, mais aussi d'imposer au créancier fiduciaire toute une série d'obligations personnelles qui définissent la manière dont il doit faire usage de son droit de propriété. Ce n'est qu'à défaut d'un tel contrat que certaines dispositions du mandat<sup>40</sup> et du nantissement<sup>41</sup> sont applicables par analogie.

La convention devrait contenir l'engagement du fiduciaire de ne pas aliéner ni engager la chose avant le moment fixé pour l'exécution de la créance et, en cas de violation de cette clause, le devoir de réparer l'intégralité du dommage causé (art. 890 al. 2 CC par analogie, art. 97 CO). Cependant, la convention d'UBS SA prévoit la possibilité de transférer à un tiers ses droits et obligations découlant des contrats de crédit avec leurs garanties (annexe no 2, ch. 8).

Surtout, le fiduciaire s'engage à restituer la chose au fiduciaire après l'extinction de sa créance (art. 889 CC par analogie) (annexe no 2, ch. 7).

Si à l'échéance ou à l'expiration du délai de dénonciation, le créancier fiduciaire n'est pas désintéressé, il peut se payer au moyen de la chose, en introduisant une poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 891 al. 1 CC par analogie).

Le produit de la réalisation servira à couvrir le capital, les intérêts conventionnels et moratoires, ainsi que les frais de poursuite (art. 891 al. 2 CC par analogie).

Le fiduciaire est tenu de restituer au fiduciaire le solde éventuel excédant le montant de la créance garantie et il n'est pas non plus autorisé à conserver le titre faute de

---

<sup>38</sup> Steinauer, op. cit., p. 309-311; Vollenweider, op. cit., p. 108-109; de Gottrau, op. cit., p. 186-189, 190; Zobl, op. cit., p. 289-290

<sup>39</sup> ATF 119 II 326 = JT 1995 II 87/90 : « Comme tous les actes 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. (...) En raison de la convention de garantie, il est obligé envers le fiduciaire de ne faire usage de cet excès de la faculté de disposer juridiquement que dans le cadre convenu ».

<sup>40</sup> D'après Vollenweider, op. cit., p. 55, l'art. 402 al. 1 CO traitant des obligations du mandant est applicable analogiquement au transfert de propriété à titre de sûreté.

<sup>41</sup> La plupart des auteurs de doctrine (notamment Vollenweider, op. cit., p. 54-55, de Gottrau, op. cit., p. 182-183) considèrent que les articles suivants du code civil traitant du nantissement sont applicables par analogie au transfert de propriété à titre de garantie : art. 884 CC (possession du créancier), art. 887 (engagement de la chose par le créancier qu'avec le consentement du constituant), art. 889 (restitution de la chose au débiteur lorsque le gage est éteint par le paiement), art. 890 (responsabilité du créancier en cas de dépréciation ou de perte de la chose), art. 891 al. 2 (droit du créancier de se faire payer sur le gage le capital, les intérêts conventionnels et moratoires, ainsi que les frais de poursuite), art. 892 al. 2 (obligation du créancier de rendre les fruits naturels de la chose au débiteur), art. 894 (interdiction du pacte commissoire).

Contra Foëx, in *Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière*, p. 125 ss

paiement. Une clause qui le permettrait serait nulle, car, d'après la doctrine majoritaire, l'interdiction du pacte comissoire (art. 894 CC) s'applique aussi par analogie à cette éventualité. Signalons encore que l'art. 816 al. 2 CC est également applicable dans le cadre de la garantie fiduciaire. Cet article concerne directement la créance incorporée dans le cédula et stipule que le créancier qui en est propriétaire n'a pas le droit de prévoir une clause qui l'autoriserait à s'approprier l'immeuble faute de paiement.

Quant à la situation juridique du débiteur fiduciaire, on relèvera simplement que ses droits et obligations sont les pendants de ceux assumés par la banque fiduciaire.

Reste à noter encore que le fiduciaire, malgré le transfert de propriété de la cédula hypothécaire, répond personnellement de la dette qu'il a envers la banque.

## 5. *DELIMITATIONS PAR RAPPORT AUX DROITS DE GAGE MOBILIER ET IMMOBILIER*

Ce travail traite principalement de trois sortes de sûreté que la banque utilise pour garantir les crédits qu'elle octroie. Il s'agit, comme on l'a vu, du transfert de propriété fiduciaire des cédulas hypothécaires, du gage immobilier sous la forme de cédula hypothécaire et du nantissement de cédulas hypothécaires. Ces trois formes de sûreté présentent plusieurs similitudes qu'il s'agit, dans cette partie du mémoire, de soulever, ainsi que des différences fondamentales sur lesquelles il est essentiel de s'arrêter.

### a) Les points communs

Les trois sortes de sûreté bancaire susmentionnées sont des sûretés réelles, que le créancier doit détenir en sa possession afin qu'elles soient opposables aux tiers.

Le principe de l'interdiction du pacte comissoire est valable pour les trois sortes de garantie, de sorte que le preneur de sûreté ne peut s'approprier l'objet de la garantie en cas d'inexécution du débiteur (art. 816 al. 2, art. 894 CC).

### b) Les différences

#### a) *Le transfert de propriété à titre de sûreté par opposition aux garanties directe et indirecte*

## *Rapport entre l'objet remis en garantie et la créance garantie*

La différence majeure distinguant les trois sortes de garantie se trouve dans le rapport qui existe entre la chose remise en garantie et la créance garantie.

La garantie fiduciaire est, comme on l'a déjà mentionné, de nature abstraite : le rapport fiduciaire existe donc indépendamment de la créance garantie et du rapport de base qui la fait naître<sup>42</sup>.

Il en va autrement pour les garanties directe et indirecte.

La garantie directe est une sûreté accessoire. En effet, la créance que l'on garantit est celle qui est incorporée dans le papier-valeur<sup>43</sup>. Comme on l'a déjà relevé, ce papier-valeur fait de la créance et du droit de gage qui la garantit un tout indissociable. Le droit de gage ne peut donc exister indépendamment de la créance qu'il garantit<sup>44</sup>.

Lors du nantissement d'une cédule hypothécaire, l'objet que l'on remet en garantie est une cédule hypothécaire qui va garantir une créance causale, découlant d'un contrat de prêt ou de compte-courant par exemple. Le nantissement est lui aussi accessoire, à savoir qu'il dépend de l'existence de la créance garantie. Néanmoins, l'application du principe de la spécialité est moins rigide lors de la constitution d'une garantie indirecte que lors de celle d'une garantie directe et, ce faisant, le lien accessoire qui existe entre la créance et sa garantie est affaibli. Ainsi, la remise d'une cédule hypothécaire en nantissement permet la garantie d'un cercle large de créances, pour autant qu'elles soient suffisamment déterminées ou déterminables. De ce fait, si dans ce cercle largement défini, une créance venait à ne jamais prendre naissance ou à disparaître, la validité du nantissement n'en serait pas pour autant remise en cause.

### *β) Le transfert de propriété à titre de sûreté et la garantie indirecte par opposition à la garantie directe*

#### *Objet de la garantie*

Pour commencer, il faut noter que l'objet de la garantie varie suivant que l'on se trouve en présence d'une propriété fiduciaire et d'un nantissement, d'une part, et, d'autre part, lorsque une garantie directe est constituée. En effet, lorsqu'on remet une cédule en propriété fiduciaire ou lorsqu'on la nantit, la garantie porte sur le titre lui-

---

<sup>42</sup> Vollenweider, op. cit., p. 116-117

<sup>43</sup> La banque peut avoir une créance contre son débiteur avant d'avoir choisi de la garantir au moyen de la cédule hypothécaire. Cette créance initiale s'éteint lors de la constitution ou lors du transfert du titre, destiné à la garantir. Il ne reste donc plus qu'une seule créance : celle du titre. Voir en plus note no 47

<sup>44</sup> Vollenweider, op. cit., p. 116-117

même (néanmoins, la position juridique du créancier par rapport à la créance incorporée dans la cédule n'est pas la même dans le transfert de propriété fiduciaire que dans le nantissement, voir lettre  $\gamma$ , *Position juridique du créancier*, p. 23).

Or, la garantie directe porte sur l'immeuble, objet de la cédule.

### *Désignation de l'objet remis en garantie*

Dans la convention de fiducie ou dans l'acte de nantissement, on peut prévoir que plusieurs cédules non encore déterminées mais déterminables serviront de garantie. En effet, l'objet de la garantie peut être déterminé au plus tard lors du transfert de la possession<sup>45</sup>.

Cependant, la garantie directe ne permet pas de faire la même chose. Celle-ci suppose que l'on définisse un immeuble déterminé qui garantit une créance déterminée, les deux étant incorporés dans un papier-valeur. Le créancier ne dispose que d'une seule garantie : l'immeuble déterminé dans le titre (principe de la spécialité du droit de gage quant à la créance garantie).

### *Sort de la créance de base*

Dans le nantissement et le transfert de propriété à titre de sûreté, la créance de base continue d'exister en parallèle au contrat de gage, réciproquement à la convention de fiducie.

En revanche, la constitution d'une cédule hypothécaire en garantie directe entraîne la novation (art. 855 al. 1 CC), de sorte que la création du titre fait disparaître la créance de base pour lui substituer celle incorporée dans le titre. Selon la lettre de l'art. 855 al. 1 CC, l'effet novatoire ne se produit que lors de la constitution de la cédule. Mais, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent cet effet aussi au transfert de la cédule<sup>46</sup>. Avec l'extinction de la créance de base, les exceptions, ainsi que les droits accessoires attachés à la créance disparaissent aussi<sup>47</sup>. Le but est, comme on l'a déjà relevé, le libre transfert du titre. L'effet novatoire ne se produit donc pas,

---

<sup>45</sup> Néanmoins, on ne voit pas comment en pratique le créancier se contenterait d'une vague détermination de l'objet de la garantie. En effet, il importe au créancier de savoir quel est l'immeuble qui garantit la créance incorporée dans le titre, ainsi que le rang de la cédule, car ce sont ces paramètres qui constituent la véritable valeur de la garantie. C'est pourquoi, il est rare que l'on ne sache pas, lors de la conclusion du contrat de fiducie ou de l'acte de gage quelle(s) cédule(s) sera (seront) transférée(s).

<sup>46</sup> Cf. Meier-Hayoz/Von der Crone, *Wertpapierrecht*, p. 127; Lareida, *Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht*, thèse, p. 58

JT 1995 II 126/127

<sup>47</sup> La banque qui, en vertu d'un contrat de prêt accordé au débiteur, se voit transmettre une cédule hypothécaire en guise de garantie directe, peut éviter l'effet novatoire de la manière suivante : il lui suffit de refaire le même contrat de prêt, que celui qui a disparu suite à la novation. En vertu de ce contrat, la banque pourra conserver les dispositions qu'elle avait prévues quant aux modalités du remboursement du prêt, de la dénonciation, etc., sans affecter le contenu ou l'étendue des droits constatés par le titre.

lorsqu'on nantit une cédule hypothécaire ou lorsqu'on la remet en propriété fiduciaire<sup>48</sup>.

### *Modification de la créance garantie*

Le transfert de propriété aux fins de garantie ne s'oppose pas à une modification de la créance causale, le rapport fiduciaire et le rapport de base ayant une existence propre et indépendante .

Quant au nantissement, il continue lui aussi à garantir la créance modifiée, lorsque les parties changent le contenu de la créance sans en altérer l'identité (augmentation ou réduction du montant garanti, par exemple)<sup>49</sup> ou bien, lorsqu'elles ont prévu un large cercle de créances devant être garanties.

La cédule hypothécaire sous forme de garantie directe n'est pas aussi flexible. On a relevé l'effet novatoire que produit la création ou le transfert d'une cédule, qui fait du contenu du titre le cadre juridique des rapports entre le créancier et son débiteur. La modification d'une cédule hypothécaire, comme sa constitution, exige un contrat en la forme authentique, dès qu'il s'agit d'une aggravation de la charge<sup>50</sup>. C'est le cas, lorsqu'on accroît le montant inscrit sur la cédule. Mais, lorsque la modification est un allègement, comme une réduction de la dette, elle s'opère sur simple déclaration écrite du créancier<sup>51</sup>.

Cependant, la banque est libre de s'écarter du cadre qui lui est fixé par le contenu de la cédule, en convenant de clauses particulières, sans pour autant modifier le titre et l'inscription au registre foncier. Il est vrai que la constitution ou le transfert d'une cédule hypothécaire éteint par novation l'obligation dont elle résulte, mais rien n'empêche la banque et son débiteur de prévoir d'autres dispositions qui assujettissent la créance à des conditions différentes de celles contenues dans la cédule<sup>52</sup>. De telles stipulations ne sont pas soumises au respect de la forme authentique (sauf si elles concernent les éléments objectivement essentiels du contrat de gage) et elles n'affectent pas les droits constatés par le titre, mais les conditions de leur exercice (modalités de remboursement de la créance garantie,

---

<sup>48</sup> Vollenweider, op. cit., p. 118; Zobl, op. cit., p. 286

<sup>49</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 326

<sup>50</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 267

<sup>51</sup> Steinauer, *Les droits réels*, Tome III, p. 267

Lorsque la modification est un allègement de la charge (réduction de la dette ou du taux d'intérêt inscrit, dégrèvement, postposition, paiement d'un acompte), l'art. 874 al. 1 permet au débiteur d'inscrire la modification au registre foncier, qui sera simultanément transcrite sur le titre. Le débiteur a intérêt de le faire, en raison de la protection de l'acquéreur de bonne foi (art. 865 et 866 CC). A défaut d'inscription au registre foncier et sur la cédule, les modifications ne sont pas opposables à l'acquéreur de bonne foi du titre, sauf pour les acomptes payés sous forme d'annuités (art. 874 al. 3 CC).

<sup>52</sup> Cour des poursuites et faillites vaudoise, 2.07.92, in JT 1995 II 126/127, Cour des poursuites et faillites vaudoise, 18.06.92, in JT 1995 II 62/63, ATF 197 III 97 (SJ 1997 526)

dénonciation de celle-ci, taux d'intérêt, etc.)<sup>53</sup>. Comme ces dispositions particulières ne figurent pas dans le titre, ni dans le registre foncier, elles n'ont donc d'effet qu'*inter partes* et ne lient pas l'acquéreur ultérieur du titre.

### *Genres de crédits garantis*

Les crédits à court et à long terme se prêtent à être garantis par le nantissement ou par la remise en propriété fiduciaire de cédules hypothécaires.

Quant à la garantie directe, elle ne paraît pas adéquate pour garantir les crédits de courte durée. Par exemple, dans le crédit en compte-courant, qui est un contrat bancaire de durée relativement limitée, le montant de la dette varie continuellement dans le respect de la limite de crédit maximale autorisée, alors que la dette incorporée dans le titre hypothécaire n'est pas a priori destinée à subir de variations.

### *Prescription de la créance garantie*

L'art. 807 CC dispose que « l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible ». La créance garantie par un droit de gage immobilier n'est donc pas soumise à la prescription.

Cette disposition ne s'applique pas à la créance causale garantie par le transfert de propriété fiduciaire d'une cédule hypothécaire, car l'art. 807 CC ne concerne que la créance constatée par le titre et c'est donc seule cette créance qui est imprescriptible.

La créance garantie par un nantissement, quant à elle, est soumise à la prescription en vertu de l'art. 140 CO, mais le créancier garde la possibilité de faire valoir sa sûreté nonobstant la prescription.

Une partie de la doctrine<sup>54</sup> propose d'appliquer l'art. 140 CO par analogie à la créance garantie par la remise en pleine propriété fiduciaire d'une cédule hypothécaire. Mais, en lisant l'article en question<sup>55</sup>, il me semble difficile de l'appliquer à la propriété fiduciaire des cédules hypothécaires, la note marginale et la lettre de l'article en question se voulant exclusives : elles ne concernent que les créances garanties par gage mobilier.

D'autre part, le fiduciaire dont la créance serait prescrite devrait, si on applique l'article précité par analogie, rendre la propriété de la cédule au débiteur, alors même

---

<sup>53</sup> Foëx, op. cit sous note no 6., p. 142

<sup>54</sup> Cf. Zobl, *Das Fahrnispfand. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB*, no 1403; Oftinger/Bär, *Das Fahrnispfand*, Systematischer Teil no 259; Vollenweider, op. cit., p. 73

<sup>55</sup> Art. 140 CO *L'existence d'un gage mobilier en faveur de la créance n'empêche pas la prescription de celle-ci, mais le créancier conserve le droit de faire valoir son gage.*

que la créance constatée par le titre dont il est le propriétaire est imprescriptible<sup>56</sup>. On constate donc que la proposition doctrinale de l'application analogique de l'art. 140 CO à la garantie fiduciaire n'a pas de fondement solide.

g) *Le transfert de propriété aux fins de sûreté et la garantie directe par opposition à la garantie indirecte*

*Position juridique du créancier*

Les créanciers fiduciaire et hypothécaire acquièrent tous deux la propriété sur la cédule hypothécaire, ils acquièrent la créance incorporée dans le titre. Et, s'ils ne sont pas désintéressés à l'échéance par le débiteur, ils peuvent dans ce cas introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier à l'encontre de celui-ci.

La position juridique du créancier gagiste, au bénéfice donc d'un droit de gage mobilier sur la cédule, est par essence différente. Ce dernier ne dispose que d'un droit réel limité sur le titre. Il n'a pas de droit « direct » sur l'immeuble désigné dans la cédule (à moins qu'il ne se le réserve expressément d'entente avec le débiteur) et doit par conséquent, lors de la réalisation forcée de l'objet remis en garantie, introduire une poursuite en réalisation de gage mobilier, qui, à bien des égards, pose un certain nombre de problèmes (voir chapitre IV, partie A).

*Etendue de la garantie*

Le transfert de propriété aux fins de sûreté et la garantie directe permettent une vaste étendue de la garantie en vertu de l'art. 818 al. 1 CC, en particulier grâce à son chiffre 3. L'art. 818 al. 1 ch. 1 et 2 permet de couvrir le capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires et le ch. 3 donne en plus la possibilité de prendre en compte les intérêts échus des trois dernières années qui précèdent la réquisition de vente ou l'ouverture de la faillite et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance (à savoir depuis la réquisition de vente ou l'ouverture de la faillite jusqu'à la vente de l'immeuble).

La remise d'une cédule hypothécaire en nantissement garantit au créancier, selon l'art. 891 al. 2 CC, uniquement le capital de la créance causale, les intérêts conventionnels et moratoires, ainsi que les frais de poursuite.

d) *Remarques complémentaires*

Pour ses attributs de souplesse et de flexibilité, les banques ont aujourd'hui recours, à quelques rares exceptions près, à la garantie fiduciaire. Néanmoins, le transfert

---

<sup>56</sup> Foëx, op. cit. sous note no 6, p. 130

des cédules hypothécaires en « pleine propriété », à savoir la garantie directe, ainsi que le nantissement des cédules hypothécaires conservent encore un certain champ d'application, dans la mesure où il s'agit d'anciens contrats de crédit.

La remise de cédules hypothécaires aux fins de garantie peut, d'un certain point de vue, présenter un inconvénient pratique considérable. En effet, le fiduciaire, sous réserve du droit de procéder à la réalisation privée, devrait théoriquement être tenu, en vertu du pacte de fiducie, de s'abstenir de disposer du titre remis en propriété fiduciaire. Or, il peut arriver que, pour une raison ou une autre, le fiduciaire désire se défaire de la propriété de la cédule ou qu'il soit amené à accomplir un autre acte de disposition sur celle-ci. A cette occasion, le fiduciaire devra au préalable obtenir l'accord du fiduciaire (toujours en vertu du *pactum fiduciae*) et cela peut engendrer des problèmes ou faire échouer l'opération. C'est la raison pour laquelle les banques, comme UBS SA, prennent la peine de prévoir, dans leurs conventions de fiducie, une clause qui autorise la transférabilité de la garantie (annexe no 2, ch. 8).

e) *Vue d'ensemble*

Pour conclure ce chapitre, voici un tableau qui schématise et résume les différentes caractéristiques des trois sortes de sûreté qui ont été traitées ci-dessus.

<b>Critères</b>	<b>Transfert de propriété à titre de sûreté</b>	<b>Garantie directe (gage immobilier ; art. 793 CC)</b>	<b>Garantie indirecte (gage mobilier ; art. 884 CC)</b>
<b>Sorte d'acte juridique</b>	Contrat de garantie	Contrat de garantie	Contrat de garantie
<b>Sorte de sûreté</b>	Sûreté réelle sous forme de propriété sur la cédule hypothécaire	Sûreté réelle sous forme de gage immobilier	Sûreté réelle sous forme de gage mobilier
<b>Dispositions légales</b>	Contrat innomé	Art. 793 ss CC	Art. 884 ss CC
<b>Objet de la garantie</b>	La cédule hypothécaire	L'immeuble	La cédule hypothécaire
<b>Propriétaire de la cédule hypothécaire</b>	Le fiduciaire	Le créancier hypothécaire	Le débiteur, le constituant du gage mobilier
<b>Désignation non précise de l'objet remis garantie</b>	Possible, mais très rare en pratique (voir note no 45)	Pas possible, en raison du principe de spécialité du droit de gage quant à la créance garantie	Possible, mais très rare en pratique (voir note no 45)

<b>Critères</b>	<b>Transfert de propriété à titre de sûreté</b>	<b>Garantie directe (gage immobilier ; art. 793 CC)</b>	<b>Garantie indirecte (gage mobilier ; art. 884 CC)</b>
<b>Possesseur de la cédule hypothécaire</b>	Le preneur de sûreté	Le preneur de sûreté	Le preneur de sûreté
<b>Désignation non précise de l'objet remis garantie</b>	Possible, mais très rare en pratique (voir note no 45)	Pas possible, en raison du principe de spécialité du droit de gage quant à la créance garantie	Possible, mais très rare en pratique (voir note no 45)
<b>Dispositions en rapport avec la réalisation</b>	Interdiction du pacte comissoire (art. 894 CC par analogie, art. 816 al. 2 CC)	Interdiction du pacte comissoire (art. 816 al. 2 CC)	Interdiction du pacte comissoire (art. 894 CC)
<b>Modes de réalisation</b>	Poursuite en réalisation de gage immobilier	Poursuite en réalisation de gage immobilier	En principe, poursuite en réalisation de gage mobilier (sous réserve de disposition spéciale permettant au créancier de s'en prendre directement à la créance du titre)
<b>Rapport entre l'objet de la garantie et la créance garantie</b>	La créance de base continue d'exister (abstraction)	Le rapport de base s'éteint par novation; Accessoriété très marquée entre le droit de gage immobilier et la créance garantie	Accessoriété entre la créance de base et le contrat de nantissement ; Relativisée par la doctrine et la jurisprudence qui admettent que la nantissement puisse garantir un cercle déterminé de créances

<b>Critères</b>	Transfert de propriété à titre de sûreté	Garantie directe (gage immobilier ; art. 793 CC)	Garantie indirecte (gage mobilier ; art. 884 CC)
<b>Modification de la créance garantie</b>	Possible	A pour conséquence une adaptation de la cédule, en cas d'augmentation du montant garanti sur le titre (respect de la forme authentique)	Possible, pour autant qu'un cercle de créances garanties ait été déterminé dans le contrat de nantissement
<b>Droit du débiteur en cas d'extinction de la créance garantie</b>	Prétention de nature contractuelle en restitution de l'objet remis en garantie	Prétention en restitution de nature réelle (actio rei vindicatio)	Prétention en restitution de nature réelle (actio rei vindicatio)
<b>Etendue de la garantie</b>	Art. 818 CC	Art. 818 CC	Art. 891 al. 2 CC
<b>Crédits garantis</b>	A court et à long terme	En général, à long terme	A court et à long terme
<b>Prescription de la créance garantie</b>	Art. 140 CO par analogie (selon la doctrine)	Imprescriptibilité (art. 807 CC)	Art. 140 CO

#### **IV. REALISATION**

Ce dernier chapitre est consacré aux aspects des mesures d'exécution forcée, selon le genre de garantie que la banque a à sa disposition, ainsi que de leurs effets.

On se penchera tout d'abord sur la poursuite en réalisation de gage mobilier, procédure d'exécution forcée qui intervient notamment, lorsque le créancier bénéficie d'un nantissement sur une cédule hypothécaire.

En second lieu, on examinera une autre mesure d'exécution forcée : la poursuite en réalisation de gage immobilier. Le créancier peut introduire cette poursuite, lorsqu'il détient la cédule en pleine propriété. A cet égard, on verra la condition préalable nécessaire à cette procédure, ainsi que les effets obtenus que l'on soit en présence ou non d'une convention fiduciaire.

Finalement, on analysera davantage la réalisation dans le cadre du transfert de propriété à titre fiduciaire des cédulas hypothécaires, sujet du présent mémoire, qui bénéficiera de développements plus détaillés, notamment quant à la situation respective du fiduciaire et du fiduciant dans la saisie et la faillite.

## **A. REALISATION FORCEE EN CAS DE GARANTIE INDIRECTE**

Le créancier, au bénéfice d'un nantissement sur une cédula hypothécaire comme garantie du crédit qu'il accorde au débiteur, peut, une fois sa créance devenue exigible et s'il n'est pas désintéressé, recourir aux mesures de réalisation forcée.

C'est par le biais d'une poursuite en réalisation de gage mobilier qu'il doit procéder, à moins qu'il ne se soit réservé, d'entente avec le débiteur, la possibilité de s'en prendre directement à la créance garantie par l'immeuble et d'introduire ainsi une poursuite en réalisation de gage immobilier (voir annexe no 1, Ch. 3)<sup>57</sup>.

A défaut d'une telle clause, le titulaire d'un droit de gage mobilier sur une cédula hypothécaire doit préalablement réaliser le gage mobilier et, lors de sa réalisation, s'il n'est pas totalement désintéressé et qu'il souhaite éviter la situation du simple créancier chirographaire, il peut se porter acquéreur du titre et devenir ainsi le titulaire de la créance qui y est incorporée, garantie par un immeuble. Une fois devenu créancier hypothécaire, il est habilité à agir par le biais d'une poursuite en réalisation de gage immobilier lui permettant de réaliser l'immeuble désigné dans le titre pour couvrir le montant de la créance incorporée dans la cédula.

Jusqu'à l'introduction de l'art. 156 al. 2 LP<sup>58</sup>, le débiteur encourait dans ce cas le risque de payer plus qu'il ne devait.

Un arrêt du Tribunal fédéral *Caisse d'épargne et de crédit SA c. Gaston von Gunten*<sup>59</sup> (13 avril 1989), illustre bien cette hypothèse. Dans cette affaire, la banque recourante avait acquis la propriété de la créance incorporée dans la cédula hypothécaire qui lui avait été remise en nantissement, lors d'une poursuite en réalisation de gage mobilier.

Dès lors, il fallait répondre à la question suivante : le produit de la réalisation subséquente du gage immobilier devait-il être imputé sur la créance en garantie de laquelle le gage mobilier sur la cédula avait été constitué?

---

<sup>57</sup> Cf. p. 10, note no 21

<sup>58</sup> La LP a été révisée. Munies de nombreuses modifications, elle est entrée en vigueur dans sa nouvelle version le 1<sup>er</sup> janvier 1997.

<sup>59</sup> ATF 115 II 149 = JT 1989 I 583

En effet, dans cette cause, la banque recourante avait acquis pour CHF 1000.00 la cédule qu'elle avait reçue en nantissement et avait obtenu, dans la réalisation de gage immobilier subséquente, la somme de CHF 290'818.95. La banque s'est opposée à imputer ce montant sur la créance résultant du prêt qu'elle avait accordé au débiteur.

La banque était sur le principe dans son droit. En effet, l'adjudicataire de la cédule hypothécaire acquiert la créance incorporée dans le titre. Que cette créance soit acquise par le créancier gagiste ou par un tiers, elle est indépendante du rapport juridique qui est à la base du nantissement. L'acquéreur peut donc la faire valoir, pour le montant nominal du titre, sans égard à ce qui était dû par le débiteur en vertu de ce contrat.

En donnant à la banque raison sur le principe, la Cour a néanmoins conclu qu'il se justifiait, en vertu du principe de la loyauté des affaires, que la banque impute le produit de la réalisation du gage sur la créance de base.

Le nouvel art. 156 al. 2 LP<sup>60</sup> régit les effets de la réalisation d'une cédule hypothécaire remise en nantissement. Une telle disposition était nécessaire pour éviter des résultats inéquitables pour le débiteur, puisqu'il est admis que le créancier gagiste n'a pas l'obligation d'imputer le produit de la réalisation de l'immeuble sur la créance garantie par gage mobilier. Cet article ne s'applique cependant qu'à la procédure de réalisation forcée et non lorsque le créancier est autorisé à procéder à la réalisation privée du gage.

Cette disposition a pour principal effet que le montant dû sur la base du titre est ramené au prix payé pour son acquisition. Une telle acquisition présentera généralement peu d'intérêt pour un tiers. En revanche, elle peut être intéressante pour le créancier gagiste, selon le rang où il se trouve une fois devenu le propriétaire du titre et suivant l'estimation de la valeur de l'immeuble. Cela pourrait l'inciter à se porter acquéreur de la cédule pour le montant de la créance en poursuite, éteignant ainsi la dette garantie par le droit de gage mobilier (exemples de différentes hypothèses fournis en annexe no 3). En devenant le propriétaire du titre, le créancier bénéficie d'une créance garantie par gage immobilier lui ouvrant la porte de la poursuite en réalisation de gage immobilier. En revanche, s'il n'y a pas d'acquéreur ou si la cédule est acquise à un prix inférieur à la valeur de la créance garantie par le nantissement, le créancier désintéressé à concurrence du montant ainsi obtenu n'aura, pour le solde qui lui reste dû, qu'une créance ordinaire.

---

<sup>60</sup> Art. 156 al. 2 LP *Les titres de gage créés au nom du propriétaire ou au porteur et donnés en nantissement par le propriétaire seront ramenés au montant du produit de la réalisation en cas de réalisation séparée*

## **B. REALISATION FORCEE EN CAS DE GARANTIE DIRECTE ET FIDUCIAIRE**

Lorsque la banque s'est fait transmettre la propriété de la cédule, sous la forme d'un droit de gage immobilier accompagné ou non d'une remise en pleine propriété fiduciaire, celle-ci peut introduire directement une poursuite en réalisation de gage immobilier.

Cependant, il y a une condition préalable à toute poursuite : la dénonciation de la créance incorporée dans le titre.

On s'efforcera aussi de répondre à deux questions importantes en pratique, à savoir quelle créance doit-on faire valoir lors de la procédure de réalisation forcée – la créance abstraite ou la créance causale - et quel montant la banque peut-elle invoquer en poursuite ?

### **1. LA DENONCIATION**

Selon l'art. 844 al. 1 CC, la cédule hypothécaire ne peut être dénoncée que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts. Cet article est de nature dispositif, en ce sens que le créancier et le débiteur peuvent tout à fait convenir d'un autre délai et d'un autre terme. Mais le droit cantonal peut émettre des restrictions impératives au sujet de la dénonciation des cédules hypothécaires (art. 844 al. 2 CC)<sup>61</sup>.

Si le débiteur de la cédule n'est pas simultanément propriétaire de l'immeuble, objet du gage, la dénonciation doit, dans ce cas, également intervenir auprès du propriétaire de l'immeuble, sans quoi le créancier ne pourra pas valablement faire valoir son gage (art 831 CC).

La dénonciation de la créance dérivant de la cédule hypothécaire est en outre indispensable au prononcé de mainlevée provisoire.

La dénonciation par la banque des crédits hypothécaires octroyés au débiteur ne saurait, en raison du caractère abstrait de la créance incorporée dans la cédule, suppléer au défaut de dénonciation de cette dernière<sup>62</sup>. Néanmoins, la banque, propriétaire à titre fiduciaire d'une cédule hypothécaire, peut, si la convention

---

<sup>61</sup> Le canton de Genève a fait usage de l'art. 844 al. 2 CC, en prévoyant que la dénonciation se fait moyennant un avertissement donné au moins six mois à l'avance et par écrit, sauf pour les cédules stipulées amortissables pour la totalité de leur montant (art. 83 LACC). Le canton de Vaud, quant à lui, n'a aucune exigence particulière quant à la dénonciation.

<sup>62</sup> Favre/Liniger, op. cit., p. 108 avec de nombreuses références à la jurisprudence de la Cour de Justice de Genève

fiduciaire prévoit que l'exigibilité de la créance causale entraîne l'exigibilité de la créance abstraite, s'abstenir de dénoncer la créance dérivant du titre<sup>63</sup>.

UBS SA, par souci de sécurité, s'efforce généralement de dénoncer au remboursement non seulement les montants dus en vertu du prêt hypothécaire, mais aussi les sommes contenues dans les titres, qu'elle soit en possession ou non d'un pacte fiduciaire (annexes nos 4 et 5).

## 2. CREANCE INVOQUEE DANS LA POURSUITE

Il est utile de rappeler que la banque, qui est au bénéfice d'une garantie directe, n'a qu'une seule créance : celle du titre. Comme on l'a vu, la banque peut régler les modalités d'exercice de la créance par le biais d'un contrat de prêt, qui vient simplement expliciter la relation de la banque avec son client, mais qui ne crée pas deux créances distinctes.

En revanche, lorsque la banque détient une cédule hypothécaire en propriété fiduciaire, elle possède deux créances différentes, l'une résultant du rapport contractuel de base qu'elle a avec son client, par exemple en vertu d'un contrat de prêt hypothécaire, et, l'autre résultant de la cédule, qui en quelque sorte vient doubler la première afin d'en faciliter et d'en garantir le paiement. Dès lors, on peut se demander quelle créance faut-il faire valoir lors d'une poursuite.

Il est, à mon sens, important d'établir quelle créance est garantie par le gage immobilier. La jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer, à plusieurs reprises, qu'il s'agissait de la créance incorporée dans le titre<sup>64</sup>.

Si l'on suit cette jurisprudence, lors de l'introduction d'une poursuite en réalisation de gage immobilier, il faudrait fonder la poursuite sur la créance incorporée dans le titre hypothécaire, puisque seule celle-ci est garantie par le gage immobilier (annexe no 6). Ce raisonnement s'applique aussi bien aux cédules qui sont remises en propriété « directe », qu'à celles qui sont remises en propriété fiduciaire.

Cependant, il n'est pas rare que les banques introduisent des poursuites en faisant valoir la créance découlant du prêt accordé au débiteur (annexe no 7). Par ailleurs, la pratique jurisprudentielle n'est pas toujours constante en la matière, puisqu'il arrive qu'elle admette que l'on fasse valoir la créance causale en poursuite à la place de la créance abstraite.

---

<sup>63</sup> CPF, Coopérative des ouvriers du bâtiment c. UBS SA, 15.06.2000

<sup>64</sup> Cour de cassation civile du Tribunal cantonal neuchâtelois, Union de Banques Suisses c/ Jacques Majtli et et Adolphe Tontini, 24.07.1996

Un arrêt vaudois récent<sup>65</sup> en donne un exemple. Dans cette affaire, UBS SA avait acquis en propriété fiduciaire plusieurs cédules hypothécaires dans le but de garantir le prêt qu'elle avait octroyé à son client. Elle avait intenté une poursuite en réalisation de gage immobilier en invoquant non pas les cédules comme titre de la créance dans le commandement de payer, mais seulement la créance causale, à savoir le contrat de prêt. La Cour des poursuites et faillites a affirmé que ce serait faire preuve de formalisme excessif que de refuser la mainlevée pour ce motif, la banque s'étant expressément référée à la créance garantie par la remise en pleine propriété de deux cédules hypothécaires.

### 3. MONTANT INVOQUE DANS LA POURSUITE

L'art. 818 CC garantit au créancier hypothécaire le capital, les frais de poursuite et les intérêts moratoires et, ce qui est intéressant dans la perspective du créancier, les intérêts conventionnels 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.

On peut distinguer trois situations :

- 1) La banque et son débiteur ont un contrat de prêt, qui représente ou bien un *addendum* au titre lorsqu'on est au bénéfice d'une garantie directe (à savoir qu'il ne contient que les modalités d'exercice de la créance et que, de ce fait, il ne constitue pas une créance distincte de celle issue du titre), ou alors, il représente une créance causale à part entière garantie par la remise en pleine propriété d'une ou plusieurs cédules, lors du transfert de propriété fiduciaire. Si la créance résultant de ce contrat est inférieure au montant nominal de la créance issue de la cédule, la banque n'intentera une poursuite que pour une somme équivalente à ce qui lui est effectivement dû en capital et intérêts en vertu du contrat de prêt<sup>66</sup>
- 2) La créance résultant du contrat de prêt (lequel constitue, selon la garantie dont le créancier est en possession, soit un *addendum*, soit une créance en soi distincte de la créance incorporée dans le titre) est supérieure au montant incorporé dans le titre, mais inférieure au montant maximal couvert par le gage immobilier. Dans ce cas, les intérêts conventionnels dus pour la créance issue du titre (art. 818 al. 1 ch. 3 CC) doivent être réduits de sorte que la banque ne réclame pas plus que sa créance effective<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Cf. note no 63

<sup>66</sup> Vollenweider, op. cit., p. 165; Zobl, op. cit., p. 292; de Gottrau, op. cit, p. 214

<sup>67</sup> Vollenweider, op. cit., p. 165; Zobl, op. cit., p. 292; de Gottrau, op. cit, p. 214-215

- 3) Enfin, la créance résultant du contrat de prêt peut être supérieure au montant nominal de la créance incorporée dans le titre augmentés des intérêts conventionnels ; dans cette hypothèse, la banque fera valoir dans sa poursuite l'intégralité de la créance incorporée dans le titre hypothécaire, ainsi que les intérêts couverts par le droit de gage (intérêts des trois années échus et intérêts ayant couru depuis la dernière échéance). Pour le solde de sa créance, la banque devra intenter une poursuite ordinaire contre le débiteur personnellement<sup>68</sup>.

Après avoir introduit la poursuite, le créancier reçoit de l'Office des poursuites un avis pour produire ses créances garanties par gages immobiliers, dans le cadre de la vente immobilière. La production, fournie en annexe no 8, illustre bien le fonctionnement de l'art. 818 CC.

## **C. CONSEQUENCES DES MESURES D'EXECUTION FORCEES SUR LA PROPRIETE FIDUCIAIRE**

### **1. FAILLITE DU FIDUCIANT**

#### **a) Sort de la cédule hypothécaire**

Lors du transfert de propriété, le fiduciaire a perdu la propriété sur le titre. Par conséquent, la cédule ne tombe pas dans la masse en faillite dès lors qu'il n'en est plus le propriétaire.

#### **b) Droits de la masse en faillite**

Dans la masse en faillite du fiduciaire, on trouve la créance en restitution du titre du fiduciaire<sup>69</sup>. Son exécution est conditionnelle : elle dépend de l'acquittement de la dette du fiduciaire à l'encontre du fiduciaire, pour laquelle le titre a été transféré en propriété fiduciaire.

---

Le débiteur qui doit une somme moindre en vertu du contrat de prêt (art. 855 al. 2 CC) que celle qui est incorporée dans la cédule peut refuser de rembourser le montant total issu de la cédule, dans l'hypothèse où le créancier l'exige (exception personnelle du débiteur, en vertu de l'art. 872 CC).

Dans le transfert de propriété à titre de sûreté, le fait que la banque ne réclame pas plus que ce qui lui est réellement dû découle en principe de la convention de fiducie.

<sup>68</sup> Vollenweider, op. cit., p. 165; Zobl, op. cit., p. 292; de Gottrau, op. cit., p. 214

<sup>69</sup> De Gottrau, op. cit., p. 190

La masse peut également s'acquitter de cette dette auprès du fiduciaire, et, ainsi, détenir une créance en restitution inconditionnelle (211 al. 2 LP)<sup>70</sup>.

c) Droits du fiduciaire

Rappelons-le, le fiduciaire possède deux créances indépendantes l'une de l'autre : la première résulte du contrat de prêt (créance causale) et la seconde de la cédula hypothécaire (créance abstraite).

L'ouverture de la faillite rend les dettes du failli exigibles (art. 208 al. 1 LP).

Si le fiduciaire est désintéressé avant que la cédula n'ait été réalisée (soit par le débiteur fiduciaire, soit par l'administration de la faillite), il doit restituer le titre à cette dernière<sup>71</sup>.

La banque a la possibilité de produire sa créance dans la faillite du fiduciaire selon deux méthodes distinctes :

*Méthode de la compensation*<sup>72</sup>

Avec cette méthode, on prend pour référence la créance causale au jour de l'ouverture de la faillite. Si elle est inférieure à la créance incorporée dans la cédula, cette dernière créance doit être colloquée pour un montant réduit comme une créance privilégiée, c'est-à-dire garantie par gage immobilier (annexe no 9).

En revanche, si la créance résultant du contrat de prêt est supérieure à celle découlant du titre, alors la première créance sera colloquée comme une créance garantie par gage immobilier pour la somme totale résultant de la cédula, tandis que la part excédentaire de la première créance sera colloquée en 3<sup>ème</sup> classe, comme une créance ordinaire.

*Méthode dite du cumul*<sup>73</sup>

En appliquant cette méthode, la créance causale et la créance abstraite sont colloquées séparément. La première est intégralement colloquée en 3<sup>ème</sup> classe comme une créance non garantie par gage, alors que la seconde est inscrite comme

---

<sup>70</sup> Cela vaut la peine, quand la valeur du titre est supérieure à la dette du débiteur fiduciaire.

<sup>71</sup> De Gottrau, op. cit., p. 191

<sup>72</sup> De Gottrau, op. cit., p.219; Zobl, op. cit., p.293

C'est la méthode qui est appliquée en Suisse romande et la seule, à mon sens, juridiquement correcte.

<sup>73</sup> De Gottrau, op. cit., p. 220; Zobl, op. cit., p.293-294

C'est une méthode abusive : le créancier tire parti du fait qu'il existe deux rapports de droit indépendants et ne tient pas compte de la finalité de la construction juridique que représente le transfert de propriété fiduciaire. En effet, la créance abstraite vient en quelque sorte doubler la créance causale pour en assurer le remboursement. Il est dès lors contraire au pacte fiduciaire de faire valoir séparément les deux créances dans leur totalité.

une créance garantie par gage dans l'état de collocation et dans l'état des charges de l'immeuble.

La banque se paiera sur le produit de réalisation de l'immeuble et versera, s'il y a lieu, l'excédent éventuel à la masse. Si, en revanche, la banque n'est pas pleinement désintéressée, le solde de sa créance sera colloqué en 3<sup>ème</sup> classe et bénéficiera des dividendes éventuels distribués par la masse. L'avantage de cette méthode réside dans le fait que la banque peut obtenir un dividende plus élevé, puisque celui-ci sera calculé sur l'intégralité du montant colloqué en 3<sup>ème</sup> classe et pas seulement sur la part non couverte par la réalisation de la cédule.

## 2. *FAILLITE DU FIDUCIAIRE*

### a) Sort de la cédule hypothécaire

Si le fiduciaire tombe en faillite, la cédule tombe dans sa masse puisque, en vertu du transfert de propriété, elle lui appartient (art. 197 al. 1 LP). Le fiduciaire ne peut pas la revendiquer en vertu de l'art. 242 LP.

Conformément à l'art. 211 LP, la créance en restitution de la cédule sera transformée en une créance de valeur équivalente. Le fiduciaire pourra invoquer la compensation de sa créance avec celle que le failli peut avoir contre lui (art. 213 LP)<sup>74</sup>.

### b) Droit de distraction du fiduciaire

*Droit de distraction selon l'art. 401 al. 3 ?<sup>75</sup>*

Le contrat de mandat se conclut en général dans l'intérêt du mandant, car il ressort du domaine de la fiducie-gestion. En effet, une éventuelle acquisition d'une chose par le mandataire, dans le cadre du mandat, a pour but la gestion optimale d'une quelconque affaire du mandant. Il est donc logique que le mandant puisse, en cas de faillite du mandataire, se prévaloir du droit de distraction, de sorte que cette chose ne tombe pas dans la masse en faillite du mandataire.

En revanche, le transfert de propriété aux fins de garantie relève de la fiducie-sûreté, à savoir qu'il intervient essentiellement dans l'intérêt du preneur de sûreté (fiduciaire). La propriété de la cédule procure une large garantie au fiduciaire et le fiduciaire, en renonçant de donner une garantie limitée, a en principe implicitement

---

<sup>74</sup> De Gottrau, op. cit., p. 194

<sup>75</sup> De Gottrau, op. cit., p. 193-194; Foëx, op. cit. sous note no 6, p. 127 ; Vollenweider, op. cit., p. 186

renoncé à tout droit de distraction. L'art. 401 al. 3 CO ne trouve donc pas d'application analogique dans le cadre de la faillite du fiduciaire.

#### *Droit de distraction selon l'art. 201 LP ?*

Quand bien même les cédules hypothécaire sont des titres à ordre ou au porteur, l'application de l'art. 201 LP ne se justifie pas. Cet article prévoit que seuls les titres à ordre ou au porteur transférés au fiduciaire pour l'encaissement ou comme couverture de paiements à faire spécialement désignés peuvent faire l'objet du droit de distraction.

Or, le transfert de propriété fiduciaire des cédules ne se produit pas « pour l'encaissement seulement » et il garantit généralement l'ensemble des créances du fiduciaire découlant de ses relations avec le débiteur, on ne saurait dès lors considérer que la cédule a été remise « comme couverture de paiements spécialement désignés »<sup>76</sup>.

#### *Droit de distraction selon l'art. 37b LB ?*

L'art. 37b al. 1 LB prévoit un droit de distraction au profit des clients d'une banque en faillite, « notamment sur les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants » (art. 16 ch. 2 LB)<sup>77</sup>.

Cet article ne devrait pas pouvoir s'appliquer à la banque en faillite qui aurait dans sa masse une ou plusieurs cédules reçues en vue de garantir des prêts qu'elle aurait octroyés à ses clients. En effet, cet article a pour objet des titres que la banque détient, certes à titre fiduciaire, mais pour le compte de clients déposants. On est sans aucun doute ici aussi dans le cadre de la fiducie-gestion. La banque conserve ces titres au profit de ses clients et non dans son propre intérêt. Par conséquent, cet article n'accorde pas un droit de distraction pour des cédules qui auraient été remises à titre de sûreté.

### **3. SAISIE A L'ENCONTRE DU FIDUCIANT<sup>78</sup>**

Si les créanciers du fiduciaire s'en prennent à la cédule en mains du fiduciaire, ce dernier pourra en revendiquer la propriété, selon les art. 106 et 108 LP.

---

<sup>76</sup> Foëx, op. cit. sous note no 6, p. 127-128 ; contra Vollenweider, op. cit., p. 185

<sup>77</sup> De Gottrau, op. cit., p. 194-195, qui admet l'application de cet article dans le cadre de la faillite du fiduciaire; contra Foëx, op. cit. sous note no 6, p. 128-129

<sup>78</sup> De Gottrau, op. cit., p. 192

En revanche, les créanciers du fiduciaire peuvent saisir la créance (de nature contractuelle) en restitution de la cédule hypothécaire.

#### 4. SAISIE A L'ENCONTRE DU FIDUCIAIRE<sup>79</sup>

Si les créanciers du fiduciaire saisissent la cédule transférée à titre de propriété fiduciaire, le fiduciaire ne pourra pas se prévaloir des art. 106 et 107 LP. En effet, la cédule est en pleine propriété du fiduciaire conformément au pacte de fiducie, de ce fait, ses créanciers sont libres de saisir les choses qui lui appartiennent.

## V. CONCLUSIONS

C'est la crise immobilière des années 1990 qui a amené les banques à réfléchir davantage sur les garanties des prêts qu'elles octroyaient à leurs clients. C'est précisément dans ce contexte que le transfert de propriété à titre de sûreté des cédules hypothécaires a connu une grande expansion. Les banques se sont préoccupées d'obtenir des garanties qui leur assureraient une position aussi confortable que possible et elles ont dès lors constaté que la garantie fiduciaire répondait le mieux à leurs exigences et à leurs besoins.

En effet, comme on l'a vu, la garantie fiduciaire procure à la banque un droit de gage immobilier sur le fonds grevé. Le débiteur répond sur tous ses biens de la dette qui résulte de la cédule hypothécaire (dette personnelle) et, de plus, il est responsable personnellement en raison du rapport contractuel de base qui le lie à la banque (par exemple en vertu d'un contrat de prêt).

En étant propriétaire de la créance incorporée dans le titre, la banque peut introduire une poursuite en réalisation de gage immobilier, et, le cas échéant, se payer sur le produit de réalisation de l'immeuble. La garantie fiduciaire fait de la banque un créancier hypothécaire qui, lors de la faillite du débiteur, est colloqué comme tel (art. 219 al. 1 LP). De plus, la garantie est étendue grâce à l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC.

En outre, la convention de fiducie permet à la banque de prévoir des modalités qui lui conviennent et qui soient adaptées aux circonstances.

Lorsqu'on analyse les différentes sûretés que la banque peut avoir à sa disposition, on comprend parfaitement pourquoi elle choisit la garantie fiduciaire de préférence à la garantie directe. En effet, bien que la garantie directe soit de large étendue grâce à l'application de l'art. 818 CC, elle n'en reste pas moins rigide et peu souple,

---

<sup>79</sup> De Gottrau, op. cit., p. 195-196

puisqu'elle ne permet de garantir qu'une créance déterminée et dont le montant n'est pas censé varier. Or, la garantie fiduciaire, quant à elle, donne la possibilité de garantir diverses créances déterminées ou déterminables, actuelles ou futures, appartenant à n'importe quelle succursale de la banque, etc. Cet attribut de la garantie fiduciaire constitue la raison majeure de l'emploi de ce mode de sûreté par les banques.

Cependant, si l'on compare le transfert de propriété fiduciaire de cédulas hypothécaires au nantissement de celles-ci, l'avantage de la garantie fiduciaire saute moins aux yeux. En effet, ces deux modes de sûreté accordent à peu de choses près la même marge de manoeuvre à la banque (voir tableau p. 24-25), dans la mesure où la banque se réserve la possibilité de faire valoir directement les droits incorporés dans le titre.

La validité de la clause selon laquelle la banque peut directement s'en prendre à la créance incluse dans la cédula a été admise à plusieurs reprises par la jurisprudence. Néanmoins, elle est à mon sens douteuse. La remise d'une cédula hypothécaire nantie n'accorde au créancier qu'un droit réel limité sur le titre, et non pas un droit de propriété qui lui permettrait de devenir le propriétaire de la créance garantie par l'immeuble. Par ailleurs, lorsqu'on a une créance garantie par un gage mobilier, c'est logiquement une poursuite en réalisation de gage mobilier qu'il convient d'introduire et non une poursuite en réalisation de gage immobilier. Cette clause, même en étant valablement intégrée au contrat de nantissement, me paraît contraire au but et à l'essence même du nantissement.

Quant à savoir pourquoi les banques n'utilisent pratiquement plus le nantissement de cédulas hypothécaires comme moyen de garantie, on peut pour l'essentiel émettre deux hypothèses.

Bien que la validité de la clause susmentionnée soit reconnue, un revirement jurisprudentiel ne peut être exclu. S'il se produisait, le créancier serait contraint d'introduire une poursuite en réalisation de gage mobilier et devrait le cas échéant se confronter aux problèmes dont il a été question ci-dessus. Dès lors, la garantie fiduciaire apparaît comme une meilleure garantie, dans la mesure où l'on envisage qu'une telle situation peut se produire.

D'autre part, ce ne sont pas seulement les cédulas hypothécaires qui peuvent être nanties, mais toutes sortes d'autres choses mobilières. On peut donc envisager que les banques utilisent le nantissement, lorsque l'objet remis en garantie est représenté par autre chose qu'une cédula et réserve l'application du transfert de propriété aux fins de sûreté, lorsque la banque acquiert une cédula hypothécaire en garantie de ses contrats de crédit.

## BIBLIOGRAPHIE

Dominique FAVRE / Miranda LINIGER, *Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée*, SJ 1997, p. 101 ss

Bénédict FOËX, *Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires*, in *Les gages immobiliers : constitution volontaire et réalisation forcée*, COLLECTION GENEVOISE 1999, p. 113 ss

Bénédict FOËX, *Sûretés bancaires et droits réels*, in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne, CEDIDAC 1997, p. 121 ss

Bénédict FOËX, *Le "numerus clausus" des droits réels en matière mobilière*, Lausanne, 1987

Nicolas DE GOTTRAU, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie*, in *Sûretés et garanties bancaires*, Lausanne, CEDIDAC 1997, p. 173 ss

Eva LAREIDA, *Der Schuldbrief aus Wertpapierrechtlicher Sicht*, thèse, Zurich, 1986

Arthur MEIER-HAYOZ / Hans Kaspar VON DER CRONE, *Wertpapierrecht*, Berne, 1985

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

André PANCHAUD / Marcel CAPREZ, *La mainlevée d'opposition*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 1980

Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1994

Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, Tome III, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 1996

Paul-Henri STEINAUER, *A propos de la constitution des cédules hypothécaires*, RNRF 1997, p. 289 ss

Markus F. VOLLENWEIDER, *Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank*, thèse, 2<sup>e</sup> éd., Fribourg, 1995

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

Dieter ZOBL, *Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen*, RNRF 1987, p. 281 ss