

BGer 5A_326/2018 vom 28. September 2018

Bundesgericht, 2018-09-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_326_2018

FR: TF 5A_326/2018 du 28 septembre 2018

IT: TF 5A_326/2018 del 28 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

Interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 2 let. a

cum 46 al. 1 let. a LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité cantonale de surveillance de dernière (unique) instance (art. 75 al. 1 LTF), le recours est en principe recevable, et ce indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let . c LTF).

E. 2.1

Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 143 V 19 consid. 2.3; 140 III 86 consid. 2). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 2 LTF , sous peine d'irrecevabilité, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui (ATF 140 III 86 consid. 2 et les références), sauf en présence d'une violation du droit évidente (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 140 III 115 consid. 2; 138 I 274 consid. 1.6; 133 II 249 consid. 1.4.1).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement sur la base des faits établis par la juridiction précédente (art. 105 al. 1 LTF).

E. 3.1

L'autorité de surveillance a confirmé la décision de l'office de requérir la radiation de la cédule hypothécaire en troisième rang dont la créance en résultant n'avait pas été couverte par le produit de réalisation de l'immeuble gagé. D'une part, la plaignante n'avait pas établi avoir effectivement repris la dette personnelle résultant de la cédule litigieuse, que ce soit par une promesse faite au débiteur ou, étant elle-même créancière, par la libération unilatérale de ce dernier; en conséquence, la délivrance de la cédule hypothécaire exposerait le débiteur au risque d'un double paiement, une fois au titre de la créance résultant de la cédule et une fois au titre du solde non couvert de la créance admise à l'état des charges. Elle a précisé qu'une simple offre de reprise de dette formulée à l'office était insuffisante à cet égard et que, la cédule ne mentionnant pas le nom du débiteur actuel, il n'était pas

envisageable de la modifier en indiquant le nom de la plaignante en qualité de débitrice. D'autre part, la remise à l'adjudicataire d'une cédula dont la créance n'avait pas été couverte par le prix d'adjudication contrevient au texte clair de l'art. 110 al. 2 ORFI auquel l'office ne pouvait pas déroger.

E. 3.2

La recourante se plaint tout d'abord de la violation de l'art. 68 ORFI en lien avec l'art. 842 CC. Elle soutient qu'en requérant de l'office, par courrier du 8 septembre 2017, la restitution de la cédula hypothécaire au porteur dont elle est titulaire ainsi que la modification visant à l'inscrire en tant que débitrice cédulaire, elle pouvait s'opposer à la radiation du droit de gage et se faire transférer la cédula.

La recourante se plaint ensuite de la violation des art. 175 s. CO. Elle soutient qu'elle a opéré une reprise de dette externe, une reprise interne étant impossible faute de mention du débiteur actuel, soumise au consentement du créancier uniquement, soit elle-même. Elle conclut qu'elle a valablement repris la dette incorporée dans la cédula hypothécaire au porteur et précise que la reprise de dette n'a aucun effet sur la prétention de base, soit le prêt consenti.

E. 4

La question qui se pose est de savoir si, suite à la réalisation forcée d'un immeuble grevé d'un droit de gage, l'adjudicataire peut exiger de se faire remettre la cédula hypothécaire qu'il détenait en qualité de créancier gagiste de rang postérieur à celui du gage garantissant la créance mise en poursuite, en lieu et place de la radiation, s'il reprend la dette personnelle résultant de celle-ci, non couverte par le produit de réalisation.

E. 4.1.1

La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Elle incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier qui en est l'accessoire, en ce sens que son existence et son montant dépendent de ceux de la créance cédulaire (art. 114 al. 1 CO) et qu'il la suit en cas de transfert (art. 170 al. 1 CO ; STEINAUER, Les droit réels, tome III, 4

ème éd., 2012, n° 2937). Ces deux éléments constitutifs de la cédula hypothécaire forment une unité stricte et ont par conséquent un sort juridique commun (ATF 140 III 36 consid. 4; 134 III 71 consid. 3).

E. 4.1.2

La créance cédulaire étant une créance nouvelle et abstraite, son paiement intégral n'entraîne pas de plein droit la disparition de la cédula. Lorsque le débiteur paie la totalité de la dette cédulaire, il peut exiger du créancier qu'il lui transfère la cédula, soit, s'agissant d'une cédula sur papier, qu'il lui remette le titre non annulé (art. 853 ch. 2 CC). Le débiteur devient alors son propre créancier et la créance cédulaire ne conserve qu'une existence virtuelle. Elle subsiste toutefois, avec le droit de gage qui la garantit, de sorte que le débiteur peut utiliser la même cédula pour garantir une autre créance de base, s'il décide de laisser subsister l'inscription au registre foncier au lieu de la faire radier comme l'autorise l'art. 854 CC. Il peut ainsi obtenir un nouveau crédit en s'épargnant les frais de la constitution d'un nouveau droit de gage immobilier et éviter qu'un créancier de rang postérieur puisse exercer un droit de profiter des cases libres (STEINAUER,

op. cit. , n° 3060 ss, 2767a et 2771a). Seul le débiteur peut faire valoir la prétention déduite de l' art. 853 CC (ATF 130 III 681 consid. 2.4).

E. 4.1.3

Quand elle est sur papier, la cédula hypothécaire est dressée par l'office du registre foncier (art. 861 al. 1 CC). Le nom du débiteur ne doit pas nécessairement figurer sur le titre (art. 144 al. 2 ORF

a contrario). En cas de reprise ultérieure de dette, le conservateur n'est pas tenu de donner suite à une réquisition tendant à inscrire le nouveau débiteur. La personne du débiteur peut donc changer sans que le titre ne soit modifié: la cédula hypothécaire ne garantit que l'existence d'un débiteur, et non le fait que celui qui a été à un moment donné le débiteur de la créance incorporée dans le titre le soit toujours (ATF 129 III 12 consid. 2.3 et 2.4). Si le débiteur initial mis en poursuite n'est plus débiteur, il lui appartiendra d'établir que la dette a été reprise par un tiers (STEINAUER,

op. cit. , n° 2993c).

E. 4.2.1

La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire, et seule garantie par le gage immobilier, doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 151 ss LP en relation avec les art. 133 à 143b LP, complétés par l'ORFI; ATF 140 III 180 consid. 5.1.1).

E. 4.2.2.1

L' art. 135 LP , en lien avec les art. 45 à 52 ORFI (art. 102 ORFI), règle le contenu des conditions des enchères dans la poursuite en réalisation de gage. Formellement annexé à ces conditions, l'état des charges détermine celles qui sont déléguées à l'adjudicataire de l'immeuble et celles que cet adjudicataire aura, au contraire, à payer en imputation du prix de vente (cf. not. JENT-SØRENSEN, Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstückverwertung in der Spezialexécution, 2003, n° 693; MOSER, Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreibung auf Pfandverwertung,

in BJM 2011 p. 1 ss [8 ss]).

Si une créance garantie par un gage immobilier de rang postérieur à celui garantissant la créance mise en poursuite n'est pas exigible, elle est déléguée à l'adjudicataire (art. 135 al. 1

ère phr. LP en lien avec les art. 45 al. 1 let. a et 34 al. 1 let. b ORFI; cf. not. MOSER,

op. cit. , p. 13). Il s'opère donc d'abord une reprise cumulative de dette de par la loi; le débiteur primitif n'est libéré que si le créancier ne lui déclare pas dans l'année à compter de l'adjudication qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre lui (art. 135 al. 1 2

ème phr. LP, en lien avec l' art. 832 al. 2 CC ; BERNHEIM/KÄNZIG,

in Kurzkomentar SchKG, 2

ème éd., 2014, n° 25 ad art. 135 LP ; MOSER,

op. cit. , p. 13; STEINAUER,

op. cit. , n° 2824c). Si le produit de la réalisation ne suffit pas ou qu'en partie à couvrir les créances non exigibles, celles-ci ne sont pas déléguées et les gages immobiliers les garantissant s'éteignent ou sont réduits d'un montant correspondant à la part non couverte de la créance (art. 45 al. 1 let. a ORFI ; cf. not. FOËX,

in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 77 ad art. 156 LP ; MOSER,

op. cit. , p. 14; STAEHELIN,

in Basler Kommentar, ZGB II, 5

ème éd., 2015, n° 8 ad art. 854 CC ; STÖCKLI/DUC,

in Basler Kommentar, SchKG I, 2

ème éd., 2010, n° 3 et 5 ad art. 135 LP).

En revanche, si la créance garantie par un gage immobilier est exigible (ce qui est le cas de la créance ayant donné lieu à la poursuite), elle n'est pas déléguée à l'adjudicataire mais payée, selon son rang (JENT-SØRENSEN,

op. cit. , n° 697), sur le produit de la réalisation (art. 135 al. 1

in fine LP). Le droit de gage s'éteint que la créance qu'il garantit est ou non complètement couverte par le produit de la réalisation. En effet, si un créancier gagiste laisse procéder à la vente de son droit de gage, celui-ci a atteint son but et doit donc en principe être radié du registre foncier. L'adjudicataire doit pouvoir acquérir l'immeuble libre de cette charge, qui ne figurait pas parmi celles qui sont déléguées. L'extinction du droit de gage ne peut pas être subordonnée au résultat favorable de la réalisation. Elle se produit au contraire même quand la créance garantie par gage n'est pas couverte ou pas entièrement (ATF 106 II 183 consid. 2). En d'autres termes, tous les droits de gage garantissant une créance exigible s'éteignent, indépendamment de leur rang et de la question de savoir si la créance a été couverte par le produit de la réalisation (MOSER,

op. cit. , p. 15).

E. 4.2.2.2

La réalisation forcée de l'immeuble grevé est une cause de radiation du gage (art. 156 al. 1 3

ème phr. LP en lien avec l'art. 68 al. 1 let. b et 110 al. 2 ORFI; art. 801 CC). En conséquence, toutes les créances garanties par gage immobilier qui n'ont pas été déléguées à l'adjudicataire ne sont plus garanties une fois l'objet du gage réalisé (HÄBERLIN,

in Commentaire ORFI, 2012, n° 3 ad art. 68 ORFI). Si le gage revêt la forme d'une cédula hypothécaire, il ne s'agit pas d'un cas où le débiteur peut exiger la remise de cette cédula au sens de l' art. 853 CC . La radiation a lieu que la créance cédulaire exigible ait été payée, entièrement ou partiellement ou, alors qu'elle devait être déléguée à l'adjudicataire, qu'elle ait été non couverte par le montant de la réalisation (cf. art. 68 al. 1 let. b ORFI ; HÄBERLIN,

op. cit. , n° 2 ad art. 68 ORFI ; STAEHELIN,

op. cit. , n° 8 ad art. 854 CC ; STEINAUER, La cédula hypothécaire, Commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, n° 20 ad art. 854 CC). Pour les cédulas hypothécaires sur papier, l'office doit exiger, avant la distribution des deniers, la production des titres

constatant le gage dont la vente a entraîné l'extinction totale ou partielle. A défaut, il pourvoit néanmoins aux radiations et modifications nécessaires au registre foncier, mais il consigne les sommes afférentes à ces créances (art. 69 al. 1 ORFI).

Les dispositions qui exigent la radiation du droit de gage ne sont pas de simples prescriptions d'ordre et leur but ne se limite pas à protéger l'acquéreur de l'immeuble de droits de tiers qui n'auraient pas disparu de manière reconnaissable sans la radiation. Elles s'inscrivent au contraire dans le but même du droit de gage qui doit disparaître dès que le créancier use de son droit de faire réaliser l'immeuble (ATF 125 III 252 consid. 2a). Pour le montant non couvert, la créance garantie par une cédula hypothécaire est convertie en une créance ordinaire (ATF 68 II 84 consid. 1; STAEHELIN,

op. cit. , n° 10 ad art. 854 CC ; STEINAUER,

op. cit. , n° 14 ad art. 855 CC) et le créancier gagiste poursuivant se voit délivrer un certificat d'insuffisance de gage à concurrence de ce montant (art. 158 al. 1 LP ; ATF 121 III 432 consid. 2

in initio). Cet acte atteste que, dans le cadre de la poursuite en réalisation du gage, la prétention garantie par le gage est demeurée totalement ou partiellement à découvert. Ce constat permet au créancier de poursuivre l'exécution par voie de saisie ou de faillite, suivant la qualité du débiteur. La délivrance de cet acte exclut que le gage continue à produire ses effets et qu'il puisse dès lors être réalisé aussi longtemps que le créancier gagiste ne serait pas remboursé (ATF 122 III 432 consid. 5; 106 II 183 consid. 2). Aux autres créanciers gagistes qui subissent une perte à l'issue de la poursuite en réalisation de gage immobilier, il est délivré une attestation constatant que leurs créances sont demeurées à découvert (art. 120 2

ème phr. ORFI; ATF 125 III 252 consid. 2a; FOËX,

op. cit. , n° 14 ad art. 158 LP ; KÄSER/HÄCKI,

in Kurzkomentar SchKG, 2

ème éd., 2014, n° 2 s. ad art. 158 LP).

E. 4.2.2.3

Lorsque le droit de gage immobilier revêt la forme d'une cédula hypothécaire, l'adjudicataire peut toutefois vouloir réutiliser cette cédula dont le créancier a été, partiellement au moins, désintéressé. Le Tribunal fédéral, suivi par la majorité de la doctrine, a jugé que, dans un tel cas, cet adjudicataire peut éviter la radiation en reprenant la dette personnelle incorporée dans la cédula hypothécaire (ATF 125 III 252 consid. 2d), dans la mesure où la créance cédulaire a été couverte par le prix (ATF 125 III précité consid. 2b). L'adjudicataire devient alors le créancier cédulaire, soit le titulaire d'une cédula du propriétaire à laquelle l' art. 854 CC s'applique, notamment le droit de réemployer la cédula (GASSER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Jahre 1999 und 2000,

in RJB 2001 (137) p. 285 ss [313]; KÄNZIG/BERNHEIM,

in Basler Kommentar, SchKG I, 2ème éd., 2010, n° 34 ad art. 156 LP ; KÄSER/HÄCKI,

op. cit. , n° 26 ad art. 156 LP ; RÜETSCHI/NAWID/LORETAN,

in SK Kommentar, 4

ème éd., 2017, n° 29 ad art. 156 LP ; STAEBELIN,

op. cit. ,

loc. cit. ; STEINAUER,

op. cit. , n° 20 ad art. 854 CC ; WIEGAND/BRUNNER, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, 2003, p. 65 s.; plus nuancé: MOSER,

op. cit. , p. 16, qui considère que la réutilisation de la cédule hypothécaire est possible aux conditions sus-évoquées, mais que l'adjudicataire n'a pas de prétention de cette nature contre l'office des poursuites;

contra : DEILLON-SCHEGG, Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung,

in RNR 2000 (81), p. 89 ss [105 s.], qui estime que la réutilisation est possible sans reprise de dette en appliquant par analogie l' art. 853 CC ; HÄBERLIN,

op. cit. , n° 5 ad art. 68 ORFI , et JACQUES, La réutilisation des cédules hypothécaires et le emploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée,

in RNR 2005 (86) p. 209 ss [221 s.], qui estiment que la réutilisation est aussi possible pour la part non couverte de la créance cédulaire).

E. 4.3

En l'espèce, la vente aux enchères a pu avoir lieu mais aucun montant n'est revenu à la créance cédulaire en 3

ème rang. Cette situation exclut à elle seule le emploi de la cédule hypothécaire par la recourante, même créancière gagiste. Admettre le contraire va à l'encontre des règles régissant la réutilisation de la cédule hypothécaire, réutilisation qui n'est possible qu'en cas de paiement de la créance cédulaire même en dehors de toute exécution forcée. En outre, une telle situation porte atteinte aux intérêts du débiteur dont la dette coexiste avec la créance cédulaire. C'est donc à raison que l'autorité de surveillance a rejeté la plainte dirigée contre le refus de l'office de renoncer à requérir la radiation de la cédule hypothécaire au registre foncier. D'ailleurs, la recourante n'attaque précisément pas cette partie de la double motivation de l'autorité de surveillance selon laquelle, se référant à l' art. 110 al. 2 ORFI , la plainte devait être rejetée non seulement parce que la dette cédulaire n'avait pas été reprise mais aussi parce que l'office ne peut renoncer à la radiation que dans la mesure où la créance cédulaire est couverte au moins partiellement par le produit de la réalisation. En outre, l'argument de la recourante, reposant sur la doctrine minoritaire précitée (cf.

supra consid. 4.2.2.3: HÄBERLIN), selon lequel elle pouvait s'opposer à la radiation du droit de gage notamment parce que, suite à la reprise de dette, elle aurait été en droit de se faire inscrire comme débitrice sur la cédule hypothécaire, contrevient à la jurisprudence relative aux indications que le conservateur du registre foncier est tenu de porter sur le titre et dont le débiteur de la créance qu'elle incorpore ne fait pas partie (cf.

supra consid. 4.1.3). En invoquant à l'appui de son propos les art. 864 CC et 12 ORF, elle confond manifestement la position de débiteur et de créancier cédulaire.

Il suit de là que les griefs de la recourante doivent être rejetés.

E. 5

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.