

CH_VB 2007-0904 5015 vom 27. Juni 2007

Bundesverwaltung, 2007-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_2007-0904_5015_

FR: CH_VB 2007-0904 5015 du 27 juin 2007

IT: CH_VB 2007-0904 5015 del 27 giugno 2007

Erwägungen

E. 27

juin 2007 Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Micheline Calmy-Rey La chancelière de la Confédération, Annemarie Huber-Hotz

5016 Condensé La révision des dispositions du code civil (CC) portant sur les droits réels immobiliers et le registre foncier fait suite à diverses interventions parlementaires relatives à la cédula hypothécaire et à l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs. Elle répond également à quelques préoccupations exprimées par les professionnels du registre foncier. L'un de ses objectifs primordiaux est d'améliorer durablement les conditions-cadre juridiques et économiques dans le domaine des droits réels immobiliers. La révision vise, en outre, à faire du registre foncier un système d'informations relatives au sol plus moderne qu'il ne l'est actuellement: les données sur les immeubles devront être à jour et fiables. Les points essentiels de la révision sont les suivants: Modification du droit relatif à la cédula hypothécaire: l'introduction de la cédula hypothécaire de registre qui coexistera avec l'actuelle cédula hypothécaire sur papier se traduira par de nombreux allègements pour les praticiens. La cédula hypothécaire de registre est constituée par inscription au registre foncier, sans qu'il soit nécessaire d'établir un papier-valeur. Son transfert a également lieu par l'inscription du nouveau créancier au registre foncier. Cette innovation permet d'épargner les frais d'établissement et de conservation des titres physiques sans parler des frais de communication de ceux-ci entre les offices du registre foncier, les notaires et les banques. De surcroît, elle élimine les risques de perte. Or on sait que la perte d'une cédula hypothécaire sur papier entraîne toujours une laborieuse et coûteuse procédure d'annulation. Dans le cadre de la révision des dispositions relatives à la cédula hypothécaire, nous avons renoncé à prévoir une novation automatique de la dette. En outre, nous avons décidé d'abolir les compétences législatives cantonales dans le domaine des droits de gage immobiliers, mesure qui facilitera encore davantage l'exercice par les banques de leur activité en matière de crédit hypothécaire, dans l'ensemble du pays. Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs: l'instauration de l'obligation de requérir l'aval du propriétaire foncier pour faire exécuter sur son immeuble des travaux par un artisan ou un entrepreneur lorsque ceux-ci sont commandés par un tiers permet d'élargir le cercle des maîtres de l'ouvrage potentiels. Outre les locataires et les fermiers, les usufruitiers, les titulaires de droits d'habitation ou encore les futurs acquéreurs d'un immeuble pourront commander des travaux pour lesquels les artisans et les entrepreneurs pourront, en cas de non-paiement, requérir l'inscription d'une hypothèque légale. Cette réforme permet de combler une lacune que présente la législation. Un artisan ou un entrepreneur qui construit sur un bien-fonds dont il n'est pas sûr qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité et, partant, soit insaisissable,

pourra demander l'inscription provisoire du droit de gage. Le délai d'inscription sera 5017 maintenu à trois mois. Rappelons qu'il est le fruit d'un compromis entre l'intérêt des artisans et des entrepreneurs à pouvoir disposer d'un délai aussi long que possible pour réagir et celui des propriétaires fonciers à ce que la situation en matière de droits de gage soit rapidement élucidée. Nouvelles règles touchant la forme à respecter: pour des motifs tenant à la sécurité du droit, l'exigence de la forme authentique sera étendue à tous les droits de gage immobiliers constitués par un acte juridique ainsi qu'à tous les types de droits de superficie. En revanche la forme écrite continuera de suffire pour la constitution contractuelle de servitudes foncières. Toutefois, si l'exercice de la servitude est limité localement, un plan devra être produit auprès de l'office du registre foncier, dans la mesure où il ne peut pas être déterminé avec précision à la lumière de la description donnée par le titre. Ces nouvelles normes permettront aux offices du registre foncier de disposer d'éléments d'informations clairs et fiables en vue de l'inscription et, du même coup, au registre foncier de remplir pleinement sa fonction de système d'informations relatives au sol. Faire du registre foncier un système moderne d'informations relatives au sol: le projet vise à doter les offices du registre foncier d'instruments leur permettant d'épurer facilement du registre foncier les inscriptions ayant perdu toute importance. Si un immeuble est divisé, non seulement les servitudes mais encore les annotations et les mentions devront être épurées pour chaque parcelle. Il en ira de même en cas de réunion d'immeubles. En outre, pour des périmètres déterminés, les cantons pourront ordonner une procédure d'épuration publique. Les inscriptions ayant perdu toute portée juridique pourront être radiées selon une procédure simplifiée. Enfin, le projet prévoit de rendre obligatoire la mention des restrictions publiques à la propriété et des hypothèques légales de droit public cantonal, ce qui accroîtra la transparence et la publicité du registre foncier. Nous avons profité du présent projet pour apporter dans le domaine des droits réels immobiliers des modifications mineures à diverses institutions telles que la responsabilité des propriétaires fonciers et le droit de voisinage, qui ont donné satisfaction. Aussi ces modifications ne remettent-elles pas en cause la conception générale de ces institutions. Quant aux dispositions concernant la lettre de rente, elles seront abrogées, celle-ci ayant perdu toute portée pratique. Enfin les nouvelles dispositions proposées régleront plus clairement la surveillance du registre foncier.

5018 Table des matières Condensé 5016 1 Grandes lignes du projet 5020 1.1 Contexte 5020 1.1.1 Interventions parlementaires 5020 1.1.2 Experts 5022 1.1.3 Commission consultative en matière de registre foncier 5022 1.1.4 Procédure de consultation 5023 1.1.5 Décisions matérielles préliminaires arrêtées par le Conseil fédéral 5027 1.2 Vue d'ensemble des points essentiels de la révision 5027 1.3 Droit comparé et relations avec le droit européen 5030 1.3.1 Généralités 5030 1.3.2 Introduction de la cédule hypothécaire de registre 5030 1.3.3 L'eurohypothèque 5032 1.3.4 En résumé 5032 1.4 Mise en œuvre 5033 1.5 Classement d'interventions parlementaires 5033 1.5.1 1998 P 98.3131 Modification du CC. Aménagement de la cédule hypothécaire en tant que registre de droits de gage (E 9.6.98, Schiesser) 5033 1.5.2 1998 P 98.3214 Encouragement de la propriété. Modification des droits réels (N 18.12.98, CAJ-N) 5033 1.5.3 1999 P 98.3362 Modification de l'art. 839, al. 2, CC, hypothèques des artisans et des entrepreneurs (N 9.10.98, CAJ-N; E 2.6.99) et 2002 P 02.3532 Dispositions du CO relatives au bâtiment. Protection du maître de l'ouvrage (N 13.12.02, Fässler-Osterwalder) 5034 1.5.4 2001 P 00.3236 Clause de réutilisation des obligations hypothécaires au porteur (N 20.3.01, Jossen-Zinsstag) 5034 1.5.5 2004 M

03.3305 Révision du code civil (E 2.10.03, Lauri; N 15.6.04) 5034 2 Commentaire du projet 5035 2.1 Première partie: De la propriété 5035 2.1.1 Titre dix-huitième: Dispositions générales 5035 2.1.2 Titre dix-neuvième: De la propriété foncière 5036 2.1.2.1 Chapitre premier: De l'objet, de l'acquisition et de la perte de la propriété foncière 5036 2.1.2.2 Chapitre II: Des effets de la propriété foncière 5038 2.1.2.3 Troisième chapitre: De la propriété par étages 5041 2.2 Deuxième partie: Des autres droits réels 5042 2.2.1 Titre vingt et unième: Des servitudes et des charges foncières 5042 2.2.1.1 Chapitre premier: Des servitudes foncières 5042 2.2.1.2 Deuxième chapitre: Des autres servitudes, en particulier de l'usufruit 5045

5019 2.2.1.3 Chapitre III: Des charges foncières 5046 2.2.2 Titre vingt-deuxième: Du gage immobilier 5047 2.2.2.1 Chapitre premier: Dispositions générales 5047 2.2.2.2 Chapitre II: De l'hypothèque 5050 2.2.2.3 Chapitre III: De la cédule hypothécaire 5053 2.2.2.4 Chapitre IV: Des émissions de titres fonciers 5061 2.2.3 Titre vingt-cinquième: Du registre foncier 5061 2.3 Titre final: De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil 5071 2.4 Modification du droit en vigueur 5074 3 Conséquences 5076 3.1 Conséquences pour la Confédération 5076 3.2 Conséquences pour les cantons et les communes 5076 3.3 Conséquences pour l'économie 5077 4 Programme de la législature 5077 5 Aspects juridiques 5077 5.1 Constitutionnalité 5077 5.2 Délégation de compétences normatives 5077

Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) (Projet) 5079

5020 Message 1 Grandes lignes du projet 1.1 Contexte 1.1.1 Interventions parlementaires En substance, la révision des droits réels immobiliers et du droit du registre foncier qui vous est soumise fait suite à cinq interventions parlementaires. La première a trait à la création d'une cédule hypothécaire sans émission d'un titre. La deuxième vise à encourager l'accession à la propriété du logement par l'instauration de la «petite propriété» et la troisième demande le réexamen du régime de l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs et, au besoin, les modifications législatives en découlant. Quant à la quatrième, elle a trait à la réutilisation des obligations hypothécaires au porteur et à la compétence des cantons notamment en ce qui concerne la constitution de cédules hypothécaires. Enfin, la cinquième demande l'adoption de dispositions qui facilitent aux cantons la mise à jour de leur registre foncier. Le 19 mars 1998, le conseiller aux Etats Fritz Schiesser a déposé une motion (98.3131 Modification du CC. Aménagement de la cédule hypothécaire en tant que registre de droits de gage) tendant à l'établissement de la cédule hypothécaire sans titre en tant que gage de registre. A l'appui de son intervention il faisait valoir que les transactions juridiques portant sur les cédules hypothécaires sous forme écrite sont relativement onéreuses, que la conservation des titres requiert en outre des installations de sécurité importantes, enfin que lorsque des titres s'égarer ce qui se produit souvent – il est nécessaire d'engager des procédures d'annulation longues et coûteuses. L'auteur de la motion ajoutait que, chaque jour, des centaines de cédules hypothécaires sont échangées par courrier entre les banques, les notaires et les offices des registres fonciers. Ces transferts de documents, estimait-il, ne satisfont plus aux règles d'efficacité et de sécurité qui s'appliquent aujourd'hui aux transactions juridiques sans parler des frais qu'ils occasionnent. Dans son avis, le Conseil fédéral s'est déclaré en principe favorable à la création d'une cédule hypothécaire sans titre en tant que gage de registre, cela alternativement avec l'actuel papier- valeur ou en lieu et place de celui-ci. Compte tenu de la complexité de la matière et eu égard à la portée de cette

innovation, il a estimé qu'il fallait préalablement faire analyser, dans le cadre d'une expertise, les effets d'une nouvelle conception de la cédula hypothécaire. Le 9 juin 1998, le Conseil des Etats a transmis la motion sous forme de postulat. Par une motion datée du 4 mai 1998 (98.3214 Encouragement de la propriété. Modification des droits réels), la Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé le Conseil fédéral de proposer un texte législatif qui permette de répandre plus largement la propriété en Suisse en introduisant la possibilité d'acheter un appartement sans acquérir une part de copropriété de l'immeuble. Dans son avis, le Conseil fédéral préconisait que l'on soumette à un examen approfondi les propositions tendant à faire évoluer les droits réels dans le domaine de la propriété par étage, que le professeur David Dürr avait émises dans un rapport établi sur mandat de l'Office fédéral du logement. Cet examen, estimait le Conseil fédéral, ne devait pas se concentrer exclusivement sur une modification de la réglementation appli-

5021 cable à la propriété par étage mais envisager également d'autres mesures. Le 18 décembre 1998, le Conseil national a transmis la motion sous forme de postulat. Par une motion déposée le 7 juillet 1998 (98.3362 Modification de l'art. 839, al. 2, CC, hypothèques des artisans et des entrepreneurs), la Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé le Conseil fédéral d'étudier un certain nombre de problèmes se posant en relation avec l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs et de proposer les réformes législatives propres à les résoudre. L'analyse demandée devait notamment porter sur les points suivants: prolongation du délai pour requérir l'inscription du droit de gage légal, date à laquelle ce délai commence à courir, cercle des ayants droits (sous-traitants, entrepreneurs généraux), définition de l'ouvrage, garantie, hypothèque des artisans et des entrepreneurs pour des immeubles appartenant à des collectivités publiques, rang de l'hypothèque et préemption du droit de gage. Le Conseil fédéral s'étant déclaré prêt à accepter la motion, celle-ci a été adoptée par le Conseil national le 9 octobre 1998, puis, étant considéré qu'il s'agissait uniquement de procéder à un examen, transmise par le Conseil des Etats sous forme de postulat des deux conseils, le 2 juin 1999. La motion déposée le 5 juin 2000 par le conseiller national Peter Jossen (00.3236 Clause de réutilisation des obligations hypothécaires au porteur) chargeait le Conseil fédéral de créer une base légale claire permettant l'établissement de clauses de réutilisation d'hypothèques en capital et d'obligations hypothécaires au porteur. Dans son avis, le Conseil fédéral a rappelé qu'à la différence de l'hypothèque, la cédula hypothécaire a le caractère d'un papier-valeur que le débiteur peut parfaitement réutiliser s'il a entièrement remboursé sa dette (art. 873 CC). Cette caractéristique constitue l'une des principales raisons pour lesquelles la cédula hypothécaire est, dans la pratique, préférée aux autres espèces de droits de gage immobilier. L'hypothèque et l'obligation hypothécaire sont davantage employées que la cédula hypothécaire uniquement dans les cantons qui ont introduit des dispositions particulières relatives à la limite de charge ou à la dénonciation ainsi que les y habilite les art. 843 et 844, al. 2, CC. Cela étant, le Conseil fédéral estimait qu'il était primordial d'engager une réflexion sur l'opportunité de supprimer les compétences cantonales existant en ce qui concerne la cédula hypothécaire, d'où sa proposition de transformer la motion en postulat. Elle fut d'ailleurs transmise sous cette forme le 20 mars 2001. Le 18 juin 2003, le conseiller aux Etats Hans Lauri a déposé une motion (03.3305 Révision du code civil) chargeant le Conseil fédéral de soumettre au Parlement un projet de révision du code civil qui porte sur la constitution, le contenu et l'extinction des servitudes et fournisse aux cantons les instruments qui leur manquent pour débarrasser leur registre foncier des inscriptions dépassées ou peu claires qui l'encombrent et prévenir les inscriptions superflues. A ces fins,

l'auteur de la motion demandait au Conseil fédéral de remanier en particulier les art. 743, 744 et 976 CC. Le 27 août 2003, le Conseil fédéral a déclaré qu'il était prêt à accepter la motion. Elle fut adoptée par le Conseil des Etats, le 2 octobre 2003 et par le Conseil national, le 15 juin 2004.

5022 1.1.2 Experts En juin 1999, l'Office fédéral de la justice a donné au professeur Wolfgang Wiegand de l'université de Berne le mandat d'établir une expertise sur la forme à remplir par une cédule hypothécaire (sans titre physique) en tant que gage de registre. Deux années plus tard – donc en juin 2001 – il a chargé le professeur Rainer Schumacher d'analyser les différents problèmes soulevés par la Commission des affaires juridiques du Conseil national dans son postulat (98.3362) concernant l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs et d'élaborer un projet de modifications législatives propres à les résoudre. Dans son rapport d'expertise du 22 novembre 2002 concernant l'introduction de la cédule hypothécaire de registre, rapport qu'il a établi conjointement avec Christoph Brunner, dr. en droit, le professeur Wiegand a recommandé l'introduction de la cédule hypothécaire sans titre, plus avantageuse que l'actuelle cédule hypothécaire sur papier, dont l'établissement est onéreux, dont il faut assurer la conservation et qui doit faire l'objet de transferts entre les parties. Il a toutefois déconseillé la suppression totale de la cédule hypothécaire sur papier, estimant qu'elle pouvait continuer de présenter de l'intérêt pour certains créanciers. Au surplus, son maintien non seulement n'engendrerait pas d'inconvénients particuliers mais encore il permettrait d'obvier aux problèmes inhérents à l'application du droit transitoire. En outre, estimaient les deux experts, il convenait de laisser aux parties la faculté d'opter après coup pour l'une ou l'autre forme de cédule hypothécaire. Ils proposaient en outre de modifier certains effets de la cédule hypothécaire pour mieux les harmoniser avec les réalités juridiques actuelles ou pour remédier à une situation insatisfaisante. Sauf en ce qui concerne l'introduction du gage de registre, ils étaient partisans que l'on n'apporte aux normes législatives que les modifications strictement nécessaires. Les propositions des deux experts ont, pour l'essentiel, été reprises dans l'avant-projet mis en consultation. Dans le rapport qu'il a présenté en septembre 2002 relatif à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, le professeur Rainer Schumacher a analysé l'ensemble des points soulevés dans le postulat. Les propositions de modification qu'il a émises concernaient principalement la définition de l'ouvrage, la créance pouvant faire l'objet du gage, la problématique des travaux réalisés sur des biens-fonds insaisissables, enfin le for en matière d'hypothèque des artisans et des entrepreneurs tel qu'il découle de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile (Loi sur les fors, LFors)¹.

1.1.3 Commission consultative en matière de registre foncier Le 14 juin 2000, le chef du Département fédéral de justice et police (DFJP) d'alors a institué une commission consultative en matière de registre foncier (ci-après «la commission»), ayant pour mission en particulier de soutenir l'Office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (OFRF) dans l'élaboration de textes normatifs du degré législatif et réglementaire qui concernent les droits réels immobiliers et le droit du registre foncier.

1 RS 272

5023 Les membres de la commission sont ou étaient les suivants: Eva Bertossa, avocate et notaire, Berne (jusqu'à 2005), Jürg Bracher, notaire, conservateur du registre foncier, président de la Société suisse des conservateurs du registre foncier, Fraubrunnen, Elisabeth Dové, licenciée en droit et avocate, cheffe suppléante de l'OFRF (vice-présidente), Yvonne Gendre, licenciée en droit, conservatrice du registre foncier,

Bulle (jusqu'à 2005), Marius Knecht, inspecteur du registre foncier du canton de St-Gall, St-Gall, Werner Messmer, ing. EPF, chef de l'Office du registre foncier et des mensurations cadastrales du canton de Bâle-Ville, Bâle (jusqu'à 2005), Michel Mooser, professeur, dr. en droit, notaire, Bulle, Manuel Müller, notaire, ex-chef de l'OFRF (président jusqu'à juillet 2001 et membre depuis lors), Walter Oswald, ing. EPF, chef de l'Office du registre foncier et des mensurations cadastrales du canton de Bâle-Ville, Bâle, Roland Pfäffli, dr. en droit et notaire, conservateur du registre foncier, Thun, Adriano Pinchetti, conservateur du registre foncier, ancien président de la Société suisse des conservateurs du registre foncier, Bellinzone (jusqu'à 2006), Denis Piotet, dr. en droit et avocat, professeur à l'université de Lausanne, Pully, Frédérique Rais Rasmann, avocate, chef du Service cantonal du registre foncier et du registre du commerce, Delémont (jusqu'à 2005), Christina Schmid-Tschirren, privat-docent, dr. en droit et avocate, cheffe de l'OFRF (présidente depuis août 2001 et membre auparavant), Jürg Schmid, inspecteur du notariat et du registre foncier du canton de Zurich, Zurich, Monica Schrag, notaire, ex-présidente de la Société suisse des conservateurs du registre foncier, Aarau, Paul Schwab, inspecteur du registre foncier du canton de Soleure, Soleure (jusqu'à 2006), Robert Thalmann, avocat, inspecteur du registre foncier du canton de Lucerne, Krienz, Bernhard Trauffer, dr. en droit et avocat, ancien inspecteur du registre foncier du canton des Grisons, Coire. Au cours de ses travaux, la commission a examiné notamment les recommandations formulées par le professeur Rainer Schumacher s'agissant du régime de l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs², les propositions émises par le professeur Wolfgang Wiegand et Christophe Brunner dans leur rapport d'expertise concernant l'introduction de la cédula hypothécaire sans titre³, enfin les dispositions législatives esquissées à propos de la «petite propriété du logement» dans l'étude du professeur David Dürr⁴. Par ailleurs, la commission a traité de quelques autres problèmes que posent aux praticiens les droits réels immobiliers et le droit du registre foncier. Au cours de l'année 2003, la commission a adopté son avant-projet à l'intention du DFJP.

1.1.4 Procédure de consultation Le 21 avril 2004, le Conseil fédéral a autorisé le DFJP à mettre en consultation l'avant-projet de révision partielle du code civil (droits réels immobiliers et droit du registre foncier), et fixé au 30 novembre 2004 le terme de cette consultation. Tous les cantons, les partis politiques, le Tribunal fédéral et un grand nombre d'organisa-

2 Rainer Schumacher, Bauhandwerkerpfandrecht: Renovation oder Reformation oder ...?, Baurecht/Droit de la construction 1/2005, p. 5. 3 Wolfgang Wiegand/Christoph Brunner, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 39, Bâle/Genève/Munich 2003. 4 David Dürr, Petite propriété du logement – Nouvelle formule pour accéder à la propriété? Vol. 68/1999 du Bulletin du logement, publié par l'Office fédéral du logement.

5024 tions intéressées ont été invités à s'exprimer. Le Tribunal fédéral, 25 cantons, 5 partis politiques et 32 organisations ont fait parvenir une réponse. 36 participants non officiels ont, en outre, fait spontanément part de leur avis. Appréciation générale L'avant-projet de révision partielle du code civil relative aux droits réels immobiliers et au droit du registre foncier a été favorablement accueilli par les cantons, les partis politiques, les organisations intéressées et les autres participants. D'une manière générale, on s'est plu à relever que la révision préconisée allait dans la bonne direction et constituait un judicieux développement de la législation, tenant compte des impératifs de la pratique, ce qui, en définitive, ne fera qu'accroître la sécurité du droit. Nombreuses ont, en outre, été les suggestions de

modifications supplémentaires à apporter en matière de droits réels immobiliers et dans le domaine du droit du registre foncier, la remarque revenant sans cesse dans les réponses était que ces domaines souffraient d'un excès de particularismes et de réglementations cantonales. Modifications relatives à la cédula hypothécaire, en particulier introduction

d'une cédula hypothécaire de registre et suppression de la lettre de rente Sur le principe, tous les cantons et les partis politiques de même que la grande majorité des autres participants ont souscrit à l'introduction de la cédula hypothécaire de registre sans suppression de la cédula hypothécaire sur papier. Les milieux bancaires, en particulier, se sont déclarés très favorables à cette innovation. Deux points ont toutefois donné lieu à des critiques: la sécurité des données et les conséquences financières. Outre des critiques sur des points de détail, les participants ont émis une multitude de suggestions concernant le droit de gage immobilier en général. Pour leur part, les milieux bancaires ont préconisé l'abolition totale des compétences législatives cantonales en la matière. Presque tous les participants se sont félicités de la proposition d'abroger les dispositions concernant la lettre de rente (art. 847 ss CC), institution parfaitement surannée, à leurs yeux. Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs La proposition d'introduire un droit de gage légal sur une créance en lieu et place de l'hypothèque légale pour garantir les créances des sous-traitants a été vivement contestée. Seuls quelques participants y ont souscrit sans réserve. L'innovation préconisée visait à écarter le risque de double paiement encouru par les propriétaires fonciers. Les milieux de l'économie et, en particulier, des arts et métiers estimant que l'instauration de cette mesure viderait de sa substance l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, l'ont catégoriquement refusée. La proposition voulant que, lorsque des travaux sont commandés par un locataire ou un fermier, l'hypothèque ne peut être inscrite que si le propriétaire foncier a donné son aval à l'exécution de ceux-ci a suscité des réserves. Les participants ont cependant été unanimes à exiger que l'inscription soit, pour le moins, subordonnée à des conditions bien déterminées. Des représentants issus, en particulier, de la branche de la construction ont insisté sur la nécessité de prolonger le délai d'inscription pour tenir compte du fait que les délais de paiement sont aujourd'hui plus longs qu'autrefois.

5025 Faire du registre foncier un système moderne d'informations relatives au sol L'un des objectifs primordiaux de la révision proposée était d'aménager le registre foncier en un véritable système d'informations relatives au sol, ce qu'il n'est encore qu'insuffisamment aujourd'hui. La nécessité d'épurer plus méticuleusement les servitudes, notamment lors de morcellements ou de réunions d'immeubles, a été reconnue de manière générale. Une nette majorité des participants approuve l'idée de permettre aux offices du registre foncier de radier les inscriptions devenues obsolètes, selon une procédure simplifiée. Divers participants ont préconisé que l'on étende cette possibilité aux charges foncières, aux annotations et aux mentions. D'autres ont émis le souhait que l'on apporte à la procédure d'épuration proposée des allègements supplémentaires parce qu'ils considèrent qu'elle est encore trop laborieuse. Les partisans de la procédure simplifiée déplorent néanmoins qu'elle ne soit prévue que pour des périmètres déterminés. L'instauration de la mention obligatoire des restrictions publiques à la propriété a été critiquée par la majorité des cantons et la Société suisse des conservateurs du registre foncier (SSCRF). Si, dans l'ensemble, ces opposants reconnaissent la nécessité d'améliorer la transparence et la publicité des restrictions publiques, ils craignent toutefois que leur mention n'encombre le registre foncier, notamment dans l'hypothèse où les mentions devenues obsolètes ne

seraient pas radiées systématiquement. Ils redoutent, en outre, que cette nouvelle obligation n'engendre une surcharge administrative considérable. Une majorité des participants est favorable à l'instauration des nouvelles obligations d'inscription touchant les hypothèques légales de droit public cantonal, les charges foncières de droit public ainsi que les hypothèques légales des créanciers gagistes. Dans l'ensemble, ils en escomptent une amélioration de l'effet de publicité du registre foncier. Plusieurs propositions d'importance secondaire touchant notamment la possibilité de mentionner des éléments nouveaux qui relèvent de la copropriété ou de la propriété par étage ou encore du droit de superficie n'ont pas trouvé grâce aux yeux d'une majorité des participants. Surveillance du registre foncier Le Tribunal fédéral s'est félicité de ce que l'autorité de haute surveillance de la Confédération – et éventuellement les autorités de surveillance des cantons – disposera dorénavant d'un droit de recours contre les décisions sur recours rendues par les autorités cantonales de première instance. Il estime cependant que l'on devrait prescrire aux cantons d'instituer deux instances de recours. Quelques cantons redoutant un surcroît de charges administratives et de frais ont demandé que l'on renonce à étendre les voies de recours ou à opérer une stricte séparation entre l'autorité de surveillance et l'autorité de recours de première instance. Seul un petit nombre de participants ont demandé que soit maintenue la disposition relative à la responsabilité disciplinaire du personnel des offices du registre foncier, disposition dont l'abrogation avait été proposée. Extension de l'exigence de la forme authentique La majorité des participants se déclarent favorables à l'extension de l'exigence de la forme authentique à la constitution de toutes les servitudes, droits de conduite exceptés. Quelques participants ont suggéré que l'on renonce à cette exception voire que l'on prescrive la forme authentique pour tous les actes, ce qui permettrait de résoudre d'épineux problèmes de délimitation. Toutefois, nombreux ont été également les

5026 participants qui se sont opposés à l'extension susmentionnée en raison des coûts supplémentaires qui y sont liés. Soucieuse d'assurer la sécurité du droit, une majorité des participants s'est déclarée favorable à ce que la constitution des droits de gage soit soumise dans tous les cas à la forme authentique. Quant à l'extension de l'exigence de la forme authentique à la constitution des cédules hypothécaires du propriétaire et à la constitution unilatérale de droits de superficie du propriétaire, elle a suscité l'opposition d'un certain nombre de participants, essentiellement en raison des coûts qu'elle induirait. Modifications proposées s'agissant de la responsabilité du propriétaire foncier

et du droit de voisinage La proposition d'ajouter à la liste des immissions interdites certaines immissions négatives a été favorablement accueillie par une partie des participants alors que l'autre l'a rejetée, estimant qu'elle allait trop loin. La majorité des participants a rejeté ou du moins considéré comme très problématiques – les possibilités d'actions du voisin contre le propriétaire foncier en raison d'immissions négatives émanant de bâtiments construits ou pour cause de nuisances excessives en relation avec des projets de construction. Cette attitude de refus est principalement motivée par la crainte qu'il n'en résulte un renchérissement des coûts de la construction ou que les nouvelles normes proposées n'entrent en conflit avec les législations cantonales en matière de construction. Seule une minorité des participants a souscrit aux propositions relatives au droit de conduite, propositions qui visaient à clarifier un certain nombre de points. Durée et dissolution de la copropriété et de la propriété par étages Une nette majorité des participants se sont déclarés favorables à l'élévation de 30 à 50 ans du délai maximal pendant lequel la

dissolution de la copropriété peut être exclue par convention. Seule une partie des participants a estimé utile d'innover en prévoyant qu'un propriétaire pouvait exiger la dissolution de la propriété par étages pour autant que le bâtiment soit constitué en propriété par étages depuis plus de cinquante ans et qu'il ne puisse plus être utilisé de façon conforme à sa destination en raison de son mauvais état. Telle que proposée la possibilité d'exprimer en dix-millièmes les quotes-parts détenues dans une propriété par étages a suscité des réactions généralement positives. Introduction du droit de volume Cette nouvelle institution juridique vise à faciliter l'accès à la propriété de son propre logement à un cercle élargi de la population. La grande majorité des participants a souscrit à cet objectif. Presque tous ont, cependant, émis des doutes quant à l'adéquation de cette institution avec le but poursuivi. A leur sens, le droit de volume ne permet pas de réduire la charge financière globale par rapport à la propriété par étages. En effet dans le cadre du droit de volume la charge que représentent les investissements initiaux est simplement reportée sur les intérêts. Aussi, estiment certains participants, le droit de volume ne répond-il à aucun besoin réel et n'est-il pas viable d'un point de vue pratique. Quelques participants ont proposé de n'admettre le droit de volume que pour les locaux commerciaux, ce qui se justifierait parce que le propriétaire du bâtiment n'aurait pas besoin de procéder à des investissements dans des installations spécifiquement destinées aux utilisateurs.

5027 1.1.5 Décisions matérielles préliminaires arrêtées par le Conseil fédéral L'avant-projet ayant, dans l'ensemble, suscité des réactions positives lors de la consultation, le Conseil fédéral a chargé le DFJP, le 10 juin 2005, d'élaborer un message. En même temps, il a décidé de renoncer à faire remanier les dispositions relatives au droit de volume, étant donné les critiques auxquelles s'est heurtée cette proposition, mais néanmoins de faire encore une fois examiner de manière approfondie par le DFJP l'introduction de cette construction juridique en dehors du présent projet. Il a également décidé de renoncer au droit de gage légal sur les créances des sous-traitants, cette proposition s'étant aussi heurtée à une vive opposition. Il est apparu clairement que l'introduction d'un droit de gage légal en garantie des créances des sous-traitants, permettrait certes d'écarter le risque de double paiement encouru par les propriétaires fonciers, mais qu'elle entraînerait une notable détérioration de la situation des sous-traitants, voire viderait de sa substance l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. La véhémence des critiques dont certaines sont légitimes justifie, aux yeux du Conseil fédéral, que l'on renonce à remanier ce point du projet.

5.1.2 Vue d'ensemble des points essentiels de la révision Introduction d'une cédula hypothécaire de registre, abolition de la lettre de rente et des compétences législatives cantonales dans le domaine des cédules hypothécaires L'un des objectifs primordiaux du projet qui vous est soumis est d'améliorer durablement les conditions-cadre juridiques et économiques dans le domaine des droits de gage immobiliers. En particulier, l'instauration de la cédula hypothécaire de registre sans titre, pièce maîtresse du projet, permettra aux institutions bancaires et aux organismes de crédit de disposer d'une institution juridique moderne et attrayante. Les modifications préconisées dans le domaine des droits de gage immobiliers s'inspirent des propositions formulées dans le rapport d'expertise du professeur Wolfgang Wiegand et de Christoph Brunner. Lors de la consultation, la proposition d'introduire la cédula hypothécaire de registre a reçu un accueil très favorable de la part des milieux bancaires et économiques. Le projet répond au souhait des milieux bancaires d'autoriser le nantissement de la cédula hypothécaire de registre. En outre, différentes solutions propres à faciliter la transformation des cédules hypothécaires sur papier en cédules hypothécaires de registre ont été examinées. Il s'agit de favoriser cette

transformation de telle sorte que la cédula hypothécaire de registre soit rapidement très répandue. La réglementation prévue dans le titre final permettra d'atteindre cet objectif avec la célérité et la simplicité voulues. Parallèlement, le projet prévoit la suppression de la lettre de rente, institution juridique qui est devenue surannée d'un point de vue économique. Tenant compte des exigences formulées dans la motion Jossen-Zinsstag, l'avant-projet prévoyait l'abolition des compétences législatives cantonales dans le domaine des cédulas hypothécaires. Cette mesure vise à ce que la cédula hypothécaire se

5 Cf. communiqué de presse du DFJP du 10 juin 2005, consultable sur Internet à l'adresse www.bj.admin.ch, sous la rubrique Projets législatifs sur le thème Economie/Droits réels immobiliers et du registre foncier/Communiqués aux médias. Cf. également ch. 1.5.4.

5028 répande plus largement dans les cantons qui, se fondant sur les art. 843 et 844, al. 2, CC, ont adopté des prescriptions fixant des charges maximales pour lesquelles les cédulas hypothécaires peuvent être créées ou des dispositions restrictives au sujet de leur dénonciation. Ces normes, aujourd'hui dépassées, ont conduit à ce que, dans ces cantons, l'hypothèque et l'obligation hypothécaire qui, à la différence de la cédula hypothécaire, ne sont pas des papiers-valeurs, sont encore privilégiées. Lors de la consultation, les milieux bancaires ont préconisé que l'on abroge toutes ces compétences législatives cantonales dans le domaine des droits de gage, dans le but de faciliter encore davantage et dans l'ensemble du pays l'exercice par les banques de leur activité dans le domaine du crédit. C'est pourquoi les art. 843 et 844, al. 2, CC sont abrogés. Modifications relatives à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs Il s'agira de maintenir l'effet préventif de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, celle-ci permettant de continuer à sanctionner l'utilisation, par le maître d'ouvrage ou l'entrepreneur général, des ressources financières à d'autres fins que celles auxquelles elles sont destinées. L'avant-projet prévoyait d'exclure les sous-traitants du cercle des entrepreneurs pouvant bénéficier de l'hypothèque légale et d'introduire en leur faveur un droit de gage légal. Les critiques véhémentes suscitées par cette proposition ont incité le Conseil fédéral à renoncer à introduire un droit de gage légal pour les sous-traitants et à maintenir le régime actuel qui leur permet de constituer une hypothèque légale. Parallèlement la protection des artisans et des entrepreneurs sera ponctuellement renforcée. Si ces derniers construisent sur un immeuble dont ils ne sont pas certains qu'il ne fasse pas partie du patrimoine administratif d'une collectivité et, partant, soit insaisissable, ils peuvent demander l'inscription provisoire du droit de gage. Simultanément, il s'agit de combler une lacune de la loi qui ne règle pas le cas dans lequel les travaux sont commandés par des tiers. Désormais, les artisans et les entrepreneurs disposeront dans ce cas d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale à la condition que le propriétaire foncier a donné son aval à l'exécution de ceux-ci. La proposition de limiter ce droit aux travaux commandés par un locataire ou un fermier a été considérée comme trop étroite lors de la consultation. Le projet contient donc une formulation plus large, qui est sans risques car le propriétaire foncier doit avoir donné son aval aux travaux pour qu'il puisse y avoir un droit à l'inscription de cette hypothèque légale. Quand bien même, dans le cadre de la consultation, des participants appartenant à la branche de la construction ont préconisé que l'on prolonge le délai d'inscription en vigueur, il convient de maintenir celui-ci, qui est le fruit d'un compromis entre les intérêts antagonistes des propriétaires fonciers et des artisans et des entrepreneurs. Nouvelles règles touchant la forme à respecter pour la constitution

des droits de gage immobiliers et des servitudes foncières L'exigence de la forme authentique sera étendue à l'ensemble des droits de gage immobiliers constitués par un acte juridique. La législation actuelle se borne à exiger la forme authentique pour les droits de gage constitués contractuellement et non pour ceux qui le sont par une manifestation unilatérale de la volonté. Cette différenciation tient à des raisons purement dogmatiques. Elle ne se justifie pas matériellement puisque toute constitution d'un droit de gage débouche tôt ou tard sur un rapport créancier-débiteur. Aussi la constitution des cédules hypothécaires établies

5029 au nom du propriétaire doit-elle avoir lieu en la forme authentique. L'exigence de la forme authentique sera également étendue à tous les types de droits de superficie. En revanche, la forme écrite continuera de suffire pour la constitution contractuelle de servitudes foncières. Il est renoncé à exiger la forme authentique pour la constitution de ces servitudes, contrairement à ce qui était prévu dans l'avant-projet, en raison des craintes exprimées dans la procédure de consultation, selon lesquelles une telle exigence de forme qualifiée conduirait à une augmentation considérable des coûts et à un surcroît de travail pour les parties. En tout état de cause, si son exercice est limité localement, la servitude devra dorénavant figurer sur un plan (à produire auprès de l'office du registre foncier), dans la mesure où il n'est pas possible de la déterminer avec suffisamment de précision à la lumière de la description donnée par le titre. Cette nouvelle disposition répond à une préoccupation exprimée surtout par les conservateurs du registre foncier. Elle permettra d'éviter autant que possible que l'exercice de servitudes donne ultérieurement lieu à des litiges. Ces nouvelles normes touchant la forme à respecter pour la constitution de droits de gage immobiliers et de servitudes foncières contribueront à améliorer la rédaction de tels actes. En outre, elles permettront aux offices du registre foncier de disposer d'éléments d'information clairs et fiables en vue de l'inscription et, du même coup, au registre foncier de remplir pleinement sa fonction de système d'informations relatives au sol. Faire du registre foncier un système moderne d'informations relatives au sol L'un des objectifs primordiaux du projet qui vous est soumis est de faire du registre foncier un système d'informations relatives au sol plus moderne que ce n'est le cas actuellement. Il s'agit de doter les offices du registre foncier de dispositions leur permettant de radier du registre les inscriptions ayant perdu toute importance et de prévenir leur report. Si un immeuble est divisé, non seulement les servitudes (à la différence de ce que prévoyait l'avant-projet) mais encore les annotations et les mentions devront être épurées pour chaque parcelle. Cette réglementation répond à un souhait exprimé par plusieurs participants à la consultation. A noter que l'obligation d'épuration vaudra aussi en cas de réunion d'immeubles. Enfin, pour des périodes déterminées, les cantons pourront ordonner une procédure d'épuration publique. Pour des motifs tenant à la systématique, ces dispositions – comme d'ailleurs toutes les normes concernant la procédure de radiation – figureront dans le droit régissant le registre foncier. Le projet prévoit de rendre obligatoire la mention des restrictions publiques à la propriété. Cette mesure accroîtra l'effet de publicité du registre foncier. Au cours de la consultation, certains participants ont cependant exprimé la crainte que ces mentions n'encombrent le registre foncier, notamment dans l'hypothèse où les annotations devenues obsolètes ne seraient pas radiées systématiquement. Le projet tient compte de cette objection en conférant aux offices du registre foncier la compétence de radier d'office une inscription dans des cas bien déterminés. Au cours de la consultation, la proposition de rendre obligatoire l'inscription des hypothèques légales de droit public cantonal a suscité des critiques notamment de la part des cantons et des administrations fiscales parce qu'à

leurs yeux les délais d'inscription sont trop courts. Lors du remaniement de l'avant-projet, on a étudié la possibilité d'allonger notablement ces délais ou d'établir une norme spécifique pour les prétentions fiscales, prévoyant également des délais nettement plus longs. Cette possibilité a toutefois été écartée au motif qu'un allongement des délais d'inscription porterait lourdement atteinte à l'effet de publicité qu'est censé avoir le registre 5030 foncier. En l'occurrence, le renforcement de l'effet de publicité et l'accroissement de la sécurité du droit qui en résulte doivent l'emporter sur le surcroît de travail redouté par les cantons s'ils veulent respecter les délais d'inscription. Afin de restreindre au maximum la charge de travail occasionnée par l'inscription des droits de gage immobiliers existant avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, une disposition spéciale a été intégrée dans le titre final du projet. Elle accorde un délai de dix ans à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit pour procéder à cette inscription. Autres modifications apportées dans les domaines des droits réels immobiliers

et du droit du registre foncier Nous avons profité du présent projet pour apporter dans le domaine des droits réels immobiliers des modifications mineures à diverses institutions juridiques telles que la copropriété ou la propriété par étage ou encore la responsabilité des propriétaires fonciers. Ces modifications ne remettent, cependant, pas en cause la conception générale de ces institutions. Par ailleurs, le projet entend régler de manière plus claire la surveillance du registre foncier. Dorénavant, il y aura une séparation stricte entre la surveillance administrative générale du registre foncier (exercée par les autorités cantonales ad hoc) et le contrôle exercé a posteriori par l'autorité de recours de première instance (tribunal ou juge administratif). Le droit de recours sera désormais réglé dans la loi elle-même et non plus à l'échelon de l'ordonnance.

1.3 Droit comparé et relations avec le droit européen

1.3.1 Généralités

Les données qui suivent à propos de l'introduction de la cédule hypothécaire de registre et de l'eurohypothèque sont tirées de la comparaison internationale à laquelle l'Institut suisse de droit comparé s'est livrée en complément de l'expertise du professeur Wolfgang Wiegand et de Christoph Brunner. Dans cette étude comparative, 28 systèmes juridiques nationaux et leurs caractéristiques nationales ont fait l'objet d'une récapitulation sous la forme d'un tableau synoptique, avec un complément sous forme de rapports portant sur 11 Etats.

1.3.2 Introduction de la cédule hypothécaire de registre

Dans la plupart des régimes juridiques analysés, le droit de gage immobilier a un caractère accessoire, soit de manière exclusive (par exemple, en Belgique, en Bulgarie, au Danemark, en Finlande, en France, aux Pays-Bas, en Russie, en Suède et en Ukraine), soit au niveau des principes (Autriche). L'objet principal est donc essentiellement la créance, autrement dit la responsabilité personnelle du débiteur. La garantie immobilière constituée par le gage n'a donc qu'un caractère accessoire. Seules l'Allemagne, l'Estonie, la Slovénie, l'Espagne et la Hongrie ont introduit dans leurs législations une institution juridique comparable à la cédule hypothécaire, qui a un caractère non accessoire par rapport à l'obligation principale.

6 Avis de droit de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) du 12 septembre 2006 relatif à l'introduction d'une cédule hypothécaire sans titre comme gage de registre.

5031 A la cédule hypothécaire de registre correspond en Allemagne la dette hypothécaire inscrite dans le registre foncier qui constitue, elle aussi, un droit de gage sans titre physique et non accessoire. Quant à la dette hypothécaire avec titre prévue par le droit allemand, elle correspond dans les grandes lignes à la cédule hypothécaire sur papier instituée par le CC. Conformément à la conception du droit allemand, la constitution d'une dette hypothécaire

avec titre est la règle et celle d'une dette hypothécaire par inscription dans le registre l'exception. La législation allemande permet toutefois de passer d'une forme à l'autre. Dans la pratique, il est de plus en plus rare qu'une dette hypothécaire soit constituée avec titre, les avantages de la constitution par inscription dans le registre étant évidents: absence de risque de perdre le titre, connaissance sûre du créancier gagiste et suppression des émoluments pour la délivrance du titre. La loi du 9 juin 1993 sur les droits réels immobiliers adoptée par l'Estonie prévoit la possibilité de constituer une hypothèque de registre. Il s'agit d'une hypothèque dont la naissance et l'existence ne sont pas dépendantes d'une créance. Le propriétaire peut opposer au créancier hypothécaire non seulement des exceptions à l'endroit de l'hypothèque mais encore toutes les exceptions que lui-même ou un tiers a le droit d'invoquer contre la créance, en sa qualité de débiteur personnel. Nous ne savons pas comment cette réglementation s'est traduite dans la pratique. Depuis 1996, la Hongrie connaît un droit de gage immobilier dit «autonome», institution à laquelle, en réalité, recourent exclusivement les banques hypothécaires pour assurer le financement de projets immobiliers. La raison en est que la loi ne protège pas suffisamment le débiteur de la créance garantie par gage contre le risque d'être doublement mis à contribution puisqu'il ne peut invoquer des exceptions que dans une mesure limitée. L'élaboration d'un nouveau code civil est en cours. Le gage immobilier autonome disparaîtra, puisque, dans la pratique, il n'est utilisé que par les banques hypothécaires. En 2003, la Slovénie s'est dotée d'une nouvelle loi sur les droits réels immobiliers qui instaure, outre l'hypothèque, la dette hypothécaire conçue comme un droit de gage immobilier non accessoire, inspiré du droit allemand et censé être utilisé de manière aussi souple qu'en Allemagne. Il est notoire que l'Espagne connaît depuis près de 20 ans tant la cédule hypothécaire sur papier que la cédule hypothécaire de registre. Nous ne savons pas comment l'existence de cette double forme s'est traduite dans la pratique. Une étude publiée en 2001 révèle, cependant, que l'introduction des cédules hypothécaires a, de manière générale, donné lieu à des difficultés dans sa phase initiale. En Suède où la lettre de gage est accessoire à la créance garantie, l'informatisation du registre foncier a permis d'introduire en 1994 une lettre de gage électronique sans titre physique. En Angleterre et au Pays de Galles, le passage du système de registre basé sur les titres au système d'inscription tabulaire des immeubles permettra d'introduire la cédule hypothécaire de registre dont la conception sous l'angle du droit ne correspond pas à celle de la cédule hypothécaire suisse.

5032 1.3.3 L'eurohypothèque A l'heure actuelle, des discussions sont toujours en cours à propos de l'introduction dans l'espace européen de justice d'une hypothèque spéciale qu'il est convenu d'appeler «eurohypothèque». Depuis des années, des universitaires et des banques se préoccupent de la forme à donner à un instrument uniformisé à l'échelon de l'Europe, qui permettrait de garantir les prêts immobiliers. L'eurohypothèque est censée coexister avec les autres sûretés hypothécaires prévues par les droits nationaux et être surtout utilisée sur le marché du crédit hypothécaire transnational. Toutefois, on ne sait pas encore exactement quelle forme juridique donner à ce nouvel instrument. Récemment, des experts ont élaboré les «Basic Guidelines for a Eurohypothec»⁷. S'il est probable qu'un droit de gage immobilier reposant sur le principe d'accessoriété a de plus grandes chances d'être bien accueilli par le public, les milieux universitaires, notamment, n'en soulignent pas moins les avantages non négligeables que présente un droit de gage fondé sur le principe de non accessoriété. Il semblerait que l'eurohypothèque, à l'instar de la dette hypothécaire allemande ou de la cédule hypothécaire, doive prendre la forme d'une sûreté reposant sur le principe de non-accessoriété. L'eurohypothèque devra impérativement être

inscrite dans un registre. Par voie de conséquence, l'inscription sera constitutive. Au stade actuel de la réflexion, elle devrait être inscrite dans un registre national, ce qui constituerait une nouveauté, notamment pour les Etats dont le régime juridique exige la production de toute une série de titres aux fins d'établir l'existence de droits sur des immeubles. Le registre devra être accessible à tout un chacun si possible via Internet – et recenser tous les droits et restrictions afférents à chaque immeuble. La Commission européenne (en l'occurrence, la Direction générale compétente est celle du marché intérieur) n'a toutefois pas encore pris d'option définitive. Toutefois, eu égard à la multitude d'intérêts en présence, on ne saurait escompter la clôture prochaine des délibérations sur l'eurohypothèque.

1.3.4 En résumé Ce tour d'horizon montre qu'en dépit de la multiplicité des réglementations que l'on trouve dans l'espace européen de justice, la cédula hypothécaire de registre apparaît être une exception. La cédula hypothécaire de registre dont l'instauration est proposée ne devrait donc que prendre plus fortement le caractère de modèle dont l'Union européenne pourrait s'inspirer pour déterminer la forme à donner à l'eurohypothèque. En matière de sûretés mobilières également on constate, dans l'aire européenne, une tendance à se tourner vers des inscriptions dans des registres. En conclusion, force est de relever que l'introduction dans la législation suisse sur les droits réels immobiliers de la cédula hypothécaire de registre va dans le sens des réformes entreprises à l'étranger et de l'évolution du droit européen.

7 Basic Guidelines for a Eurohypothec, Polish Mortgage Credit Foundation, Varsovie 2005.

5033 1.4 Mise en œuvre Le Conseil fédéral édictera des dispositions réglant les formes applicables à la cédula hypothécaire sur papier (art. 861, al. 2, P-CC), fixant les domaines où le droit cantonal doit prévoir la mention au registre foncier des restrictions à la propriété (art. 962, al. 3, P-CC), enfin, visant à assurer l'interopérabilité de l'informatique ainsi que l'intégrité, l'authenticité et la sécurité des données (art. 55bis, al. 4, tit. fin. P-CC). Pour le surplus, l'exécution incombe aux cantons.

1.5 Classement d'interventions parlementaires

1.5.1 1998 P 98.3131 Modification du CC. Aménagement de la cédula hypothécaire en tant que registre de droits de gage (E 9.6.98, Schiesser) La cédula hypothécaire de registre dont nous proposons l'introduction (art. 857 ss CC) répond pleinement aux exigences de la motion Schiesser du 19 mars 1998, qui a été transmise sous forme de postulat (ch. 1.1.1). Ce postulat peut donc être classé.

1.5.2 1998 P 98.3214 Encouragement de la propriété. Modification des droits réels (N 18.12.98, CAJ-N) Transmise sous forme de postulat, cette motion du 4 mai 1998 (ch. 1.1.1) chargeait le Conseil fédéral de proposer une modification des droits réels qui ouvre la possibilité d'acheter un appartement sans acquérir une part de copropriété de l'immeuble. Ce mandat a fait l'objet d'un examen approfondi sous l'angle juridique, qui a conduit le Conseil fédéral à proposer, au stade de l'avant-projet, l'instauration d'une nouvelle institution juridique: le droit de volume (art. 779m à 779r, AP-CC). Ce droit dont la conception était inspirée de celle du droit de superficie était censé permettre à la personne qui le détenait l'utilisation exclusive de même que l'aménagement intérieur de certaines parties d'un bâtiment, mais sans acquérir la (co-)propriété de celui-ci. Au cours de la consultation, presque tous les participants ont cependant émis des doutes quant à l'adéquation de la nouvelle institution juridique proposée avec le but poursuivi. Certains ont estimé que le droit de volume ne répondait à aucun besoin réel et, de surcroît, n'était pas viable d'un point de vue pratique. Cela étant, le Conseil fédéral a renoncé, le 10 juin 2005, à proposer, dans le présent projet, l'introduction du droit de volume. D'ailleurs, l'étude à laquelle celui-ci a ultérieurement donné lieu hors du cadre de la présente révision

législative a fait ressortir qu'il ne correspondait pas véritablement à un besoin, cela en raison de l'hybridité par trop marquée qu'il présentait entre la location et la propriété par étage. Au surplus, aucun des Etats voisins de la Suisse ne connaissant l'institution juridique du droit de volume, sa réglementation en droit suisse ne devrait pas aller sans difficultés. Apparemment les institutions juridiques offertes actuellement par notre droit interne donnent tout autant que le droit de volume les résultats recherchés. Néanmoins, le Professeur David Dürri a lancé un premier projet-pilote de la «petite propriété du logement» (le lotissement Huebli, Oberweningen) dans l'agglomération zurichoise. Le modèle a été développé par lui. Le projet-pilote doit donc démontrer si cette forme de logement fait ses preuves dans la pratique. Les premiers enseignements ne

5034 pourront donc être tirés que dans quelques années. D'ici là, une discussion approfondie apparaît superflue. Le postulat transmis en 1998 doit dès lors être classé. 1.5.3 1999 P 98.3362 Modification de l'art. 839, al. 2, CC, hypothèques des artisans et des entrepreneurs (N 9.10.98, CAJ-N; E 2.6.99) et 2002 P 02.3532 Dispositions du CO relatives au bâtiment. Protection du maître de l'ouvrage (N 13.12.02, Fässler-Osterwalder) Tenant compte des exigences formulées dans la motion du 7 juillet 1998, transmise sous forme de postulat (ch. 1.1.1), l'avant-projet comportait diverses propositions de modification du régime applicable à l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 837 ss AP-CC). Devant la vive opposition manifestée par les milieux de l'économie et de l'artisanat, le Conseil fédéral a cependant décidé de renoncer à introduire un droit de gage légal pour garantir les créances des sous-traitants (art. 841a AP-CC). Le projet qui vous est soumis n'en prévoit pas moins d'apporter diverses améliorations au droit régissant l'hypothèque des artisans et des entrepreneurs. Les exigences posées par le postulat étant remplies, celui-ci peut être classé. Dans le même contexte, le Conseil fédéral propose de classer également le postulat Fässler-Osterwalder (02.3532 «Dispositions du CO relatives au bâtiment. Protection du maître de l'ouvrage») du 13 décembre 2002. A l'instar du postulat concernant les hypothèques des artisans et des entrepreneurs, ce postulat vise à moderniser les dispositions du droit privé suisse relatives au bâtiment dans le but de renforcer la protection des parties contractantes les plus «faibles». Le Conseil fédéral estime que le droit en vigueur permet d'atteindre cet objectif, sans qu'il soit nécessaire de réviser les dispositions sur le contrat d'entreprise (art. 363 à 379 du code des obligations du 20 mars 1911 [CO8]) et le mandat (art. 394 à 406 CO). 1.5.4 2001 P 00.3236 Clause de réutilisation des obligations hypothécaires au porteur (N 20.3.01, Jossen-Zinsstag) L'abrogation des art. 843 et 844, al. 2, CC, permettra d'atteindre les objectifs de cette motion du 5 juin 2000 transmise sous forme de postulat (ch. 1.1.1). Ainsi, dans l'ensemble des cantons, la cédule hypothécaire fera figure de droit de gage optimal pour toutes les parties. Le postulat peut donc être classé. 1.5.5 2004 M 03.3305 Révision du code civil (E 2.10.03, Lauri; N 15.6.04) Déposée le 18 juin 2003 (ch. 1.1.1), cette motion charge le Conseil fédéral de fournir aux cantons les instruments qui leur manquent pour débarrasser leur registre foncier des inscriptions dépassées ou peu claires qui l'encombrent et prévenir les inscrip-

8 RS 220

5035 tions superflues. Dans le cadre du présent projet, les art. 743, 744 et 976 CC font l'objet d'un remaniement profond. Dorénavant, si un immeuble est divisé, non seulement les servitudes mais encore les annotations et les mentions devront être épurées pour chaque parcelle. Il en ira de même en cas de réunion d'immeubles. En outre, pour des périmètres

déterminés, les cantons pourront ordonner une procédure d'épuration publique. Pour des motifs tenant à la systématique, les dispositions concernant l'épuration (art. 974a, 974b et 976c P-CC) figureront dorénavant dans le droit régissant le registre foncier. En ce qui concerne la radiation facilitée, les art. 976, 976a et 976b P-CC opèrent une distinction entre les cas clairs dans lesquels une inscription peut être radiée d'office et les autres cas dans lesquels l'inscription peut être radiée sur requête. Cela étant, la motion peut être classée. 2

Commentaire du projet 2.1 Première partie: De la propriété 2.1.1 Titre dix-huitième: Dispositions générales Art. 647, al. 1 et 1bis (nouveau) Selon l'actuel al. 1, le règlement d'utilisation et d'administration peut faire l'objet d'une mention au registre foncier s'il déroge aux dispositions légales. Les possibilités d'inscrire des mentions sont désormais étendues et réglées à l'art. 649a, al. 2, P-CC. L'art. 647, al. 1, P-CC est adapté en conséquence. L'adoption d'un règlement d'utilisation et d'administration doit être approuvée par tous les copropriétaires. En droit actuel, la modification ultérieure d'un règlement d'utilisation et d'administration doit également être approuvée par tous les copropriétaires (ATF 103 Ib 76 ss), ce que la doctrine critique. C'est pourquoi, le règlement pourra désormais prévoir qu'il peut être modifié par une décision prise à la majorité. En pratique, le règlement d'utilisation et d'administration attribue souvent aux copropriétaires des droits d'usage particulier sur des places de parc, des ateliers de bricolage, etc. Si, par la suite, l'attribution de ces droits d'usage particulier doit être modifiée, il sera nécessaire d'obtenir, conformément au nouvel al. 1bis, non seulement l'approbation de la majorité de tous les copropriétaires, mais également celle des copropriétaires directement concernés. On songe ici surtout aux échanges entre copropriétaires, par exemple celui de places de parc, ou à la suppression du droit d'usage particulier d'un copropriétaire. Art. 649a, titre marginal et al. 2 (nouveau) Le titre marginal actuel «subrogation de l'acquéreur d'une part» est remplacé par «opposabilité; mention au registre foncier» qui est plus claire et adapté au nouveau contenu de la disposition. L'art. 647, al. 1, CC offre aujourd'hui déjà la possibilité de mentionner au registre foncier le règlement d'utilisation et d'administration convenu par les copropriétaires. La mention n'a qu'un effet déclaratif et ne fonde aucun droit. Elle ne fait qu'informer sur l'existence d'un rapport juridique particulier et améliore ainsi la transparence. Dans la pratique, un besoin existe cependant de permettre également la mention des décisions et des ordonnances judiciaires ainsi que celle des mesures

5036 d'administration prises par les copropriétaires qui, tout comme le règlement d'utilisation et d'administration, obligent tant les futurs ayants droit que les acquéreurs de droits réels sur une part de copropriété (cf. al. 1), en particulier lorsqu'elles sont durables. Le nouvel al. 2 crée la base légale d'une telle mention. Art. 650, al. 2 Chaque copropriétaire a le droit d'exiger le partage, s'il n'est tenu de demeurer dans l'indivision en vertu d'un acte juridique, par suite de la constitution d'une propriété par étages ou en raison de l'affectation de la chose à un but durable (cf. al. 1). En droit actuel, le partage peut être exclu par convention pour une durée de trente ans. Cette limite à trente ans est souvent ressentie comme trop courte. C'est surtout dans les lieux touristiques que l'on rencontre la pratique qui consiste à diviser la propriété des appartements de vacances en parts de copropriété. Le règlement d'utilisation et d'administration (art. 647 ss CC) accorde le droit aux copropriétaires d'utiliser le logement pour une certaine durée de l'année ou de la saison. De fait, cela conduit à une forme de propriété à temps partiel sur un logement (connue à l'étranger sous l'appellation «Time-Sharing» ou «multipropriété»). Les copropriétaires peuvent, par convention, exclure le droit au partage de la copropriété pour la durée de l'affectation d'un tel logement. Afin de mieux répondre à cet objectif, une telle exclusion

doit pouvoir perdurer au-delà de la période maximale actuelle de trente ans et il convient de porter la durée maximale à cinquante ans. 2.1.2 Titre dix-neuvième: De la propriété foncière 2.1.2.1 Chapitre premier: De l'objet, de l'acquisition et de la perte de la propriété foncière Art. 655, al. 3 (nouveau) Selon l'art. 7, al. 2, de l'ordonnance du 22 février 1910 sur le registre foncier (ORF)⁹, un droit distinct et permanent, tels un droit de superficie ou un droit à une source, ne peut être immatriculé comme immeuble au registre foncier que s'il est constitué pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée. Au moins en ce qui concerne le droit de superficie, une durée maximale est prévue dans la loi (art. 779I CC). Il paraît dès lors adéquat de prévoir également dans la loi la durée minimale d'un droit distinct et permanent, et non plus seulement dans une ordonnance. Le contenu de l'art. 7, al. 2, ORF, qui définit le caractère distinct et permanent d'un droit, est quelque peu simplifié mais, sur le plan matériel, repris pratiquement sans changement dans le nouvel al. 3. Art. 666a (nouveau) Il peut arriver qu'une personne inscrite au registre foncier en qualité de propriétaire doive agir personnellement ou, au moins, désigner un représentant, mais qu'elle ne puisse être atteinte pour des raisons diverses. L'al. 1 distingue alors deux situations:

9 RS 211.432.1

5037 – la personne inscrite sous un nom et un prénom ne peut pas être identifiée sans équivoque, par exemple parce que plusieurs personnes ont le même nom et prénom. On peut également imaginer des cas rares dans lesquels la raison sociale d'une personne morale ne permet pas une identification sans équivoque de celle-ci; – la personne inscrite au registre foncier est certes identifiable, mais ne peut être retrouvée. Lorsqu'il s'agit d'immeubles de peu de valeur, notamment dans les régions de montagne, il n'est pas rare que le propriétaire vive encore mais qu'il ait déménagé depuis longtemps ou même émigré sans montrer le moindre intérêt pour l'immeuble en question. Il n'existe pas d'obligation légale d'annoncer un changement de domicile au registre foncier. Au regard de l'année de naissance de la personne inscrite en tant que propriétaire, on peut également souvent partir de l'idée qu'elle est décédée depuis longtemps. Les héritiers ne se sont pourtant jamais annoncés au registre foncier. Il est possible qu'ils ignorent même l'existence de cet immeuble. Dans le domaine des droits de gage immobilier, l'art. 823 CC prévoit déjà que l'autorité tutélaire du lieu où le gage est situé peut nommer un curateur au créancier introuvable. Une règle comparable fait défaut dans le domaine de la propriété immobilière, bien qu'il existe également des situations dans lesquelles une activité du propriétaire s'avérerait nécessaire. En droit actuel, l'office du registre foncier ne peut pas agir d'office dans ces cas. Ici également, il doit être possible de prendre des mesures malgré le fait que le propriétaire soit introuvable: soit le juge ordonne directement lui-même ces mesures, soit il nomme un représentant et lui délègue l'exécution des mesures à prendre. Il peut s'agir par exemple d'introduire une procédure de déclaration d'absence, de demander le consentement à la radiation d'une servitude ou encore de négocier la vente de l'immeuble et de déposer le produit réalisé sur un compte bloqué. Les dispositions relatives à la curatelle dans le droit de la tutelle ou dans le droit de la protection de l'adulte en préparation ne suffisent alors pas toujours. Il paraît donc justifié de prévoir une disposition correspondante spécifique dans le domaine de la propriété immobilière. Etant donné que les mesures les plus diverses peuvent entrer en ligne de compte, il est adéquat de déléguer la compétence d'ordonner ces mesures non pas à une autorité de la tutelle (ou, désormais, de protection de l'adulte), mais au juge du lieu de situation de l'immeuble (cf. également l'art. 823 P-CC). Lorsque ce n'est pas une mesure unique qui doit être ordonnée (p. ex. la demande de

consentement de la radiation d'une servitude), mais que la mesure porte sur une durée assez longue (p. ex. l'introduction d'une procédure de déclaration d'absence), le juge peut, selon l'al. 2, nommer un représentant. Le requérant doit fixer dans sa requête au juge les pouvoirs que celui-ci doit accorder au représentant. Le juge les fixe au cas par cas en se conformant à la requête et au but de la représentation. S'il n'est pas expressément habilité à disposer de l'immeuble, le représentant n'a que le pouvoir de prendre des mesures conservatoires, c'est-à-dire de procéder à des actes usuels d'administration. Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 823 P-CC, il n'est pas expressément exigé à l'art. 666a, al. 3, P-CC que l'urgence de la situation commande la nomination d'un représentant. Cette exigence découle plutôt indirectement de la légitimation à formuler la requête. Toute personne ayant un intérêt digne de protection est habilitée à formuler celle-ci: cela vise en premier lieu les titulaires de droits réels sur l'immeuble, puis les voisins, des acheteurs potentiels, ainsi que la collectivité publi-

5038 que. En outre, l'office du registre foncier du lieu de situation de l'immeuble est également compétent pour requérir la nomination d'un représentant. Si ni le propriétaire ni ses héritiers ne peuvent être identifiés, une prescription acquiescitive extraordinaire est possible après une possession paisible et ininterrompue de trente ans (art. 662 CC). Par souci de clarté, l'al. 4 précise que l'ordonnance de ces mesures (en particulier également la nomination d'un représentant) n'interrompt pas la durée de cette possession. Art. 666b (nouveau) Il arrive également qu'une personne morale ou une entité de droit cantonal ou fédéral inscrite au registre foncier soit tenue d'agir ou, à tout le moins, de désigner un représentant, mais qu'elle ne dispose alors plus des organes nécessaires à cette fin. Cela concerne en particulier les entités radiées du registre du commerce. Ces dernières doivent être réinscrites pour acquérir la personnalité juridique. Dans le cadre de la révision du droit de la protection de l'adulte¹⁰, il est envisagé de limiter la compétence de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte aux personnes physiques. Elle ne pourra donc plus nommer de curateur à des personnes morales. Pour les fondations à qui il manque un organe prescrit, le nouvel art. 83 CC prévoit que l'autorité de surveillance peut nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire. La révision du droit de la société à responsabilité limitée, adoptée par le Parlement le 16 décembre 2005, prévoit des clauses de sauvegarde en droit des sociétés et en droit des associations (cf. art. 69c CC et art. 731b CO11). Le nouvel art. 666b P-CC complète cette réglementation en permettant d'ordonner également les mesures nécessaires dans le domaine des droits réels immobiliers pour tous les types de personnes morales et d'entités. Une telle requête pourra être déposée par l'office du registre foncier du lieu de situation de l'immeuble ainsi que par toute personne qui y a un intérêt digne de protection. Il s'agit tout d'abord des titulaires de droits réels sur l'immeuble, mais aussi des voisins ou encore de la collectivité. Contrairement à ce qui est prévu à l'art. 823 P-CC, il n'est pas expressément exigé que l'urgence de la situation commande la nomination d'un représentant. Cette exigence découle plutôt indirectement de la légitimation à formuler la requête.

2.1.2.2 Chapitre II: Des effets de la propriété foncière

Art. 676, titre marginal et al. 1 et 4 (nouveau) Dans la version française, le titre marginal a été adapté au nouveau contenu de cette disposition. La nouvelle formulation de l'al. 1 ne modifie pas le contenu juridique de cette disposition. La notion d'«accessoire» dans la version actuelle est simplement supprimée; critiquée dans la doctrine, elle n'est pas un accessoire au sens de l'art. 644 s.

10 Cf. Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 11 Introduit par la modification du code des obligations (droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) du 16 décembre 2005 (FF 2005 6809), dont l'entrée en vigueur sera probablement fixée par le Conseil fédéral au 1er janvier 2008.

5039 CC mais un accessoire sui generis. L'al. 1 continue de poser la présomption selon laquelle les conduites destinées à la desserte et à l'évacuation d'un immeuble demeurent la propriété du propriétaire d'ouvrage, en contradiction avec le principe de l'accession, et que toutes les aliénations relatives à l'ouvrage comprennent également celles de leurs conduites. Le nouvel al. 4 n'était pas proposé dans l'avant-projet. Il découle des suggestions émises par les milieux proches du registre foncier dans la procédure de consultation. Selon cette disposition, les cadastres cantonaux des conduites qui remplissent un certain standard technique (en particulier les normes correspondantes SIA) complètent le registre foncier et jouissent de la foi publique du registre foncier. De nombreux cantons connaissent aujourd'hui – notamment pour les conduites d'ouvrages – des cadastres des conduites, qui reproduisent souvent plus précisément les conduites (souterraines) que l'inscription au registre foncier. La possibilité doit donc être donnée aux cantons de conférer la foi publique à ces cadastres s'ils ont été établis et mis à jour selon les principes reconnus de la technique. L'enregistrement de la conduite dans ce cadastre crée notamment alors la présomption que sa localisation et son parcours sont exacts. Un tiers de bonne foi doit ainsi pouvoir se fier à l'exactitude de ce cadastre. Art. 679, titre marginal et al. 2 (nouveau) On distingue désormais la responsabilité en cas d'excès du droit de propriété (art. 679 P-CC) de celle en cas d'exercice licite du droit de propriété (art. 679a P-CC). Cela conduit à une adaptation du titre marginal de l'art. 679 CC. En principe, tous les moyens juridiques prévus à l'art. 679 CC doivent s'appliquer à tous les types d'atteintes excessives au sens de l'art. 684, al. 2, P-CC, c'est-à-dire également aux immissions négatives. Toutefois, le nouvel al. 2 n'exclut la possibilité d'ouvrir une action civile en vue de la suppression de l'atteinte ou de la réparation du dommage en raison d'atteintes excessives, p. ex. lors de la privation de l'ensoleillement ou de la lumière, pour des constructions ou des installations (y compris p. ex. les voies de communication et les surfaces de circulation), que si, au moment où ces dernières ont été érigées, toutes les prescriptions alors en vigueur – en particulier celles de droit public – n'ont pas été respectées. Cet affaiblissement par rapport à l'avant-projet, tient compte des critiques exprimées dans la procédure de consultation. Art. 679a (nouveau) Lorsque des voisins endurent temporairement des nuisances excessives et inévitables du fait de l'exploitation licite d'un fonds, en particulier du fait d'une construction, et qu'ils subissent ainsi un dommage, ils ne peuvent demander du propriétaire de ce fonds que le versement de dommages-intérêts. Les autres moyens prévus à l'art. 679 CC ne sont par contre pas disponibles. Cette disposition reprend ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a comblé une lacune dans ce domaine (ATF 114 II 230), et complète l'art. 679 CC, qui règle la responsabilité du propriétaire foncier pour les atteintes illicites sur les immeubles voisins. Art. 684, titre marginal, et al. 2 La seconde partie du titre marginal qui parle actuellement d'«exploitation du fonds» reçoit une formulation plus précise, soit «atteintes excessives».

5040 L'actuel al. 2 reçoit une formulation plus contemporaine en prenant pour modèle le droit de la protection de l'environnement. Les radiations sont notamment ajoutées à la liste

des exemples d'immissions dites positives. Les immissions dites négatives, soit la privation de lumière ou d'ensoleillement, complètent la disposition. La question de savoir s'il existe une protection de droit privé fédéral contre ces immissions négatives divise depuis longtemps la jurisprudence cantonale et la doctrine en deux camps. Concrètement, il s'agit de répondre à la question de savoir si – indépendamment des dispositions cantonales régissant les constructions et plantations (art. 686 et 688 CC) – les moyens juridiques prévus à l'art. 679 CC qui garantissent la suppression de l'atteinte et la pleine indemnisation sont applicables à la privation excessive d'ensoleillement, de vue ou de dégagement. Le Tribunal fédéral a récemment précisé, au sujet des immissions négatives dues à la croissance des plantes, qu'il existait une protection (minimale) de droit fédéral contre de telles immissions même en présence de dispositions cantonales relatives à la hauteur maximale et aux distances pour des plantations. Il s'agit donc d'apporter cette clarification dans le texte légal. Les moyens juridiques contre les immissions excessives sont réglés à l'art. 679 CC (cf. en particulier l'art. 679, al. 2, P-CC). Art. 691, titre marginal, et al. 1 et 3 Le titre marginal est adapté au nouveau contenu de cette disposition. L'actuel art. 691 CC règle le droit du voisin d'établir des conduites; ce droit fait partie des droits nécessaires et constitue une servitude légale. Ainsi, à certaines conditions énumérées à l'al. 1, le propriétaire du fonds voisin a l'obligation de tolérer l'établissement de conduites; la personne qui bénéficie de la conduite en question a le droit de constituer une servitude contre le paiement d'une pleine indemnité. L'al. 1 reçoit une nouvelle formulation améliorée. Pour l'établissement d'un droit de conduite nécessaire, son inscription au registre foncier n'est aujourd'hui pas constitutive, contrairement au principe de l'inscription, applicable de manière générale à la constitution des droits dans le domaine des droits réels immobiliers. Selon la doctrine et la jurisprudence, ces droits de conduite nécessaire prennent naissance par la conclusion d'un contrat de servitude lorsqu'il est passé une convention extra-judiciaire, ou par un jugement formateur, en cas d'introduction d'une procédure judiciaire. Selon la réglementation actuelle, l'ayant droit peut cependant demander l'inscription à ses frais de la servitude foncière au registre foncier. Désormais, le nouvel al. 3 prévoit que le propriétaire grevé doit également pouvoir exiger l'inscription de la servitude au registre foncier aux frais de l'ayant droit. Une deuxième phrase complète en outre l'al. 3: celle-ci prévoit que la servitude de conduite peut également être opposée à l'acquéreur de bonne foi de l'immeuble voisin, même en l'absence d'inscription au registre foncier. Jusqu'à présent, la doctrine majoritaire défendait le point de vue selon lequel l'absence d'inscription de ces servitudes foncières au registre foncier ne pouvait pas être opposée à l'acquéreur de bonne foi du fonds grevé, en raison du principe de la foi publique du registre foncier (art. 973 CC), dans la mesure où ces conduites n'étaient pas apparentes (art. 676, al. 3, CC). Comme la réglementation actuelle risque de troubler les acheteurs potentiels, en particulier pour les grands ensembles immobiliers, il convient de lever cette incertitude en réglant cette question dans la loi.

5041 2.1.2.3 Troisième chapitre: De la propriété par étages Art. 712e, titre marginal et al. 1 Le contenu de cette disposition est précisé par un complément donné à ce titre marginal. Selon le droit actuel, la valeur de la propriété par étages doit être indiquée en pourcentage ou en pour-mille. Lorsqu'il s'agit de grandes communautés de propriétés par étages, la subdivision des valeurs en fractions plus infimes que des pour-mille est nécessaire. La pratique du registre foncier admet déjà actuellement des dix-millièmes ou la subdivision du numérateur en fractions décimales (p. ex. 0,5/1000). Une subdivision en particulier en 1/3 correspond également à un besoin de la pratique. C'est pourquoi une subdivision en une

fraction de tout type doit être possible, par exemple en 1/3, 1/5, 1/13, 1/10 000, 1/250 000, ou 1/1 000 000. Les numérateurs comme les dénominateurs doivent être indiqués en chiffres entiers. Des fractions décimales comme 0,125, 0,25 ou 0,4 ne sont plus admissibles. En outre, pour des raisons de lisibilité, toutes les unités d'étages d'une communauté de copropriétaires d'étages doivent être indiquées avec le même dénominateur (p. ex. 1/8, 1/8, 2/8, et 4/8, et non 1/8, 1/8, 1/4 et 1/2). Il est à noter qu'une limitation de quote-parts de propriété par étages à des millièmes, dix-millièmes ou cent-millièmes pour la différencier de la copropriété ordinaire (art. 646 CC) n'est pas appropriée, cette dernière pouvant également être divisée en fractions de ce genre. Art. 712f, al. 3 et 4 (nouveau) En principe, tout copropriétaire a le droit de demander la dissolution de la copropriété en tant que telle. La réglementation en matière de propriété par étages est plus restrictive puisque la dissolution est expressément exclue dans un tel cas (art. 650, al. 1, CC). La propriété par étages ne prend fin qu'en présence de l'un des trois motifs d'extinction prévus à l'art. 712f, al. 1 et 2, CC: perte du bien-fonds ou extinction du droit de superficie; convention ou déclaration mettant fin à la propriété par étages; aboutissement de la demande de dissolution. Les bâtiments construits ou transformés dans les premières années qui ont suivi la réintroduction de la propriété par étages, le 1er janvier 1965, ont aujourd'hui un âge où les dégradations et les réparations à effectuer sont de plus en plus fréquentes. La décision portant sur les travaux de construction destinés au maintien de la valeur ou de l'utilité des parties communes incombe à l'assemblée des propriétaires par étages et requiert la majorité simple des copropriétaires. Si, avec les années, le bâtiment se trouve dans un état tel qu'il ne peut plus être utilisé conformément à sa destination malgré les travaux de réparation et de réfection, le motif de dissolution de l'al. 3 dans sa teneur actuelle n'est pas d'une grande aide pour les propriétaires par étages concernés. Car cet alinéa présuppose la destruction du bâtiment pour plus de la moitié de sa valeur, que ce soit du fait d'un événement naturel, tels un glissement de terrain, une avalanche, une inondation ou la foudre, ou d'un comportement humain, tels un incendie ou une explosion causés intentionnellement ou par négligence. Cependant, le mauvais état de la construction peut résulter d'une cause autre que celle d'un événement extérieur et empêcher ainsi l'utilisation du bâtiment conformément à sa destination. C'est pourquoi l'al. 3 est complété d'une possibilité supplémentaire de dissolution. Cette possibilité est cependant soumise à deux condi-

5042 tions, La première est que la construction ne doit plus pouvoir être utilisée conformément à sa destination, cette dernière étant à la base de l'acquisition. La seconde est que la dissolution ne peut être demandée que 50 ans au plus tôt après l'inscription de la propriété par étages au registre foncier, la propriété par étages reposant sur l'idée qu'elle est faite pour durer longtemps. Les propriétaires par étages qui s'opposent aux travaux ne doivent pas bénéficier, après quelques années seulement, d'un droit qui risque de mettre les autres propriétaires par étages dans une situation de contrainte. Le nouvel al. 4 correspond à la deuxième partie de phrase de l'actuel al. 3. Art. 712g, al. 4 (nouveau) Comme pour la copropriété ordinaire (art. 647, al. 1bis), les modifications de l'attribution réglementaire des droits d'usage particulier doivent obtenir, outre la majorité nécessaire selon l'al. 3, le consentement des propriétaires directement concernés.

2.2 Deuxième partie: Des autres droits réels

2.2.1 Titre vingt et unième: Des servitudes et des charges foncières

2.2.1.1 Chapitre premier: Des servitudes foncières

Art. 730, al. 2, deuxième phrase (nouvelle) Les obligations de faire rattachées accessoirement à un droit réel limité ne déploient d'effets de nature réelle que dans la mesure où elles résultent de la description correspondante de l'inscription au registre foncier ou d'un renvoi spécifique aux pièces justificatives dans le

grand livre. C'est ainsi qu'elles lient tout ayant cause. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 III 289 ss), la simple évocation d'une obligation de faire dans le contrat de servitude, c'est-à-dire dans une pièce justificative, ne suffit pas. Cette nouvelle disposition codifie ainsi cette jurisprudence: pour produire un effet de nature réelle, il est nécessaire d'inscrire au registre foncier un mot-clé dont le libellé contient cette obligation, comme par exemple «droit de passage comprenant une obligation accessoire de faire», en indiquant par exemple une somme d'achat. Cependant, l'office du registre foncier n'inscrit que ce qui lui est requis d'inscrire (art. 11 ss ORF). Il appartient donc aux parties ou de la personne chargée d'instrumenter les actes authentiques de faire en sorte que cette relation figure dans la réquisition. L'art. 21, al. 2, du titre final P-CC s'applique aux obligations rattachées accessoirement à une servitude. L'art. 741, al. 2, P-CC est applicable aux réglementations spéciales en matière d'entretien. Art. 732 Selon le nouvel al. 2, il est nécessaire de produire un plan auprès de l'office du registre foncier pour une servitude dont l'exercice est limité localement, lorsque celle-ci ne peut pas être déterminée de manière suffisamment précise par le titre. L'annexe fait partie intégrante du titre. Un véritable plan délivré et signé par le géomètre, comme cela est exigé aujourd'hui dans quelques cantons, n'est cependant

5043 pas nécessaire. Un extrait de plan du registre foncier, qui pourrait par exemple être téléchargé sur Internet, sur lequel apparaissent les limites de l'immeuble et la position des bâtiments est suffisant. Dans les régions qui n'ont pas fait l'objet d'une mensuration officielle, une esquisse de plan suffit. Cette nouvelle réglementation devrait permettre de clarifier la situation sur la localisation de la servitude en cas de divergences entre les ayants cause et faciliter l'épuration correcte des servitudes en cas de morcellement de l'immeuble. Art. 740a (nouveau) Dans le domaine des servitudes foncières, la loi règle le rapport juridique entre le fonds servant et le fonds dominant ainsi qu'entre leurs propriétaires respectifs (art. 730 CC). Lorsque plusieurs ayants droit participent par une même servitude – plus exactement lorsqu'ils sont chacun titulaires d'une servitude indépendante mais ayant la même teneur et le même rang – à une installation commune sur un immeuble, ils se trouvent mutuellement liés juridiquement et forment dans un certain sens une communauté soudée par un destin commun. Ces relations doivent être réglées de manière subsidiaire. L'al. 1 rend applicables par analogie les règles de la copropriété. Ces dispositions concernent les actes d'administration, les travaux de construction, les actes de disposition, la contribution aux frais et charges communs (art. 647a ss CC), la convention d'un règlement d'utilisation et d'administration (art. 647 CC), la subrogation de l'acquéreur d'une part de copropriété (art. 649a CC) ainsi que l'exclusion de la communauté (art. 649b CC). Selon l'al. 2, le droit de sortir de la communauté peut être exclu par convention pour

E. 30

ans au maximum. Cette durée maximale correspond à la durée de vie moyenne probable d'une installation commune. Dans le cas, par exemple, d'une installation de chauffage, il faut compter avec une durée de vie de 15 ans environ. Cette convention peut être annotée au registre foncier et avoir ainsi un effet réel. Art. 741, al. 2 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les conventions qui dérogent aux dispositions légales relatives à l'entretien ou les obligations de faire rattachées accessoirement à une servitude au sens de l'art. 730, al. 2, CC ne lient les ayants cause et n'ont donc d'effet réel que dans la mesure où ces obligations ressortent du mot-clé inscrit au feuillet du grand livre ou d'un renvoi à la pièce justificative (cf. ATF 124 III 289).

5044 En pratique, cela conduit constamment à des incertitudes. En effet, les règles d'entretien qui figurent fréquemment dans les contrats de servitude ne sont généralement pas intégrées dans le mot-clé. Le complément ajouté à l'al. 2 a pour effet de transformer les conventions d'entretien dérogeant au régime légal en obligations réelles légales lorsqu'elles figurent parmi les pièces justificatives. Ainsi, les pièces justificatives sont opposables aux ayants cause non seulement en ce qui concerne le contenu détaillé des servitudes, mais également au sujet de l'existence de conventions d'entretien qui dérogent au régime légal. L'art. 730, al. 2, P-CC est applicable aux autres obligations accessoires de faire. Art. 742, titre marginal, et al. 3 Le titre marginal est adapté à la nouvelle articulation de la sous-section C. En principe, les frais de transport d'une servitude foncière incombent au propriétaire du fonds servant (art. 742, al. 1, CC). Il en va autrement des conduites. En vertu de l'art. 742, al. 3, CC, leur déplacement obéit aux règles en matière de rapports de voisinage. Ce renvoi à l'art. 693 CC a pour effet que les frais de déplacement d'une conduite sont mis à la charge de l'ayant droit même si la conduite n'est déplacée que dans l'intérêt du propriétaire du fonds servant. Si cette répartition des frais paraît adéquate pour les servitudes de passage nécessaire des conduites d'eau ou d'électricité, elle ne l'est pas pour les servitudes convenues librement. Ce traitement inégal est critiqué par la doctrine pratiquement unanime. La suppression de l'al. 3 entraîne la disparition du renvoi aux rapports de voisinage, de sorte que l'on applique alors la même répartition des frais que celle prévue à l'al. 1 pour les servitudes convenues librement. La réglementation prévue à l'art. 693 pour les rapports de voisinage continue cependant de s'appliquer aux conduites nécessaires. Art. 743 et 744 Jusqu'à présent, les art. 743 et 744 CC réglaient les effets de la division de l'immeuble dominant ou servant sur les servitudes en charge ou en droit sur cet immeuble. Comme il n'existe pas de différences fondamentales entre les deux cas, la réglementation peut être réunie en un seul article. L'art. 744 est abrogé. L'al. 1 maintient le principe actuel selon lequel la division de l'immeuble servant ou dominant n'a aucun effet sur le contenu des servitudes, et que ces dernières continuent d'exister comme charge ou comme droit sur les parcelles résultant de cette division. L'al. 2 contient désormais l'obligation de radier les servitudes figurant sur les parcelles qu'elles ne concernent pas. Jusqu'à présent, lors de la division d'un immeuble servant, les servitudes étaient, en pratique, souvent transférées sur toutes les parcelles, même si elles ne grevaient pas ou ne pouvaient grever chacune d'entre elles. Le propriétaire de la parcelle non concernée par la servitude était libre de demander la radiation de la servitude sur sa parcelle; le plus souvent, il ne le faisait pas. Il en résulte aujourd'hui qu'un nombre important d'immeubles sont grevés de servitudes, alors même qu'ils ne sont matériellement pas concernés par celles-ci. Cette nouvelle disposition vise à éviter que le registre foncier soit surchargé d'inscriptions dénuées de sens, en imposant une épuration correcte des servitudes déjà au moment de la division de l'immeuble.

5045 Pour la procédure d'épuration (soit la radiation d'inscriptions dénuées de portée), l'al. 3 renvoie aux règles sur la radiation et la modification des inscriptions au registre foncier (art. 974a ss P-CC). Dans certains cas clairs, la radiation peut avoir lieu selon une procédure simplifiée voire d'office sans le consentement de l'ayant droit; dans les autres cas, la radiation n'est possible qu'avec le consentement de ce dernier. 2.2.1.2 Chapitre II: Des autres servitudes, en particulier de l'usufruit Art. 779a A l'al. 1, le terme «contrat» est remplacé par «acte constitutif», ce qui implique une adaptation du titre marginal. En droit actuel, le contrat constitutif d'un droit de superficie distinct et permanent doit être instrumenté en la forme authentique. Selon l'al. 1, la constitution, ou la modification, de

tout droit de superficie, et plus seulement d'un droit de superficie distinct et permanent, est désormais soumise à la forme authentique. Ceci est également valable pour la constitution d'un droit de superficie au nom du propriétaire. Cela se justifie par le fait qu'il est nécessaire de régler partout les mêmes questions complexes (situation, contenu et étendue du droit de superficie, droit de retour, etc.). La nature juridique de la créance de la rente du droit de superficie est actuellement litigieuse. Selon une partie de la doctrine, la clause relative à la rente du droit de superficie revêt un caractère réel et est donc soumise à l'exigence formelle de l'acte authentique. Le nouvel al. 2 prévoit clairement que la rente du droit de superficie ainsi que les dispositions contractuelles qui doivent être annotées au registre foncier sont soumises à l'exigence de la forme authentique pour être valables (cf. aussi l'art. 779b, al. 2, P-CC). Cela vaut également pour toute modification dans les rapports juridiques. Art. 779b, titre marginal et al. 2 (nouveau) La possibilité d'annoter les dispositions contractuelles est signalée par un complément apporté au titre marginal. Les dispositions contractuelles portant sur les effets et l'étendue du droit de superficie sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé (art. 779b CC). Ces éléments du contrat de servitude sont de nature réelle. Les autres dispositions du contrat de superficie relèvent uniquement du droit des obligations. Le droit actuel limite la possibilité de conférer à de telles obligations un effet réel aux seules conventions portant sur l'indemnité liée au retour (art. 779e CC) et sur la modification ou la suppression des droits de préemption légaux (art. 681b CC). Ainsi, il est actuellement impossible de faire en sorte que la rente du droit de superficie ou d'autres obligations contractuelles, que le superficiaire doit assumer pour exercer son droit, puissent être opposées aux ayants cause du droit de superficie. Seul existe un droit de gage permettant de garantir la rente du droit de superficie (art. 779i CC). Les stipulations figurant dans le contrat du droit de superficie revêtent une importance particulière. D'une part, il est dans l'intérêt du propriétaire du fonds grevé que tout acquéreur du droit de superficie soit au moins lié par les dispositions contrac-

5046 tuelles ayant un caractère essentiel. D'autre part, le superficiaire a un intérêt à être libéré de ses obligations envers la personne grevée au moment de l'aliénation de son droit de superficie. Les conventions prévoyant que les clauses de nature obligationnelle prévues dans le contrat de droit de superficie seront transférées à l'ayant cause ne peuvent être exécutées en cas de réalisation forcée du droit de superficie. Le nouvel al. 2 répond donc au besoin des deux parties au contrat de pouvoir faire mentionner au registre foncier ces clauses, de sorte qu'elles déploient des effets également à l'égard d'éventuels ayants cause. Dans la mesure où il est prévu de faire annoter ces stipulations au registre foncier, celles-ci doivent revêtir la forme authentique pour être valables (cf. égal. art. 779a, al. 2, P-CC). Art. 779e Les règles de forme et les annotations dans le registre foncier sont désormais régies par les art. 779a et 779b P-CC, raison pour laquelle cet article peut être abrogé. Art. 781a (nouveau) Aujourd'hui déjà, l'autorité tutélaire peut nommer un curateur au créancier d'un gage immobilier dont le nom ou le domicile sont inconnus (art. 823 CC). Outre la désignation d'un représentant, le juge peut désormais ordonner d'autres mesures adéquates. L'art. 666a P-CC prévoit la même possibilité lorsqu'un propriétaire inscrit au registre foncier ou ses héritiers devraient agir personnellement, mais qu'il n'est pas possible de les identifier sans équivoque ou de les retrouver. L'art. 666b P-CC prévoit également que le juge peut ordonner des mesures lorsqu'une personne morale ou une autre entité inscrite comme propriétaire ne dispose plus des organes prescrits. Dans le domaine des servitudes personnelles (cessibles) également, il peut être nécessaire d'ordonner des mesures

judiciaires lorsque l'on n'arrive pas à trouver l'ayant droit ou, dans le cas d'une personne morale, que celle-ci ne dispose plus des organes prescrits. Pour cette raison, un renvoi aux art. 666a et 666b P-CC précités est prévu dans le chapitre consacré aux autres servitudes.

2.2.1.3 Chapitre III: Des charges foncières Art. 782, al. 3 L'indication de la lettre de rente est supprimée. Les dispositions régissant la lettre de rente ont en effet été abrogées sans avoir été remplacées (cf. le commentaire de la partie générale, ci-dessus ch. 1.1.4.1). Art. 784 La charge foncière procure au créancier sur l'immeuble grevé une garantie de sa créance similaire à un gage. Les charges foncières de droit public cantonal qui naissent sans inscription au registre foncier seront dorénavant soumises, afin de renforcer l'effet de publicité du registre foncier, aux mêmes principes que ceux applicables aux hypothèques légales de droit public cantonal. En ce qui concerne la constitution des charges foncières de droit public et leurs effets à l'égard de tiers de bonne foi, il est renvoyé aux dispositions correspondantes relatives aux hypothèques légales créées par le droit cantonal (cf. le commentaire de l'art. 836 P-CC). En

5047 pratique, ces hypothèques légales de droit public garantissent notamment le paiement des primes d'assurance-incendie des bâtiments, les contributions dues par les propriétaires d'un certain périmètre, celles due en raison d'une plus-value de l'immeuble, l'obligation de construire ou d'entretenir des ouvrages dans le cadre des améliorations foncières, ou encore celle de participer aux frais d'entretien d'une route, d'un pont ou de l'aménagement des cours d'eau. Art. 785 Comme la lettre de rente a été supprimée, cette disposition doit subir le même sort. En vertu de l'art. 782, al. 3, P-CC et sous réserve des charges foncières de droit public, les charges foncières ne peuvent porter que sur une prestation qui découle de la nature économique du fonds grevé ou qui est destinée aux besoins économiques d'un fonds dominant. Si une charge foncière répondant à ces conditions emporte garantie d'une créance en argent, elle restera à l'avenir soumise aux seuls art. 782 ss CC. Art. 787, al. 1, ch. 1, et al. 2 (nouveau) Selon l'al. 1, ch. 1, en relation avec l'al. 2, le créancier peut s'opposer au report de la dette en cas de division du fonds grevé et, sans aucun motif, exiger le rachat de la charge foncière. Contrairement à la réglementation actuelle, on ne présuppose plus une atteinte notable aux droits du créancier. On applique ainsi les mêmes règles que pour l'hypothèque (cf. art. 833, al. 2, CC). Art. 792, al. 2 En raison de l'abrogation des dispositions relatives à la lettre de rente, il est prévu un renvoi aux règles applicables à la division d'un immeuble grevé d'une hypothèque (cf. art. 833, al. 1, CC). Sur le plan du contenu, les règles sont reprises en grande partie de l'art. 852 CC.

2.2.2 Titre vingt-deuxième: Du gage immobilier 2.2.2.1 Chapitre premier: Dispositions générales Art. 793, al. 1 L'indication de la lettre de rente est supprimée dans le texte légal dès lors que la lettre de rente a été abrogée. Art. 799, al. 2 Dans la plupart des cas, les droits de gage immobilier sont fondés sur un acte juridique, c'est-à-dire soit un contrat de gage (l'engagement du propriétaire foncier de constituer un gage immobilier en faveur du créancier), soit une réquisition unilatérale du propriétaire foncier de constituer un droit de gage en sa faveur ou au porteur. La constitution d'un droit de gage immobilier par contrat est aujourd'hui déjà soumise à la forme authentique, alors que la déclaration unilatérale de constituer un droit de gage ne l'est pas (sauf si le propriétaire s'est déjà engagé à transférer une

5048 cédule hypothécaire encore à constituer au nom du propriétaire ou au porteur; cf. p. ex. ATF 121 III 97 ss). En règle générale, la constitution d'un droit de gage repose sur une relation de crédit entre le débiteur (en règle générale, le propriétaire foncier) et le créancier.

Il est rare qu'un droit de gage immobilier soit constitué à titre de provision. De plus, la constitution de cédules hypothécaires au nom du propriétaire destinés à être remis en nantissement a perdu de son importance, suite à la révision de l'art. 156, al. 2, de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)¹². De même, la constitution de cédules hypothécaires au porteur qui ne sont pas mises en gage est rare. Pour des raisons de sécurité du droit, et dans le but d'éviter que la loi soit contournée, il s'avère donc nécessaire de prévoir une prescription de forme unique. La notion de «contrat» existant actuellement est remplacée par celle d'«acte constitutif». De la sorte, tous les droits de gage immobilier constitués par acte juridique, et non plus seulement ceux fondés sur un contrat, devront désormais être reçus en la forme authentique. Art. 808, al. 3 et 4 (nouveau) En cas de dépréciation de l'immeuble mis en gage, le créancier hypothécaire dispose de diverses sûretés. Il peut prendre les mesures conservatoires indispensables et il dispose aujourd'hui d'un droit de gage légal direct pour les frais engagés, sans inscription au registre foncier, qui prime toutes les charges inscrites sur l'immeuble (art. 808, al. 3, CC). Cette règle constitue une entorse à l'effet de publicité du registre foncier. Le contenu de l'al. 3 est identique à l'actuel art. 808, al. 3, CC. Il convient de répondre au souci de renforcer l'effet de publicité du registre foncier relativement aux droits de gage légaux non seulement pour les droits de gage prévus par le droit cantonal (cf. le commentaire de l'art. 836 P-CC), mais également pour les droits de gage de droit fédéral qui prennent naissance sans inscription au registre foncier. L'al. 4 précise donc que, dorénavant, le droit de gage garantissant le remboursement des frais engagés par le créancier qui excèdent le montant de 1000 francs, ne peut être opposé aux tiers qui se sont rapportés de bonne foi au contenu du registre foncier que s'il a été inscrit dans les six mois à compter de la fin des mesures. Il s'agit ainsi de mettre en évidence le fait que, si le droit de gage prend naissance en dehors du registre foncier et subsiste même sans inscription au registre foncier à l'égard du propriétaire foncier contre lequel la procédure est dirigée, ainsi qu'à l'égard de tout tiers acquéreur qui ne serait pas de bonne foi, il ne peut par contre plus être opposé à un tiers de bonne foi après l'écoulement du délai d'inscription. Art. 810, al. 2 et 3 (nouveau) Le créancier dispose d'un droit de gage légal pour les frais découlant des mesures visant à parer aux dépréciations ou à les empêcher, même si la dépréciation de l'objet du gage s'est produite sans la faute du propriétaire (cependant sans que le propriétaire du gage soit personnellement tenu). L'al. 2 reprend le contenu de l'actuel art. 810, al. 2, CC.

12 RS 281.1

5049 Comme à l'art. 808, al. 4, P-CC, selon l'al. 3, la possibilité de faire valoir le droit de gage à l'égard de tiers de bonne foi dépendra dorénavant également ici de la condition que ce droit ait été inscrit au registre foncier dans les six mois dès la fin des mesures. Art. 818, al. 1, ch. 3 L'art. 818 règle l'étendue de la garantie, c'est-à-dire le montant à hauteur duquel le gage peut garantir la créance si la réalisation aboutit à un résultat suffisant. Alors que dans l'hypothèque dite maximale (art. 794, al. 2, CC), la somme inscrite représente le montant maximal à hauteur duquel le gage immobilier garantit toutes les prétentions du créancier, l'hypothèque dite en capital offre à celui-ci, outre le montant du capital inscrit, la garantie de certaines créances accessoires, soit notamment les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente ainsi que ceux qui ont couru depuis la dernière échéance (droit de gage sur les intérêts). Des problèmes sont apparus en pratique avec la cédule hypothécaire en relation avec le droit de gage sur les intérêts. Ces problèmes tiennent en partie au fait que le concept de base du législateur ne

correspond plus à la pratique actuelle. La situation juridique ne pose pas de problèmes lorsqu'il y a novation – ce qui est admis en principe à l'art. 855 CC – et qu'il n'existe pas d'autres créances en dehors de celle de la cédule hypothécaire. Dans ce cas, l'intérêt court à partir de la constitution ou de l'émission de la cédule hypothécaire et le droit de gage se limite nécessairement à la seule couverture des intérêts de la créance de la cédule hypothécaire. La situation juridique est différente, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas de transfert de la propriété des cédules hypothécaires à titre de garantie ou de nantissement. Dans ces cas, la cédule hypothécaire garantit, à hauteur du montant de la créance de la cédule hypothécaire, les intérêts abstraits dus et, en outre, les créances de tout genre découlant du rapport de base. Les intérêts de la cédule hypothécaire peuvent être réclamés non seulement pour couvrir les intérêts réellement échus, mais aussi pour couvrir la créance en capital, même si la dette d'intérêts proprement dite découlant du rapport de base a déjà été remboursée. Le Tribunal fédéral admet ainsi non pas des intérêts réels mais des intérêts purement abstraits ou «comptables» et reconnaît que cette forme de calcul des intérêts équivaut à une augmentation du montant du capital garanti par le gage. Il parle alors d'une «hypothèque maximale déguisée en hypothèque en capital». Il justifie ce résultat par le fait que les autres créanciers gagistes ne subissent aucun inconvénient puisqu'ils doivent de toute manière partir du principe que l'art. 818, al. 1, CC s'applique dans ces cas (ATF 115 II 349 ss concernant le transfert à titre de garantie; fondements in ATF 44 II 250 ss concernant le nantissement, confirmé in ATF 51 II 153 ss; 102 III 93 c. 3a; 104 III

E. 35

s.). Cette conception du Tribunal fédéral ne doit pas être suivie: les créanciers gagistes de rang postérieur doivent pouvoir se fier au fait que les intérêts ne commencent à courir qu'au moment où la créance de la cédule hypothécaire prend naissance et non pas, de manière fictive, avant la constitution de la cédule hypothécaire déjà. Ils doivent également compter sur le fait que le droit de gage ne peut être utilisé que pour les intérêts qui ont effectivement pris naissance. Pour ces raisons, l'al. 1, ch. 3, est complété d'une deuxième partie de phrase selon laquelle la cédule hypothécaire

5050 ne garantit au créancier que les intérêts effectivement dus (jusqu'à hauteur du taux d'intérêt maximal inscrit au registre foncier). Art. 819 Cette disposition étend, à certaines conditions, la garantie par gage aux impenses nécessaires consenties par le créancier gagiste pour la conservation de l'immeuble mis en gage. Le contenu de l'al. 1 correspond à celui de l'actuel art. 819 CC. Dans ce cas aussi (tout comme aux art. 808, al. 4, P-CC, et 810, al. 3, P-CC), la possibilité de faire valoir le droit de gage légal direct à l'égard des tiers de bonne foi est désormais soumise à la condition que ce droit soit inscrit au registre foncier dans les six mois à compter de l'accomplissement des actes de substitution (al. 2). Art. 823 Jusqu'à présent, l'autorité tutélaire pouvait déjà nommer un curateur au créancier dont le nom et le domicile étaient inconnus. Désormais, outre la désignation d'un représentant, le juge pourra également ordonner d'autres mesures appropriées, par exemple délivrer les consentements lorsqu'ils sont nécessaires (dans les cas d'une modification de rang ou d'un dégrèvement). L'art. 666a P-CC prévoit la même possibilité lorsqu'un propriétaire inscrit au registre foncier ou ses héritiers devraient agir personnellement, mais qu'ils ne peuvent pas être identifiés sans équivoque ou ne peuvent être retrouvés. Etant donné que, dans ces cas, diverses formes de mesures sont possibles, il se justifie de déléguer uniformément la compétence de les ordonner à un juge en lieu et place de l'autorité tutélaire (désormais

l'autorité de protection de l'adulte; cf. également le commentaire des art. 666a et 666b P-CC). L'actuel al. 2 est abrogé. La compétence à raison du lieu obéit désormais aux nouvelles dispositions du code de procédure civile suisse¹³. 2.2.2.2 Chapitre II: De l'hypothèque Art. 836 En droit actuel, les hypothèques légales destinées à garantir des créances du droit public ou privé cantonal naissent directement en vertu de la loi, c'est-à-dire sans inscription au registre foncier. Les cantons ont largement usé de la possibilité de garantir de cette façon leurs créances, en particulier dans le domaine fiscal. Le principe de la publicité du registre foncier en a pâti. Là où le droit cantonal n'a pas prescrit une inscription au registre foncier, la bonne foi des tiers n'est pas protégée. Les tiers qui acquièrent des droits sur des immeubles ont grandement intérêt à pouvoir s'informer sur l'existence de ces hypothèques légales, qui priment généralement tous les droits de gage contractuels. Dans la procédure de consultation, une grande majorité a salué l'amélioration de l'effet de publicité du registre foncier, en particulier également dans le but de protéger les acquéreurs de bonne foi. Cette nouvelle

13 Cf. Message du 28 juin 2006 relatif au code procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841.

5051 règle apporte ainsi une solution au problème des hypothèques légales que l'on ne peut aujourd'hui voir au registre foncier. L'al. 1 instaure désormais le principe selon lequel les hypothèques légales de droit cantonal prennent naissance par l'inscription au registre foncier lorsque la loi n'accorde au créancier qu'une prétention à l'établissement d'un gage immobilier. L'inscription est dotée d'un effet constitutif, de sorte que le registre foncier satisfait pleinement au besoin de publicité des tiers. Il est en outre expressément précisé que la créance à garantir doit être en rapport direct avec l'immeuble grevé, ce qui est par exemple le cas pour l'impôt foncier, l'impôt sur les gains immobiliers, les frais de mutation ou les taxes de raccordement, mais non pour l'impôt sur le revenu. En ce qui concerne les hypothèques qui naissent en vertu du droit cantonal sans inscription au registre foncier, l'al. 2 précise qu'elles ne peuvent plus être opposées au tiers qui s'est rapporté de bonne foi au registre foncier si elles ne sont pas inscrites au registre foncier dans les six mois à compter de leur exigibilité ou, au plus tard, dans les deux ans à compter de la naissance de la créance. Ces hypothèques légales prennent ainsi naissance en dehors du registre foncier et peuvent être opposées, même sans inscription au registre foncier, au propriétaire foncier contre lequel la procédure d'inscription du gage a été dirigée ainsi qu'aux tiers acquéreurs de mauvaise foi. Par contre, elles ne peuvent plus être opposées à un tiers de bonne foi si elles ne sont pas inscrites au registre foncier dans le délai fixé. Sont exceptées de ces règles les hypothèques légales d'un montant allant jusqu'à 1000 francs par droit de gage. Le délai de deux ans déjà contenu dans l'avant-projet pour faire inscrire ce droit a été critiqué dans la procédure de consultation. Un tel délai est cependant maintenu, car seul un délai d'inscription relativement court peut accroître la publicité du registre foncier ainsi que la sécurité du droit. Selon l'al. 3, le droit cantonal peut édicter des règles plus restrictives en réduisant par exemple le délai d'inscription ou en abaissant le plafond prévu. La réglementation du rang demeure, comme jusqu'ici, de la compétence des cantons. Ceux-ci sont également libres de percevoir des émoluments pour l'inscription de ces droits de gage. Selon l'art. 49, al. 2, du titre final, CC, les droits de gage existants devraient être inscrits dans le délai prescrit dès l'entrée en vigueur de la présente révision partielle du CC. Le nouvel art. 44, al. 3, du Titre final P-CC qui n'était pas prévu dans l'avant-projet prolonge cependant ce délai d'inscription à dix ans. Cela devrait en grande partie épargner aux

cantons la surcharge administrative qu'ils redoutent. Art. 837 Les ch. 1 et 2 de l'al. 1 demeurent inchangés. Le ch. 3 précise, d'une part, les travaux qui peuvent faire l'objet de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs. Les travaux de destruction gagneront à l'avenir encore en importance dans la réaffectation des sites industriels. Il règle, d'autre part, dans la loi le droit à l'inscription d'une hypothèque légale en cas de travaux de construction commandés par un locataire, par un fermier ou par une autre personne ayant un droit sur l'immeuble. Le concept de base de l'hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs demeure toutefois inchangé, la proposition de remplacer le droit du sous-traitant à l'inscription d'une hypothèque légale par une prétention à la constitution d'un droit de gage sur la créance de l'entrepreneur principal contre le propriétaire foncier ayant fait l'objet de nombreuses critiques dans la procédure de consultation.

5052 Certes, le sous-traitant n'est toujours pas mentionné expressément, son droit à l'inscription d'une hypothèque légale résulte cependant du fait que l'artisan ou l'entrepreneur disposent également de ce droit lorsqu'ils n'ont pas comme débiteur le propriétaire foncier mais l'entrepreneur (principal). Selon cette disposition dans sa teneur actuelle, l'artisan ou l'entrepreneur n'a pas de droit à l'inscription d'une hypothèque légale lorsque c'est par exemple le locataire qui a passé commande des travaux et qu'il est ainsi le débiteur de la créance de l'entrepreneur pour la rémunération de son travail. Le Tribunal fédéral a cependant admis l'existence d'une lacune de la loi et reconnu également à cet artisan ou entrepreneur un droit à l'inscription d'une hypothèque légale à certaines conditions (ATF 116 II 677 ss, confirmé dans l'ATF 126 III 505 ss). Ce droit, admis aujourd'hui dans la pratique de façon générale pour les travaux commandés par les locataires, est désormais ancré dans la loi et est étendu à des cas similaires. Le nouvel al. 1bis permet à des tiers de commander, avec le consentement du propriétaire foncier, des travaux à un artisan ou à un entrepreneur et à ceux-ci d'obtenir un droit à l'inscription d'une hypothèque légale pour leur créance en rémunération des travaux effectués. Ces tiers peuvent, par exemple, être des locataires, des fermiers, des titulaires de droits d'habitation ou d'usufruits, ou encore les futurs acquéreurs de l'immeuble. L'extension de ce cercle de personnes pouvant passer commande ne pose pas de problème, étant donné que le droit à l'inscription de cette hypothèque implique toujours que le propriétaire ait préalablement donné son consentement. Dans leur propre intérêt, les artisans et les entrepreneurs prendront soin de s'assurer la présence de ce consentement sous une forme qui leur permet de le prouver. Si cet artisan ou cet entrepreneur fait appel à un sous-traitant pour l'exécution des travaux, le consentement du propriétaire foncier n'est plus nécessaire: leur débiteur (soit l'entrepreneur principal) n'est pas une personne ayant un droit sur l'immeuble. En règle générale, le fait que l'on fasse appel à un sous-traitant a été réglé auparavant par contrat. L'al. 2 actuel reçoit une formulation plus claire. Art. 839, al. 3 et 4 (nouveau) Seule la première partie de la première phrase de l'al. 3 comporte une modification rédactionnelle: ce n'est pas la créance, mais le montant du gage qui doit être reconnu ou fixé par le juge (cf. égal. art. 22, al. 2, ORF). Les immeubles se trouvant dans le patrimoine administratif d'une collectivité (Confédération, canton, commune, entreprise publique, etc.) ne peuvent être sous-traités à leur affectation par une réalisation forcée. Pour cette raison, ils ne peuvent pas non plus être grevés d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Dans des cas limites, il est parfois difficile de discerner si un immeuble appartient au patrimoine administratif ou financier, comme notamment lorsque la collectivité a délégué l'exécution de certaines tâches publiques, c'est-à-dire les a transférées à des sujets de droit privé. Dans ces cas peu clairs, l'artisan, l'entrepreneur ou le sous-traitant peut faire inscrire provisoirement

l'hypothèque légale sur la base de l'al. 4, pour autant que les conditions usuelles soient respectées. Dans la procédure conduisant à une inscription définitive, le juge déterminera si l'immeuble fait partie du patrimoine administratif ou financier.

5053 2.2.2.3 Chapitre III: De la cédule hypothécaire Titre précédant l'art. 842 En raison de l'abrogation de la lettre de rente, le titre doit être adapté en conséquence. Le chapitre relatif à la cédule hypothécaire doit en outre être restructuré. Art. 842 Selon l'al. 1, la cédule hypothécaire incorpore une créance personnelle garantie par un gage immobilier; les deux sont inséparablement liés. L'actuel art. 855, al. 1, CC présume que la créance de base existante s'éteint par novation lors de la constitution de la cédule hypothécaire. En d'autres termes, elle disparaît et est remplacée par la créance résultant de la cédule hypothécaire, ce qui induit une limitation des exceptions que le débiteur peut faire valoir. Contrairement à cette conception du législateur, les parties n'envisagent dans la réalité que rarement une novation: elles cherchent plutôt à faire apparaître la créance de la cédule hypothécaire comme créance nominative aux côtés de la créance existante que l'on cherche à garantir. C'est pourquoi, selon le nouvel al. 2, la créance de base et celle qui résulte de la cédule hypothécaire coexistent, et, dans ce cadre, leurs rapports sont réglés par les exceptions à disposition du débiteur en vertu du rapport juridique de base. Pour le commerce hypothécaire, cela ne signifie rien d'autre que l'ancrage dans la loi du transfert des cédules hypothécaires à titre de garantie. La convention de sûreté fixe l'étendue de la garantie (c'est-à-dire des créances à garantir) et contient également d'autres règles relatives aux dispositions accessoires de la dette (comme p. ex. les intérêts et la dénonciation) ainsi que d'autres stipulations annexes (comme par exemple le mode de réalisation). La convention de sûreté n'est soumise à aucune forme particulière (art. 11, al. 1, CO) et elle peut également être modifiée ultérieurement. Si les parties souhaitent exceptionnellement la novation de la créance de base et priver le débiteur des exceptions issues du rapport de base qu'il peut invoquer, il va de soi qu'elles peuvent le faire. Le nouvel al. 3 précise clairement que la créance résultant de la cédule hypothécaire est en principe grevée des exceptions à hauteur de la créance à garantir ou de la convention de sûreté dans les rapports que le débiteur a avec le créancier ou son successeur qui n'est pas de bonne foi. La mention de la «bonne foi» rend l'art. 3, al. 2, CC applicable aux cédules hypothécaires: l'attention que l'on peut exiger des circonstances est dès lors déterminante. Art. 843 En droit actuel, le droit de gage immobilier constitué sous forme de cédule hypothécaire est non seulement inscrit au registre foncier, mais il donne également toujours lieu à l'établissement d'un papier-valeur (titre de gage: art. 856, al. 1, CC). Désormais, la cédule hypothécaire pourra revêtir soit, comme par le passé, la forme de la cédule hypothécaire sur papier, soit la nouvelle forme de la cédule hypothécaire de registre. La cédule hypothécaire conserve, sous ses deux formes, l'avantage de sa nature de droit non-accessoire: après le remboursement de la créance initialement garantie, elle peut être réutilisée afin de garantir une autre créance du même créancier ou celle d'un nouveau créancier.

5054 La cédule hypothécaire sur papier conserve sa fonction de papier-valeur apte et destiné à la circulation, qui simultanément incorpore la créance et la garantie par un gage immobilier. La cédule hypothécaire de registre peut être qualifiée de droit-valeur au sens large. A l'instar de l'hypothèque, elle constitue un pur gage de registre; elle est néanmoins pourvue de toutes les qualités de la cédule hypothécaire. Cela signifie en particulier qu'à la différence de l'hypothèque, il n'existe pas d'accessorité (directe) entre la créance et le droit de gage. Contrairement à la cédule hypothécaire sur papier, non seulement la

constitution, mais également le transfert s'opère exclusivement par l'inscription au registre foncier. L'abandon du papier-valeur simplifie généralement la situation juridique dans la mesure où la dualité entre le titre et le registre foncier cesse. Ce dernier gagne en importance. Le fait que ce qui est inscrit au registre foncier est seul déterminant en ce qui concerne la naissance, le contenu et le transfert de la cédule hypothécaire de registre doit également être mis en perspective avec le développement du registre foncier informatisé.

Art. 844 Cette disposition, qui règle les rapports avec le tiers propriétaire du gage, correspond mot pour mot à l'actuel art. 845 CC. Art. 845 Cette disposition qui règle les conséquences de l'aliénation ou de la division d'un immeuble mis en gage correspond mot pour mot à l'actuel art. 846 CC. Art. 846 Déjà en droit actuel (art. 854 CC), afin de garantir que la cédule hypothécaire puisse circuler, la créance découlant de la cédule hypothécaire ne doit ni se référer au rapport de base, ni comporter de condition ou de contreprestation. L'art. 846 le prévoit désormais à l'al. 1. La créance résultant de la cédule hypothécaire – et elle seule – est inscrite au registre foncier en tant que créance libre de conditions et, dans le cas de la cédule hypothécaire sur papier, incorporée dans un titre. Toute référence de la cédule hypothécaire à la créance à garantir est exclue et doit conduire au rejet de la réquisition d'inscription au registre foncier. L'interdiction de se référer à la créance de base faisant l'objet de la garantie sert à la sécurité des transactions lorsque la cédule hypothécaire circule. Comme, à l'égard des ayants cause de bonne foi, le débiteur ne peut soulever que les exceptions tirées de l'inscription au registre foncier ou celles qu'il possède à titre personnel contre le créancier qui le poursuit (art. 849 P-CC), les exceptions du débiteur tirées du rapport de base sont exclues, à moins qu'elles concernent simultanément la créance résultant de la cédule hypothécaire et ressortent du registre foncier ou du titre. En outre, la dualité permet la réutilisation de la cédule hypothécaire en cas de remboursement de la créance initialement garantie. L'al. 2 prévoit que la cédule hypothécaire peut contenir des conventions accessoires. Trois «points accessoires» de nature obligationnelle, soit les clauses portant sur l'intérêt, sur la dénonciation et sur l'amortissement, sont expressément mentionnés à l'art. 53, al. 2, let. d, ORF. La possibilité de régler d'autres «points accessoires» relatifs à la créance résultant de la cédule hypothécaire (qui ne sont pas de nature

5055 obligationnelle) n'est pas exclue pour autant (l'art. 53, al. 2, ORF indique expressément qu'il s'agit d'indications minimales). Pour cette raison, l'al. 2 parle en outre des «autres clauses accessoires concernant la créance de la cédule hypothécaire». Entrent, par exemple, en considération comme dispositions accessoires: la renonciation à l'exception du *beneficium excussionis realis*, la détermination du mode de réalisation (réalisation privée), la mention d'un domicile spécial selon l'art. 50, al. 2, LP, ou une clause de prorogation de for. Les conventions accessoires ne peuvent porter que sur la créance résultant de la cédule hypothécaire et n'excluent pas que quelque chose d'autre soit applicable à la créance de base à garantir. Les parties sont non seulement libres mais cela correspond même à une pratique courante de rédiger de la même manière les conventions accessoires relatives à la créance résultant de la cédule hypothécaire et celles relatives à la créance à garantir. A l'al. 2, on reprend la pratique aujourd'hui déjà répandue dans le commerce bancaire selon laquelle, en ce qui concerne les conventions accessoires portant sur l'intérêt, l'amortissement et la dénonciation, la cédule hypothécaire renvoie souvent à une convention séparée entre le débiteur et le créancier, qui n'est pas déposée au registre foncier. Un tel renvoi a l'avantage de la flexibilité, en ce sens que les conventions accessoires peuvent ainsi être adaptées simplement aux nouvelles exigences, sans qu'il en

résulte une éventuelle divergence problématique avec l'inscription au registre foncier ou avec le titre. Cela s'applique en particulier aux changements de créancier. Le renvoi facilite en outre la réglementation parallèle susmentionnée des conventions accessoires pour la créance de base et la créance résultant de la cédula hypothécaire. Conformément à la situation juridique actuelle, les clauses accessoires (à l'exception des dispositions relatives à l'amortissement) peuvent être opposées à des tiers de bonne foi, même lorsque la cédula hypothécaire ne contient qu'un renvoi à une convention séparée entre le débiteur et le créancier. Cela est désormais expressément prévu à l'art. 849, al. 2, P-CC. En conséquence, lorsqu'il est prévu un tel renvoi, ces clauses accessoires peuvent également être modifiées avec effet à l'égard de tiers de bonne foi, sans que la cédula hypothécaire n'ait elle-même besoin d'être modifiée. Art. 847 L'al. 1 règle la dénonciation de la cédula hypothécaire. La réserve en faveur du droit cantonal de l'art. 844, al. 2, CC est supprimée et est remplacée par un préavis général de congé de six mois pour la fin d'un mois, pour autant que créancier et débiteur n'aient pas prévu autre chose. Selon l'al. 2, ces conventions ayant une autre teneur ne peuvent pas prévoir, pour le créancier, une durée de dénonciation inférieure à trois mois, sauf si le débiteur se trouve en demeure. Art. 848 Dans son principe, cette disposition correspond à l'actuel art. 865 CC. Les modifications résultent principalement de l'introduction de la cédula hypothécaire de registre et servent en outre également à la clarification. La disposition doit être rapprochée de l'art. 862 P-CC (jusqu'à présent art. 866 s. CC), qui règle, d'une part, la protection de la bonne foi des tiers fondée sur le titre de gage et, d'autre part, les relations entre le titre et l'inscription. L'art. 848 P-CC est applicable aux deux types

5056 de cédules hypothécaires, alors que l'art. 862 P-CC ne concerne, par la force des choses, que la cédula hypothécaire sur papier. Contrairement à l'actuel art. 865 CC, le nouvel art. 848 mentionne également le droit de gage en tant qu'objet de la protection de la bonne foi garantie par le registre foncier. Cette indication est de nature purement déclarative: sur la base de l'art. 973 CC, le tiers qui a acquis des droits réels en se rapportant de bonne foi à l'inscription du registre foncier doit être maintenu dans son acquisition. A l'instar de l'actuel art. 865 CC, l'art. 848 P-CC étend ce principe à la créance de la cédula hypothécaire. La créance et le droit de gage peuvent ainsi être acquis par un tiers de bonne foi, alors que matériellement elle n'existe plus chez l'aliénateur ou pas dans la même ampleur que celle qui est inscrite. Art. 849 L'al. 1 reprend le contenu de l'actuel art. 872 CC. Les modifications rédactionnelles résultent de l'introduction de la cédula hypothécaire de registre. Conformément au droit actuel, l'al. 2 précise expressément que les clauses accessoires selon l'art. 846, al. 2, P-CC sont également opposables à des tiers de bonne foi, à l'exception des dispositions relatives à l'amortissement (cf. al. 3), si la cédula hypothécaire ne comporte qu'un renvoi à une convention séparée passée entre le débiteur et le créancier (p. ex.: «pour toutes les dispositions relevant du droit des obligations, il est renvoyé aux conventions séparées passées entre le débiteur et le créancier»). Par conséquent, s'il existe un renvoi, les conventions accessoires peuvent aussi être modifiées avec effet à l'égard de tiers acquéreurs de bonne foi sans que la cédula hypothécaire contenant le renvoi doive elle-même être modifiée. L'al. 3 règle les effets de la foi publique en relation avec les dispositions relatives à l'amortissement (qu'il convient de distinguer des amortissements partiels ou totaux effectués dans la réalité). Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, ce genre de conventions n'est opposable aux tiers de bonne foi que s'il résulte du registre foncier et en outre – dans le cas d'une cédula hypothécaire sur papier – du titre. Art. 850 Pour l'essentiel, l'al. 1 correspond à la teneur de l'actuel art. 860 CC. Dans

la doctrine, on fait remarquer que l'on ne rencontre en pratique que rarement un fondé de pouvoirs. Le fondé de pouvoirs existe de, par la loi, dans le contexte de l'émission d'obligations nominatives ou au porteur qui sont garanties par un gage immobilier (art. 875 CC). Cette institution juridique est cependant largement restée lettre morte jusqu'à présent. L'al. 2 apporte une correction en ce sens que le nom du fondé de pouvoirs ne doit pas être mentionné au registre foncier ou sur le titre, mais faire l'objet d'une simple indication. L'al. 3 reprend sans le modifier le contenu de l'art. 860, al. 3, CC.

5057 Art. 851 En ce qui concerne la créance de base objet de la garantie, le lieu de paiement découle du contrat de prêt. En l'absence de convention, on applique le principe de l'art. 74, al. 2, ch. 1, CO, selon lequel les dettes d'argent sont portables. L'art. 861 CC actuel comporte déjà une règle analogue, quand bien même la cédula hypothécaire sur papier est un papier-valeur et que les dettes liées à des papiers-valeurs sont en principe des dettes transférables. L'art. 851 P-CC ne comporte que des adaptations de nature rédactionnelle à la suite de l'introduction de la cédula hypothécaire de registre. L'al. 1 correspond, dans une formulation générale, au contenu de l'actuel art. 861, al. 1, CC et précise que le débiteur doit s'acquitter de tous ses versements au domicile du créancier. L'al. 2, qui règle la consignation des paiements par le débiteur, est identique à l'actuel art. 861, al. 2, CC. D'ordinaire, des coupons ne sont délivrés que dans les cas de cédulas hypothécaires émises en série (art. 876 à 883 CC). En raison de l'abrogation de ces dispositions, l'al. 3 de l'actuel art. 861 CC ne doit pas être repris dans le nouveau droit. Dans le cas ordinaire, désormais ancré dans la loi, de la coexistence de la créance résultant du prêt avec celle de la cédula hypothécaire (art. 842, al. 2, P-CC), une éventuelle différence entre le lieu de paiement de la créance de la cédula hypothécaire et celui prévu par le contrat de prêt est sans importance pour les parties. Le débiteur doit dans tous les cas s'en tenir au lieu de paiement prévu par le contrat de prêt. Si le créancier exige l'exécution au lieu de paiement prévu dans la cédula hypothécaire, le débiteur peut soulever l'exception personnelle correspondante (art. 842, al. 3, P-CC). De la même manière, ce n'est pas le lieu de paiement de la créance de la cédula hypothécaire qui détermine le for de la poursuite en cas de réalisation du gage, mais le lieu de situation de l'immeuble (art. 51, al. 2, LP). En cas de réalisation d'un gage mobilier, la poursuite peut s'opérer au choix au lieu du domicile du débiteur ou au lieu où se trouve le gage (art. 51, al. 1, LP). En conséquence, l'art. 851 P-CC n'a donc d'importance que dans les cas exceptionnels où la demande d'une cédula hypothécaire conduit à une novation (cf. le commentaire de l'art. 842 P-CC). Art. 852 Cette disposition correspond, sur le plan de son contenu, à l'art. 874. Elle reçoit une précision linguistique et est adaptée à l'introduction de la cédula hypothécaire de registre. Son but demeure, comme par le passé, la protection du débiteur face au risque que le créancier transfère la cédula hypothécaire dans sa teneur initiale à un tiers acquéreur de bonne foi à l'abri des exceptions que le débiteur peut soulever à son encontre (p. ex. l'amortissement de la dette, la remise de la dette, etc.). Selon l'al. 1, le débiteur a le droit de faire inscrire ces modifications au registre foncier. L'office du registre foncier les inscrit sur le titre (al. 2). Sinon, selon l'al. 3, ces modifications ne sont pas opposables à un acquéreur de bonne foi. On ne peut pas inscrire au registre foncier (ou sur le titre) les modifications de dispositions accessoires qui ne figurent pas elles-mêmes au registre foncier (ou sur le titre) et pour lesquelles il n'existe au registre foncier (ou sur le titre) qu'un renvoi (cf. art. 847, al. 2, P-CC). Comme déjà rappelé ci-dessus, en présence de tels renvois à des conventions séparées, les clauses accessoires (à l'exception de celles relatives à l'amortissement) qui s'y trouvent peuvent aussi être modifiées avec effet à l'égard

5058 des tiers acquéreurs de bonne foi sans qu'il soit nécessaire de modifier la cédule hypothécaire (cf. le commentaire de l'art. 849, al. 2, P-CC). Les modifications en faveur du créancier, c'est-à-dire les conventions aggravant la charge du débiteur et propriétaire, comme l'augmentation du montant de la cédule hypothécaire ou du taux d'intérêt maximal ou encore l'engagement d'immeubles supplémentaires, continuent de suivre les règles relatives à la constitution des cédules hypothécaires. Art. 853 Conformément à son caractère de créance nominale, la créance de la cédule hypothécaire ne s'éteint pas avec le paiement. A la suite du paiement complet, le débiteur de la cédule hypothécaire obtient, comme aujourd'hui, un droit de nature obligationnelle à la rétrocession par le créancier de la créance de la cédule hypothécaire; la cédule hypothécaire est alors réutilisable. Il va de soi que ce principe est également valable pour le cas ordinaire, prévu par le nouvel art. 842 P-CC, où la créance de la cédule hypothécaire coexiste avec la créance à garantir (transfert à titre de garantie), cela pour autant que cette dernière ait effectivement été entièrement amortie. La rétrocession s'opère en fonction du type de cédule hypothécaire au moyen de la remise assortie, le cas échéant, d'un endossement (cédule hypothécaire sur papier), ou au moyen de l'inscription correspondante au registre foncier (cédule hypothécaire de registre). Art. 854 Cette disposition correspond pour l'essentiel au droit actuel (art. 863 CC) et règle deux situations: d'une part, l'absence de créancier, et d'autre part, la renonciation du créancier à son droit de gage. Selon l'al. 1, soit le débiteur fait radier l'inscription, soit il la laisse subsister au registre foncier. L'al. 2 permet expressément la réutilisation de la cédule hypothécaire. C'est là que réside le grand avantage, sur le plan économique, de la cédule hypothécaire par rapport à l'hypothèque. L'expression «négocié de nouveau» de l'art. 863, al. 2, CC est remplacé par celui plus approprié de «réemployer». Art. 855 Cette disposition correspond à l'art. 864 CC. Lorsque le débiteur devient également créancier de la cédule hypothécaire à la suite de la restitution du titre (cédule hypothécaire sur papier) ou du transfert en son nom au registre foncier (cédule hypothécaire de registre), la créance de la cédule hypothécaire ainsi que le droit de gage immobilier ne s'éteignent ni par le paiement (cf. art. 853 P-CC), ni par confusion (art. 118, al. 3, CO), ni encore par consolidation dans l'hypothèse où le créancier est également propriétaire du gage; ils ne prennent fin que par la radiation au registre foncier. Pour cela, il faut un consentement à la radiation signé par le créancier et par le débiteur. S'il s'agit d'une cédule hypothécaire sur papier, le débiteur peut, après l'endossement en sa faveur (cédule hypothécaire nominative) ou la restitution du titre au porteur, également agir en qualité de créancier et signer lui-même le consentement à la radiation en tant que créancier et débiteur. En outre, la radiation au registre foncier de la cédule hypothécaire sur papier ne peut avoir lieu que si le titre de gage a été annulé ou annulé judiciairement.

5059 Art. 856 Dans la mesure où cette disposition se rapporte à la cédule hypothécaire sur papier, elle correspond à l'actuel art. 871 CC. Désormais, elle est également applicable à la cédule hypothécaire de registre. L'al. 1 donne au propriétaire de l'immeuble grevé, à qui aucun intérêt n'est plus réclamé depuis dix ans et qui ignore qui est son créancier, la possibilité de faire radier le droit de gage. Sur le plan procédural, l'actuel al. 1 renvoie aux dispositions sur la déclaration d'absence (art. 35 à 38 CC), qui prévoit un délai pour se faire connaître d'au moins une année. Ce délai paraît trop long compte tenu des possibilités actuelles de publication et de communication. Pour cette raison, il est prévu de le réduire à six mois, en prenant pour modèle le délai prévu pour l'annulation des titres de gage (art. 865, al. 2, P-CC). L'al. 2 correspond pour la cédule hypothécaire sur papier à l'actuel art. 871, al. 2, CC, selon lequel le titre de gage est annulé et le droit de gage est radié au registre

foncier, lorsque le créancier ne se fait pas connaître et que la créance n'existe vraisemblablement plus. Pour la cédule hypothécaire de registre, l'annulation du titre est inutile puisqu'il n'en existe pas. La décision du juge se borne ainsi à la radiation du droit de gage au registre foncier. Si le domicile du créancier est inconnu ou a été déplacé au détriment du débiteur, l'art. 851, al. 2, P-CC est applicable. Art. 857 L'al. 1 prévoit que la cédule hypothécaire de registre naît par son inscription constitutive au registre foncier. La cédule hypothécaire de registre constitue donc, à l'instar de l'hypothèque, un gage de registre mais présente, pour le reste, toutes les caractéristiques d'une cédule hypothécaire. Cela signifie, en particulier, qu'à l'inverse de l'hypothèque, il n'existe pas d'accessoriété (directe) entre la créance et le gage, de sorte qu'après le remboursement de la créance initialement garantie, la cédule hypothécaire peut être réutilisée sans autre pour garantir d'autres obligations. Conformément à l'al. 2, l'inscription de la cédule hypothécaire de registre doit avoir lieu soit au nom du créancier (différent du débiteur) soit à celui du propriétaire foncier. Ainsi, la constitution d'une cédule hypothécaire de registre au nom du propriétaire est admise; par contre, des cédules hypothécaire de registre au porteur n'est pas possible, par la force des choses, faute de porteur du titre. Art. 858 Selon l'al. 1, le transfert d'une cédule hypothécaire de registre s'opère par l'inscription constitutive du nouveau créancier au registre foncier. Tout comme l'acquisition de la propriété foncière par un acte juridique, le transfert d'une cédule hypothécaire de registre requiert un acte générateur d'obligations valable ainsi qu'un acte de disposition, soit la réquisition d'inscription au registre foncier. Selon cette disposition, il s'agit de la déclaration écrite du créancier précédent. L'acquisition du droit dépend donc de l'inscription au registre foncier, dont l'effet remonte à la date de l'inscription au journal (c'est-à-dire de la réquisition) en vertu de l'art. 972, al. 2, CC. Demeurent réservées les inscriptions effectuées sur la base d'une disposition légale ou du jugement d'un tribunal.

5060 L'acte générateur d'obligations passé entre le créancier et l'ayant cause n'exige pas de forme particulière, ce qui découle de l'art. 11, al. 1, CO et ne nécessite pas d'autre précision dans le texte. Etant donné que, s'agissant de la cédule hypothécaire de registre, le créancier est inscrit au registre foncier aussi bien lors de la constitution que lors du transfert, l'al. 2 ne prévoit, comme à l'art. 862, al. 2, CC, d'effet libératoire aux versements des prestations que si le débiteur les fournit à ce créancier inscrit au registre foncier. Art. 859 Cette disposition règle, en tant que *lex specialis* par rapport aux règles ordinaires relatives au nantissement et à l'usufruit (art. 884 ss et art. 745 ss CC), le nantissement, la saisie des cédules hypothécaires de registre ainsi que la constitution d'usufruits sur celles-ci. L'al. 1 permet notamment le nantissement d'une cédule hypothécaire de registre, soit la constitution d'un droit de gage mobilier sur celle-ci. Dans l'avant-projet, il avait été prévu d'interdire le nantissement de la cédule hypothécaire de registre, ce qui a été critiqué dans la procédure de consultation, en particulier par les banques qui se sont référées à leur pratique actuelle. Cette nouvelle disposition rend désormais possible également pour les cédules hypothécaires de registre la pratique, répandue dans le monde bancaire, du nantissement des cédules hypothécaires à titre d'instrument de garantie, par exemple dans le domaine du refinancement du commerce hypothécaire. Comme pour le transfert de la cédule hypothécaire de registre, son nantissement a lieu par l'inscription du créancier nanti au registre foncier sur la base d'une réquisition du créancier déjà inscrit au registre foncier. Selon l'al. 2, la saisie a lieu par l'inscription de la restriction du droit de disposer au registre foncier, sur la requête écrite de l'office des poursuites. L'al. 3 prévoit que l'usufruit sur une cédule hypothécaire de registre (qui sera probablement rarement convenu dans la pratique)

prend naissance par l'inscription de l'ayant droit au registre foncier, conformément au principe existant à l'art. 746, al. 1, CC, selon lequel l'usufruit des choses mobilières ou des créances s'établit par leur transfert à l'usufruitier. Art. 860 Cette disposition correspond, s'agissant de son contenu, aux art. 856 et 859 CC. Les modifications sont pour l'essentiel de nature rédactionnelle. Art. 861 Cet article reprend le contenu des art. 857 et 858 CC. Art. 862 L'al. 1 correspond à l'art. 866 CC, l'al. 2 à l'art. 867, al. 1, CC et l'al. 3 à l'art. 867, al. 2, CC.

5061 Art. 863 Les modifications mineures par rapport à l'art. 868 CC sont purement rédactionnelles et découlent de l'abrogation de la lettre de rente. Art. 864 Cette disposition est légèrement modifiée par rapport à l'actuel art. 869 CC et les renvois à la lettre de rente sont supprimés. Art. 865 Les coupons ne sont créés que dans le contexte des cédules hypothécaires émises en série (art. 876 à 883 CC). Puisque ces dispositions sont supprimées, le terme de «coupons» figurant à la disposition actuelle de l'art. 870, al. 1, CC n'est pas repris à l'al. 1. Le délai de présentation fixé à une année par l'art. 870, al. 2, CC est réduit à six mois par l'al. 2. Il s'agit du délai minimal de production prévu par l'art. 983 CO pour les papiers-valeurs. L'al. 3 correspond à l'art. 870, al. 3, CC repris sans modification. Art. 866 à 874 La suppression de la lettre de rente et l'introduction de la cédule hypothécaire de registre impliquent une nouvelle numérotation des articles qui traitent de la cédule hypothécaire. Les articles devenus libres sont supprimés. 2.2.2.4 Chapitre IV: Des émissions de titres fonciers Art. 876 à 883 Les cédules hypothécaires et les lettres de rente émises en série n'ont pas acquis une portée significative dans la pratique. Les dispositions y relatives sont donc supprimées. 2.2.3 Titre vingt-cinquième: Du registre foncier Art. 955, titre marginal La numérotation du titre marginal est adapté. Art. 956 L'art. 956 CC porte le titre marginal «surveillance» et règle à la fois la surveillance administrative générale (surveillance administrative interne exercée par les autorités spécialisées du registre foncier) et la surveillance spéciale par la voie du recours (traitement des recours en matière de registre foncier par les tribunaux ou des juridictions administratives spéciales). Dorénavant, l'art. 956 P-CC règle la surveillance

5062 administrative qui revêt un caractère général et agit de manière préventive, alors que les art. 956a et 956b P-CC traitent de la surveillance judiciaire qui s'applique après coup et dans un cas d'espèce. Cela va dans le sens d'une meilleure clarté et d'une meilleure lisibilité. Du point de vue matériel, l'art. 956, al. 1, P-CC correspond au droit actuel, mais prévoit désormais expressément que l'activité de surveillance relève des cantons. Pour cela, de nombreux cantons ont créé des inspectorats du registre foncier et centralisé ainsi les compétences spécialisées dans le domaine du registre foncier auprès d'une seule autorité cantonale. Le texte allemand a en outre été modifié pour exclure toute confusion par rapport aux actes administratifs individuels soumis à un recours judiciaire. L'al. 2 prévoit que la Confédération exerce la haute surveillance sur la gestion des offices du registre foncier. Celle-ci était jusqu'à présent réglée uniquement au niveau de l'ordonnance (art. 104a ORF) Art. 956a (nouveau) L'al. 1 prévoit, de manière plus claire que l'actuel art. 956, al. 2, CC, que les décisions administratives rendues par l'office du registre foncier, notamment le rejet d'une réquisition d'inscription, de modification ou de radiation d'un droit réel, d'une annotation ou d'une mention est susceptible du recours spécial en matière de registre foncier auprès de l'autorité cantonale de surveillance. Ce recours est toujours dirigé contre le refus de l'office du registre foncier d'exécuter une réquisition au registre foncier. Le refus ou le retard injustifié à accomplir un acte est assimilé à une décision. Commet un tel déni

de justice l'office du registre foncier qui, au lieu de traiter ou de rejeter une réquisition d'inscription, la laisse simplement de côté. Par contre, comme c'est déjà le cas en droit actuel, l'exécution d'une réquisition d'inscription n'est pas susceptible d'un recours en matière de registre foncier (ch. 1). Les cantons sont libres de choisir s'ils veulent instituer comme autorité administrative de surveillance et comme autorité de recours de première instance la même autorité ou deux autorités différentes. L'al. 2 reprend le principe généralement admis en droit administratif selon lequel la qualité pour recourir est reconnue à quiconque est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. C'est ainsi qu'ont qualité pour recourir, outre l'auteur de la réquisition d'inscription, toutes les personnes atteintes par le rejet, notamment l'acquéreur du droit réel dont l'inscription est requise ou le titulaire d'un droit découlant de l'annotation. Si l'autorité de surveillance cantonale n'est pas la même que l'autorité de recours, le droit cantonal peut lui accorder un droit de recours contre la décision de première instance (ch. 2). La loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ), qui a été remplacée le 1er janvier 2007 par la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (Loi sur le Tribunal fédéral, LTF14), prévoyait déjà que les cantons devaient instituer une autorité judiciaire comme dernière instance cantonale dans les cas dans lesquels le recours de droit administratif au Tribunal fédéral était ouvert. C'est la raison pour laquelle il existe

14 RS 173.110

5063 dans divers cantons deux autorités de recours (généralement une autorité interne à l'administration et une autre indépendante de celle-ci). Jusqu'à présent, l'Office fédéral de la justice ne pouvait recourir auprès du Tribunal fédéral que contre les décisions de dernière instance cantonale dans le cadre du recours de droit administratif (art. 102, al. 2, ORF). Désormais, selon l'art. 111, al. 2, LTF, si une autorité fédérale a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, elle peut recourir devant les autorités cantonales précédentes ou, pour autant qu'elle le demande, participer à la procédure devant celles-ci. Sont habilités à recourir les départements, ou pour autant que le droit fédéral le prévoit, les unités qui leur sont subordonnées (art. 76, al. 2, LTF). L'al. 2, ch. 3, délègue ce droit de recours à l'autorité fédérale exerçant la haute surveillance. Au besoin, l'autorité fédérale exerçant la haute surveillance pourra ainsi recourir contre les décisions injustifiées rendues en première instance par l'autorité de recours, ceci dans l'intérêt public général à une exécution correcte et uniforme du droit fédéral. En tout état de cause, l'autorité fédérale exerçant la haute surveillance ne recourra pas contre les décisions de l'office du registre foncier; il appartiendra aux personnes concernées de le faire. Par ailleurs, ces décisions ne doivent pas être notifiées à ladite autorité. L'al. 3 met en évidence le fait que les inscriptions, les modifications et les radiations de droits réels opérées au grand livre ne sont pas susceptibles de recours, mais ne peuvent être contestées que dans le cadre de l'action en rectification du registre foncier de l'art. 975 CC. En sont exclues les mentions et les radiations de celles-ci. Les mentions n'ont pas d'effet constitutif; l'existence ou la non-existence d'un droit ne dépend pas de la mention. Les contestations relatives à des mentions ne relèvent donc pas du droit matériel mais du droit des registres et ne trouvent pas leur issue dans une action civile, cela d'autant que les mentions peuvent également avoir pour objet des rapports de droit public. Art. 956b (nouveau) Le délai de recours de 30 jours prévu à l'al. 1 correspond au droit actuel. Il est également applicable au recours adressé à la deuxième instance de recours cantonale contre la décision de la première instance. L'al. 2, selon lequel le recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être interjeté en tous temps, concorde

également avec le droit en vigueur (art. 104, al. 2, ORF). Selon la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, les décisions de dernière instance cantonale dans le domaine du registre foncier sont soumises au recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72, al. 1, let. b, ch. 2, LTF). Art. 957 L'art. 957 oblige les cantons à prévoir une surveillance disciplinaire des fonctionnaires et employés directement impliqués dans la tenue du registre foncier (c'est-à-dire du conservateur du registre foncier et de ses employés) pour les violations à leurs devoirs de fonction. L'autorité de haute surveillance de la Confédération n'a pas de compétence disciplinaire. Le droit fédéral ne définit pas les actes qui constituent une violation d'un devoir de fonction. La peine disciplinaire est la réprimande, une amende ou, dans les cas graves, la destitution.

5064 Si le droit cantonal ou communal du personnel prévoit des mesures disciplinaires, celles-ci s'appliquent également aux fonctionnaires et employés travaillant au registre foncier. Une réglementation de droit fédéral est donc superflue. Si un canton a abrogé les peines disciplinaires pour son personnel, on ne voit pas pourquoi elles devraient continuer de s'appliquer uniquement aux employés du registre foncier. Pour cette raison, l'art. 957 est donc purement et simplement abrogé. Bien entendu, les poursuites pénales indépendantes de la surveillance disciplinaire demeurent réservées. Art. 962 Le registre foncier renseigne de manière fiable et complète sur l'ensemble des droits et des charges de droit privé de caractère réel ou d'obligation réelle. Toutefois, la situation juridique des immeubles n'est pas uniquement fixée par le droit privé, mais dans une mesure croissante aussi par le droit public. Les restrictions particulières qui en découlent ne ressortent pas de manière sûre du registre foncier. Puisque leur nombre va augmentant, le besoin d'informations portant sur ces restrictions devient toujours plus grand. Afin de savoir s'il en existe, il faut souvent se renseigner auprès de plusieurs unités administratives et il n'est pas toujours évident de savoir à quels offices s'adresser. Il n'existe pour l'heure aucun autre registre dans lequel toutes les restrictions de droit public à la propriété apparaîtraient de manière claire et complète. Le cadastre des restrictions de droit public à la propriété foncière prévu par le message relatif à la loi sur la géoinformation¹⁵ (art. 16 à 18 P-LGéo) ne contiendra tout d'abord que quelques restrictions de droit public générales et abstraites du droit fédéral. La modification proposée suit deux orientations: d'une part, les cantons ne seront plus libres de décider de mentionner ou non les restrictions à la propriété relevant du droit public et, s'ils le font, de choisir lesquelles. Au contraire, selon l'al. 1, ils seront tenus de faire mentionner certaines restrictions à la propriété. La même obligation incombera aussi à la Confédération, aux communes et aux autres entités chargées de l'accomplissement des tâches d'intérêt public. D'autre part, il n'est pas question de procéder à la mention de tous les types de restrictions à la propriété, mais en principe uniquement de celles qui sont ordonnées dès l'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition par les autorités par une décision administrative en relation avec un immeuble déterminé. En outre, cette restriction à la propriété doit avoir pour effet d'entraver l'utilisation, de restreindre le pouvoir de disposition ou de créer une obligation liée à un immeuble à la charge du propriétaire foncier. Les entraves à l'utilisation imposent au propriétaire certaines restrictions quant à l'usage de son immeuble (il doit tolérer ou omettre certains actes), alors que les limitations du pouvoir de disposition restreignent la possibilité du propriétaire d'aliéner son immeuble ou de le grever de certains droits réels restreints. Par contre, la notion d'«obligation déterminée à charge du propriétaire» comprend également un comportement actif, par exemple l'obligation d'entretenir un bâtiment ou un ouvrage, ou encore d'exploiter un immeuble agricole. La proposition de ne rendre visibles au moyen d'une mention que les

restrictions à la propriété qui ont été ordonnées par une décision administrative vise à éviter que les restrictions à la propriété découlant directement de la loi et censées être connues, par exemple les distances entre les

15 Cf. Message du 6 septembre 2006 relatif à la loi fédérale sur la géoinformation (Loi sur la géoinformation, LGéo), FF 2006 7407.

5065 bâtiments ou des distances en limite de propriété, ne soient également mentionnées au registre foncier. Par ailleurs, les restrictions à la propriété relevant du droit public qui touchent de manière égale tous les immeubles dans une région déterminée, comme par exemple les zones d'affectation, de planification ou de contribution, le périmètre d'un projet d'améliorations foncières etc. ne doivent pas être mentionnées systématiquement au registre foncier. Dans ce domaine, la mention au registre foncier ne devrait s'opérer, en accord avec la législation fédérale actuelle, que si le droit fédéral le prévoit expressément. Le droit cantonal pourrait aussi prévoir de telles mentions. Les effets juridiques de ces mentions demeurent inchangés. La restriction à la propriété naît lors de l'entrée en force de la décision administrative y relative. Les principes généraux du droit administratif exigent qu'une telle décision repose sur une base légale. La mention au registre foncier revêt donc comme par le passé un caractère purement déclaratif. La solution proposée n'a de sens que si les mentions des restrictions à la propriété relevant du droit public sont constamment mises à jour. La collectivité a le devoir non seulement de requérir la mention des restrictions à la propriété décidées au registre foncier, mais également de faire radier par la suite les restrictions à la propriété devenues caduques (al. 2). Si la collectivité ou une autre entité chargée de tâches publiques n'agit pas, par exemple parce qu'elle n'existe plus, l'office du registre foncier est en droit de radier d'office les restrictions de droit public à la propriété, afin de maintenir le registre foncier à jour et libre d'inscriptions obsolètes. Cette mesure, qui n'était pas encore contenue dans l'avant-projet, permet d'éviter, si possible, un amoncellement de mentions dépassées au registre foncier, redouté par les professionnels du registre foncier. L'al. 3 prévoit que le Conseil fédéral réglera en détail dans l'ordonnance sur le registre foncier les domaines du droit cantonal dans lesquels les restrictions de droit public devront dorénavant être mentionnées au registre foncier. Les cantons peuvent prévoir d'autres annotations, qu'ils communiqueront à la Confédération. L'art. 962 P-CC est coordonné avec la loi sur la géoinformation susmentionnée. Selon l'art. 16, al. 1, P-LGéo ne peuvent être objet du cadastre que les restrictions de droit public à la propriété qui ne peuvent être mentionnées au registre foncier. Cette nouvelle réglementation concernant la mention des restrictions publiques à la propriété rend superflue une approbation par la Confédération d'éventuelles prescriptions cantonales concernant les mentions, telle qu'elle est actuellement prévue à l'art. 962, al. 2, CC. Art. 962a (nouveau) Il existe un intérêt général à rendre publiques les restrictions du droit de disposition du propriétaire ensuite de rapports légaux de représentation. En droit actuel déjà, la perte par le propriétaire de son droit de disposer au moment de l'ouverture de la faillite est mentionnée au registre foncier (art. 176, al. 2, LP). Peuvent désormais également être mentionnés: le représentant légal (tutelle [art. 327a P-CC16], curatelle [art. 400 P-CC17]), l'administrateur officiel de la succession (art. 554 CC), le repré-

16 Cf. Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6804. 17 Cf. Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6779.

5066 sentant de la communauté héréditaire (art. 602, al. 3, CC), le liquidateur officiel (art. 593 ss CC), l'exécuteur testamentaire (art. 517 CC), le représentant d'un propriétaire inconnu ou non identifiable ou ses héritiers inconnus (art. 666a P-CC), le représentant d'un créancier gagiste inconnu ou non identifiable (art. 823 P-CC) ou d'un ayant droit d'une servitude (art. 781a P-CC), le représentant d'une personne morale ou d'une autre entité en l'absence des organes prescrits (art. 666b P-CC) ou l'administrateur d'une communauté de propriétaires d'étages (art. 712q ss CC). Le représentant d'un propriétaire foncier ou ses héritiers, d'un créancier gagiste ou d'un ayant droit à une servitude ou d'une personne morale ou d'une autre entité ne devraient cependant être mentionnés que dans la mesure où la représentation a une durée suffisamment longue. Etant donné que la restriction du droit de disposer prend effet déjà au moment de la décision de l'autorité, le rapport de représentation ne doit être exprimé que par une mention déclarative. Si une telle représentation au registre foncier est mentionnée, l'office du registre foncier peut s'adresser valablement sur le plan juridique à ce représentant à la place de la personne ou des personnes représentées, de l'entité ou de la communauté des propriétaires d'étages. Art. 974a (nouveau) L'art. 743 P-CC règle, à titre de disposition de droit matériel, les effets d'une division de l'immeuble dominant ou servant sur les servitudes en droit ou en charge de cet immeuble et contient également certaines exigences pour l'épuration des servitudes. A titre de contrepartie de droit procédural, l'art. 974a P-CC établit une obligation générale d'épuration pour les servitudes, les annotations et les mentions. La répartition du gage en cas de morcellement de l'immeuble engagé est réglé à l'art. 833 CC. Cette disposition s'applique également aux charges foncières conformément à l'art. 792, al. 2, P-CC. L'al. 1 oblige désormais à épurer les servitudes, les annotations et les mentions lors de la division d'un immeuble. Leur report n'est possible que sur les parcelles qu'elles concernent. Le principe selon lequel les droits et les charges doivent demeurer sur toutes les parcelles, lors de la division d'un immeuble, a, en pratique, souvent conduit à ce que, par mesure de simplification, les servitudes, mais également les annotations et les mentions soient reportées sur toutes les parcelles, même si elles ne concernaient pas ou ne pouvaient concerner certaines d'entre elles. Pour cette raison, de nombreux immeubles sont aujourd'hui grevés d'inscriptions sans portée. Les offices du registre foncier n'ont actuellement aucune possibilité de lutter contre le trop-plein d'inscriptions de ce genre dans le registre. L'introduction d'une telle obligation d'épuration ne peut certes pas débarrasser le registre foncier des inscriptions actuelles sans portée (pour cela, l'art. 976c P-CC prévoit une procédure particulière). Elle évite cependant le report de celles-ci ou l'émergence de nouvelles. Selon l'al. 2, le propriétaire foncier doit désigner concrètement dans sa réquisition au registre foncier les servitudes, les annotations et les mentions qui doivent être reportées ainsi que les parcelles sur lesquelles ce report a lieu, de même que les parcelles (non concernées) sur lesquelles elles doivent être radiées. Sur la base des pièces justificatives et en fonction des particularités du lieu, il est nécessaire de désigner clairement les parcelles qu'une inscription concerne. Les actes juridiques qui ne contiennent pas de réquisition ou dans lesquelles la réquisition prévoit simplement le report, sans les préciser, de tous les droits et de toutes les charges sur les nouvelles parcelles ne sont pas suffisantes au regard des exigences de l'art. 743, al. 1, P-CC et doivent être rejetées par l'office du registre foncier. Si une partie d'un

5067 immeuble est en outre réunie à un immeuble voisin, il convient alors de procéder également à une épuration conforme aux principes prévus en cas de réunion d'immeubles. Selon l'al. 3, les inscriptions doivent être radiées sur les parcelles non concernées. Pour

savoir si un droit ou une charge concerne tout l'immeuble ou seulement certaines parties de celui-ci, c'est en principe le contenu du registre foncier qui est déterminant. Dans le grand livre, il est renvoyé à ces pièces justificatives avec la date de l'inscription et la référence à la pièce justificative (art. 35, al. 2, let. f et g, ORF). La question de savoir si la radiation doit avoir lieu avec l'approbation de l'ayant droit (déclaration de radiation, art. 964 CC) ou sur la base des art. 976 ss P-CC dans le cadre d'une procédure simplifiée, dépend de celle de savoir si les conditions décrites sont remplies. Il va de soi qu'il existe également des cas où une inscription concerne tout l'immeuble et qu'elle doit donc être reportée sur toutes les parcelles. Art. 974b (nouveau) Contrairement au partage d'un immeuble, la réunion d'immeubles (contigus) n'est actuellement pas réglée dans la loi mais uniquement dans une ordonnance, à l'art. 91 ORF. Comme il n'existe pas de raison objective de traiter différemment ces deux situations, les principes essentiels sont désormais fixés dans le CC. Selon l'al. 1, la réunion n'est, en principe, possible que si aucun droit de gage ni charge foncière ne doivent être transférés des immeubles isolés sur le nouvel immeuble, ou seulement si les créanciers gagistes y consentent. Les immeubles grevés de servitudes, d'annotations ou de mentions ne peuvent être réunis, selon l'al. 2, que si cette réunion ne lèse pas les ayants droit ou seulement si ceux-ci consentent à cette réunion. Tant que l'exercice d'une servitude est clairement délimité localement, la réunion n'a généralement pas de conséquences défavorables pour les ayants droit. Par contre, une épuration est nécessaire lorsque l'étendue d'une charge (p. ex. une interdiction de bâtir) pourrait manquer de clarté à la suite de la réunion de l'immeuble. Une convention est nécessaire si la charge n'est pas seulement étendue formellement, mais également matériellement sur toute la nouvelle parcelle. Il convient, au besoin, de régler les rapports de rang (en particulier par rapport aux droits de gage). Une délimitation plus précise de la partie concernée du nouvel immeuble est également nécessaire lorsqu'un droit d'emption, de préemption ou de réméré se trouve sur l'un des immeubles à réunir. Un contrat de bail annoté concernant une maison sise sur l'un des immeubles n'empêche généralement pas la réunion. S'il existe des servitudes, des annotations ou des mentions en faveur d'un immeuble, ce dernier ne peut être réuni avec les autres, selon l'al. 3, que si le propriétaire de l'immeuble grevé y consent ou si la réunion n'entraîne aucune aggravation. Cela est d'avantage admis dans le cas d'un droit d'empîement ou d'une servitude de conduite que dans celui d'un droit de passage. Par application analogique de l'art. 739 CC, on ne doit prendre en compte qu'une aggravation considérable de la charge sur l'immeuble grevé. Comme cela a été expliqué ci-dessus concernant les al. 1 à 3, la réunion d'immeubles peut aussi entraîner une obligation d'épurer (extension formelle ou matérielle d'un droit, réglementation des rapports de rang). Pour cette raison, l'al. 4 prévoit que les règles de l'art. 974a P-CC relatives à la division des immeubles sont

5068 applicables par analogie. Le propriétaire des immeubles à réunir doit notamment dire dans sa réquisition au registre foncier séparément pour chaque servitude, pour chaque annotation ou pour chaque mention, comment elle doit être épurée. Il devra, le cas échéant, apporter les consentements nécessaires. Dans le cas contraire, la réquisition doit être rejetée. Art. 975, titre marginal La numérotation du titre marginal doit être adapté. Art. 976 En principe, la radiation d'une inscription au registre foncier requiert le consentement de la personne à laquelle cette inscription confère un droit (art. 964 CC). Si l'on peut cependant admettre, sur la base des circonstances, qu'une inscription (au sens large, y compris les annotations et les mentions) n'a pas ou plus de portée matérielle, les art. 976 à 976c P-CC permettent leur radiation dans le cadre d'une procédure simplifiée. Le droit actuel prévoit

déjà qu'une inscription ayant perdu toute valeur juridique peut être radiée à la demande du propriétaire grevé ou d'office. Cette règle vise à décharger le registre foncier, comme système d'informations foncières, d'inscriptions ayant perdu toute signification matérielle. Mais la procédure à suivre est cause d'insécurité et source de controverses. Le fait que l'ayant droit ne dispose d'aucun autre moyen juridique que celui de l'action en réinscription suite à la radiation effectuée contre son gré (art. 976, al. 3, et 975 CC) n'est pas sans susciter certaines inquiétudes sur le plan du droit procédural et paraît difficilement compatible avec l'effet positif de la foi publique du registre foncier. Les nouvelles dispositions fixent de manière plus claire et différenciée les conditions et la procédure de radiation des inscriptions sans portée. L'art. 976 règle les cas où l'absence de portée d'une inscription est indubitable, de sorte que la radiation peut avoir lieu directement, c'est-à-dire sans que l'ayant droit en soit préalablement informé, et cela soit d'office, lorsque le conservateur du registre foncier tombe sur une inscription de ce genre, soit sur demande, lorsqu'un propriétaire grevé fait une réquisition fondée sur l'un des motifs énumérés exhaustivement aux ch. 1 à 4. Il s'agit tout d'abord des inscriptions limitées dans le temps ayant perdu toute valeur ensuite de l'écoulement du temps (ch. 1), ce qui arrive souvent dans le domaine des annotations. Des servitudes et des mentions peuvent également être limitées dans le temps. Une inscription peut également être radiée si elle concerne un droit intransmissible et non susceptible de passer aux héritiers (p. ex. un droit d'habitation) dont le titulaire est décédé (ch. 2). Il arrive souvent qu'une servitude (plus rarement une annotation ou une mention) ne puisse même pas, de par sa localisation, grever l'immeuble en cause (ch. 3), p. ex. un droit de pacage portant sur un immeuble entièrement construit. Ces situations résultent souvent du fait que, lors d'une division antérieure d'un immeuble, la servitude a été reportée sans distinction sur toutes les parcelles alors qu'elle n'en concernait en réalité qu'une seule. Le cas de la perte de l'immeuble (art. 666, al. 1, CC), qui bénéficiait d'un droit grevant un autre immeuble de sorte que ce droit disparaît également, arrivera moins fréquemment (ch. 4). Dans tous les cas précités, le conservateur du registre foncier n'a aucun doute, sur la base de l'inscription, des pièces justificatives, d'autres registres publics ou d'autres informations dont il dispose, que le droit inscrit est éteint.

5069 Comme il ne s'agit pas à proprement parler d'une procédure de radiation (avec possibilité de faire opposition), il suffit d'une simple information adressée à l'office du registre foncier pour que celui-ci procède à la radiation (d'office) de l'inscription. Cette information a lieu sans forme et ne doit pas nécessairement provenir du propriétaire foncier. Comme pour les dénonciations à l'autorité de surveillance, l'office du registre foncier décide selon sa propre appréciation (conformément à sa charge) d'y donner suite ou non. S'il n'y donne pas suite, une décision formelle de rejet n'est pas nécessaire, sauf si le requérant à lui-même déposé une réquisition formelle de radiation. Le conservateur du registre foncier doit informer les parties (c'est-à-dire le propriétaire de l'immeuble et, pour autant qu'il soit encore connu, l'ayant droit) de la radiation opérée, conformément à l'art. 969 CC. Pour le cas (certes extrêmement rare) où l'office du registre foncier aurait procédé à une telle radiation à tort, l'ayant droit a la possibilité d'ouvrir une action en réinscription fondée sur l'art. 975 CC, qui n'est soumise à aucun délai. Il est renoncé à imposer au conservateur du registre foncier une obligation spécifique d'épuration systématique. Radier dans des cas clairs et sans ambiguïté les inscriptions sans portée rencontrés fait cependant partie des devoirs professionnels de tout conservateur du registre foncier consciencieux. Art. 976a (nouveau) Cette disposition règle la radiation des inscriptions dont il n'est pas absolument certain mais néanmoins hautement vraisemblable qu'elles n'ont

(plus) aucune portée matérielle. Les cas décrits à l'al. 1 sont, sur le plan de l'état de fait, plus complexes et ne peuvent être réduits à des catégories simples. Par conséquent, il convient ici de choisir une procédure dans laquelle l'ayant droit est entendu avant la radiation et peut faire opposition, comme le prévoyaient jusqu'à présent les art. 743, al. 3, et 744, al. 3, CC. La procédure actuelle a cependant l'inconvénient qu'elle s'achève avec l'opposition et que la servitude ne peut ainsi pas être radiée. La nouvelle procédure d'opposition se différencie également de la réglementation actuelle par le fait qu'elle ne s'applique pas seulement à l'épuration des servitudes en cas de division d'un immeuble dominant ou servant, mais également par le fait qu'elle sert de manière générale pour la radiation des inscriptions au registre foncier. La procédure est introduite par la demande de radiation émanant de la personne touchée par l'inscription, c'est-à-dire en règle générale par le propriétaire de l'immeuble grevé. Il doit expliquer quelle inscription selon les pièces constitutives ou les circonstances était d'emblée sans portée ou a perdu par la suite sa portée juridique et quels en sont les motifs. Dans le premier cas, la nouvelle procédure prend la place de l'action en rectification du registre foncier. Si l'office du registre foncier tient la demande de radiation pour injustifiée, il rejette la réquisition. Le requérant peut recourir contre cette décision. Cela résulte des dispositions générales relatives au recours du registre foncier (cf. art. 956a et 956b P-CC), raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de l'indiquer spécialement ici dans le texte légal. A l'inverse, si l'office du registre foncier estime que la réquisition de radiation est fondée, il informe l'ayant droit, selon l'al. 2, qu'il va radier l'inscription si ce dernier ne fait pas opposition dans les 30 jours. On ne peut exiger de l'ayant droit qu'il défende son droit inscrit au registre foncier en devant assumer des dépenses insupportables (éventuellement en recourant aux services d'un avocat). En principe, il doit pouvoir s'en remettre à l'inscription et refuser la radiation. Une opposition de pure querulence n'est cependant pas admise. C'est pourquoi on exige

5070 également de l'ayant droit qu'il motive brièvement et par écrit son opposition, pour autant qu'il puisse le faire sans travail excessif (p. ex. par de longues recherches). La rédaction d'une opposition ne demande pas un travail important, raison pour laquelle le délai général usuel de 30 jours est admissible. Si l'ayant droit omet de faire opposition à temps, l'office du registre foncier radie l'inscription et communique la radiation à l'ayant droit, conformément à l'art. 969 CC. Si l'ayant droit considère malgré tout que la radiation (pour quelque motif que ce soit) a eu lieu de manière indue, l'action en réinscription demeure ouverte, car aucun examen matériel de l'inscription ou de la radiation n'a eu lieu. Art. 976b (nouveau) Contrairement au droit actuel (art. 743 s. CC), la procédure ne cesse pas quand l'ayant droit fait opposition. Si le grevé maintient sa requête en radiation, l'office du registre foncier doit, selon l'al. 1, la réexaminer sur la base des motifs invoqués par l'opposant. Si l'office du registre foncier rejette la requête en radiation à la suite de son réexamen, la décision peut faire l'objet d'un recours. L'autorité de recours a les mêmes possibilités que celles dont dispose l'office du registre foncier. Elle peut rejeter le recours et avec lui la requête, mais elle peut aussi donner suite au recours et aviser qu'il sera procédé à la radiation par l'office du registre foncier si aucune action judiciaire en constatation du droit est introduite dans un délai de trois mois (cf. ci-dessous). Si l'opposition n'est pas du tout motivée ou ne repose pas sur des raisons matérielles, ce qui amène alors, après le second examen, l'office du registre foncier à nouveau à la conclusion que la requête en radiation est fondée, il avise, conformément à l'al. 2, l'ayant droit qu'il procédera à la radiation au grand livre si, dans un délai de trois mois à compter de la communication, il n'introduit pas une action judiciaire constatant que l'inscription a une valeur juridique.

L'annonce de cette conséquence est une décision administrative qui doit être motivée car l'ayant droit se voit assigner le rôle de demandeur et doit dès lors connaître les arguments qui plaident en faveur d'une radiation. Puisque l'ayant droit doit s'activer afin de sauvegarder son droit inscrit au registre foncier dans cette deuxième phase de la procédure, l'office du registre foncier n'annoncera à l'ayant droit qu'il procédera à la radiation de son droit qu'en faisant preuve d'une très grande retenue. La répartition des rôles entre les parties n'a aucune conséquence sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans le procès civil, la personne grevée doit toujours prouver que l'inscription a perdu toute valeur juridique ou qu'elle ne peut pas, d'après les pièces justificatives ou au vu des circonstances, concerner l'immeuble en question. Si l'ayant droit omet d'ouvrir une action en constatation dans le délai de trois mois, la décision de l'office du registre foncier acquiert force de chose jugée et l'office procède à la radiation. L'action en réinscription demeure cependant toujours possible. Art. 976c (nouveau) La procédure prévue aux art. 976 à 976b P-CC destinée à faciliter les radiations convient à l'épuration de quelques inscriptions isolées ou peu nombreuses. Toutefois, il arrive également que des servitudes, des annotations ou des mentions sans portée grevent une pluralité d'immeubles sur un même périmètre. Autrefois, des remaniements parcellaires avaient lieu sans épuration des droits réels. Des immeu-

5071 bles ont également été équipés, inclus dans la zone à bâtir et construits sans épuration des servitudes. En conséquence, on trouve aujourd'hui inscrites dans maints endroits sur les immeubles construits d'anciennes servitudes datant de l'époque de leur utilisation agricole, comme des droits de passage, de source ou d'abreuvoir, alors qu'elles ont depuis longtemps perdu toute portée. Si des droits et des charges de ce genre restent inscrits au registre foncier, alors même qu'ils ne correspondent plus à la réalité, le registre foncier perd de sa crédibilité en tant qu'élément d'un système moderne d'informations sur le sol. En droit actuel, ces inscriptions ne peuvent être épurées que par rapport à un immeuble isolé, ce qui est compliqué et échoue souvent du fait que, par principe, les ayants droit ne consentent pas à la radiation. C'est pourquoi il est nécessaire d'avoir, pour l'épuration de ces inscriptions, une procédure plus efficace qui garantisse néanmoins les droits constitutionnels des ayants droit. Selon l'al. 1 il appartient à l'autorité désignée par le canton d'ordonner une épuration, lorsque les relations de fait ou de droit se sont modifiées sur un certain périmètre, et qu'un nombre important de servitudes sont, pour cette raison, devenues totalement ou en grande partie sans pertinence et ne peuvent plus être localisées. Selon l'al. 2, l'incorporation d'un immeuble dans une procédure d'épuration publique doit, pour des raisons de sécurité du droit (à l'instar de son incorporation dans un périmètre d'un remaniement parcellaire; art. 703, al. 1, troisième phrase, CC), être mentionnée au registre foncier. D'éventuels acquéreurs de bonne foi de l'immeuble seront rendus ainsi attentifs au fait qu'une procédure d'épuration est en cours, que certaines inscriptions peuvent éventuellement être radiées et qu'il conviendra de veiller aux publications officielles sur le sujet. Selon l'al. 3, les cantons doivent régler les détails et la procédure. Ils reçoivent en outre la compétence de faciliter davantage encore l'épuration des servitudes ou d'édicter des prescriptions dérogeant au droit fédéral. Il peuvent le faire dans un nouvel acte législatif du droit privé ou dans un acte du droit public, comme par exemple dans une législation relative à la planification ou aux constructions ou encore dans une réglementation relative aux améliorations foncières. L'art. 976c P-CC n'a qu'un caractère subsidiaire et forme ainsi le standard minimal de droit fédéral. Art. 977, titre marginal La numérotation du titre marginal doit être adapté.

2.3 Titre final: De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil

Art. 21, al. 2 (nouveau) Selon la récente jurisprudence du Tribunal fédéral et selon

l'art. 730, al. 2, P-CC, les obligations accessoires de faire ne lient les ayants cause que si l'inscription contient une inscription correspondante ou si elle renvoie à la pièce justificative du registre foncier par une indication particulière. Pour les servitudes constituées antérieurement, ces obligations accessoires n'apparaissent le plus souvent que dans les pièces

5072 justificatives (c'est-à-dire dans le contrat de servitudes). Le droit transitoire prévoit cependant pour ces servitudes un privilège, dans la mesure où elles déploient néanmoins les effets d'obligations réelles; en d'autres termes, elles peuvent également être opposées à des tiers de bonne foi. Art. 31 Cette disposition de droit transitoire peut être modifiée en raison de l'abrogation de la lettre de rente. Art. 32 La réserve du droit cantonal prévue par l'actuel art. 843 CC est supprimée, de sorte que cette disposition peut être abrogée. Art. 33a (nouveau) La présente révision partielle du Code civil entraîne la suppression des lettres de rente (art. 847 à 853 CC) ainsi que celle des cédules hypothécaires et lettres de rente émises en série (art. 876 à 883 CC). Après l'entrée en vigueur de cette révision partielle, les droits précités ne pourront plus être constitués. Les lettres de rente existantes inscrites au registre foncier ainsi que les cédules hypothécaires émises en série ne seront toutefois ni radiées ni converties en d'autres formes juridiques; elles demeureront inscrites au registre foncier (al. 1) et continueront d'être soumises aux règles qui leur sont applicables jusqu'ici (al. 2). L'al. 3 donne cependant aux cantons (par analogie avec l'art. 22, al. 2, tit. fin. CC) la compétence de prévoir la transformation des lettres de rentes existantes en types de gage selon le droit actuel (p. ex. en cédules hypothécaires). En vérité, il existe, en cas de transformation en cédules hypothécaires, une différence essentielle entre ces deux types de droits de gage, dans la mesure où la lettre de rente ne contient pas de garantie personnelle du débiteur: seul l'immeuble grevé répond de la dette, alors que la cédule hypothécaire fonde également une responsabilité personnelle du débiteur. En règle générale, une responsabilité personnelle du débiteur (sur toute sa fortune) ne peut pas être introduite sans son consentement. Les lettres de rente peu nombreuses qui ont été constituées il y a longtemps contiennent souvent des dettes d'un faible montant. Comme elles sont soumises à une charge maximale, elles ne dépassent généralement pas 1000 francs. Pour ces titres, il doit être possible d'introduire dans la loi une responsabilité personnelle du débiteur avec la transformation. Art. 33b (nouveau) La transformation de cédules hypothécaires (au porteur ou nominatives) qui ont été constituées avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi en cédules hypothécaires de registre (nominatives) doit être favorisée: elle peut donc être exigée en commun par le propriétaire foncier et par l'ayant droit de la cédule hypothécaire en la forme écrite simple. Comme cette transformation n'a pas d'effets sur la situation du débiteur, la coopération de ce dernier n'est pas nécessaire, à l'inverse de celle du créancier hypothécaire, du créancier nanti ou de l'usufruitier, qui sont des «ayants droit» de la cédule hypothécaire. Une telle transformation ne signifie pas la constitution d'un nouveau droit de gage, de sorte que le rang demeure inchangé par rapport aux autres droits réels restreints. Par contre, la transformation de cédules hypo-

5073 thécaires constituées après l'entrée en vigueur de la modification légale et la transformation de la cédule hypothécaires de registre en cédule hypothécaire sur papier ne peut avoir lieu que par un acte authentique, forme prescrite pour toute nouvelle constitution du gage. Art. 44, al. 3 (nouveau) Selon la nouvelle teneur des art. 784 et 836, al. 2, CC, les charges foncières de droit public et les hypothèques légales du droit cantonal d'un montant supérieur à 1000 francs ne peuvent pas être opposées aux tiers qui se sont rapportés de

bonne foi au contenu du registre foncier si elles ne sont pas inscrites dans les six mois dès leur exigibilité, mais au plus tard deux ans dès la naissance de la créance. Selon l'art. 49, al. 2, du titre final, les droits de gage existants devraient être inscrits dans ce délai dès l'entrée en vigueur de cette modification, ce qui devrait occasionner une grande surcharge de travail. Le nouvel al. 3 de l'art. 44 du titre final prolonge ce délai d'inscription en faisant en sorte que les charges foncières de droit public ainsi que les hypothèques légales du droit cantonal non inscrites constituées avant l'entrée en vigueur de la modification de la loi soient encore valables pendant dix ans, même à l'égard de tiers de bonne foi. Art. 55 titre marginal Le titre marginal doit être adapté en raison de l'introduction de l'art. 55bis suivant. Art. 55bis (nouveau) Dans sa notion de droit fédéral, l'acte authentique se définit notamment comme étant la consignation d'un fait juridiquement pertinent dans un document indépendant, dans une forme et selon une procédure prescrites, par un officier public compétent à raison du lieu et de la matière. Sous réserve des exigences minimales de droit fédéral, les cantons fixent en principe la forme et la procédure à suivre pour la confection des actes authentiques sur leur territoire. En tout état de cause, les dispositions cantonales en matière d'actes authentiques doivent être approuvées par la Confédération. Actuellement un acte authentique est un document sur papier signé des propres mains de l'officier public. En règle générale, l'original du document confectionné dans la procédure d'instrumentation de l'acte authentique est appelé «minute». Les expéditions sont des actes authentiques qui reproduisent à la lettre le contenu de la minute, la remplacent dans les rapports juridiques et ont la même force probante que celle-ci. Les expéditions sont instrumentées à l'intention des parties à l'acte, mais également à celle des autorités chargées de la tenue des registres (notamment le registre foncier et le registre du commerce). Vu l'augmentation de l'importance du commerce électronique dans la vie économique, il apparaît nécessaire non seulement de pouvoir effectuer les réquisitions par voie électronique auprès des autorités chargées de la tenue des registres, mais également de pouvoir produire sous cette forme les pièces justificatives. Sur la base de l'al. 1 les cantons peuvent permettre aux officiers publics autorisés sur leur territoire à établir des expéditions électroniques des actes originaux qu'ils ont instrumentés par écrit. Cela peut avoir lieu ou bien par la numérisation de la minute ou par une transformation directe du texte qu'ils ont confectionné sur papier. (La minute doit continuer d'être instrumentée comme document sur papier). Dans les deux cas, l'expédition électronique doit être signée numériquement par l'officier public. Les parties à l'acte

5074 demeurent cependant libres de demander pour elles-mêmes des expéditions sur papier. Les autorités chargées de la tenue des registres ne sont tenus d'accepter les pièces justificatives sous la forme électronique que lorsque les réglementations idoines (ordonnance sur le registre du commerce et ordonnance sur le registre foncier) l'auront prévu. De la même manière, selon l'al. 2, les officiers publics peuvent être autorisés à établir des copies électroniques certifiées de documents sur papier ainsi qu'à attester électroniquement l'authenticité des signatures de documents sur papier. Par la certification d'une copie, l'officier public atteste que la copie reproduit de manière complète et exacte le document original (il ne doit pas nécessairement s'agir d'un acte authentique). La certification d'une signature atteste que celle-ci émane bien de la personne qui soit porte sa signature devant l'officier public (également au moyen d'une signature numérique) soit reconnaît expressément une signature comme la sienne. Etant donné que la certification d'une signature a normalement lieu sur le document sur lequel elle se trouve, la certification électronique de la signature sur un document sur papier présuppose que celui-ci soit

préalablement numérisé. Selon l'al. 3, les officiers publics doivent disposer d'une signature électronique qualifiée qui les identifie non pas seulement en tant que personne mais également en tant que porteurs de leur fonction professionnelle, de telle manière qu'ils puissent être identifiés à tout moment sans équivoque comme étant les auteurs des expéditions électroniques et des attestations d'authenticité qu'ils ont établies. Cela implique que les signatures électroniques des officiers publics – tout comme leur sceau – soient attribuées par ou en accord avec les autorités d'admission à la profession (qui doivent également pouvoir les leur retirer). La compatibilité des systèmes informatiques des officiers publics avec ceux des autorités chargées de la tenue des registres (interopérabilité) est une condition d'une utilisation efficace des expéditions électroniques. Selon l'al. 4, pour assurer cela, le Conseil fédéral doit, dans une ordonnance, édicter des dispositions d'exécution destinées à garantir l'intégrité des données (vérité, intégralité et intégrité des données), l'authenticité (caractère vérifiable de la qualité d'auteur) et la sécurité des données.

2.4 Modification du droit en vigueur

1. Loi fédérale sur le droit foncier rural¹⁸ Art. 78, al. 3 Il ne sera plus possible de constituer de nouvelles lettres de rente après l'entrée en vigueur de la modification législative; celles constituées auparavant continuent cependant d'exister (sous réserve de leur transformation) et peuvent être réutilisées après le remboursement de la créance initialement garantie pour garantir un nouveau prêt, à l'instar de la cédula hypothécaire. De telles lettres de rente demeurent soumises à la réglementation de l'art. 78, al. 3, LDFR, dont le contenu reste inchangé. Une

18 RS 211.412.11

5075 note de bas de page renvoie seulement à la disposition transitoire (art. 33a tit. fin. P-CC) relative aux lettres de rente selon l'ancien droit.

2. Code des obligations¹⁹ Art. 989 Cette disposition contient, en matière de papiers-valeurs, une réserve en faveur des dispositions spéciales relatives à la cédula hypothécaire et à la lettre de rente qui sont au porteur. De nouvelles lettres de rente ne peuvent plus être constituées, de sorte qu'il n'est plus nécessaire de les mentionner ici. Cette réserve conserve sa validité pour les lettres de rente qui ont été constituées auparavant, qui continuent d'exister et qui, conformément à l'art. 33a tit. fin. P-CC, demeurent soumises aux dispositions de l'ancien droit.

3. Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite²⁰ Art. 37, al. 1 Il n'est pas nécessaire de mentionner dans cette disposition la lettre de rente, qui ne peut plus être constituée après l'abrogation des dispositions idoines. Les lettres de rente qui ont déjà été constituées et qui continuent d'exister feront dorénavant partie de la catégorie des droits de gage du droit antérieur.

Art. 158, al. 2 Selon la modification législative, de nouvelles lettres de rente ne peuvent plus être constituées. La disposition, qui demeure inchangée, conserve cependant son importance pour les lettres de rente constituées antérieurement, qui continuent d'exister. Une note de bas de page renvoie à la disposition transitoire correspondante (art. 33a tit. fin. P-CC).

4. Loi fédérale sur l'expropriation²¹ Art. 43, titre marginal, et al. 1 Le titre marginal et l'al. 1 en vigueur fait référence à une «annotation». En fait, il s'agit, en droit du registre foncier, d'une mention, ce qui doit être corrigé.

Art. 93, al. 3 (nouveau) Conformément à l'art. 5 de la loi fédérale sur les expropriations, les droits en matière de rapports de voisinage au sens des art. 679 ss CC peuvent également être l'objet du droit fédéral de l'expropriation. Cette disposition s'applique notamment à

19 RS 220 20 RS 281.1 21 RS 711

5076 l'indemnisation pour les immissions sur les immeubles voisins résultant du bruit provenant d'ouvrages publics, par exemple des routes nationales, des chemins de fer ou des

aéroports. L'indemnisation des propriétaires fonciers concernés est fixée dans la procédure d'expropriation formelle. Le Tribunal fédéral a récemment clarifié la situation en considérant que l'indemnité octroyée à ce titre au propriétaire foncier couvrait également les prétentions des propriétaires successifs de l'immeuble et compensait une fois pour toutes la moins-value subie par l'immeuble (ATF 129 II 72, c. 2.8; 131 II 137, c. 3.1.5). Dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité du droit, il est nécessaire de rendre publique au registre foncier cette indemnisation par le biais d'une mention; l'art. 93 doit dès lors être complété par un al. 3. On évite de cette manière que des propriétaires mal informés soient incités à invoquer par la suite leur propre droit à une indemnisation en raison des immissions subies.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Trois dispositions du projet (art. 861, al. 2 et 962, al. 3, P-CC, art. 55bis tit. fin. P-CC) délèguent des compétences normatives au Conseil fédéral. Les ordonnances qu'elles impliquent pourront être élaborées par l'administration fédérale sans effets supplémentaires. Il se pourrait que les modifications qui devront être apportées aux projets informatiques de la Confédération dans le secteur du registre foncier (par exemple, l'adaptation des modèles de données aux nouvelles dispositions) se traduisent par un surcroît de charges. Toutefois celui-ci devrait être modique et, partant, se situer dans les limites imparties par la planification financière.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Les cantons qui ont informatisé la tenue de leur registre foncier devront adapter les programmes au nouveau droit (par exemple, pour pouvoir introduire la cédula hypothécaire de registre). Il en résultera pour eux un surcroît de charges administratives et financières. Celui-ci sera, toutefois, compensé par un gain d'efficacité et un renforcement de la sécurité du droit. Tel que prévu, le nouveau droit confère aux cantons la compétence de régler diverses procédures (notamment la procédure d'épuration publique) ou d'édicter des normes qui dérogent au droit fédéral. Ainsi, ils pourront régler de manière plus restrictive l'inscription au registre foncier des hypothèques légales de droit public cantonal (art. 836 P-CC), prévoir l'inscription au registre foncier d'autres mentions que celle des restrictions à la propriété (art. 962 P-CC) ou encore simplifier davantage la procédure d'épuration publique ou adopter des dispositions dérogeant au droit fédéral (art. 976c P-CC). Ils devront donc apporter à leur législation les modifications mineures qui s'imposent. L'obligation d'inscrire au registre foncier dans un délai bien déterminé les charges foncières de droit public (art. 784 P-CC) et les hypothèques légales de droit public cantonal (art. 836 P-CC) occasionnera aux cantons et aux communes un surcroît de charges administratives. Pour les charges foncières de droit public et les hypothèques légales de droit cantonal non inscrites existant avant l'entrée en vigueur du

5077 nouveau droit, le projet prévoit un allongement du délai d'inscription (cf. art. 44, al. 3, tit. fin. P-CC) de manière à épargner aux cantons et aux communes une grande partie du surcroît de charges auquel, à défaut, ils devraient faire face. Dans l'ensemble, cependant, ce surcroît de charges est contrebalancé par une amélioration de l'effet de publicité du registre foncier.

3.3 Conséquences pour l'économie

L'introduction de la cédula hypothécaire de registre, les adaptations du droit régissant l'hypothèque à la pratique et aux réalités juridiques actuelles, de même que la suppression des compétences législatives cantonales dans ce domaine répondent à un désir exprimé depuis longtemps par les banques et les milieux économiques. Cette amélioration des conditions cadres économiques facilitera encore davantage et dans l'ensemble du pays l'exercice par les banques de leur activité dans le domaine du crédit. La concurrence plus marquée qui régnera dans ce domaine permettra aux personnes en quête d'un crédit de comparer les différents produits offerts et de choisir

celui qui lui convient le mieux. Les bénéfices qu'en retirera l'économie ne peuvent être chiffrés. L'aménagement du registre foncier en un système moderne d'informations relatives au sol profitera aux particuliers, à l'administration et à l'économie en général. 4 Programme de la législature Le projet est annoncé dans le rapport du Conseil fédéral sur le Programme de la législature 2003 à 2007²². 5 Aspects juridiques 5.1 Constitutionnalité Le projet de modification législative qui vous est soumis se fonde sur l'art. 122 Cst.²³ qui confère à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil. 5.2 Délégation de compétences normatives Trois dispositions du projet (art. 861, al. 2, 962, al. 3, P-CC et art. 55bis, al. 4, tit. fin. P-CC) délèguent au Conseil fédéral une compétence normative qui l'oblige à édicter les normes d'exécution nécessaires par voie d'ordonnance (cf. ch. 1.4).

22 FF 2004 1081 23 RS 101

5078

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali Message concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) In Bundesblatt Dans Feuille fédérale In Foglio federale Jahr 2007 Année Anno Band 1 Volume Volume Heft 30 Cahier Numero Geschäftsnummer 07.061 Numéro d'affaire Numero dell'oggetto Datum 24.07.2007 Date Data Seite 5015-5078 Page Pagina Ref. No 10 140 783 Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen. Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses. I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.

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