

# **GE\_GERICHTE DCSO/178/2018 vom 25. September 2017**

GE Cour de justice, 2017-09-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_DCSO\\_178\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_178_2018)

FR: GE\_GERICHTE DCSO/178/2018 du 25 septembre 2017

IT: GE\_GERICHTE DCSO/178/2018 del 25 settembre 2017

## **Regeste**

Résumé: Réalisation forcée d'un immeuble. Les cédules hypothécaires ne peuvent être remises à l'adjudicataire que dans la mesure où elles ont été couvertes par le produit de la vente.

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La voie de la plainte au sens de l'art. 17 LP est ouverte contre les mesures de l'Office ne pouvant être contestées par la voie judiciaire (al.1), ainsi qu'en cas de déni de justice ou de retard à statuer (al. 3). L'autorité de surveillance doit par ailleurs constater, indépendamment de toute plainte et en tout temps (ATF 136 III 572 consid. 4), la nullité des mesures de l'Office contraires à des dispositions

- 4/9 -

A/3957/2017-CS édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure (art. 22 al. 1 LP).

Par mesure de l'Office, il faut entendre tout acte matériel d'autorité accompli par l'Office en exécution d'une mission officielle dans une affaire concrète, ayant pour objet la continuation ou l'achèvement de la procédure d'exécution forcée et produisant des effets externes (ATF 116 III 91 consid. 1). Ne constituent en conséquence pas des mesures sujettes à plainte la simple confirmation d'une décision déjà prise, une communication de l'Office sur ses intentions ou un avis (Pauline ERARD, in CR LP, 2005, n° 10 ad art. 17 LP).

### **E. 1.2**

La plainte doit être déposée, sous forme écrite et motivée (art. 9 al. 1 et 2 LaLP; art. 65 al. 1 et 2 LPA, applicable par renvoi de l'art. 9 al. 4 LaLP), dans les dix jours de celui où le plaignant a eu connaissance de la mesure (art. 17 al. 2 LP). Elle peut également être déposée en tout temps en cas de nullité de l'acte contesté (art. 22 al. 1 LP), de retard à statuer et de déni de justice (art. 17 al. 3 LP). Une augmentation des conclusions après l'expiration du délai de plainte n'est pas admissible (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_326/2015 du 14 janvier 2016 consid. 2.2). A qualité pour former une plainte toute personne lésée ou exposée à l'être dans ses intérêts juridiquement protégés, ou tout au moins touchée dans ses intérêts de fait, par une décision ou une mesure de l'office (ATF 138 III 628 consid. 4; 138 III 219 consid. 2.3; 129 III 595 consid. 3; 120 III 42 consid. 3).

### **E. 1.3**

En l'occurrence, la plainte, qui satisfait aux exigences de forme prévues par la loi, a été déposée en temps utile contre une mesure de l'Office pouvant être contestée par cette voie

par une personne touchée, à tout le moins dans ses intérêts de fait, par cette mesure. Contrairement à ce que soutient l'Office, sa décision de faire annuler les titres de gage à hauteur des montants non couverts par le prix d'adjudication ne résulte pas directement des conditions de vente, lesquelles se bornent à prévoir la mise à la charge de l'adjudicataire des frais entraînés par l'adjudication, en particulier de ceux de radiation et de modification des titres de gage, sans préciser si et à quelles conditions il pouvait être renoncé à cette radiation. La décision datée du 12 septembre 2017, qui tranche cette question de manière concrète au vu du résultat de l'adjudication, ne constitue donc pas la confirmation ni même l'application des conditions de vente mais une mesure nouvelle susceptible de faire l'objet d'une plainte pour elle-même. La plainte est donc recevable.

## E. 2

La cédula hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Cette créance abstraite, qui prend naissance avec la

- 5/9 -

A/3957/2017-CS constitution de la cédula hypothécaire, ne peut être soumise à condition ou dépendre d'une contre-prestation (art. 842 al. 1 et 846 al. 1 CC; STEINAUER, Les droits réels, 4<sup>ème</sup> édition, 2012, § 2927 et 2929). La créance cédulaire est indissolublement liée à un droit de gage immobilier, en ce sens que les deux droits – personnel et réel – naissent et s'éteignent ensemble et connaissent un sort juridique commun (STEINAUER, op. cit., § 2938).

Lorsque le débiteur de la créance cédulaire a intégralement remboursé celle-ci, il peut exiger du créancier la remise du titre s'il s'agit d'une cédula sur papier (art. 853 ch. 2 CC). Le débiteur devient alors son propre créancier, et la créance cédulaire n'a plus qu'une existence virtuelle; elle subsiste toutefois, avec le droit de gage immobilier qui lui est attaché, et peut être réemployée par le débiteur (art. 854 al. 2 CC; STEINAUER, op. cit., § 3061 et 3063). La radiation de la cédula au Registre foncier, qui peut être requise par le créancier ou, après qu'il s'est fait remettre le titre en application de l'art. 853 ch. 2 CC, par le débiteur, emporte l'extinction de la créance cédulaire et du droit de gage qui la garantit (art. 801 CC; STEINAUER, op. cit., § 3066).

Lorsque le créancier fait valoir son droit de gage immobilier dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée et que celui-ci n'est pas délégué à l'adjudicataire en application de l'art. 135 al. 1 LP, ce droit s'épuise avec la réalisation de l'immeuble faisant l'objet du gage, et ce que le créancier soit ou non désintéressé, totalement ou partiellement : il s'éteint ainsi et le créancier ne peut plus en disposer (ATF 125 III 252 consid. 2a et références citées; 121 III 432 consid. 2a; STEINAUER, op. cit., § 3068 et 3068a). Conformément aux art. 68 let. b et 110 al. 2 ORFI, l'Office devra donc solliciter du Registre foncier la radiation des cédulas hypothécaires dans la mesure où les créances cédulaires n'ont pas été couvertes par le produit de la réalisation, faute de quoi l'extinction du droit de gage ne serait pas reconnaissable par des tiers (ATF 125 III 252 consid. 2a). Pour la partie de sa créance garantie par gage immobilier non couverte par le produit de la réalisation de l'immeuble faisant l'objet du gage, le créancier gagiste se verra délivrer, selon qu'il avait ou non la qualité de poursuivant, un certificat d'insuffisance de gage (art. 158 al. 1 LP) ou une attestation constatant que sa créance n'a pas été couverte (art. 120 ORFI); à l'inverse du droit de gage, la créance qu'il garantissait subsiste ainsi pour sa partie non couverte par le produit de réalisation.

Nonobstant l'extinction du droit de gage, ni la réglementation légale (l'art. 110 al. 2 ORFI limitant expressément l'obligation de cancellation du titre à la part de la créance cédulaire non couverte par le produit de l'adjudication) ni la jurisprudence n'excluent la remise à l'adjudicataire d'une cédula dont la créance a été intégralement couverte par le prix d'adjudication ou, en cas de couverture partielle, d'une cédula réduite à ce montant. Un tel procédé n'est, dans son principe, pas en harmonie avec l'effet extinctif sur le droit de gage de la réalisation forcée de l'immeuble qui en faisait l'objet, puisqu'il revient à laisser subsister ou à

- 6/9 -

A/3957/2017-CS recréer sans constitution d'une nouvelle cédula une créance personnelle garantie par un droit de gage immobilier. Il est toutefois d'un intérêt économique certain pour l'adjudicataire, qui pourra le cas échéant réemployer ladite cédula en économisant les frais de constitution d'une nouvelle, et peut trouver un certain fondement dans une application analogique des art. 853 et 854 CC : dans la mesure en effet où, par le paiement du prix d'adjudication, l'adjudicataire permet le désintéressement total ou partiel du créancier gagiste en même temps qu'il acquiert la propriété de l'immeuble faisant l'objet du gage, il paraît légitime qu'il soit subrogé aux droits de ce dernier, comme cela est le cas lorsque le tiers propriétaire d'un bien grevé désintéresse le créancier gagiste (STEINAUER, in CR CC II, 2016, N 3 ad art. 853 CC). Il n'existe pour le surplus, à tout le moins en théorie, pas de risque de confusion avec l'ancienne créance cédulaire – et donc pas de mise en danger d'intérêts de tiers – puisque la remise du titre à l'adjudicataire n'est possible qu'à hauteur de l'extinction de cette créance dans la procédure de réalisation forcée.

La situation est toutefois différente en ce qui concerne la part de la créance personnelle non couverte par le produit de réalisation de l'objet du gage. Dans cette hypothèse en effet, la remise à l'adjudicataire de la cédula originale, en lieu et place de sa radiation, aurait pour effet de faire coexister la créance cédulaire avec celle contre le débiteur poursuivi, constatée par acte d'insuffisance de gage ou attestation de non couverture (art. 120 ORFI). Dans un arrêt du 1er juin 1999, le Tribunal fédéral a ainsi exclu la remise à l'adjudicataire d'une cédula dont la créance n'avait pas été couverte par le produit de la réalisation (ATF 125 III 252 consid. 2b), l'accord éventuel du créancier gagiste étant à cet égard dénué de portée. Dans ce même arrêt (consid. 2d), le Tribunal fédéral, se référant à un avis doctrinal, a toutefois réservé la possibilité pour l'adjudicataire de reprendre la dette personnelle résultant de la cédula.

Se fondant sur ce considérant, et tirant argument de l'absence d'intérêt public à la radiation des cédules hypothécaires après l'adjudication, plusieurs auteurs soutiennent que, moyennant reprise par l'adjudicataire de la dette personnelle résultant de la cédula (et cas échéant modification de cette dernière afin de refléter ce changement de débiteur), la remise à ce dernier de la cédula devrait être admise car ne comportant aucun risque pour les tiers (HÄBERLIN, in Commentaire ORFI, 2012, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse, N 5 ad art. 68 ORFI; KREN KOSTKIEWICZ, Commentaire ORFI, N 5 ad art. 110 ORFI; JAQUES, La réutilisation des cédules hypothécaires et le emploi des hypothèques dans le cadre de l'exécution forcée, in RSNR 86/2005 pp. 209 ss., qui soumet la remise à la condition supplémentaire d'une cession de créance de la part du créancier à l'adjudicataire, si celui-ci n'était pas déjà créancier). Pour d'autres auteurs en revanche, dont celui cité par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 1er juin 1999 cité ci-dessus, la remise à l'adjudicataire d'une cédula hypothécaire n'est envisageable que dans la mesure où le

produit de la réalisation a permis de couvrir la dette

- 7/9 -

A/3957/2017-CS cédulaire (KÄNZIG/BERNHEIM, in BAK SchKG I, 2010, N 34 ad art. 156 LP; STAEHELIN, in BAK Zivilgesetzbuch II, 2015, N 8 ad art. 854 CC).

## **E. 2.2**

Il est constant dans le cas d'espèce que le produit de réalisation de l'immeuble remis en gage a permis de couvrir la créance résultant de la cédula hypothécaire en premier rang. L'Office ayant d'ores et déjà indiqué vouloir remettre cette cédula à la plaignante, en sa qualité d'adjudicataire, plutôt que d'en requérir la radiation, et cette décision n'ayant pas fait l'objet d'une plainte, il n'y a pas lieu d'y revenir.

L'Office a en revanche refusé de renoncer à requérir la radiation de la cédula hypothécaire en troisième rang, au motif que le produit de la réalisation de l'immeuble gagé n'avait pas permis de couvrir la créance en résultant, ne serait-ce que partiellement. Cette décision est en soi conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral citée ci-dessus (ATF 125 III 252 consid. 2a à 2c et références citées). Elle respecte par ailleurs le principe de l'extinction ex lege du droit de gage dans le cadre de la procédure d'exécution forcée (STEINAUER, op. cit., § 3068a).

La plaignante, se référant au considérant 2d de l'ATF 125 III 252 ainsi qu'à un avis doctrinal rappelé sous considérant 2.1 ci-dessus, considère que la situation se présenterait différemment dans le cas d'espèce dès lors qu'elle aurait offert de reprendre la créance personnelle résultant de la cédula hypothécaire en troisième rang et qu'aucun intérêt ne s'opposerait dès lors à ce qu'elle lui soit remise.

Ce raisonnement doit toutefois être écarté, pour un double motif.

D'une part, la plaignante n'établit nullement avoir effectivement repris la dette personnelle résultant de la cédula litigieuse, que ce soit par une promesse faite au débiteur (art. 175 al. 1 CO) ou, étant elle-même créancière, par la libération unilatérale de ce dernier (art. 176 al. 1 CO). Or, en l'absence d'une telle reprise effective de dette, la délivrance à la plaignante de la cédula hypothécaire en troisième rang aurait pour effet d'exposer le débiteur au risque d'un double paiement, une fois au titre de la créance résultant de la cédula et une fois au titre du solde non couvert de la créance admise à l'état des charges, telle que résultant de l'attestation devant être délivrée en application de l'art. 120 ORFI à la plaignante. Une simple offre de reprise de dette, formulée dans un courrier adressé à l'Office, est à cet égard insuffisante. La cédula ne mentionnant pas le nom du débiteur actuel, il n'est pas envisageable de la modifier par l'indication du nom d'un nouveau débiteur en la personne de la plaignante.

D'autre part, la remise à l'adjudicataire, au lieu de sa radiation, d'une cédula dont la créance n'a pas été couverte par le prix d'adjudication contrevient au texte clair de l'art. 110 al. 2 ORFI. L'Office ne dispose pas à cet égard d'une marge de manœuvre similaire à celle qui est la sienne en présence d'une créance cédulaire totalement ou partiellement couverte par le produit de réalisation.

- 8/9 -

A/3957/2017-CS

Mal fondée, la plainte doit ainsi être rejetée.

### **E. 3**

La procédure est gratuite (art. 20a al. 2 ch. 5 LP et art. 61 al. 2 let. a OELP) et il ne peut être alloué aucuns dépens dans cette procédure (art. 62 al. 2 OELP). \* \* \* \* \*

- 9/9 -

A/3957/2017-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée le 25 septembre 2017 par A\_\_\_\_\_ contre la décision rendue le 12 septembre 2017 par l'Office des poursuites. Au fond : La rejette. Siégeant : Monsieur Patrick CHENAUX, président; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s; Madame Sylvie SCHNEWLIN, greffière.

Le président : Patrick CHENAUX

La greffière : Sylvie SCHNEWLIN

Voie de recours : Le recours en matière civile au sens de l'art. 72 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) est ouvert contre les décisions prises par la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et des faillites, unique autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 126 LOJ). Il doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les dix jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la présente décision (art. 100 al. 1 et 2 let. a LTF) ou dans les cinq jours en matière de poursuite pour effets de change (art. 100 al. 3 let. a LTF). L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Le recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, en quoi l'acte attaqué viole le droit et les moyens de preuve, et être signé (art. 42 LTF). Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

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