

GE_GERICHTE DCSO/185/2018 vom 4. Oktober 2017

GE Cour de justice, 2017-10-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_DCSO_185_2018

FR: GE_GERICHTE DCSO/185/2018 du 4 octobre 2017

IT: GE_GERICHTE DCSO/185/2018 del 4 ottobre 2017

Regeste

Résumé: Prise en compte, lors de la réalisation forcée d'un immeuble, d'une cédula hypothécaire dont le porteur est inconnu. Si aucun ayant droit ne s'est manifesté dans les 10 ans de la publication prévue par l'art. 69 al. 3 ORFI, le produit de réalisation peut être remis au débiteur ou à l'ancien propriétaire du gage.

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 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 (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). 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 masse en faillite de l'ancienne propriétaire de l'immeuble réalisé dans une poursuite en réalisation de gage immobilier, et débitrice cédulaire, est touchée dans ses intérêts juridiques et de fait par le refus de l'Office de lui remettre, après un délai de dix ans, le montant consigné en faveur du détenteur inconnu d'une cédula hypothécaire grevant cet immeuble. Elle a donc qualité pour porter plainte et est valablement représentée par l'Office des faillites, en sa qualité d'administration de la faillite. La plainte satisfait par ailleurs aux conditions de forme prévues par la loi et a été adressée dans les dix jours suivant la

réception de la lettre de l'Office datée du 28 septembre 2017 à une autorité de poursuite certes incompétente pour la traiter mais tenue de la transmettre à la Chambre de céans (art. 32 al. 2 LP). L'opinion de l'Office selon laquelle le courrier daté du 28 septembre 2017 ne serait qu'un rappel d'une précédente décision, communiquée par courriel du 9 février 2015, ne peut être suivie. L'unique paragraphe de ce courriel consacré à la situation concrète – soit la demande de l'Office des faillites que les fonds consignés lui soient remis dans l'éventualité, à l'époque incertaine, où le détenteur

- 6/12 -

A/4333/2017-CS inconnu ne se serait pas fait connaître dans les deux ans et demi suivants – ne comporte en effet pas de décision de refus puisque l'Office y indique être disposé à verser à l'Office des faillites les fonds consignés, apparemment sans attendre l'expiration d'un délai de dix ans à compter des publications prévues par l'art. 69 al. 2 et 3 ORFI, à la condition qu'une décision judiciaire annulant la cédula lui soit présentée. Les deux autres paragraphes du courriel daté du 9 février 2017 sont pour leur part rédigés en termes abstraits et ne comportent pas d'acte d'autorité déployant des effets externes, de telle sorte qu'ils ne peuvent être compris que comme une information de l'Office sur la manière dont, le moment venu, il se déterminera sur la déconsignation des fonds. Ce n'est que par sa lettre datée du 28 septembre 2017 que l'Office, pour la première fois, a manifesté son refus de déconsigner les fonds en faveur de la masse en faillite en l'absence d'une décision judiciaire prononçant l'annulation de la cédula, nonobstant l'expiration d'un délai de dix ans à compter des publications prévues par l'art. 69 al. 2 et 3 LP. C'est donc ce courrier, et non le courriel daté du 9 février 2015, qui comporte la décision négative contestée par la plaignante. La plainte est ainsi recevable.

E. 2.1

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 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^{ème} 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). L'inscription au Registre foncier du droit de gage rend la créance cédulaire imprescriptible (art. 807 CC; MARCHAND, in *CR CC II*, 2016, n° 1 ad art. 807 ss.).

En principe, l'extinction de la cédula hypothécaire – soit du droit de gage et de la créance qu'il garantit – s'effectue, comme pour les autres droits de gage immobiliers, par sa radiation au Registre foncier (STEINAUER, *op. cit.*, §§ 2791, 3058 et 3065 ss.). Une telle radiation – extinctive – doit être requise par le créancier et implique le consentement de tous les tiers qui ont des droits sur la cédula. Il suppose selon l'art. 855 CC que celle-ci soit cancellée (cf. art. 152 al. 1 ORF) ou ait été annulée par décision judiciaire (art. 865 al. 1 CC, qui vise l'annulation du titre lorsque celui-ci est perdu ou a été détruit sans intention d'éteindre la dette).

La radiation de la cédula au Registre foncier n'est toutefois que déclarative lorsque le droit de gage a été pris en compte dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée portant sur l'immeuble objet du gage ainsi qu'en cas d'annulation judiciaire

- 7/12 -

A/4333/2017-CS en application de l'art. 856 al. 2 ch. 2 CC (soit lorsque le créancier est resté inconnu pendant dix ans et qu'il est rendu vraisemblable que la dette n'existe plus) (STEINAUER, op. cit., § 3068). Dans ces hypothèses, l'extinction de la cédulaire (et avec elle du droit de gage et de la créance cédulaire en tant que telle) intervient avec la réalisation forcée de l'immeuble objet du gage ou la décision judiciaire prononçant l'annulation en application de l'art. 856 al. 2 CC mais, si la créance cédulaire n'a pas été acquittée au terme de la procédure de réalisation forcée ou, contrairement à ce que le juge a retenu en vraisemblance, existe toujours, la laisse subsister en tout ou en partie comme créance personnelle du créancier à l'encontre du débiteur cédulaire (STEINAUER, op. cit., §§ 3068, 3068a, 3069 et 3069a; STAEHELIN, in BAK ZGB II, 2015, n° 10 ad art. 854 CC et n° 8 ad art. 856 CC; STEINAUER/FORNAGE, in CR CC II, n° 4 ad art. 856 CC). Comme elle n'est plus garantie par un gage immobilier inscrit au Registre foncier (art. 807 CC), cette créance personnelle se prescrit par dix ans conformément à l'art. 127 CO (STEINAUER, op. cit., § 3069a; Staehelin, op. cit., n° 8 ad art. 856 CC).

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 al. 1 let. b et 110 al. 2 ORFI, l'Office devra donc solliciter du Registre foncier la radiation des cédulaires 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).

Avant de procéder à la distribution des deniers aux créanciers titulaires d'un droit de gage immobilier incorporé dans une cédulaire hypothécaire papier et non transféré à l'acquéreur, l'Office devra exiger la remise du titre aux fins de sa cancellation (art. 69 al. 1 première phrase ORFI). Si le créancier, qu'il soit connu ou inconnu, n'est pas en mesure de produire le titre, les fonds afférents à la créance cédulaire seront consignés (art. 69 al. 1 seconde phrase ORFI); le créancier sera par ailleurs informé par voie de publication de la radiation de la cédulaire au Registre foncier et de ce qu'il ne peut plus aliéner ou mettre en gage cette dernière (art. 69 al. 2 et 3 ORFI). Du fait de la radiation de la cédulaire du Registre foncier, son acquisition par un tiers de bonne foi n'est plus possible (STAEHELIN, op. cit., n° 9 ad art. 854 CC et n° 7 ad art. 862 CC).

- 8/12 -

A/4333/2017-CS

La consignation doit être maintenue pendant le délai de prescription de dix ans déclenché par la radiation de la cédulaire. Pendant cette période, le créancier connu et admis comme tel à l'état des charges peut se faire délivrer les fonds consignés afférents à la créance cédulaire sur présentation (et remise aux fins de cancellation) du titre, ou en produisant une décision judiciaire annulant la cédulaire et le reconnaissant comme créancier en application de l'art. 865

al. 1 CC. Le créancier figurant comme inconnu à l'état des charges pourra lui aussi se faire directement délivrer les fonds dans cette seconde hypothèse alors que, s'il ne produit que la cédula, un délai devra préalablement être imparti au débiteur et aux tiers pour contester son droit (HÄBERLIN, in Commentaire ORFI, 2012, Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse [éd.], n° 5 ad art. 69 ORFI).

A l'expiration du délai de prescription de dix ans, les fonds consignés seront remis au créancier connu et admis comme tel à l'état des charges ou, s'il n'y a pas de créancier connu et que les créanciers gagistes postérieurs n'agissent pas, délivrés au débiteur ou au propriétaire du gage (ATF 62 III 122, 124; HÄBERLIN, op. cit., n° 6 ad art. 69 ORFI; KUHN, in Commentaire ORFI, n° 18 ad art. 34 ORFI). Pour le premier auteur cité, exiger du débiteur ou du propriétaire du gage qu'il produise une décision judiciaire annulant formellement la cédula pour se faire verser les fonds consignés après l'expiration du délai de prescription n'aurait guère de sens : une telle décision en effet, qu'elle soit rendue en application de l'art. 856 al. 2 ou de l'art. 865 al. 3 CC, n'a pour effet, comme la réalisation forcée de l'immeuble faisant l'objet du gage, que d'éteindre le droit de gage et donc de transformer en créance chirographaire, prescriptible, l'éventuel solde dû de la créance cédulaire (HÄBERLIN, op. cit., n° 7 ad art. 69 ORFI).

E. 2.2

Dans le cas d'espèce, la créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire au porteur ayant grevé en troisième rang l'immeuble réalisé en 2007 a été portée à l'état des charges comme créance exigible. La réalisation forcée de l'immeuble a donc entraîné l'extinction du droit de gage (ATF 125 III 252 consid. 2a) et, conformément aux art. 68 al. 1 let. b et 110 al. 2 ORFI, l'Office a veillé à ce que la cédula soit radiée (avec effet déclaratif) du Registre foncier.

Le titre lui-même n'ayant pas été produit, et son détenteur étant inconnu, l'Office, appliquant à juste titre l'art. 69 al. 1 et 3 ORFI, a consigné les fonds afférents à la créance cédulaire admise à l'état des charges et, par publication, a informé le détenteur inconnu de la cédula que celle-ci avait été radiée et ne pouvait donc plus être aliénée ou mise en gage.

La radiation de la cédula, intervenue de plein droit avec la réalisation aux enchères forcées de l'immeuble, a laissé subsister sous forme de créance chirographaire la créance garantie par gage dont était – en principe – titulaire le créancier cédulaire. Le délai de prescription de cette créance chirographaire a

- 9/12 -

A/4333/2017-CS commencé à courir au plus tard le 3 octobre 2007, avec la publication dans la FOSC et la FAO de l'avis prévu par l'art. 69 al. 3 ORFI, et a donc expiré au plus tard le 3 octobre 2017. Avant cette date, le détenteur inconnu de la cédula hypothécaire au porteur en troisième rang, présumé créancier de la dette cédulaire devenue chirographaire, aurait pu se faire connaître de l'Office et demander à ce que les fonds consignés lui soient remis. Il aurait alors dû se légitimer soit par la présentation de la cédula – auquel cas l'Office aurait dû octroyer à la plaignante, en sa qualité de débitrice, et aux tiers intéressés un délai pour contester son droit – soit par la production d'un jugement rendu en application de l'art. 865 al. 1 CC, prononçant l'annulation de la cédula et reconnaissant sa qualité de créancier.

La situation est toutefois différente à compter du 4 octobre 2017, dès lors que la créance chirographaire ayant succédé à la créance garantie par gage immobilier est atteinte de prescription, avec pour conséquence que la débitrice (soit la plaignante) est en droit d'invoquer ce moyen pour faire obstacle à toute demande en paiement de la créance chirographaire émanant du créancier. En l'absence de toute démarche de la part des créanciers gagistes postérieurs, lesquels ont au demeurant d'ores et déjà été pleinement désintéressés, les fonds consignés, afférents à l'ancienne créance cédulaire aujourd'hui prescrite, doivent par conséquent être remis à la débitrice, ancienne propriétaire de l'immeuble faisant l'objet du gage.

Se fondant sur l'avis de l'un des commentateurs de l'ORFI, selon lequel "l'appel aux détenteurs de titres de l'art. 69 ORFI ne saurait remplacer une cancellation par un tribunal" (HÄBERLIN, op. cit., n° 3 ad art. 69 ORFI), l'Office considère que le débiteur devrait, avant que les fonds consignés ne puissent lui être remis, produire une décision judiciaire prononçant l'annulation. Cette opinion est toutefois erronée.

La citation à laquelle se réfère l'Office se borne à souligner à juste titre que la radiation intervenue suite à la réalisation forcée de l'immeuble faisant l'objet du gage ne rend pas superflue, dans certains cas, l'obtention par l'ayant droit d'une décision judiciaire d'annulation (et non de cancellation, cette opération supposant la maîtrise physique sur le titre) de la cédule. Lorsque la cédule ne peut être retrouvée, en effet, un jugement d'annulation rendu en application de l'art. 865 al. 1 CC permettra au créancier, connu ou inconnu, de se légitimer comme tel (HÄBERLIN, op. cit., n° 5.3 ad art. 69 ORFI).

Comme le relève à juste titre l'auteur cité par l'Office (HÄBERLIN, op. cit., n° 7 ad art. 69 ORFI), on ne voit pas en revanche quelle raison pourrait justifier d'exiger de la débitrice qu'elle produise une telle décision judiciaire prononçant l'annulation de la cédule. L'extinction par son usage du droit de gage est déjà intervenue au moment de la réalisation forcée de l'immeuble, et la cédule a d'ores et déjà été radiée – avec effet déclaratif – du Registre foncier. Comme la radiation

- 10/12 -

A/4333/2017-CS de la cédule à la suite d'une procédure d'exécution forcée, l'annulation prononcée par un tribunal n'entraîne pas la perte de tous les droits du créancier, qui, s'il n'a pas été complètement désintéressé, reste titulaire à l'encontre du débiteur d'une créance chirographaire. En l'absence du titre, une cancellation n'est pas possible. Enfin, contrairement à celle du créancier ne disposant pas du titre pour l'avoir égaré ou détruit par erreur, la légitimation de la débitrice à se faire remettre les fonds consignés à l'expiration du délai de prescription n'a pas à être établie.

Il s'ensuit que l'Office ne pouvait subordonner à la production d'une décision judiciaire annulant la cédule hypothécaire au porteur en troisième rang la remise des fonds consignés à la plaignante. La plainte doit donc être admise et l'Office invité à donner suite à la demande de cette dernière.

E. 3

La procédure de plainte 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). * * * * *

- 11/12 -

A/4333/2017-CS PAR CES MOTIFS, La Chambre de surveillance : A la forme : Déclare recevable la plainte formée le 4 octobre 2017 par la masse en faillite de A_____ SA contre la décision rendue le 28 septembre 2017 par l'Office des poursuites. Au fond : L'admet. Invite en conséquence l'Office des poursuites à verser à la masse en faillite de A_____ SA les fonds consignés en faveur du détenteur inconnu de la cédule hypothécaire au porteur (2_____) ayant grevé en troisième rang l'immeuble inscrit sous feuillet 1_____ de la commune de D_____, section E_____, vendu le 5 juin 2007 aux enchères forcées. Siégeant : Monsieur Patrick CHENAUX, président; Madame Marilyn NAHMANI et Monsieur Christian CHAVAZ, juges assesseur(e)s; Madame Véronique PISCETTA, greffière.

Le président : Patrick CHENAUX

La greffière : Véronique PISCETTA

- 12/12 -

A/4333/2017-CS 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.