

## **VD\_FINDINFO HC / 2016 / 955 vom 10. Oktober 2016**

VD Tribunal cantonal, 2016-10-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2016\\_\\_\\_955](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2016___955)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2016 / 955 du 10 octobre 2016

IT: VD\_FINDINFO HC / 2016 / 955 del 10 ottobre 2016

### **Regeste**

ÉTAT DE COLLOCATION, CRÉANCE GARANTIE PAR GAGE, CÉDULE HYPOTHÉCAIRE SUR PAPIER, CASE HYPOTHÉCAIRE, ANNOTATION, REGISTRE FONCIER, INTERDICTION D'ALIÉNER, INSCRIPTION, PRINCIPE DE LA BONNE FOI | 813 CC, 815 CC, 959 CC, 972 al. 1 CC, 972 al. 2 CC, 96 al. 1 LP

### **Erwägungen**

#### **E. 29**

et 30). Pour autant, la case libre n'est pas une valeur saisissable : elle est une réserve de rang, non un droit de gage (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2766c). Aux cases libres, l'art. 815 CC assimile les cédules hypothécaires qui, au moment de la réalisation du gage, sont au nom du propriétaire ou sont au porteur et se trouvent en mains du propriétaire (soit qu'il ne les a pas encore utilisées, soit qu'il les a récupérées conformément à l'art. 853 CC). Il n'est alors pas tenu compte de ces cédules – qui, à l'instar des cases libres, ne figurent pas à l'état des charges (art. 35 et 68 al. 1 let. a ORFI) – et les créanciers postérieurs avancent selon leur rang (Steinauer, op. cit., tome III, n. 2778). Le système de la publicité des droits réels limités sur un immeuble résultant du registre foncier, même lorsque leur titulaire est le propriétaire de l'immeuble, autorise que ce dernier puisse constituer ou conserver des droits réels limités sur cet immeuble. Cette possibilité vaut autant pour les servitudes que pour les droits de gage (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2167). Dans plusieurs hypothèses (cf. Steinauer, op. cit., tome II, nn. 2176 à 2178a), les rôles de propriétaire et de créancier gagiste sont réunis dans une même personne, mais aussi les rôles de créancier gagiste et de débiteur, ce qui soulève une difficulté liée à la figure de la confusion (art. 118 CO) et au caractère accessoire du droit de gage (art. 114 al. 1 CO). Pour surmonter cette difficulté, plusieurs théories ont cours. Dans divers arrêts – tous relatifs à l'application de l'art. 169 CC (soit la restriction des droits dont dépend le logement de la famille) –, le Tribunal fédéral a jugé que la créance garantie par hypothèque, incorporée dans l'obligation hypothécaire ou dans la cédule, n'a qu'une existence formelle tant que le propriétaire de l'immeuble n'en a pas disposé (ATF 93 II 82 ; TF 5P.99/2005 du 6 juin 2005 consid. 3.1; TF 5P.413/2005 du 7 février 2006 consid. 2.3; TF 5A\_695/2008 du 27 novembre 2008 consid. 4.1; TF 5A\_169/2010 du 23 août 2010 consid. 2.3). Ainsi, selon la conception suivie par le Tribunal fédéral, la créance garantie ne prend pas naissance par la création de la cédule hypothécaire, mais seulement au moment de sa remise à un tiers, ne fût-ce qu'à titre de gage (Steinauer, op. cit., tome II, nn. 2179-2180 et les réf. cit., en particulier l'ATF 107 III 128, 134, JdT 1984 II 2, 8). Dans l'intervalle, le droit de gage n'a qu'une existence formelle, latente (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2179) et produira ses effets ordinaires dès que les qualités de créancier et de propriétaire seront dissociées (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2183). 3.3 En l'espèce, les premiers juges ont considéré que la cédule n° 275429 avait été

inscrite au registre foncier le 11 mars 1996. Toutefois, à cette date, la cédule était détenue par le propriétaire, de sorte que ce n'était que lors de la conclusion des contrats d'hypothèque des 24 avril 2006 et 4 mai 2009 que la cédule avait acquis une portée pratique. Par conséquent, c'étaient ces dates qui faisaient foi pour la détermination du rang des créances. Les premiers juges ont en outre relevé que le fait que la cédule n° 275429 portait la mention « en premier rang » ne la rendait pas prioritaire dès lors qu'il n'était pas possible de porter préjudice aux droits des créanciers déjà inscrits. En conséquence, l'hypothèque de 1'600'000 fr. datant du 24 avril 2006, elle primait la restriction du droit d'aliéner du 8 décembre 2008. En revanche, l'hypothèque de 1'532'000 fr. datant du 4 mai 2009, elle était postérieure à la restriction du droit d'aliéner en rang. Les intimés invoquent la même argumentation que les premiers juges. Quant à l'appelante, elle soutient que ce n'est pas la date d'inscription ou de constitution du gage immobilier qui déterminerait son rang, mais la date de la case hypothécaire dans laquelle il se loge. Elle allègue ensuite que ce ne sont pas les dates des signatures des contrats d'hypothèque qui seraient déterminantes, mais la date à laquelle la cédule est parvenue en mains d'un tiers autre que l'appelante, soit le 12 août 1996 au plus tard (appel, p. 9). Il convient tout d'abord de relever que les parties ont clairement convenu, lors de la constitution de la cédule, qu'elle serait en 1<sup>er</sup> rang. Or, selon la doctrine unanime, ce n'est que lorsque les parties n'ont rien prévu s'agissant du rang (ce qui demeure une exception) qu'il est déterminé par la règle de l'art. 972 al. 1 CC. Ce n'est précisément pas le cas en l'espèce. Il s'agit ensuite de déterminer le rang de cette cédule, inscrite le 11 mars 1996, par rapport aux autres droits réels grevant l'immeuble, en particulier par rapport au droit de restriction d'aliéner inscrit le 8 décembre 2008. A cet égard, le raisonnement de l'appelante est pertinent et convaincant. Il ressort en effet de la jurisprudence précitée que ce n'est qu'au moment où la cédule hypothécaire tombe aux mains d'un tiers que se dissocient d'un côté la qualité de créancier et celle de débiteur et d'un autre côté la propriété et le droit de gage immobilier, et que la créance hypothécaire peut réellement prendre naissance. Cela implique, comme le plaide l'appelante, que la créance garantie par la cédule hypothécaire ne prend naissance, et donc rang sur le plan des droits réels, que lors de la remise du titre à un tiers. Or, en l'occurrence, il est admis que si la cédule hypothécaire litigieuse est demeurée dans un premier temps en mains de la propriétaire de l'immeuble F. \_\_\_\_\_, elle a été transmise le 14 mai 1999 à J. \_\_\_\_\_, puis le 12 avril 2006 à B. \_\_\_\_\_ lorsque cette dernière a remplacé J. \_\_\_\_\_ en qualité de prêteuse. Il s'ensuit que le droit de gage immobilier est né dans tous les cas avant la restriction du droit d'aliéner inscrite le 8 décembre 2008, de sorte qu'il prime celle-ci et que les intimés ne peuvent pas échapper à cette conséquence en plaidant que F. \_\_\_\_\_ avait remis à B. \_\_\_\_\_ la cédule hypothécaire en avril 2006 à titre fiduciaire alors que pour les nouveaux contrats de prêt conclus le 4 mai 2009 elle lui aurait remis la cédule en nantissement (appel joint, p. 13) (cf. ATF 107 III 128, 133, déj. cit.). Dès lors, c'est à tort que les premiers juges ont retenu que c'était la date de la conclusion des contrats d'hypothèque qui faisait foi pour la détermination du rang des créances et que l'hypothèque de 1'532'000 fr. du 4 mai 2009 était postérieure à la restriction du droit d'aliéner en date et en rang. Partant, le grief de l'appelante est bien fondé et son appel doit être admis. Appel joint de la Confédération suisse, l'Etat de Vaud et la Commune de K. \_\_\_\_\_ 4. 4.1 Outre l'argument, sans pertinence (consid. 3.3 supra), selon lequel F. \_\_\_\_\_ aurait remis à B. \_\_\_\_\_ la cédule hypothécaire en avril 2006 à titre fiduciaire alors que pour les nouveaux contrats de prêt conclus le 4 mai 2009 elle lui aurait remis la cédule en nantissement, les appelants par voie de jonction invoquent une violation de l'art. 96 LP (loi

fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 ; RS 281.1). En particulier, ils exposent au préalable que les premiers juges auraient considéré à tort que le grief de la nullité des contrats de prêt hypothécaire n'avait pas à être examiné au motif qu'aucune conclusion constatatoire n'avait été prise en ce sens (appel joint p. 15).

4.2 Les premiers juges ont retenu ce qui suit : « Par ailleurs, les demandeurs font valoir que la reconduction du contrat no 5688 et la conclusion du nouveau contrat 48382 étant intervenues postérieurement à l'inscription de la restriction du droit d'aliéner, ces contrats devraient être nuls. Toutefois, dès lors que les demandeurs ne concluent pas expressément à l'annulation de ces contrats ou à la constatation de leur nullité, cette question ne sera pas examinée, le juge ne pouvant statuer ultra petita » (jugt, p. 14). Il convient donc d'examiner en premier lieu si le grief de nullité pouvait être examiné par les premiers juges à défaut de conclusions en ce sens. A cet égard, les appelants par voie de jonction font valoir que la question de la nullité serait une question préjudicielle et non pas un moyen de portée indépendante. Si l'on peut concevoir une demande visant à faire constater la nullité d'un contrat ou son caractère non obligatoire, l'intérêt peut en revanche faire défaut lorsque cette constatation est simplement destinée à servir de base à une demande ultérieure en paiement de créances alors déjà exigibles (Bohnet, CPC commenté, op. cit., n. 11 ad art 88 CPC). La demande en constat est subsidiaire à une action condamnatoire (Bohnet, op. cit., n. 13 ad art. 88 CPC). La doctrine considère qu'une action en constatation de la nullité ou en annulation de contrat est admissible (Bessenich/Bopp in Sutter-Somm et alii, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3 e éd, Zurich 2016, n. 15 ad art. 88 CPC ; Weber in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2 e éd., 2013, n. 11 ad art. 90 CPC).

4.3 En l'espèce, la question n'est pas de savoir si l'action en constatation est admissible, mais si une conclusion en constatation était nécessaire pour que les premiers juges puissent trancher cette question. Certes, une telle conclusion est admissible – voire nécessaire – dans le cadre d'une action en seule constatation, mais les conclusions constatatoires sont subsidiaires aux conclusions condamnatoires, de sorte que les appelants par voie de jonction n'étaient pas dans l'obligation procédurale de prendre une telle conclusion afin que ce grief soit examiné. Il convient donc d'entrer en matière sur le grief des appelants par voie de jonction relatif à la nullité des contrats.

4.4 4.4.1 A cet égard, les appelants par voie de jonction font valoir que les actes conclus entre F.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ les 4 mai 2009 et 24 mai 2013 seraient nuls ou ne pourraient être opposés aux créanciers poursuivants dans la mesure où ils lèsent les droits de ces derniers.

4.4.2 4.4.2.1 L'art. 96 al. 1 LP fait interdiction au débiteur, sous la menace des peines prévues par la loi (art. 169 CP), de disposer des biens saisis sans la permission du préposé, biens qui, pour certains, peuvent être laissés provisoirement entre les mains du débiteur, à charge de les représenter en tout temps (art. 98 al. 2 LP). A partir du moment où il a été dûment informé de l'interdiction de disposer des biens saisis, le débiteur ne peut plus en disposer ni juridiquement, ni matériellement (Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 1999, n. 9 ss ad art. 96 LP; de Gottrau, in Commentaire romand de la LP, n. 4 ad art. 96 LP; sur le moment de la saisie : cf. TF 7B.13/1998 du 4 mars 1998 consid. 2; B1SchK 1999 103; ATF 110 III 57 consid. 2 p. 59). On distingue la créance abstraite (ou créance cédulaire) garantie par le gage immobilier, incorporée dans la cédula hypothécaire, et la créance causale (ou créance garantie ou encore créance de base) résultant de la relation de base, en général un contrat de prêt, pour laquelle la cédula a été remise en garantie, ces deux créances étant indépendantes l'une de l'autre. La créance abstraite incorporée dans la cédula hypothécaire et garantie par le gage immobilier doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage

immobilier; la créance causale doit faire l'objet d'une poursuite ordinaire (ATF 136 III 288 consid. 3.1 et les arrêts cités ; ATF 140 III 80 consid. 5.1.1). Pour les cédules hypothécaires, le droit de gage immobilier peut avoir et conserver une existence même si la créance garantie n'existe pas encore ou n'existe plus. L'inscription d'un droit de gage au registre foncier ne signifie donc pas que la dette garantie existe (Steinauer, op. cit., tome II, n. 2641a).

4.4.2.2 L'annotation au registre foncier est une opération qui confère à un rapport juridique des effets apparentés à ceux des droits réels ou qui constate que de tels effets existent (Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4 e éd., 2012, n° 470; Steinauer, op. cit., tome I, 5 e éd., 2012, n. 765; spéc. au sujet de la restriction du droit d'aliéner : cf. ATF 104 II 170 consid. 5). Elle est instituée aux art. 959 à 961a CC. Il en ressort qu'elle peut avoir pour objet des droits personnels (art. 959 CC), des restrictions du droit d'aliéner (art. 960 CC), notamment celle résultant d'une saisie (art. 960 al. 1 ch. 2 CC ; ATF 130 III 669 consid. 5.1), et des inscriptions provisoires (art. 961 CC). L'annotation d'une restriction du droit de disposer au sens de l'art. 101 LP rend inopposable aux créanciers saisissants tout droit postérieurement acquis par un tiers sur le bien qui fait l'objet de cette mesure (ATF 130 III 669 consid. 5.1; TF 7B.186/2001 du 8 octobre 2001 consid. 5). Il s'agit de l'effet typique des annotations. En revanche, elle ne produit pas, contrairement à celles consacrées à l'art. 959 CC, l'effet de rattachement, soit celui qui impose à l'acquéreur de reprendre le rapport juridique qui fait l'objet de l'annotation (Piotet, Les effets typiques des annotations au registre foncier, in RNR 1969 II pp. 34 ss [69 ss]; Schmid, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 5 e éd., 2015, n. 5 ad art. 959 CC; Schmid/Hürlimann-Kaup, op. cit., n° 472 et 478; Steinauer, op. cit., tome I, nn. 795, 809 et 812 ss ; TF 5A\_395/2014 du 21 juillet 2014 consid. 4.1.1).

4.4.2.3 Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier est maintenu dans son acquisition (art. 973 CC). La bonne foi, qui doit exister au moment de l'acquisition, est présumée (art. 3 al. 1 CC), mais sa protection n'est toutefois pas absolue : alors même qu'il est en réalité de bonne foi, l'acquéreur ne peut pas invoquer la protection légale qui y est attachée s'il n'a pas fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui (art. 3 al. 2 CC; cf. ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 ; ATF 127 III 440 consid. 2c ; TF 5C.71/2006 du 19 juillet 2006 consid. 2.3.1). Lorsque l'acquéreur a ainsi connaissance de faits propres à faire douter de l'exactitude du registre foncier, il doit s'enquérir plus avant (ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 et la jurisprudence citée ; TF 5A\_431/2011 du 2 novembre 2011 consid. 4.2.2). La mesure de cette vigilance particulière constitue une question de droit, soumise au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC; ATF 137 III 145 consid. 3.3.2 ; ATF 137 III 153 consid. 4.1.2 ; TF 5A\_247/2015 du 8 décembre 2015 consid. 4.1.3).

4.4.3 En l'espèce, le 5 décembre 2008, sur requête des appelants par voie de jonction, l'autorité fiscale a adressé à l'Office des poursuites du district de Morges deux ordonnances de séquestre en prestation de sûretés sous nos 3197666 et 3197667 contre F.\_\_\_\_\_ pour les montants correspondant aux sûretés requises, à savoir un total de 8'430'000 francs. Le 8 décembre 2008, une restriction du droit d'aliéner la parcelle n° [...] a été inscrite au registre foncier de la Commune de K.\_\_\_\_\_, sur requête des appelants par voie de jonction, afin de garantir les séquestres précités. Le séquestre a été exécuté le 18 janvier 2010. Les appelants par voie de jonction exposent que la conclusion d'un nouveau contrat d'hypothèque n° 5688 à taux fixe pour un montant de 1'600'000 fr. le 4 mai 2009 ainsi que la conclusion d'un nouveau crédit hypothécaire à taux variable de 1'532'000 fr. le même jour violeraient l'art. 96 LP. En conséquence, ces contrats, qui devraient être déclarés nuls,

ne pourraient leur être opposés. Il ressort des faits ce qui suit : - Par contrat du 24 avril 2006 conclu entre B. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_, les parties ont convenu d'un taux fixe de 3% pour 1'600'000 fr. pendant toute la durée du contrat, soit du 20 mars 2006 au 20 mars 2011, la date d'expiration étant prévue au 20 mars 2011 et l'hypothèque restant sans amortissement jusqu'au 31 mars 2009. - Ce même 24 avril 2006, les parties ont signé une convention par laquelle B. \_\_\_\_\_ a acquis par cession fiduciaire la cédule hypothécaire au porteur de 1<sup>er</sup> rang n° 275429 au titre de sûreté pour toutes les créances de la banque à l'encontre de F. \_\_\_\_\_. - Par contrat du 4 mai 2009 n° 5688, les mêmes parties ont renouvelé le contrat du 24 avril 2006, aux mêmes conditions et garanti par la même cédule. - Par contrat du 4 mai 2009 n° 48382, les parties ont conclu un contrat pour 1'532'000 fr. à taux variable, garanti par la même cédule. - L'office des poursuites a avisé la banque le 6 décembre 2011 de la saisie et de la restriction du droit d'aliéner. - Par pli du 24 mai 2013, les contrats n os 5688 et 48382 ont été renouvelés et convertis en un seul contrat d'hypothèque à taux variable n° 464443 d'un montant de 3'132'000 fr., garanti par la même cédule. Au vu de ce qui précède, il faut en premier lieu retenir que contrairement à ce que soutiennent les appelants par voie de jonction, le contrat du 4 mai 2009 n° 5688 ne peut en aucun cas être considéré comme un acte de disposition conclu en violation de l'art. 96 LP, dès lors qu'il s'agit d'un acte qui reconduit un prêt préexistant à la restriction du droit d'aliéner, aux mêmes conditions, étant rappelé que l'on parle ici du contrat de prêt et non pas de la cédule, qui demeure identique (soit 3'132'000 fr.). Quant au contrat n° 48382 portant sur la nouvelle hypothèque de 1'532'000 fr., il n'a pas non plus été conclu en violation de l'art. 96 LP. En effet, la banque a acquis la cédule de bonne foi en 2006. A cette époque, il n'y avait aucune restriction d'aliéner inscrite au registre foncier. Or, ce qui est particulier dans le cas d'espèce, c'est que la cédule n'a ni été augmentée, ni transférée. Dans la mesure où la banque détenait la cédule de bonne foi depuis 2006, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir vérifié si une inscription au registre foncier avait eu lieu postérieurement. La situation aurait été différente si la cédule avait été transférée postérieurement à l'inscription ; dans ce cas, il faudrait retenir qu'il incombe au nouveau possesseur de la cédule de vérifier l'état du registre foncier. En revanche, dans le cas d'espèce, la cédule était déjà en mains de la banque. Or, celle-ci a été avertie de la restriction du droit d'aliéner le 6 décembre 2011, soit postérieurement aux contrats. Le contrat du 24 mai 2013 ne peut pas non plus être considéré comme un acte de disposition conclu en violation de l'art. 96 LP, puisqu'il s'agit d'un acte qui renouvelle et convertit les contrats n os 5688 et 48382 en un seul contrat d'hypothèque, garanti par la même cédule. Mal fondé, le moyen tiré de la nullité des contrats de prêt hypothécaire doit donc être rejeté et, avec lui, l'appel joint. 5. 5.1 Il résulte de ce qui précède que l'appel de X. \_\_\_\_\_ doit être admis et l'appel joint de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K. \_\_\_\_\_ rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC. Il sera statué à nouveau en ce sens que la demande de la Confédération suisse, de l'Etat de Vaud et de la Commune de K. \_\_\_\_\_ du 4 avril 2014 est rejetée et que l'état des charges de l'immeuble parcelle RF n° [...] de la Commune de K. \_\_\_\_\_ établi le 3 mars 2014 par l'Office des poursuites du district de l'Ouest lausannois est confirmé. Dès lors que la défenderesse obtient entièrement gain de cause, les frais judiciaires de première instance, par 46'250 fr., doivent être mis à la charge des demandeurs (art. 106 al. 1 CPC). La défenderesse a également droit à des dépens pour la procédure de première instance, arrêtés à 10'000 fr. (art. 4 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]). 5.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, par 33'320 fr. [16'320 fr. pour l'appel + 17'000 fr. pour l'appel joint] (art. 62

al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge des intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux (art. 106 al. 1 et 3 CPC). Ceux-ci, solidairement entre eux, restitueront à l'appelante X.\_\_\_\_\_ l'avance de frais de 16'320 fr. payée par cette dernière (art. 111 al. 2 CPC) Obtenant gain de cause, l'appelante X.\_\_\_\_\_ a en outre droit à des dépens pour la procédure d'appel, fixés à 10'000 fr. (art. 7 al. 1 TDC). Les intimés Confédération suisse, Etat de Vaud et Commune de K.\_\_\_\_\_, solidairement entre eux, verseront ainsi à l'appelante X.\_\_\_\_\_ la somme de 26'320 fr. (10'000 fr. + 16'320 fr.) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC).

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