



UNIL | Université de Lausanne

Faculté de droit,
des sciences criminelles
et d'administration publique

**UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DE DROIT, DES SCIENCES CRIMINELLES
ET D'ADMINISTRATION PUBLIQUE**

MÉMOIRE DE MAITRISE UNIVERSITAIRE

**L'USAGE DE LA CONVENTION DE FIDUCIE EN TANT QUE
MODE DE GARANTIE DE LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE :
ANALYSE THÉORIQUE ET PRATIQUE**

PAR

LUDOVIC FUCHS

SOUS LA DIRECTION DU PROFESSEUR THIERRY DUBOIS

LAUSANNE, LE 15 JUIN 2016

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	III
Bibliographie	IV
Introduction.....	1
Première partie. la convention de fiducie dans la doctrine et la jurisprudence.....	3
Titre I. Introduction.....	3
Chapitre I. La cédule hypothécaire, forme de droit de gage immobilier.....	3
I. La notion de droit de gage immobilier.....	3
II. Les droits de suite et de préférence.....	3
III. Les fonctions du droit de gage immobilier	4
Chapitre II. Les notions générales sur la cédule hypothécaire.....	4
I. La définition et la notion.....	4
II. Un aperçu des types de cédules hypothécaires	6
Titre II. La fiducie en général	7
Chapitre I. Introduction.....	7
Chapitre II. Les délimitations.....	8
Chapitre III. Les principes applicables à la fiducie	8
I. Le principe du <i>numerus clausus</i> appliqué à la fiducie	8
II. Le principe de l'unité du patrimoine	9
Titre III. Les modes de garantie de la cédule	9
Chapitre I. Introduction.....	9
Chapitre II. L'utilisation de la cédule en garantie directe	10
Chapitre III. L'utilisation de la cédule en garantie indirecte	10
Chapitre IV. L'utilisation de la cédule en garantie fiduciaire.....	11
I. Introduction	11
II. Les conditions de son utilisation	12
A. L'acquisition de la cédule hypothécaire.....	12
B. L'obligation de n'utiliser la cédule qu'à titre fiduciaire	13
III. La nature juridique de l'acte constitutif ou transfert de l'utilisation de la cédule en garantie fiduciaire.....	14
Titre IV. La convention de fiducie	14
Chapitre I. La définition et la notion	14
Chapitre II. Les parties au contrat	15
Chapitre III. La nature juridique	15
Chapitre IV. Le contenu	15
I. La détermination de la cédule hypothécaire et de la créance de base	16
II. Les clauses objectivement essentielles de la convention.....	16
A. Le principe de la garantie à titre fiduciaire.....	17
B. La mise en œuvre de la cédule uniquement en cas d'inexécution de la créance de base.....	17
C. L'interdiction du transfert de la cédule	18
D. La restitution de la cédule au fiduciaire.....	18

E.	La restitution du solde du produit en cas de réalisation de la cédule	19
III.	Les clauses secondaires	19
A.	La convention de fiducie improprement dite.....	19
B.	Les clauses assouplissant l'interdiction du transfert de la cédule	20
C.	Les autres cas de la restitution de la cédule	20
D.	Le montant maximum lors de la réalisation limité à celui de la créance de base	21
IV.	Les clauses accessoires.....	21
A.	Les intérêts garantis par la cédule hypothécaire.....	22
B.	Le délai de dénonciation au paiement	22
C.	La clause accessoire relative à l'amortissement.....	23
D.	La clause d'élection de for.....	23
E.	Les modalités de réalisation de la cédule et la renonciation au <i>beneficium excussionis realis</i>	24
Chapitre V.	Les effets de l'exécution de la convention de fiducie	25
I.	Une stricte opposition entre droits réels et personnels.....	25
II.	Du point de vue des droits réels	25
III.	Du point de vue du droit des obligations.....	26
A.	Le fiduciaire.....	26
B.	Le fiduciaire	26
C.	<i>Quid</i> en cas de violation des obligations ?.....	27
Titre V.	Le régime légal du nouvel article 842 CC	27
Chapitre I.	La présomption de l'art. 842 al. 2 CC.....	27
Chapitre II.	Le régime légal subsidiaire de l'art. 842 al. 2 CC	28
Chapitre III.	Les exceptions personnelles du fiduciaire envers le fiduciaire et ses successeurs	29
I.	La notion de fiduciaire et de successeurs	29
II.	Les exceptions opposables.....	30
Deuxième partie.	L'analyse de modèles de conventions de fiducie	31
Chapitre I.	Préambule	31
Chapitre II.	L'analyse de clauses issues de différentes conventions de fiducie.....	32
I.	Introduction	32
II.	La forme des conventions types et les conditions générales.....	32
III.	La désignation des parties au contrat.....	33
IV.	La détermination de la cédule et de la créance de base	33
V.	Les clauses essentielles de la convention de fiducie.....	34
VI.	Les clauses accessoires.....	35
VII.	Les obligations supplémentaires du fiduciaire	36
Conclusion	37

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa
art.	Article
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal fédéral suisse
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
ch.	Chiffre
cf.	Confer
CEDIDAC	Centre de droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CO	LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Code des obligations) (RS 220)
cons.	Considérant
CPC	Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272)
CR	Commentaire romand
éd.	Edition
édit.	Editeur(s)
FF	Feuille fédérale
JdT	Journal des Tribunaux
LCD	LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LF	Loi fédérale
let.	Lettre
LP	LF du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
N	Numéro(s) marginal(aux)
n°	Numéro
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (RS 211.432.1)
p.	Page(s)
p. a.	Par analogie
PJA	Pratique juridique actuelle
Réf.	Références
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances de la Confédération suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJ	La Semaine judiciaire
ss	Et suivant(e)s
sv	Et suivant(e)
T.	Tome
TF	Tribunal fédéral
vol.	Volume
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (= CC ; RS 210)

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS OFFICIELS

- MESSAGE 1904 Message du 16 juin 1904 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, FF 1904, Vol. 4, cahier 24, p. 1 ss
Cité : MESSAGE 1904
- MESSAGE 2007 Message du 27 juin 2007 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la révision du code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels), FF 2007 p. 5015 ss
Cité : MESSAGE 2007

II. BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- DUBOIS THIERRY Le rang des droits de gage immobiliers (fixation et modification), RNRF 2010, p. 201 ss
Cité : DUBOIS
- DUNAND JEAN-PHILIPPE Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre » : *mancipio dare ut remancipetur* - analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, thèse, Bâle/Genève/Munich 2000
Cité : DUNAND
- FOËX BENEDICT Les nouveautés en matière de gages immobiliers, *in* Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (édit.), Cartella ipotecaria registrata e altre modifiche sulla disciplina dei diritti reali, Atti della giornata di studio del 15 ottobre 2012, Bâle 2013, p. 67 ss
Cité : FOËX, Les nouveautés

La cédule décédulisée, *in* Foëx Bénédic (édit), La réforme des droits réels immobiliers. Les modifications du Code civil entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 101 ss
Cité : FOËX, La cédule décédulisée

Le nouveau droit des cédules hypothécaires, JdT 2012 II, p. 3 ss
Cité : FOËX, JdT 2012 II

La cédule hypothécaire de registre, *in* Schmid Jürg (édit.), Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 18. Januar 2011 in Lausanne und vom 30. August 2011 in Zürich, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 343 ss
Cité : FOËX, La cédule

Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, *in* Hottelier Michel/Foëx Bénédic (édit.), Les gages immobiliers - Constitution volontaire et réalisation forcée, Bâle/Genève/Munich 1999, p. 113 ss
Cité : FOËX, Les actes

Le contrat de gage mobilier, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997
Cité : FOËX, Le contrat

Le « numerus clausus » des droits réels en matière mobilière, thèse Genève, Lausanne 1987
Cité : FOËX, thèse

FOGLIA ALDO

I pegni immobiliari nel diritto svizzero, Cenni sintetici ad un problema complesso, Rep. 2000, p. 73 ss
Cité : FOGLIA

GIOVANOLI MARIO

Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse, *in* La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Paris 1991, p. 31 ss
Cité : GIOVANOLI

- DE GOTTRAU NICOLAS Transfert de propriété et cession à fin de garantie : principes et applications dans le domaine bancaire, *in* Iynedijan Nicolas (édit.), Sûretés et garanties bancaires, CEDIDAC n°33, Lausanne 1997, p. 173 ss
Cité : DE GOTTRAU
- ENGEL PIERRE Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO, 2^e éd., Berne 1997
Cité : ENGEL
- GUGGENHEIM DANIEL
GUGGENHEIM ANATH Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5^e éd., Berne 2014
Cité : GUGGENHEIM/GUGGENHEIM
- HALDY JACQUES Procédure civile suisse, Bâle 2014
Cité : HALDY
- KAMERZIN SIDNEY Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2003
Cité : KAMERZIN
- MARCHAND SYLVAIN
CHAPPUIS CHRISTINE
HIRSCH LAURENT Recueil de contrats commerciaux, Bâle 2013
Cité : MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH
- MARTIN DAVID Gai Institutiones secundum codicis veronensis apographum studemundianum et reliquias in Aegypto repertas, 2^{ème} éd., Leyde 1964
Cité : MARTIN
- MORIN ARIANE Art. 1-10, 22 CO, *in* Thévenoz uc. /Werro Franz (édit), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1-529, 2^{ème} éd., Bâle 2012
Cité : CR CO I-MORIN
- PETER HANSJÖRG Textes de droit romain et de droit suisse des obligations, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011
Cité : PETER
- PIOTET DENIS Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, Traité de droit privé suisse, T. V/2, 2^e éd., Bâle 2012
Cité : PIOTET, Traité

La nouvelle cédula de registre, Not@lex 2010, p. 1 ss
Cité : PIOTET, La nouvelle cédula

RIEMER HANS MICHAEL Die beschränkten dinglichen Rechte : Dienstbarkeiten,
Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten,
Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II,
2^e éd., Berne 2000
Cité : RIEMER

STEINAUER PAUL-HENRI La cédula hypothécaire, Les obligations foncières,
Commentaire des articles 842 - 865 et 875 CC, Berne
2016
Cité : STEINAUER, La cédula

Les nouvelles dispositions générales sur les cédulas
hypothécaires, *in* Schmid Jürg (édit.), Les servitudes et
les cédulas hypothécaires à la lumière des nouvelles
dispositions du Code civil, Beiträge der
Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches
Notariat vom 18. Januar 2011 in Lausanne und vom 30.
August 2011 in Zürich, Zurich/Bâle/Genève 2012, p.
267 ss
Cité : STEINAUER, Les nouvelles

Les droits réels, T. I, 5^e éd., Berne 2012
Cité : STEINAUER, T. I

Les droits réels, T. II, 4^e éd., Berne 2012
Cité : STEINAUER, T. II

Les droits réels, T. III, 4^e éd., Berne 2012
Cité : STEINAUER, T. III

A propos de la constitution des cédulas hypothécaires,
RNRF 1997, p. 289 ss
Cité : STEINAUER, RNRF 1997

Droits réels, DC 2013 p. 337
Cité : STEINAUER, DC 2013, p. 337

TERCIER PIERRE Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012
Cité : TERCIER, Le droit

TERCIER PIERRE Les contrats spéciaux, 4^e éd., Zurich 2009
FAVRE PASCAL Cité : TERCIER/FAVRE

- THEVENOZ LUC
DUNAND JEAN-PHILIPPE La fiducie : droit des biens ou droit des obligations ?, *in* Rapports suisses présentés au XVe Congrès International de droit comparé, Zurich 1998
Cité : THEVENOZ/DUNAND
- TRAUFFER BERNHARD
SCHMID-TSCHIRREN
CHRISTINA Art. 793-823 ZGB, *in* Honsell Heinrich /Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (édit.), Zivilgesetzbuch II, Commentaire bâlois, 4^e éd., Bâle 2011
Cité : TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 793-823
- LE ROY YVES
SCHOENENBERGER
MARIE-BERNADETTE Introduction générale au droit suisse, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015
Cité : LE ROY/SCHOENENBERGER
- VOLLENWEIDER MARKUS Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, thèse, 2^e éd., Fribourg 1994
Cité : VOLLENWEIDER
- WEISS STEFAN Die gesetzliche Verankerung der Sicherungsübereignung – Eine kritische Auseinandersetzung mit dem bundesrätlichen Entwurf zum neuen Schuldbriefrecht, RJB 2009, p. 125 ss
Cité : WEISS, RJB 2009
- WERRO FRANZ Autres contrats et responsabilité civile, DC 2014 p. 155
Cité : WERRO, DC 2014, p. 155

INTRODUCTION

« 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 »¹.

L'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 de la nouvelle législation sur la cédule hypothécaire a complètement modifié le régime de celle-ci. En effet, le législateur, en prenant en compte la pratique, a ancré dans la loi comme mode présumé d'utilisation de la cédule hypothécaire, le mode de garantie à titre fiduciaire.

L'objet de notre travail est en premier lieu d'examiner tant en théorie qu'en pratique la convention de fiducie lorsqu'elle est utilisée dans le but de garantir une cédule hypothécaire ainsi que de proposer une vision globale de la garantie fiduciaire de la cédule hypothécaire.

Il convient de mentionner dès à présent que ce travail se limite au cas où le fiduciaire et le fiduciaire sont les mêmes personnes quant aux rapports juridiques concernant la cédule et la convention de fiducie.

La première partie du travail débutera par un titre introductif dans lequel nous aborderons de manière succincte les notions de base et indispensables concernant la cédule hypothécaire. Nous entrerons dans le vif du sujet par un exposé de la fiducie en général. Nous traiterons de la définition au sens large de la fiducie, des différentes catégories la composant, ainsi que des principes les plus importants y relatifs.

Par après, nous effectuerons un survol des modes d'utilisation de la cédule hypothécaire en garantie directe et indirecte avant de continuer avec une analyse approfondie du mode d'utilisation de la cédule aux fins de garantie.

Dans le titre suivant, nous traiterons de la définition au sens strict de la convention de fiducie lorsqu'elle est intégrée au mode de garantie à titre fiduciaire de la cédule, des parties au contrat et de la nature juridique d'une telle convention. Ensuite, nous passerons en revue les différentes clauses possibles d'une convention de fiducie, à savoir les clauses essentielles d'une telle convention mais aussi les clauses accessoires et celles ayant cours dans la pratique. Dans le dernier chapitre de ce titre, nous proposerons d'analyser les effets de la convention de fiducie, mélange de droits réels et de droits des obligations.

¹ MESSAGE 2007, p. 5053.

Ensuite, nous étudierons la disposition légale spécifique relative à l'utilisation fiduciaire de la cédula (art. 842 CC), de même que la lacune qu'elle contient depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation. Une question importante à laquelle il conviendra d'apporter une réponse est de savoir quelles sont les dispositions essentielles applicables à la convention de fiducie et permettant de combler cette lacune de l'article 842 al. 2 CC.

Pour terminer cette première partie, nous proposerons d'analyser l'art. 842 al. 3 CC. Cette disposition permet au débiteur cédulaire de faire valoir envers le créancier cédulaire et ses successeurs, s'ils ne sont pas de bonne foi, les exceptions personnelles issues du rapport de base et celles découlant de la convention de fiducie. La question qui nous intéressera essentiellement est donc celle de l'étendue de la bonne foi des successeurs.

Dans la deuxième partie, il s'agira d'examiner des conventions-cadres de fiducie tirées de la pratique afin de les analyser à l'aune de la théorie développée dans la première partie.

PREMIÈRE PARTIE. LA CONVENTION DE FIDUCIE DANS LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE

TITRE I. INTRODUCTION

CHAPITRE I. LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE, FORME DE DROIT DE GAGE IMMOBILIER

I. LA NOTION DE DROIT DE GAGE IMMOBILIER

La cédule hypothécaire et l'hypothèque sont les deux formes de droits de gage immobiliers reconnus par le Code civil suisse². Il existe ainsi un *numerus clausus* du contenu et des types de droits réels, et donc des droits de gage immobiliers, toute autre forme d'un tel droit étant prohibée par l'art. 793 al. 2 CC³. Le siège de la matière se trouve aux articles 793 à 823 CC, dispositions générales sur les droits de gage immobiliers, ainsi qu'aux articles 842 à 865 CC, dispositions spécifiques relatives à la cédule hypothécaire⁴.

A la différence de la propriété, qui est un droit réel absolu conférant une maîtrise juridique universelle sur une chose, le droit de gage immobilier est un droit réel limité n'octroyant à son titulaire qu'un pouvoir restreint sur une chose. Ce pouvoir permet à son titulaire de faire réaliser l'immeuble, objet du droit de gage, dans le but d'obtenir le paiement de la créance garantie⁵. Le droit de gage immobilier est donc une sûreté réelle, c'est-à-dire un outil à la disposition du débiteur pour assurer au créancier qu'il sera payé. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble peut tirer profit de la valeur de son immeuble en l'affectant à la garantie d'un crédit immobilier⁶.

II. LES DROITS DE SUITE ET DE PRÉFÉRENCE

Il est deux prérogatives qui se rattachent au droit de gage immobilier : le droit de suite et le droit de préférence. Premièrement, le droit de suite permet au titulaire du droit de gage immobilier de récupérer son objet, peu importe en quelle main il se trouve. Par conséquent, en cas de transfert d'un immeuble grevé d'une cédule hypothécaire à un nouveau propriétaire, ce dernier doit supporter le fait que l'immeuble soit d'abord réalisé pour désintéresser le créancier gagiste. En pratique, le notaire reçoit et s'engage à ne pas remettre la cédule du vendeur. Ainsi l'acheteur peut constituer sa propre cédule⁷.

² Art. 793 al. 1 CC ; MESSAGE 2007, p. 5027 ; FOËX, Les nouveautés, p. 68 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 271.

³ KAMERZIN, N 159 ; RIEMER, § 4 N 5 sv, § 15 N 2 ; STEINAUER, T. I, N 35, 45, 120 sv ; STEINAUER, T. III, N 2617, 2628 sv.

⁴ FOËX, La cédule décédulisée, p. 101 ; FOËX, Le contrat, N 37 ; FOËX, thèse, N 29 sv, 47 sv ; RIEMER, § 15 N 2 ; STEINAUER, T. II, N 2135 ; STEINAUER, T. III, N 2617.

⁵ Art. 816 CC ; DUNAND, p. 25 sv ; PIOTET, Traité, N 1 ; RIEMER, § 4 N 3 ; STEINAUER, T. I, N 29, 34, 43 ; STEINAUER, T. II, N 2134 sv, 2143 ; STEINAUER, T. III, N 2619 sv ; TRAUFFER/SCHMID-TSCHIRREN, Art. 793-823, N 2.

⁶ RIEMER, § 16 N 4 sv ; STEINAUER, T. III, N 2621.

⁷ STEINAUER, T. I, N 23 sv ; STEINAUER, T. III, N 2622.

Le droit de préférence est, quant à lui, une garantie préférentielle distinguant la position du créancier gagiste de celle de n'importe quel autre créancier. Un créancier gagiste a donc la priorité sur les autres créanciers chirographaires pour se faire payer sa créance sur le produit de réalisation de l'immeuble. En outre, s'il existe plusieurs créanciers gagistes, le produit de réalisation est réparti entre ces derniers selon le rang des droits de gage⁸.

III. LES FONCTIONS DU DROIT DE GAGE IMMOBILIER

Les droits de gage immobiliers ont pour fonctions de garantir une créance ainsi que de mobiliser la valeur du sol, soit une fonction économique⁹. Plus concrètement, le droit de gage immobilier est généralement constitué dans le but de garantir l'emprunt fait par un propriétaire pour acquérir l'immeuble grevé ou pour financer une construction ou des travaux de rénovation sur cet immeuble. Le remboursement de ces emprunts à long terme se fait alors sous forme d'amortissements, soit des versements trimestriels correspondant à un pourcentage de la somme¹⁰. Enfin, la mobilisation de la valeur du sol signifie que lorsque le propriétaire immobilier constitue un droit de gage, il individualise et détache la valeur de réalisation de l'immeuble pour la céder au créancier gagiste. C'est ainsi qu'un créancier gagiste en possession d'une cédula hypothécaire peut disposer librement de cette valeur de réalisation¹¹.

CHAPITRE II. LES NOTIONS GÉNÉRALES SUR LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

I. LA DÉFINITION ET LA NOTION

La cédula hypothécaire est définie dans le Code civil à l'art. 842 al. 1 comme « une créance personnelle garantie par un gage immobilier ». En d'autres termes, le débiteur d'une cédula hypothécaire répond de la dette garantie sur l'immeuble grevé et sur tous ses biens¹².

Les éléments constitutifs de la cédula hypothécaire, que nous allons entrevoir ci-dessous, sont la créance cédulaire et le gage immobilier. Ces deux éléments forment un tout indissociable, c'est-à-dire que leur sort juridique est commun. Ils naissent à l'occasion de leur inscription au registre foncier et s'éteignent lors de leur radiation. En outre, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 de la cédula hypothécaire de registre, l'incorporation de la cédula hypothécaire dans un papier-valeur n'est plus un élément constitutif de cette dernière¹³.

⁸ PJA 2011 p. 715, 717 ; DUBOIS, p. 202 à 205 ; STEINAUER, T. I, N 23, 26 sv ; STEINAUER T. II, N 2145 à 2149, 2158 sv ; STEINAUER, T. III, N 2622 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 272.

⁹ MESSAGE 1904, p. 74 ; RIEMER, § 22 N 1 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 17.

¹⁰ FOGLIA, p. 77 ; RIEMER, § 16 N 6 ; STEINAUER, T. III, N 2624.

¹¹ FOGLIA, p. 77 sv ; RIEMER, § 16 N 7 ; STEINAUER, T. I, N 47 ; STEINAUER, T. III, N 2627.

¹² ATF 140 II 180, 184 ; MESSAGE 1904, p. 81 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; KAMERZIN, N 8, 106 ; STEINAUER, T. I, N 47, 49 ; STEINAUER, T. III, N 2634, 2926 ; STEINAUER, La cédula, Remarques liminaires p. 1, Art. 842, N 4, 13 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 269.

¹³ TF, 4A_122/2008, cons. 2.3 ; ATF 140 III 36, 39 ; MESSAGE 2007, p. 5015 ss, 5058 ; FOËX, Les actes, p. 114 ; FOËX, La cédula décédulisée, p. 101 sv ; KAMERZIN, N 105, 315 à 317 ; STEINAUER, T. III, N 2938 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 269, 272 sv.

Le premier élément constitutif de la cédula hypothécaire est la créance cédulaire. Celle-ci peut être définie comme une créance nouvelle, prenant naissance à l'occasion de la constitution de la cédula. Cette créance ne doit pas être confondue avec « la créance à garantir issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur » ou plus communément nommée créance de base, qui est en général la créance issue d'un crédit immobilier conclu entre une banque et le propriétaire de l'immeuble grevé. Le lien entre ces deux créances dépend finalement du mode d'utilisation de la cédula hypothécaire¹⁴.

Ainsi, une cédula hypothécaire contient une créance nouvelle formant avec le droit de gage immobilier qui la garantit une entité juridique distincte du rapport juridique de base. Lorsqu'une banque prête de l'argent à un propriétaire et qu'en garantie de ce prêt un acte constitutif de cédula hypothécaire en la forme authentique est conclu entre les parties, elles créent en sus de la créance de base une créance nouvelle en faveur de la banque¹⁵.

La créance cédulaire présente certaines spécificités dont la première est d'être « personnelle ». Cela signifie que le débiteur répond personnellement de la dette cédulaire sur l'immeuble grevé et sur tous ses biens. Le débiteur peut toutefois contraindre le créancier à exercer son droit de gage en opposant l'exception du *beneficium excussionis realis* de l'art. 41 al. 1bis LP, situation dans laquelle il n'engage sa garantie personnelle que de manière subsidiaire¹⁶. A l'art. 846 al. 1 CC, on retrouve deux caractéristiques de la créance cédulaire permettant de faciliter la négociabilité de la cédula hypothécaire. Tout d'abord, la créance cédulaire est une créance abstraite, c'est-à-dire qu'elle n'énonce pas sa cause. La reconnaissance de dette donnant naissance à la créance cédulaire ne peut donc pas se référer au rapport de base. Deuxièmement, la créance cédulaire ne doit comporter ni condition, ni contre-prestation. La reconnaissance de dette se doit en plus d'être pure et simple¹⁷. Enfin, la dernière particularité de la cédula est la dissociation possible des qualités de débiteur et de propriétaire. Dans la plupart des cas, le débiteur au contrat de base est aussi le débiteur cédulaire, mais il peut exister des situations dans lesquelles un tiers accepte de garantir le contrat résultant du rapport de base par la constitution d'une cédula hypothécaire en son nom¹⁸.

Le droit de gage immobilier est le second élément constitutif de la cédula hypothécaire. Il a pour fonction de garantir la créance cédulaire et il est aussi un droit accessoire de cette dernière. Ceci a pour conséquence que le droit de gage immobilier suit la créance cédulaire en cas de transfert et que son existence et son montant dépendent de ceux de la créance cédulaire. Enfin, nous pouvons rappeler qu'en vertu de l'art. 807 CC, l'inscription du droit de gage immobilier au registre foncier rend la créance cédulaire imprescriptible¹⁹.

¹⁴ FOËX, La cédula, p. 270 ss ; STEINAUER, T. III, N 2927 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 270.

¹⁵ MESSAGE 2007, p. 5047 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 69, 74, 76 ; KAMERZIN, N 4, 115, 350, 366 ; STEINAUER, T. III, N 2928.

¹⁶ ATF 119 III 103 sv ; KAMERZIN, N 106 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 271 sv.

¹⁷ TF, 5A_303/2009, cons. 3.3. ; MESSAGE 1904, p. 82 ; MESSAGE 2007, p. 5015, 5054 ; KAMERZIN, N 110, 116 ; STEINAUER, T. III, N 2636, 2931 à 2933 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 270 sv.

¹⁸ KAMERZIN, N 440, 523 ; STEINAUER, T. III, N 2934 ; VOLLENWEIDER, p. 66.

¹⁹ TF, 4A_451/2009, cons. 5.1 ; FOËX, Les actes, p. 113 sv ; KAMERZIN, N 105, 126 sv, 140 sv ; STEINAUER, T. III, N 2936 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 271 sv ; VOLLENWEIDER, p. 38 sv.

II. UN APERÇU DES TYPES DE CÉDULES HYPOTHÉCAIRES

Les parties choisissent selon l'art. 843 CC entre deux formes de cédules hypothécaires, à savoir la cédule de registre, dont les dispositions spécifiques sont régies par les articles 857 à 859 CC, ou la cédule sur papier dont les règles spéciales se trouvent aux articles 860 à 865 CC²⁰.

La cédule sur papier est un papier-valeur au sens de l'art. 965 CO incorporant la créance cédulaire et le droit de gage immobilier. Dès lors et en vertu de l'art. 863 al. 1 CC, cette cédule ne peut être exercée ou transférée qu'au moyen dudit titre. La cédule sur papier peut prendre soit la forme d'un titre au porteur, c'est-à-dire que le créancier cédulaire est désigné comme étant le porteur du titre, soit la forme d'un titre à ordre, auquel cas une personne déterminée est désignée comme la créancière cédulaire du titre. Selon l'art. 966 al. 2 CO, le débiteur cédulaire est libéré de ses engagements lorsque le paiement est fait à l'échéance entre les mains de la personne à qui le titre confère la qualité de créancier. En présence d'une cédule au porteur, le débiteur est libéré si le paiement est fait en mains de celui qui lui présente le titre. En présence d'une cédule nominative, le paiement doit être fait en mains de celui qui est désigné comme le débiteur par le titre. Par ailleurs, les règles générales des articles 965 ss CO sur les papiers-valeurs s'appliquent aux cédules sur papier, sous réserve des règles spéciales relatives à ces dernières²¹.

Quant à la cédule de registre, elle est l'une des innovations de la révision du 11 décembre 2009 du Code civil. La particularité de cette cédule sans titre et dématérialisée est qu'elle prend naissance, se transfère ou s'éteint uniquement par une inscription au registre foncier. Contrairement à la cédule sur papier, la cédule de registre est toujours nominative, le nom du créancier cédulaire apparaissant au registre foncier. En vertu de l'art. 858 al. 2 CC, le débiteur cédulaire doit exécuter sa prestation, c'est-à-dire effectuer ses paiements (amortissements, capital, intérêts), en mains de celui qui est inscrit comme créancier au registre foncier pour qu'elle ait un effet libératoire. Cette forme de cédule permet notamment d'améliorer la transparence car elle ne connaît pas d'anonymat quant à la titularité des droits sur la cédule. En outre, elle supprime les contraintes économiques liées à l'existence des papiers-valeurs comme le coût de la conservation des titres physiques, le risque de perte et de complexité des transactions. Enfin, la sécurité juridique est également renforcée étant donné que toute opération est inscrite au registre foncier²².

En définitive, le choix de la forme de la cédule hypothécaire n'a pas d'incidence directe sur son mode d'utilisation puisque les deux formes ont principalement les mêmes caractéristiques.

²⁰ FOËX, JdT 2012 II p. 3 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 74 ; STEINAUER, T. III, N 2950.

²¹ ATF 130 III 681, 683 ; ATF 129 III 12, 16 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3 sv ; KAMERZIN, N 94 ; STEINAUER, T. III, N 2941 à 2943, 2946, 2990 sv, 3000, 3005 sv, 3009 à 3011.

²² MESSAGE 2007, p. 5016, 5020, 5054, 5058 sv ; FOËX, La cédule, p. 344 sv, 350 à 352 ; FOËX, La cédule décédulisée, p. 101 ss ; FOËX, JdT 2012 II p. 10 à 13 ; FOËX, Les nouveautés, p. 73 à 77 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 2 ; STEINAUER, T. III, N 2947 à 2949, 2972 à 2975, 2980 à 2984 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 269.

TITRE II. LA FIDUCIE EN GÉNÉRAL

CHAPITRE I. INTRODUCTION

Malgré son importance pratique et sa reconnaissance dès 1893 par le Tribunal fédéral, l'institution de la fiducie n'a jamais été codifiée par le législateur. Dès lors, la jurisprudence a développé le cadre juridique de la fiducie sans jamais remettre en cause le principe de la validité des actes fiduciaires. Toutefois, la doctrine reste controversée sur des points essentiels tels que la relation entre les pouvoirs et les droits du fiduciaire ainsi que la nature des droits des parties s'agissant des biens fiduciaires²³.

La fiducie peut être définie selon la formule romaine que Gaius lui a consacrée : « *la fiducie se conclut avec un ami pour que nos biens soient en meilleure sûreté chez lui* ». Encore de nos jours, le but de la fiducie est de permettre au fiduciaire de confier ses biens au fiduciaire pour que ce dernier les gère dans l'intérêt du fiduciaire et les défende contre tous, ceci jusqu'à la fin de la fiducie et la restitution des biens au fiduciaire²⁴.

Une définition récente que l'on peut donner du contrat de fiducie est qu'il s'agit d'un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, transfère la propriété d'un bien ou d'une créance - et s'en dépossède effectivement - en garantie d'une créance à un tiers, le fiduciaire. Ce dernier prend l'engagement personnel de ne pas faire de cette propriété un usage allant au-delà de ce qu'exige la garantie ainsi que de retransférer le bien ou la créance, en fonction de la catégorie de fiducie, soit à la demande du fiduciaire, à l'échéance du rapport contractuel ou d'un terme convenu, soit lorsque la créance garantie par les biens remis à titre de sûreté est éteinte²⁵.

Nous verrons que l'une des raisons ayant poussé le législateur à ne pas codifier la fiducie est qu'elle dissocie le titulaire juridique des biens remis en fiducie de son bénéficiaire économique. Autrement dit, la distinction entre la titularité patrimoniale du droit de propriété ou propriété-valeur du fiduciaire et son transfert de la propriété-exercice au fiduciaire le temps de la fiducie n'est pas admise dans la conception suisse de la propriété. Le droit suisse préfère, quant à lui, la combinaison de deux rapports juridiques à savoir une propriété absolue, le transfert fiduciaire et un droit obligationnel, soit l'obligation contractuelle du fiduciaire de restituer les biens²⁶.

²³ ATF 119 II 326, 328 ; ATF 19 344 ; DUNAND, p. 1 sv ; FOËX, thèse, N 261, 268 ; GIOVANOLI, p. 41 à 43 ; DE GOTTRAU, p. 174, 177 ; STEINAUER, Art. 842 CC N 169 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 479.

²⁴ DUNAND, préface p. IX sv, XIX ; FOËX, thèse, N 270 ; MARTIN, Gaius, Institutes, II, 60 ; PETER, p. 346.

²⁵ FOËX, Les actes, p. 122 à 124 ; FOËX, Le contrat, N 38 à 42 ; DE GOTTRAU, p. 176, 178 sv, 183 sv, 196, 206 ; KAMERZIN, N 192 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153 ; PETER, p. 347 ; STEINAUER, T. III, N 3098, 3100 ; TERCIER/FAVRE, N 5469 ; VOLLENWEIDER, p. 24 ; WERRO, DC 2014, p. 155, N 264.

²⁶ DUNAND, préface p. IX ss, 1, 69, 71 ; FOËX, thèse, N 263 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 479, 493 sv.

CHAPITRE II. LES DÉLIMITATIONS

Il existe de manière traditionnelle deux catégories de fiducie. La première de ces catégories est la fiducie-gestion, fiducie pure ou *fiducia cum amico*, qui est la catégorie de fiducie la plus utilisée en Suisse. Elle peut être définie comme l'institution de fiducie employée dans les opérations de gestion et profitant aux intérêts du fiduciaire. Ce type de fiducie est soumis aux règles légales sur le contrat de mandat (art. 394 ss CO). On retrouve cette fiducie en droit commercial et dans le droit des affaires pour des opérations économiques telles que les placements financiers, la gestion fiduciaire de fortune, les fonds de placement, la gestion collective des droits d'auteurs ou encore l'activité de *nominee*²⁷.

La seconde catégorie, et celle que nous étudierons, est la fiducie-sûreté aussi appelée fiducie-mixte ou encore *fiducia cum creditore*. Nous pouvons la définir comme « l'acquisition par le créancier d'un droit indépendant de sa créance, mais uniquement aux fins de garantie de celle-ci »²⁸. La fiducie-sûreté a essentiellement une utilité pratique s'agissant des crédits immobiliers, étant donné que depuis plusieurs décennies les banques se font céder à titre fiduciaire les cédules hypothécaires de leurs clients²⁹.

CHAPITRE III. LES PRINCIPES APPLICABLES À LA FIDUCIE

I. LE PRINCIPE DU *NUMERUS CLAUSUS* APPLIQUÉ À LA FIDUCIE

Nous avons déjà constaté que les parties ne peuvent constituer valablement des droits réels que s'ils sont inscrits dans le Code civil³⁰. La question que nous sommes en droit de nous poser est de savoir si la fiducie respecte le principe du *numerus clausus*. En effet, si les parties créent par le biais de la fiducie un droit réel, ce droit est contraire au principe du *numerus clausus*, il est donc frappé de nullité absolue au sens de l'art. 20 al. 1 CO³¹.

Dans un arrêt de 1905, le Tribunal fédéral reconnaît la fiducie sur le plan civil et tranche dans le sens de la théorie du transfert intégral de la propriété (*Vollrechtstheorie*). Il résulte de cette théorie que la propriété sur des biens fiduciaires est une pleine propriété au sens de l'art. 641 al. 1 CC et non pas un nouveau type de droit réel, qui serait contraire au principe du *numerus clausus*. La propriété fiduciaire est par conséquent licite tant qu'elle reste dans le cadre des limites ordinaires assignées aux actes juridiques (art. 27 CC, art. 19 à 21 CO, art. 286 ss LP). Ainsi, il n'existe pas en Suisse de « propriété fiduciaire » au sens d'un nouveau type de propriété³².

²⁷ DUNAND, p. 2, 4 ; GIOVANOLI, p. 31 ss ; DE GOTTRAU, p. 174 sv ; STEINAUER, T. III, N 3098 ; TERCIER/FAVRE, N 5470 ss ; THEVENOZ/DUNAND, p. 480 ; WERRO, DC 2014, p. 155, N 264.

²⁸ TF, 4A_451/2009, cons. 5.1 ; STEINAUER, Art. 842 CC N 168.

²⁹ DUNAND, p. 4 ; FOËX, Le contrat, N 38 ; GIOVANOLI, p. 44 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1191 ; TERCIER/FAVRE, N 5473 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 480, 485 sv ; VOLLENWEIDER, p. 52.

³⁰ JdT 1978 I 333, 338 sv ; DUNAND, p. 25 ; FOËX, Le contrat, N 37 ; RIEMER, §4 N 5 ; STEINAUER, T. II, N 2135 ; STEINAUER, T. III, N 2617, 2628 sv ; THEVENOZ/DUNAND, p. 490.

³¹ JdT 1986 I 627 sv ; JdT 1978 I 333, 342 ; STEINAUER, T. III, N 3096 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 490 sv.

³² ATF 31 II 105 ; DUNAND, p. 26 sv, 69 ; FOËX, thèse, N 261 sv, 333 ; DE GOTTRAU, p. 178 sv ; STEINAUER, T. III, N 3099 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 488, 490 sv.

Cette reconnaissance de la fiducie a permis à la pratique de développer de nouveaux types de sûretés à caractère réel, autres que ceux connus du principe du *numerus clausus* comme le transfert de propriété aux fins de garantie et la cession aux fins de garantie³³.

II. LE PRINCIPE DE L'UNITÉ DU PATRIMOINE

Le principe de l'unité du patrimoine en droit suisse signifie qu'une personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine constitué d'une seule masse. Cette masse est représentée par les biens, les droits et les obligations de la personne qui en est la propriétaire juridique et l'ayant droit économique³⁴. Cependant, une personne peut aussi détenir dans son patrimoine des biens gérés à titre fiduciaire, c'est-à-dire des biens dont elle n'a pas la titularité économique. Juridiquement, ce cas de figure n'existe pas car la personne gérant ces biens est considérée comme la propriétaire des biens fiduciaires sans distinction de ses propres biens, sans qu'il y ait un patrimoine d'affectation pour les biens fiduciaires³⁵.

Cela entraîne pour le fiduciaire une responsabilité patrimoniale illimitée et intégrale puisqu'il n'existe pas en droit suisse de différence juridique en matière de propriété ou de titularité de créance selon que l'acquisition soit faite à titre personnel ou fiduciaire. Les créanciers personnels, en cas de faillite, peuvent saisir l'ensemble des biens du débiteur, dont les biens détenus à titre fiduciaire. De la même manière, le fiduciaire ne bénéficie plus que d'une créance personnelle en restitution de ses biens en vertu de la convention de fiducie. Il n'est donc qu'un simple créancier ordinaire³⁶.

TITRE III. LES MODES DE GARANTIE DE LA CÉDULE

CHAPITRE I. INTRODUCTION

En droit suisse, l'instrument de sûreté qu'est la cédule hypothécaire peut être utilisé de trois manières différentes pour garantir une créance de base. Depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 du nouvel article 842 al. 2 CC, l'utilisation de la cédule hypothécaire aux fins de garantie est présumée. Les parties peuvent cependant y déroger et prévoir l'un des deux autres modes, soit l'utilisation de la cédule en garantie directe ou indirecte³⁷.

Nous allons étudier ces trois modes de garantie, dont le choix a surtout de l'importance en cas d'exécution forcée, puis nous nous concentrerons spécifiquement sur celui de la garantie fiduciaire, mode contenant la convention de fiducie³⁸.

³³ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1154 ; STEINAUER, T. III, N 3096 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 169.

³⁴ DUNAND, p. 28 sv ; GIOVANOLI, p. 36, 41 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 491 sv.

³⁵ DUNAND, p. 29, 69, 71 ; FOËX, Le contrat, N 40 ; FOËX, thèse, N 263 ; GIOVANOLI, p. 35 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 492.

³⁶ DUNAND, p. 29 ; FOËX, Les actes, p. 127 ; DE GOTTRAU, p. 218 sv ; THEVENOZ/DUNAND, p. 492.

³⁷ ATF 140 III 180, 184 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, Les actes, p. 115 sv ; FOËX, La cédule décédulisée, p. 102 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; KAMERZIN, N 167, 172 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 4 ; STEINAUER, T. III, N 2953 sv, 2963b ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 56 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 274.

³⁸ KAMERZIN, N 167.

CHAPITRE II. L'UTILISATION DE LA CÉDULE EN GARANTIE DIRECTE

La cédula hypothécaire est dite d'utilisation en garantie directe lorsque la créance cédulaire remplace et éteint la créance causale. Dès lors, le titulaire de la créance de base devient créancier cédulaire et renonce simultanément à sa créance de base. La dette n'est plus fixée selon le rapport juridique de base mais selon la cédula. Ce mode est notamment utilisé dans le but de garantir une créance causale existant dans le cadre d'un crédit immobilier quand les parties ont spécialement exclu la présomption de l'art. 842 al. 2 CC³⁹.

Le créancier cédulaire est en droit de disposer de la cédula qu'il détient en pleine propriété. Il peut la transférer et dans le cas où le débiteur cédulaire ne s'exécute pas, il peut introduire immédiatement une poursuite en réalisation de gage immobilier⁴⁰.

Ce mode a pour avantage de simplifier les rapports juridiques entre les parties. Cependant, il ne doit être appliqué que lorsque la créance de base à garantir est d'un montant au moins égal à celui de la créance cédulaire étant donné que le créancier peut en disposer librement et que tout acquéreur de bonne foi est protégé par les art. 848 et 849 CC. Enfin, le débiteur perd le droit d'opposer au créancier les exceptions issues du rapport de base dont il avait connaissance lors de la constitution de la cédula⁴¹.

CHAPITRE III. L'UTILISATION DE LA CÉDULE EN GARANTIE INDIRECTE

La cédula est utilisée en garantie indirecte lorsque les parties excluent l'application de l'art. 842 al. 2 CC et concluent un contrat constitutif de droit de gage mobilier sur une cédula hypothécaire en faveur du titulaire de la créance de base. Ce dernier acquiert sur la cédula un droit de gage mobilier analogue au nantissement selon l'art. 899 al. 2 CC, lui permettant de faire réaliser la cédula notamment en cas d'inexécution de la créance de base à l'échéance, sans toutefois devenir titulaire de la créance cédulaire⁴².

La cédula n'a ici que pour objet de garantir la créance causale issue du rapport juridique de base. La relation juridique des parties est donc régie par le rapport juridique de base et non pas par la cédula, comme c'est le cas lors de l'utilisation de la cédula en garantie directe. En somme, le rapport juridique de base détermine le montant de la créance causale et ses modalités. La dette étant fixée par le rapport de base, les parties ont l'avantage de pouvoir recourir à une cédula hypothécaire d'un montant supérieur à celui de la créance de base. En effet, en cas de réalisation de la cédula, le solde revient non pas au créancier de base mais au créancier cédulaire. L'utilisation de la cédula à titre fiduciaire

³⁹ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, La cédula décédulisée, p. 102 ; KAMERZIN, N 172, 185, 655, 665 ; STEINAUER, T. III, N 2953 à 2957, 2958a sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 274 à 276.

⁴⁰ FOËX, Les actes, p. 119 à 121 ; KAMERZIN, N 168, 173 sv, 182, 186 sv ; STEINAUER, T. III, N 2955 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 8, 59, 61 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 274.

⁴¹ ATF 114 II 258, 260 ; ATF 105 II 273, 277 ; MESSAGE 2007, p. 5049, 5053 ; FOËX, Les actes, p. 116 sv, 120 ; KAMERZIN, N 172, 650, 665 ; STEINAUER, T. III, N 2958b ; 2959 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 277 ; STEINAUER, RNRF 1997, p. 291 ; VOLLENWEIDER, p. 37.

⁴² TF, 5C.11/2005, cons. 3.1 ; ATF 119 III 326 à 328 ; ATF 119 III 105 à 107 ; FOËX, Les actes, p. 131 sv, 136 sv ; KAMERZIN, N 219 sv, 224, 253 ; STEINAUER, T. III, N 2953, 2964 ; 2965a sv, 3161 ss ; STEINAUER, RNRF 1997, p. 290 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 278 sv.

concorde sur ces points avec celle de la cédule en garantie indirecte. La seule différence est qu'au lieu de compléter la relation juridique par un contrat de droit de gage mobilier sur la cédule, la relation juridique est complétée par une convention de fiducie⁴³.

La spécificité de ce mode est que le titulaire de la créance de base ne peut jouir qu'indirectement de la garantie représentée par la valeur de l'immeuble. Il n'est pas titulaire de la créance cédulaire mais uniquement titulaire d'un droit de gage mobilier sur la cédule. Il a le droit de faire réaliser l'objet du gage, la cédule, et être payé par préférence sur le montant de la réalisation forcée. En pratique, le titulaire du droit de gage sur la créance cédulaire acquiert la cédule lors de la vente aux enchères forcées et peut dès lors, en tant que créancier cédulaire, demander la réalisation forcée de l'immeuble⁴⁴.

La procédure de réalisation de la cédule en cas d'inexécution de la créance de base est donc complexe. Par conséquent, le débiteur accorde en principe un droit supplémentaire au créancier lui permettant d'acquérir la cédule par réalisation privée. Le créancier peut dès lors agir directement en réalisation de l'immeuble. Cela lui évite une longue et redondante procédure par laquelle la cédule est préalablement réalisée en tant qu'objet du droit de gage mobilier avant la réalisation du gage immobilier garantissant la cédule⁴⁵.

CHAPITRE IV. L'UTILISATION DE LA CÉDULE EN GARANTIE FIDUCIAIRE

I. INTRODUCTION

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit sur la cédule hypothécaire le 1^{er} janvier 2012, le mode présumé d'utilisation de la cédule hypothécaire est devenu, en vertu de l'art. 842 al. 2 CC, celui de la garantie de la cédule à titre fiduciaire⁴⁶.

Dans ce cadre, le titulaire de la créance de base devient également créancier cédulaire. A la différence du mode de garantie directe, la créance de base n'est pas novée mais coexiste avec la créance cédulaire. De plus, contrairement au mode de garantie indirecte, le titulaire de la créance de base devient aussi titulaire de la cédule hypothécaire. Cependant, et à la différence de ces deux régimes, le créancier cédulaire ne dispose pas librement de la cédule. Il s'engage par une convention de fiducie, également nommée convention de sûreté, à ne faire valoir la créance cédulaire qu'aux fins de garantie de la créance de base,

⁴³ ATF 115 II 149, 151 ; FOËX, *Les actes*, p. 137, 139 ; KAMERZIN, N 172, 221, 223, 257, 677 ; STEINAUER, T. III, N 2962, 2965 ; STEINAUER, *Les nouvelles* p. 278.

⁴⁴ FOËX, *Les actes*, p. 132, 137 à 140 ; DE GOTTRAU, p. 209 sv ; KAMERZIN, N 222, 254 ; STEINAUER, T. III, N 2965 ; STEINAUER, *La cédule*, Art. 842 CC N 148 ; STEINAUER, *Les nouvelles* p. 278 à 280 ; STEINAUER, RNRF 1997, p. 291 sv.

⁴⁵ TF, 5C.249/2004, cons. 2 ; ATF 64 II 415, 418 sv ; SJ 1995 101, 105 ; FOËX, *Les actes*, p. 138 sv ; DE GOTTRAU, p. 210 sv, 216 sv. ; KAMERZIN, N 253, 255 ; STEINAUER, T. III, N 2965, 2965c ; STEINAUER, *Les nouvelles* p. 278, 280 ; VOLLENWEIDER, p. 123.

⁴⁶ ATF 140 III 180, 183 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, *La cédule décédulisée*, p. 101 sv ; FOËX, JdT 2012 II p. 3 à 5 ; PIOTET, *La nouvelle cédule*, p. 4 ; STEINAUER, T. III, N 2954, 2957 ; STEINAUER, *La cédule*, Art. 842 CC, N 46, 172 ; STEINAUER, *Les nouvelles*, p. 269, 274.

ou en d'autres termes, que dans la mesure nécessaire pour obtenir le paiement de la créance de base en cas d'inexécution à son échéance⁴⁷.

Il convient de rappeler, d'une part, qu'en matière d'utilisation fiduciaire, la cédula a une finalité de garantie de la créance causale issue du rapport juridique de base. Les modalités de l'utilisation en garantie fiduciaire sont dès lors inscrites dans une convention de fiducie. D'autre part, il est possible de garantir une créance de base d'un montant inférieur à celui de la créance cédulaire puisque le créancier cédulaire s'engage par la convention de fiducie à restituer en cas de réalisation de la cédula le produit de l'immeuble qui excède le montant de la créance de base. La cédula peut aussi être mise en œuvre pour garantir un ensemble de créances. Dans la pratique bancaire, il s'agit de toutes les créances actuelles et futures de la banque contre un débiteur, la seule limite étant celle de l'art. 27 CC⁴⁸.

Dernièrement, ce mode permet au créancier cédulaire de bénéficier de différents moyens pour se rembourser en cas de carence du débiteur. Le créancier cédulaire peut passer par une poursuite en réalisation du gage immobilier ou recourir aux voies d'exécution ordinaires de la LP en se fondant soit sur la dette cédulaire, dont le débiteur répond sur tous ses biens, soit sur la créance de base qui engage de manière personnelle le débiteur⁴⁹.

II. LES CONDITIONS DE SON UTILISATION

Le recours à la cédula en garantie fiduciaire suppose le respect de deux conditions cumulatives. La première est que le titulaire de la créance de base soit également le titulaire de la créance cédulaire. La seconde est que ce titulaire s'engage à ne faire valoir la créance cédulaire qu'aux fins de garantie de la créance de base⁵⁰.

A. L'ACQUISITION DE LA CÉDULA HYPOTHÉCAIRE

Le titulaire de la créance de base peut acquérir la cédula hypothécaire de deux manières : à l'occasion de la constitution de la nouvelle cédula ou à l'occasion du transfert d'une cédula déjà existante⁵¹.

⁴⁷ TF, 5A_295/2012, cons. 4.2.1 ; TF, 4A_276/2010, cons. 4 ; ATF 140 III 180, 184 ; ATF 136 III 288, 291 ; ATF 134 III 71, 73 ; ATF 119 II 326, 328 ; SJ 2013 I 417, 419 ; FOËX, Les actes, p. 121, 124 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 sv ; DE GOTTRAU, p. 203 sv, 221 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1191 ; KAMERZIN, N 188 sv, 193 ; STEINAUER, T. III, N 2953, 2960 sv, 2963c, 3015 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC, N 61, 164, 166 sv ; STEINAUER, Les nouvelles p. 280 ; VOLLENWEIDER, p. 56.

⁴⁸ TF, 5A_122/2009, cons. 4.1 ; ATF 120 II 35, 38 ; ATF 108 II 47, 48 sv ; FOËX, Les actes, p. 115 sv, 121, 123 ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 ; DE GOTTRAU, p. 205 ; KAMERZIN, N 172, 189 ; STEINAUER, T. III, N 2960 à 2963 ; VOLLENWEIDER, p. 9, 49.

⁴⁹ TF, 4A_451/2009, cons. 5.1 ; RNRf 2011, p. 282 ; DE GOTTRAU, p. 207 sv ; KAMERZIN, N 194 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 255 ss.

⁵⁰ STEINAUER, T. III, N 2961 ; STEINAUER, Les nouvelles p. 281.

⁵¹ FOËX, Les actes, p. 121 ; STEINAUER, T. III, N 2961 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC, N 46, 66 sv, 73, 165, 171.

Dans le cadre d'une constitution fiduciaire, le titre d'acquisition de la cédule est un acte constitutif devant être contracté en la forme authentique selon l'art. 799 al. 2 CC. Il est conclu entre le propriétaire de l'immeuble grevé ou le constituant et le créancier cédulaire, qui est déjà le titulaire de la créance de base. A côté de la constitution de la cédule, les parties signent un autre contrat, la convention de fiducie, définissant les modalités d'application de la cédule hypothécaire⁵².

La conclusion de l'acte initie la procédure d'opération d'acquisition de la cédule. D'après l'art. 963 al. 1 CC, le constituant a l'obligation de requérir l'inscription de la cédule au registre foncier. Puis, selon l'art. 799 al. 1 CC, l'opération s'achève par l'inscription et donc la naissance de la cédule au registre foncier au grand livre, dont l'effet est rétroactif à la date de l'inscription au journal (art. 972 al. 2 CC). Enfin, si les parties ont prévu une constitution fiduciaire sur papier, le conservateur du registre foncier doit émettre et délivrer le titre au créancier cédulaire (art. 861 CC)⁵³.

La procédure est tout autre dans un cas de transfert fiduciaire. Le transfert de la cédule est effectué au moyen d'un contrat générateur d'obligations prévoyant la cession de la cédule. Les parties signent conjointement la convention de fiducie. S'agissant du transfert d'une cédule de registre, le cessionnaire doit l'inscrire au registre foncier selon l'art. 858 CC et pour une cédule sur papier, cela nécessite un transfert de la possession du titre en vertu de l'art. 864 CC⁵⁴.

B. L'OBLIGATION DE N'UTILISER LA CÉDULE QU'À TITRE FIDUCIAIRE

Cette seconde condition suppose qu'une convention de fiducie soit conclue entre le titulaire des créances et le propriétaire de l'immeuble grevé ; c'est du moins en ce sens que le législateur a adopté l'art. 842 al. 2 CC. Il est ainsi vivement recommandé aux parties de prévoir dans leur convention de fiducie les modalités applicables à l'utilisation de la cédule. Toutefois, si aucune convention n'est conclue par les parties et qu'elles n'ont pas prévu une autre utilisation de la cédule, la présomption légale de l'art. 842 al. 2 CC s'applique⁵⁵.

Par cette convention, les parties déterminent l'étendue de la garantie, c'est-à-dire quelles sont les créances garanties par la cédule. En général, il s'agit de la créance issue d'un crédit immobilier. Elles établissent aussi d'autres règles accessoires relatives à la cédule. Enfin, elles précisent leurs engagements quant à l'utilisation fiduciaire de la cédule.⁵⁶

⁵² FOËX, Les nouveautés, p. 69, 76 ; KAMERZIN, N 192, 265, 313 ss, 321 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 67 à 69, 165, 177 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 275, 281.

⁵³ ATF 129 III 12, 17 ; ATF 115 II 221, 226 ; ATF 111 II 42, 46 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 78 ; STEINAUER, T. I, N 710 ss ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 70 à 72 ; STEINAUER, Les nouvelles p. 275, 284.

⁵⁴ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 73 sv, 165, 178 ; STEINAUER, Les nouvelles p. 275 sv.

⁵⁵ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, La cédule décédulisée, p. 107 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 172 ; STEINAUER, Les nouvelles p. 281.

⁵⁶ MESSAGE 2007, p. 5053, 5058 sv ; FOËX, Les actes, p. 121 à 124 ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963a sv ; STEINAUER, Les nouvelles p. 281 ; VOLLENWEIDER, p. 9, 92.

III. LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACTE CONSTITUTIF OU TRANSFERT DE L'UTILISATION DE LA CÉDULE EN GARANTIE FIDUCIAIRE

L'acte constitutif de cédule en garantie fiduciaire est un cas particulier de fiducie mixte. Toutefois, il existe un conflit de doctrine quant à sa qualification juridique. Le courant de doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral⁵⁷, auxquels nous nous rattachons, considèrent cet acte comme un transfert de propriété aux fins de garantie, c'est-à-dire une acquisition de la propriété d'un bien à titre fiduciaire. Quant à la doctrine minoritaire, elle qualifie cet acte de cession de créance aux fins de sûreté, qui est le pendant du transfert de propriété aux fins de garantie pour les créances ; pour ses auteurs, ce qui est déterminant est la créance que renferme la cédule et non pas la cédule en tant que chose mobilière⁵⁸.

TITRE IV. LA CONVENTION DE FIDUCIE

CHAPITRE I. LA DÉFINITION ET LA NOTION

La convention de fiducie dans le mode de garantie fiduciaire d'une cédule hypothécaire peut être définie comme le contrat complétant l'acte constitutif de la cédule et dans lequel y sont fixés les engagements personnels des parties relatifs à l'usage de la cédule et le transfert de propriété de la cédule aux fins de garantie de la créance de base⁵⁹.

Cette convention constitue le fondement juridique du transfert de propriété en garantie fiduciaire. Elle n'est soumise à aucune forme particulière d'après l'art. 11 al. 1 CO mais, pour des raisons de preuve, la forme écrite est toujours recommandée. En outre, en cas d'accord des parties, la convention peut être modifiée⁶⁰.

En pratique, les conventions de sûreté sont toujours rédigées en la forme écrite par les banques. Elles prennent la forme de contrats standardisés ou ne sont que des clauses parmi d'autres, insérées dans les règles générales fixant l'ensemble des relations juridiques des parties. Ainsi, les conventions de fiducie ont le caractère de conditions générales. Dès lors, les conditions de validité spécifiques liées aux conditions générales comme la théorie sur les clauses inhabituelles ou l'art. 8 LCD doivent être respectées, mais aussi les limites ordinaires de la liberté contractuelle (art. 27 CC, art. 19 à 21 CO) et les règles relatives au surendettement (art. 287 ss LP)⁶¹.

⁵⁷ ATF 119 II 326 à 328 ; MESSAGE 2007, p. 5049 ; FOËX, Le contrat, N 38 à 42 ; FOËX, Les nouveautés, p. 77 ; DE GOTTRAU, p. 176, 179, 203 sv ; VOLLENWEIDER, p. 52.

⁵⁸ FOËX, Le contrat, N 43 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1151 sv ; STEINAUER, T. III, N 3098 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 168.

⁵⁹ DUNAND, p. 23 ; FOËX, Les actes, p. 121 sv ; GIOVANOLI, p. 35 ; DE GOTTRAU, p. 174 ; STEINAUER, T. III, N 3105b sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 173, 176 ; VOLLENWEIDER, p. 76 sv.

⁶⁰ MESSAGE 2007, p. 5053 ; DUNAND, p. 23 ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 ; DE GOTTRAU, p. 204 sv ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153 ; STEINAUER, T. III, N 2963a, 3105b ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 181 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 284 ; VOLLENWEIDER, p. 56.

⁶¹ CR CO I-MORIN, Art. 1, n. 179 ; FOËX, Les actes, p. 123 ; DE GOTTRAU, p. 204 ; STEINAUER, T. III, N 3027a ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 169, 182 sv ; THEVENOZ/DUNAND, p. 500, VOLLENWEIDER, p. 56, 98 ss, 197 à 206.

CHAPITRE II. LES PARTIES AU CONTRAT

S'agissant des parties à la convention, il nous faut distinguer selon que la convention est conclue lors de l'acte constitutif de la cédule hypothécaire ou lors de son transfert⁶².

Dans le premier cas, les parties à la convention sont le fiduciaire, c'est-à-dire le premier créancier cédulaire à acquérir la cédule et le titulaire de la créance de base, et le fiduciaire, qui est à la fois le débiteur cédulaire, constituant, propriétaire de l'immeuble grevé et bénéficiaire de la créance de base. En cas de transfert de la cédule, les parties à la convention restent les mêmes, seule la dénomination du débiteur cédulaire change puisqu'il n'est plus constituant mais cédant⁶³.

CHAPITRE III. LA NATURE JURIDIQUE

La convention de fiducie-sûreté est qualifiée par la doctrine de contrat *sui generis* ou contrat innomé auquel on applique par analogie et de manière restrictive certaines dispositions sur le droit de gage immobilier, mobilier et sur le contrat de mandat. Cela est admis car le but de la convention est d'octroyer une sûreté au fiduciaire pour la garantie d'un crédit immobilier par exemple⁶⁴.

La constitution de la convention de fiducie est découpée en deux phases. Dans un premier temps, et selon ce que prévoit la convention (acte générateur d'obligations), le fiduciaire promet au fiduciaire de lui transmettre certains de ses biens à titre fiduciaire. En contrepartie, le fiduciaire s'engage à les conserver ainsi qu'à les restituer au fiduciaire dès qu'il est désintéressé. Dans un second temps, par un acte de disposition intervenant successivement à cette opération et en exécution de la convention, le fiduciaire transfère effectivement au fiduciaire les biens faisant l'objet du contrat. Le fiduciaire en devient alors le propriétaire juridique⁶⁵.

CHAPITRE IV. LE CONTENU

Nous avons constaté que la convention de fiducie comprend les parties au contrat et l'engagement du fiduciaire de n'utiliser la cédule qu'à des fins de sûretés de la créance de base. Dans ce chapitre, nous allons examiner plus précisément les clauses essentielles d'une telle convention, les clauses pratiquées par les banques et les clauses accessoires liées à la cédule⁶⁶.

⁶² STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 174.

⁶³ FOËX, Les actes, p. 121 ; GIOVANOLI, p. 35 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 174 sv ; VOLLENWEIDER, p. 94.

⁶⁴ FOËX, Le contrat, N 38, 41 ; FOËX, thèse, N 263, 268 sv, 334 ; GIOVANOLI, p. 35 ; DE GOTTRAU, p. 179, 181 sv ; STEINAUER, T. III, N 3105c ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 179 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 500 ; VOLLENWEIDER, p. 22.

⁶⁵ TF, 5A_79/2007, cons. 2.5 ; DUNAND, p. 20 sv, 69 ; FOËX, Les actes, p. 122 sv ; GIOVANOLI, p. 35 ; DE GOTTRAU, p. 178, 183 sv, 196, 206 ; STEINAUER, T. III, N 3100, 3105c ; THEVENOZ/DUNAND, p. 487 ; TERCIER/FAVRE, N 5469 ; VOLLENWEIDER, p. 76 sv.

⁶⁶ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, Les actes, p. 123.

Il faut garder à l'esprit que la convention de fiducie est un contrat contenant les modalités d'utilisation de la cédule en garantie fiduciaire qui vient s'ajouter à ceux de la cédule hypothécaire et du contrat de base⁶⁷.

I. LA DÉTERMINATION DE LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE ET DE LA CRÉANCE DE BASE

La convention de fiducie doit en premier lieu contenir une clause précisant la ou les cédule(s) hypothécaire(s) ainsi que la ou les créance(s) de base garantie(s) contenues dans la convention. Ces dernières doivent être déterminées ou du moins déterminables, sous réserve des limites des art. 27 al. 2 CC, 19 al. 2 CO et 2 CC⁶⁸.

En pratique, la cédule hypothécaire est déterminée précisément par le numéro attribué par le registre foncier, le type de cédule, le montant de la créance cédulaire, le rang et l'immeuble grevé. Quant à la créance causale, elle est en général déjà déterminée dans le contrat de base. Toutefois, en application de la limite de l'art. 27 al. 2 CC, le Tribunal fédéral ne permet pas aux parties, par l'acquisition aux fins de sûreté d'une cédule, de prévoir que la cédule garantisse toutes les créances futures. Il limite le cercle de ces créances, temporellement, selon le genre d'affaires, ou encore selon la manière dont le créancier les a acquises⁶⁹.

II. LES CLAUSES OBJECTIVEMENT ESSENTIELLES DE LA CONVENTION

Les clauses objectivement essentielles d'un contrat sont celles « *qui forment le noyau nécessaire du contrat et permettent de l'identifier comme un tout cohérent, en indiquant l'objet de l'engagement de chaque partie. En matière de contrats générateurs d'obligations, les points objectivement essentiels se rapportent aux obligations principales des parties* »⁷⁰. Ces points objectivement essentiels portent sur les clauses indispensables au contrat, c'est-à-dire les clauses ne pouvant être précisées ni par une règle de droit dispositif ni par l'intervention du juge lors du complètement du contrat. Ils sont également déterminés, s'agissant des contrats innomés, dans les définitions élaborées par la doctrine et la jurisprudence, de même que par les usages ayant cours dans la pratique, faute d'une définition existante. Ainsi, les éléments objectivement essentiels de la convention de fiducie-sûreté sont la désignation des parties au contrat, la détermination de la cédule hypothécaire et de la créance de base ainsi que les cinq clauses suivantes portant sur les obligations principales des parties au contrat⁷¹.

⁶⁷ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1193 ; STEINAUER, T. III, N 2963 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 169.

⁶⁸ FOËX, Les actes, p. 123 ; FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; DE GOTTRAU, p. 205 ; STEINAUER, T. III, N 2963b, 3020, 3105b ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 185 à 187, 248 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; VOLLENWEIDER, p. 81 sv, 100.

⁶⁹ TF, 5A _122/2009, cons. 4.1 ; ATF 120 II 35, 38 ; ATF 108 II 47 à 49 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, Les actes, p. 121 ; DE GOTTRAU, p. 204 sv ; KAMERZIN, N 546 à 548 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 185, 187, 207 ; VOLLENWEIDER, p. 83.

⁷⁰ CR CO I-MORIN, Art. 2 N 2.

⁷¹ ENGEL, p. 218 sv ; CR CO I-MORIN, Art. 2 N 1, 3 sv, 7 à 9 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 243.

Ces clauses sont à notre sens celles devant absolument figurer dans la convention de fiducie pour une utilisation à titre fiduciaire de la cédule. Ces clauses permettent d'éviter l'application du régime légal subsidiaire de l'art. 842 al. 2 CC, régime qui est à ce jour lacunaire⁷². Excepté les cinq conditions qui nous semblent objectivement essentielles, les parties déterminent librement les autres points du contrat⁷³.

Les autres clauses du contrat sont des clauses secondaires. Les parties peuvent toutefois les élire au rang de clauses subjectivement essentielles, c'est-à-dire de clauses étant une condition *sine qua non* à la conclusion du contrat pour l'une des parties⁷⁴.

A. LE PRINCIPE DE LA GARANTIE À TITRE FIDUCIAIRE

Le principe essentiel de la convention de fiducie est que le fiduciaire transfère sa cédule hypothécaire au fiduciaire pour garantir la créance de base. Dès lors, le fiduciaire s'engage à acquérir et à être le titulaire de la cédule dans le seul but de garantir la créance de base⁷⁵.

Il nous semble fondamental que la convention de fiducie contienne une définition claire de ce qu'est le mode de garantie à titre fiduciaire d'une cédule hypothécaire ainsi que le but de cette garantie. Il s'agit en effet du point substantiel de la convention. Par ailleurs, nous avons pu constater lors de discussions avec diverses personnes ayant constitué une cédule hypothécaire pour l'achat de leur immeuble, qu'elles ne comprennent pas ou plus la portée de leur engagement et les mécanismes relatifs à la cédule hypothécaire. En plus des informations transmises par le notaire le jour de la signature de l'acte constitutif de la cédule hypothécaire, nous sommes convaincus qu'une telle clause dans le contrat est nécessaire pour sa bonne compréhension, même s'il ne s'agit pas d'une exigence légale. Cette clause poursuit l'objectif d'informer le fiduciaire et de lui faire prendre conscience de son engagement lors de la signature de l'acte.

B. LA MISE EN ŒUVRE DE LA CÉDULE UNIQUEMENT EN CAS D'INEXÉCUTION DE LA CRÉANCE DE BASE

La deuxième clause essentielle commande que le fiduciaire ne mette en œuvre les droits incorporés dans la cédule que dans la mesure nécessaire pour obtenir l'exécution de la créance de base. Le fiduciaire a le droit de mettre en œuvre les droits conférés par la cédule en cas d'inexécution de la créance causale⁷⁶. Toutefois, tant que le fiduciaire s'acquiesce de ses obligations découlant de la créance de base, c'est-à-dire le paiement des intérêts et des

⁷² Cf. Première partie, Titre V, Chapitres I et II.

⁷³ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 191 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 243 ; STEINAUER, Les nouvelles p. 285 sv.

⁷⁴ ENGEL, p. 219 sv ; CR CO I- MORIN, Art. 2 N 1, 5 sv.

⁷⁵ FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; FOËX, Les actes, p. 121 ; KAMERZIN, N 189 ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963b, 3105b ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 190 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; VOLLENWEIDER, p. 9 sv.

⁷⁶ ATF 119 II 126, 128 ; FOËX, thèse, N 270 ; FOËX, Les actes, p. 126 ; DE GOTTRAU, p. 208 sv ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153 ; STEINAUER, T. III, N 3020 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 206, 255 ss ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 sv, 3020 ; VOLLENWEIDER, p. 133 sv.

amortissements, le fiduciaire ne peut ni mettre en œuvre la cédule ni percevoir les intérêts et les amortissements prévus pour la créance cédulaire⁷⁷.

Dans les conventions de sûreté, nous retrouvons souvent une clause indiquant à quelles conditions le fiduciaire peut dénoncer la cédule au paiement lorsque le fiduciaire n'exécute pas ses obligations, par exemple après un certain retard dans l'exécution de la créance de base, suite à la mise en demeure du fiduciaire ou encore après l'octroi d'un délai supplémentaire de paiement. Toutefois, les parties doivent respecter le délai de dénonciation de l'art. 847 al. 1 CC. Elles peuvent aussi prévoir un autre délai étant donné le caractère dispositif de cet article. Enfin, il est admis que si rien n'a été convenu quant au moment où le fiduciaire peut agir en exécution, ce moment est celui de l'échéance du paiement de la créance garantie⁷⁸.

C. L'INTERDICTION DU TRANSFERT DE LA CÉDULE

Le fiduciaire a l'interdiction de transférer la cédule à un tiers mais également de constituer sur cette dernière des droits réels limités comme des droits de gage⁷⁹.

En effet, le fiduciaire est pleinement propriétaire de la cédule et toute cession de celle-ci ou constitution d'un droit réel limité la grevant est valable. De plus, la convention de sûreté n'a qu'un caractère personnel ; en cas de cession de la cédule à un tiers, ce dernier n'est pas lié par la convention, ce qui a pour effet que le fiduciaire doit exécuter les prestations prévues par la cédule alors même que la convention de fiducie prévoit l'exécution de prestations découlant de la créance de base⁸⁰. Néanmoins, l'art. 842 al. 3 CC permet au fiduciaire d'opposer au tiers acquéreur de mauvaise foi les exceptions qu'il peut déduire de l'obligation de base et de la convention de fiducie⁸¹.

D. LA RESTITUTION DE LA CÉDULE AU FIDUCIAIRE

Le quatrième point essentiel de la convention de fiducie est prévu à l'art. 853 CC et permet au fiduciaire d'exiger du fiduciaire qu'il lui retransfère la cédule dès que l'intégralité du capital, des intérêts et des frais découlant de la créance de base seront remboursés. Après la restitution de la cédule, le fiduciaire dispose d'une cédule dite « du propriétaire ». Par conséquent, et au contraire de l'hypothèque qui connaît le principe d'accessorité directe entre la créance et le gage, la cédule ne s'éteint pas et peut être réemployée⁸².

⁷⁷ ATF 119 II 126, 128 ; FOËX, Les actes, p. 122 sv, 126 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; DE GOTTRAU, p. 180, 207 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1191 sv ; KAMERIN, N 189 ; STEINAUER, T. III, N 2963b, 3020, 3105 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 193, 245, 250 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; VOLLENWEIDER, p. 83.

⁷⁸ FOËX, Les actes, p. 123 ; DE GOTTRAU, p. 208 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 194, 206, 256, 320 ; VOLLENWEIDER, p. 133.

⁷⁹ FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; FOËX, Les actes, p. 124, 130 ; KAMERIN, N 189 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 3 ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963b, 3105 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 196, 251 ; VOLLENWEIDER, p. 84, 108.

⁸⁰ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 196, 261 ; VOLLENWEIDER, p. 85.

⁸¹ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 196 ; VOLLENWEIDER, p. 106 sv.

⁸² MESSAGE 2007, p. 5058 ; DC 2013 p. 335, N 560 ; FOËX, Les actes, p. 123 à 125 ; FOËX, La cédule, p. 353 ; FOËX, Le contrat, N 39 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; FOËX, thèse, N 263 ; DE GOTTRAU, p. 187,

E. LA RESTITUTION DU SOLDE DU PRODUIT EN CAS DE RÉALISATION DE LA CÉDULE

En dernier lieu, le fiduciaire a l'obligation de restituer au fiduciaire le solde du produit de la réalisation de l'immeuble grevé lorsque ce produit est supérieur au montant de la créance de base⁸³. Cela est une des conséquences du mode de garantie à titre fiduciaire de la cédule dont le but est de garantir le montant de la créance de base. Dès lors, le fiduciaire ne peut se payer sur le produit de réalisation qu'à concurrence du montant de la créance de base, et ceci indépendamment des modalités de mise en œuvre de la cédule⁸⁴.

Dans la pratique, le fiduciaire ne restitue pas l'entier du solde du produit dépassant le montant de la créance de base au moment où il perçoit le produit de la cédule car il peut déduire certains montants supplémentaires à ce solde. Pour cela, l'application par analogie de l'art. 891 al. 2 CC est admise. Dès lors, il peut encore soustraire à ce solde les intérêts conventionnels, les intérêts moratoires, les éventuels frais de poursuite pour la créance de base et d'autres frais garantis par la convention de sûreté comme les frais de conservation de la cédule, pour une cédule sur papier, et les frais liés à la réalisation de cette dernière⁸⁵.

III. LES CLAUSES SECONDAIRES

Les parties peuvent modifier les points objectivement essentiels de base de la convention de fiducie, étant donné qu'ils sont de nature dispositive, et prévoir des clauses favorables à une partie plutôt qu'à une autre. Les clauses que nous allons examiner ci-dessous sont souvent prévues dans les conventions de fiducie des banques, mais comme elles péjorent la situation juridique d'une partie par rapport à ce qui est envisagé dans les éléments objectivement essentiels, ces clauses doivent être spécialement prévues dans la convention et le consentement de la partie désavantagée est impératif.

A. LA CONVENTION DE FIDUCIE IMPROPREMENT DITE

Cette clause se rapporte au premier point objectivement essentiel de la convention de fiducie. Il est des cas où la convention de fiducie peut inclure une clause autorisant le fiduciaire à choisir en tout temps et malgré le fait que le fiduciaire exécute correctement ses obligations découlant de la créance de base entre l'exécution de la créance de base ou l'exécution de la créance cédulaire après avoir respecté le délai légal de dénonciation au

206 sv ; KAMERZIN, N 189 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153, 1170 sv ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963b, 3020, 3060 à 3061b, 3063 sv, 3105 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 199, 221 ss, 253 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 493 ; VOLLENWEIDER, p. 85, 108.

⁸³ ATF 119 II 326, 328 ; FOËX, Les actes, p. 127 ; DE GOTTRAU, p. 207 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1192 ; KAMERZIN, N 189 sv ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153 ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963b, 3020, 3105 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 279 ss ; STEINAUER, Les nouvelles p. 281, 286.

⁸⁴ RNRF 2011, p. 283 ; FOËX, Les actes, p. 124 ; FOËX, Le contrat, N 39 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1193 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 212.

⁸⁵ ATF 102 III 89, 93 sv ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1194 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 213 sv, 280 ss ; VOLLENWEIDER, p. 73.

paiement de l'art. 847 CC. Cette clause est une obligation alternative dérogeant à l'art. 72 CO qui laisse le choix au fiduciaire d'exécuter l'une ou l'autre des créances⁸⁶.

B. LES CLAUSES ASSOUPLESSANT L'INTERDICTION DU TRANSFERT DE LA CÉDULE

Le premier exemple d'une clause assouplissant l'interdiction du transfert de la cédule est celui de la clause permettant au fiduciaire de disposer de la cédule si elle ne nuit pas aux intérêts du fiduciaire. Le fiduciaire peut dès lors aliéner la cédule tout en respectant les principes applicables à la réalisation privée en cas de transfert d'une cédule. Ainsi, si le produit de l'aliénation de la cédule est supérieur au montant de la créance de base, le solde excédant le montant de la créance de base doit être retourné au fiduciaire. Cette pratique permettrait aussi de maintenir la négociabilité du titre de gage. Néanmoins, cette clause est désavantageuse pour le fiduciaire car la cédule hypothécaire ne lui est pas retournée alors que la créance de base est remboursée⁸⁷.

La convention peut aussi comporter une clause selon laquelle le fiduciaire se réserve le droit de remettre la cédule à un gestionnaire ou de la transférer à un tiers qui en devient titulaire en son nom mais pour le compte du fiduciaire. Ils s'engagent auprès du fiduciaire, en signant une nouvelle convention de sûreté, à détenir la cédule à titre fiduciaire⁸⁸.

Enfin, il est possible d'autoriser le fiduciaire à aliéner la cédule à un tiers acquéreur dans le cas où ce dernier accepte de reprendre à son nom la convention de fiducie⁸⁹.

C. LES AUTRES CAS DE LA RESTITUTION DE LA CÉDULE

Le remboursement intégral de la créance de base n'est pas le seul cas envisageable de restitution de la cédule. Il existe d'autres possibilités que nous allons exposer⁹⁰.

La convention de fiducie peut contenir une clause dans laquelle plusieurs créances de base sont garanties à titre fiduciaire par une seule cédule. Dans la pratique, il s'agit de toutes les créances du fiduciaire contre le fiduciaire existantes à ce jour. Dès lors, la clause peut déterminer que la restitution de la cédule au fiduciaire n'a lieu qu'au jour où toutes les créances de base sont intégralement réglées. Ainsi, selon ce qui est convenu dans la convention de fiducie, le fiduciaire peut refuser ou accepter la restitution de la cédule lorsque la créance de base relative à l'immeuble grevé est intégralement exécutée, mais que des intérêts et des amortissements dus pour d'autres créances sont certes réglés de manière régulière mais non encore éteints. Cette clause peut aussi exister lorsque la cédule sert à garantir des créances futures⁹¹.

⁸⁶ FOËX, Les actes, p. 123 ; DE GOTTRAU, p. 209, 212 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 195.

⁸⁷ ATF 119 II 326, 328 ; FOËX, Les actes, p. 130 ; DE GOTTRAU, p. 187 ; KAMERZIN, N 190.

⁸⁸ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 198, Art. 857 N 40, 44.

⁸⁹ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 197.

⁹⁰ DE GOTTRAU, p. 187 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 199 ; VOLLENWEIDER, p. 85 sv.

⁹¹ FOËX, Les actes, p. 121, 125 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 201 sv.

Un autre exemple concerne la garantie de créances futures par la cédule hypothécaire. En principe, les banques utilisent la cédule du fiduciaire pour garantir toutes les créances résultant de leurs relations d'affaires, bien entendu, dans les limites de l'art. 27 CC⁹². Dans ce cadre, la restitution de la cédule ne peut intervenir que si une créance future ne peut plus prendre naissance, donc si un terme a été fixé aux relations d'affaires entre les parties et que les créances actuelles ont été exécutées entièrement⁹³.

D. LE MONTANT MAXIMUM LORS DE LA RÉALISATION LIMITÉ À CELUI DE LA CRÉANCE DE BASE

Enfin, la convention de fiducie peut inclure une clause par laquelle le fiduciaire limite le montant de la cédule lors de la réalisation de l'immeuble grevé au montant de la créance de base. Cela permet au fiduciaire d'être payé sur la créance de base tout en lui évitant de devoir restituer le solde au fiduciaire. Nous trouvons toutefois cette clause très restrictive. En effet, elle empêche le fiduciaire de se voir distribuer un éventuel solde⁹⁴.

IV. LES CLAUSES ACCESSOIRES

Le dernier type de clauses pouvant être ajouté à la convention de fiducie sont les clauses accessoires au sens des art. 846 al. 2 CC et 106 al. 1 ORF. Ces clauses servent à préciser le contenu de la créance cédulaire. Ainsi, elles portent sur la dénonciation au paiement, l'intérêt, l'amortissement, le lieu de paiement, la détermination du mode de réalisation de la cédule, la renonciation à l'exception du *beneficium excussionis realis* et sur l'élection de for⁹⁵. Ces clauses peuvent être insérées dans l'acte constitutif de la cédule hypothécaire, être intégrées dans une convention séparée à laquelle l'acte renvoie, ou être ajoutées à la convention de fiducie lorsque la cédule est garantie selon le mode fiduciaire⁹⁶.

Les clauses accessoires dans l'acte constitutif de la cédule sont opposables aux tiers de bonne foi. En vertu de l'art. 849 al. 2 CC, les parties peuvent aussi rendre les clauses accessoires insérées dans des conventions séparées opposables aux tiers de bonne foi en les inscrivant au registre foncier. Dans le cas contraire, ces clauses n'ont qu'un caractère contractuel et ne sont pas opposables aux tiers, même de mauvaise foi. Néanmoins, il est plus pratique de changer les modalités des clauses accessoires si elles ne sont pas intégrées à l'acte constitutif. En effet, il suffit d'un accord entre les parties, une modification de la cédule hypothécaire couplée d'une inscription au registre foncier ne sont pas nécessaires⁹⁷.

⁹² TF, 5A_122/2009, cons. 4.1 ; ATF 120 II 35, 38 ; FOËX, Les actes, p. 125 ; DE GOTTRAU, p. 204 ss ; KAMERZIN, N 546 ss ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 187 ; VOLLENWEIDER, p. 83.

⁹³ FOËX, Les actes, p. 123 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 202, 253 ; VOLLENWEIDER, p. 85 et 89.

⁹⁴ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 215.

⁹⁵ MESSAGE 2007, p. 5054 sv ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 6 ; FOËX, Les nouveautés, p. 83 ; STEINAUER, T. III, N 3027 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 39, Art. 849 N 66 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 288 sv.

⁹⁶ FOËX, JdT 2012 II p. 3, 6 ; FOËX, Les nouveautés, p. 83 sv ; STEINAUER, T. III, N 3027 ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 80 sv, 86, 92 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 288 sv.

⁹⁷ MESSAGE 2007, p. 5054 à 5056 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 6 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 84 ; STEINAUER, T. III, N 3028, 3037, 3038b ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 81, 88, 91, 98 sv, Art. 847 N 27, Art. 849 CC, N 58, 68 à 70, 77 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 289, 292.

A. LES INTÉRÊTS GARANTIS PAR LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE

La loi ne prévoit pas que la créance cédulaire porte intérêts, ceux-ci doivent donc être prévu par les parties. Dans le cadre de l'utilisation de la cédule aux fins de garantie, une clause accessoire qui porte intérêt sur la créance de base mais qui ne dit rien au sujet de l'intérêt sur la créance cédulaire doit être comprise dans le sens que l'intérêt ne vaut que pour la créance de base. Nous ne pouvons pas en déduire que cet intérêt s'applique aussi à la créance cédulaire, néanmoins les parties peuvent le prévoir conventionnellement⁹⁸.

Lorsque les parties incluent dans leur contrat que l'intérêt porte tant sur la créance de base que sur la créance cédulaire, le fiduciaire peut en cas de garantie aux fins de sûreté mettre en œuvre la cédule exclusivement dans le but de garantir la créance de base. Il peut réclamer l'intérêt de la créance de base tandis que l'intérêt de la créance cédulaire ne sera dû que lorsque le délai de dénonciation au paiement arrive à son terme⁹⁹.

Dès que les parties ont convenu du principe d'un intérêt sur la créance, il n'est pas nécessaire de prévoir le taux d'intérêt pour que la créance d'intérêt soit valable. Les parties peuvent soit le fixer conventionnellement en respectant l'art. 795 al. 1 CC (soit s'en remettre simplement à l'art. 313 al. 1 CO qui détermine le taux selon l'usage), donc selon le taux usuel pour les prêts de même nature à l'époque et dans le lieu où l'objet du prêt a été délivré. S'il n'existe pas d'usage, le taux d'intérêt est fixé à 5% en vertu de l'art. 73 al. 1 CO. En outre, les parties peuvent aussi convenir que ce taux soit fixe ou variable¹⁰⁰.

Enfin, s'agissant du nouvel art. 818 al. 1 ch. 3 *in fine* CC, de nature impérative, le législateur a mis fin à la pratique du Tribunal fédéral qui autorisait le fiduciaire à percevoir des intérêts purement abstraits. Le législateur « reconnaît que cette forme de calcul des intérêts équivalait à une augmentation du montant du capital garanti par le gage »¹⁰¹. Aujourd'hui, le fiduciaire ne peut plus faire valoir que les intérêts effectivement dus au taux fixé, c'est-à-dire les intérêts convenus entre les parties et ceux réellement dus au moment de la naissance de la créance d'intérêt¹⁰².

B. LE DÉLAI DE DÉNONCIATION AU PAIEMENT

Sauf clause accessoire contraire, le principe de l'art. 847 al. 1 CC prévoit que la cédule hypothécaire peut être dénoncée et donc exécutée par une des parties pour la fin d'un mois moyennant un préavis de six mois¹⁰³.

⁹⁸ FOËX, Les actes, p. 125 ; KAMERZIN, N 206 ss, 625 ; STEINAUER, T. III, N 3027b ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 44 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 289 sv.

⁹⁹ ATF 115 II 349, 356 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC, N 209, Art. 846 CC N 47 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 290 ; VOLLENWEIDER, p. 65.

¹⁰⁰ KAMERZIN, N 626 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 47 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 290.

¹⁰¹ MESSAGE 2007, p. 5049.

¹⁰² ATF 140 III 180, 185 ; MESSAGE 2007, p. 5049 sv ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 8 sv ; FOËX, Les nouveautés, p. 82 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 14.

¹⁰³ FOËX, JdT 2012 II p. 3, 7 ; FOËX, Les nouveautés, p. 82 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 13 ; STEINAUER, T. III, N 3027b, 3035, 3036.

Le nouvel art. 847 al. 2 CC (de droit impératif) a pour but de protéger le fiduciaire contre les délais conventionnels de dénonciation trop courts qui existaient avant son entrée en vigueur. A présent, une convention de fiducie contenant une telle clause accessoire ne peut pas inclure un délai de dénonciation inférieur à trois mois, sous réserve de la demeure du fiduciaire pour le paiement de l'amortissement ou des intérêts issus de la créance cédulaire pour laquelle ce délai peut être supprimé conventionnellement. Néanmoins, l'al. 2 *in fine* de l'art. 847 CC ne s'applique pas en cas d'utilisation de la cédule aux fins de garantie puisqu'il ne concerne que l'amortissement et les intérêts découlant de la créance cédulaire. En effet, avant la fin du délai de dénonciation au paiement, seule la créance de base porte intérêt et donne lieu à des amortissements¹⁰⁴.

C. LA CLAUSE ACCESSOIRE RELATIVE À L'AMORTISSEMENT

L'amortissement peut être défini comme un remboursement partiel périodique et fixe de la créance cédulaire qui est dû par le fiduciaire au fiduciaire lorsque la cédule est mise en œuvre, soit parce qu'elle a été dénoncée au paiement, soit parce que le délai d'exigibilité prévu par les parties arrive à échéance. Les parties peuvent prévoir dans une clause accessoire que la créance cédulaire donne lieu à un amortissement. Cet amortissement ne doit pas être confondu avec celui découlant de la créance de base¹⁰⁵.

Par ailleurs, lorsque la cédule est utilisée aux fins de sûreté, la mise en œuvre de la cédule se fait uniquement dans le but de garantir la créance de base. L'exécution de la cédule doit permettre au fiduciaire de récupérer le montant découlant de la créance de base. Dès lors, si des amortissements sont perçus avant ou après la réalisation de l'immeuble grevé, les montants obtenus en sus de ceux servant à garantir la créance de base doivent être restitués au fiduciaire conformément au principe de la restitution du solde du produit en cas de réalisation de la cédule¹⁰⁶.

D. LA CLAUSE D'ÉLECTION DE FOR

L'art. 17 CPC concernant l'élection de for permet aux parties de déterminer le lieu géographique dans lequel sont tranchés leurs différends émanant de la cédule hypothécaire. Les prétentions fondées sur ce contrat sont en principe actionnées, en vertu de l'art. 17 al. 1 *in fine* CPC, exclusivement au for désigné dans la clause d'élection de for. Une telle clause est toujours ajoutée à la convention. Elle permet à la banque fiduciaire de mettre en œuvre la cédule au lieu de situation de son siège aussi bien pour le règlement des différends à propos de la créance cédulaire que pour ceux relatifs au droit de gage¹⁰⁷.

¹⁰⁴ MESSAGE 2007, p. 5055 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 7 ; FOËX, Les nouveautés, p. 82 sv ; DE GOTTRAU, p. 206, 209, 212 ; STEINAUER, T. III, N 3036 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 206, Art. 847 CC N 2, 9, 18, 22 ss.

¹⁰⁵ STEINAUER, T. III, N 3027b, 3028a ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 52 à 55 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 290.

¹⁰⁶ STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 61.

¹⁰⁷ MESSAGE 2007, p. 5055 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 6 ; HALDY, N 119, 123 à 126 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1171 sv ; STEINAUER, T. III, N 3027b ; STEINAUER, La cédule, Art. 846 CC N 79.

E. LES MODALITÉS DE RÉALISATION DE LA CÉDULE ET LA RENONCIATION AU *BENEFICIUM EXCUSSIONIS REALIS*

Nous avons déjà vu que la créance causale et la créance cédulaire peuvent faire l'objet selon leurs propres règles d'une procédure d'exécution forcée. Nous nous concentrerons ici sur les modalités de réalisation de la cédule étant donné que les clauses accessoires contiennent uniquement des indications sur cette dernière. En cas d'inexécution de la créance de base par le fiduciaire, le fiduciaire a le droit de mettre en œuvre la cédule (art. 816 al. 1 CC) et dispose dès lors d'une alternative¹⁰⁸.

La première possibilité permet au fiduciaire de réaliser la cédule par la voie de la réalisation privée, il peut ainsi aliéner la cédule à titre onéreux par une vente de gré à gré, aux enchères publiques volontaires ou privées, voire l'acquérir. Cette clause est la seule devant revêtir la forme authentique, car elle équivaut à un transfert de propriété¹⁰⁹.

La convention peut aussi exclure la voie de la réalisation privée mais ce serait se priver d'un moyen de mise en œuvre de la cédule pour le fiduciaire et ainsi limiter la possibilité de réalisation de la cédule aux règles de la LP. Une telle clause n'est donc en pratique pas incluse dans le contrat¹¹⁰. Néanmoins, le recours à la réalisation privée de la cédule est rare en pratique puisqu'il n'existe pas de marché de la cédule hypothécaire. Par ailleurs, la valeur d'achat de la cédule est difficile à estimer lorsque le fiduciaire veut l'acquérir et, de plus, il engage sa responsabilité lorsque le prix d'achat de la cédule est inéquitable. La solution équitable par principe reste pour le fiduciaire de se porter acquéreur de la cédule pour sa valeur nominale et des intérêts dus¹¹¹.

Le fiduciaire qui se laisse la possibilité d'acquérir la cédule a intérêt en cas d'inexécution de la créance de base d'inscrire une clause lui permettant de différer l'établissement du décompte après la réalisation forcée de l'immeuble. Autrement dit, le fiduciaire procède à la réalisation forcée de l'immeuble pour le montant total de la créance cédulaire et restitue un éventuel solde au fiduciaire si le montant total de la créance de base avec les intérêts et les frais est entièrement couvert. A l'inverse, s'il reste un découvert, le fiduciaire peut poursuivre personnellement le fiduciaire pour la somme restant en découvert¹¹².

La seconde possibilité, de loin la plus répandue en pratique, consiste à mettre en œuvre la cédule hypothécaire par la procédure de réalisation forcée de la LP. Sont alors ouvertes,

¹⁰⁸ RNRF 2011, p. 282 ; DE GOTTRAU, p. 207 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 218, Art. 846 N 74.

¹⁰⁹ ATF 136 III 288, 291 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 6 ; FOËX, Les actes, p. 123, 126 sv ; DE GOTTRAU, p. 187, 216 ss ; KAMERZIN, N 175 ss, 195 sv ; STEINAUER, T. III, N 2784a, 3027b ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 219, 257 ss ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 292 ; VOLLENWEIDER, p. 101 et 157.

¹¹⁰ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 219, Art. 846 N 77 ; VOLLENWEIDER, p. 158.

¹¹¹ FOËX, Les actes, p. 114, 127 ; DE GOTTRAU, p. 217 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 219, 259 ss ; VOLLENWEIDER, p. 160 ss ; WEISS, RJB 2009 126.

¹¹² KAMERZIN, N 196, 215 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 219.

au choix du fiduciaire, la voie de la saisie (et la faillite) ainsi que la poursuite en réalisation du gage immobilier dans le but d'obtenir le paiement de la créance de base¹¹³.

Si le fiduciaire ouvre une poursuite en se basant sur la cédula (mais aussi sur la créance de base) plutôt qu'en engageant une poursuite en réalisation du gage immobilier, le fiduciaire peut opposer au fiduciaire l'exception du *beneficium excussionis realis* de l'art. 41 al. 1bis LP. Cette exception permet au fiduciaire poursuivi d'exiger du fiduciaire qu'il exerce en premier lieu la poursuite par la voie de la réalisation du gage. Le bénéfice d'exécution réelle est cependant de nature dispositive et les banques prévoient en principe dans leurs conventions de fiducie une renonciation du fiduciaire à ce bénéfice. Ceci leur permet de choisir entre une poursuite ordinaire basée sur la créance de base ou sur la créance cédulaire, voire d'opter pour la poursuite en réalisation du gage immobilier¹¹⁴.

CHAPITRE V. LES EFFETS DE L'EXÉCUTION DE LA CONVENTION DE FIDUCIE

I. UNE STRICTE OPPOSITION ENTRE DROITS RÉELS ET PERSONNELS

Nous avons déjà mentionné la *Vollrechtstheorie* qui qualifie la propriété fiduciaire et dont le fondement impose une séparation stricte entre les droits réels et les droits obligationnels. Ainsi, lors de l'exécution de la convention de fiducie, il y a au niveau des droits réels un plein transfert de la propriété des biens du fiduciaire au fiduciaire. Ce transfert a des effets *erga omnes*. Sur le plan personnel, le fiduciaire restreint son droit de propriété sur les biens fiduciaires à ce qui est nécessaire pour garantir la créance de base. Le fiduciaire conserve notamment contre le fiduciaire un droit personnel à la restitution des biens¹¹⁵.

II. DU POINT DE VUE DES DROITS RÉELS

L'exécution de la convention de fiducie a donc pour effet que le fiduciaire transfère la propriété de ses biens à titre fiduciaire au fiduciaire et ce dernier devient le seul et véritable titulaire juridique de ces biens. Les biens fiduciaires, c'est-à-dire la ou les cédula(s), font ainsi partie du patrimoine du fiduciaire. Le fiduciaire se retrouve, quant à lui, démuné de tout droit réel et notamment des droits de suite et de revendication que lui procure la propriété¹¹⁶.

¹¹³ TF, 5A_226/2007, cons. 5.1 ; ATF 140 III 180, 184 ; RNRF 2011, p. 282 ; FOËX, Les actes, p. 125 sv ; DE GOTTRAU, p. 207, 211, 216 ; KAMERZIN, N 194 à 199, 213 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 220, 269 ss, Art. 846 CC N 74, 77 ; VOLLENWEIDER, p. 134.

¹¹⁴ TF, 5A_295/2012, cons. 4 ; ATF 136 III 288, 291 ; ATF 106 III 5 sv ; MESSAGE 2007, p. 5055 ; DE GOTTRAU, p. 188 sv, 209 ; KAMERZIN, N 198, 215 ; STEINAUER, T. III, N 2785 sv, 3027b ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 22 sv, 30, 220, 272 sv, Art. 846 CC N 67, 72 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 291 ; VOLLENWEIDER, p. 137.

¹¹⁵ ATF 96 II 79, 93 ; DUNAND, p. 18 sv, 23, 69 ; FOËX, Les actes, p. 121, 124 ss ; FOËX, Le contrat, N 40 ; FOËX, thèse, N 265, 333 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1891 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1154 ; STEINAUER, T. III, N 2963c, 3098, 3101, 3104 sv ; TERCIER/FAVRE, N 5469 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 488.

¹¹⁶ DUNAND, p. 22 sv ; FOËX, Les actes, p. 121 ss ; FOËX, Le contrat, N 40 ; FOËX, thèse, N 33 ; DE GOTTRAU, p. 185, 189 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1891 ; KAMERZIN, N 193 ;

Par ailleurs, la convention de fiducie n'a d'effet qu'*inter partes* et n'est pas un droit accessoire de la créance de base. Dès lors, elle ne limite pas le pouvoir de disposition du fiduciaire du point de vue des droits réels. Il s'ensuit que le fiduciaire peut valablement disposer de la cédule, mais, en vertu de la convention de fiducie, il répond de la violation de son obligation personnelle de restitution de la cédule au fiduciaire¹¹⁷.

Dans le cadre d'une convention de fiducie aux fins de garantie, et contrairement à la simulation, les parties cherchent réellement à transférer la pleine titularité des biens au fiduciaire afin que celui-ci obtienne une garantie plus complète que celle provenant d'autres formes de sûretés réelles¹¹⁸.

III. DU POINT DE VUE DU DROIT DES OBLIGATIONS

A. LE FIDUCIANT

La convention ne confère au fiduciaire que des droits personnels contre le fiduciaire. Le fiduciaire n'est qu'un simple créancier du fiduciaire. En principe, le fiduciaire a une créance en restitution de ses biens envers le fiduciaire lorsqu'il a fini de le rembourser entièrement. Dans le cas où le fiduciaire ne s'exécute pas, le fiduciaire peut obtenir du tribunal un jugement ordonnant au fiduciaire la restitution de la cédule. Corollairement, le transfert de propriété de la cédule hypothécaire a pour effet qu'un créancier du fiduciaire ne peut plus tenter une exécution forcée sur la cédule (puisque'elle est acquise par le fiduciaire en propriété fiduciaire) mais seulement sur la créance en restitution¹¹⁹.

B. LE FIDUCIAIRE

Pour le fiduciaire, la conclusion de la convention de fiducie limite ses facultés quant à la propriété sur les biens remis à titre de sûreté¹²⁰.

Une partie de la doctrine retient qu'il y a une certaine contradiction entre le fait d'accorder un pouvoir illimité au fiduciaire par l'acte de disposition pour le restreindre ensuite dans la convention de fiducie. Le fiduciaire a par conséquent plus de pouvoirs qu'il n'a de droits (*der Fiduziar kann mehr als er darf*)¹²¹. Cette situation contradictoire dans laquelle le pouvoir attribué au fiduciaire dépasse le but économique voulu par les parties est qualifiée par

MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1154 ; STEINAUER, T. III, N 3020, 3101 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 180, 225 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 488 sv.

¹¹⁷ TF, 4A_276/2010, cons. 4 ; TF, 5A_79/2007, cons. 2.5 ; ATF 119 II 326, 328 ; DUNAND, préface XI ; FOËX, Les actes, p. 124 sv ; DE GOTTRAU, p. 177 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1193 ; KAMERZIN, N 191 ; STEINAUER, T. III, N 2960, 2963c, 3103 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 25, 169, 180, 221, 225 ; STEINAUER, RNRF 1997, p. 293 ; VOLLENWEIDER, p. 22, 67.

¹¹⁸ DUNAND, p. 22 ; GIOVANOLI, p. 35 ; DE GOTTRAU, p. 178, 202, 207 sv ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1153 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 490.

¹¹⁹ DUNAND, p. 24 ; FOËX, Les actes, p. 121 ; FOËX, Le contrat, N 39 ; GIOVANOLI, p. 36 ; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, N 1891 ; STEINAUER, T. III, N 3098, 3103a ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 180, 223, 226, 228 sv ; THEVENOZ/DUNAND, p. 489, 493 ; VOLLENWEIDER, p. 107.

¹²⁰ FOËX, Les actes, p. 121 ss ; DE GOTTRAU, p. 180 ; STEINAUER, T. III, N 3104 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 227, 249.

¹²¹ ATF 119 II 326, 328 ; DUNAND, p. 17, 24 ; DE GOTTRAU, p. 177 ; STEINAUER, T. III, N 3098.

cette partie de la doctrine de pouvoir excédentaire¹²². Pour l'autre partie de la doctrine, cette limitation de pouvoir par la convention de fiducie est tout à fait nécessaire dans un tel contrat et n'existe réellement que dans les rapports internes. On parle de devoirs du fiduciaire envers le fiduciaire, comme celui de ne pas s'approprier la valeur économique du bien fiduciaire. Le pouvoir du fiduciaire reste toutefois illimité dans les rapports externes et ceci pour lui permettre d'accomplir tous les actes qu'un propriétaire est normalement en droit d'exécuter¹²³.

C. QUID EN CAS DE VIOLATION DES OBLIGATIONS ?

La convention de fiducie ne fait pas exception au fait qu'une partie puisse violer les termes de l'accord ou qu'elle n'exécute pas ses obligations. Dès lors, les règles du Code des obligations relatives à la violation des obligations sont applicables. La partie lésée peut exiger de l'autre qu'elle exécute ses obligations, le cas échéant par une action en justice, mais aussi obtenir des dommages-intérêts en cas d'inexécution de ses obligations. Par exemple, en cas d'aliénation de la cédule hypothécaire par le fiduciaire sans cause valable du point de ses engagements personnels, le fiduciaire peut intenter une action en justice en dommages et intérêts sur la base de l'art. 97 CO et opposer au cessionnaire, en espérant qu'il soit de mauvaise foi, l'art. 842 al. 3 CC¹²⁴.

TITRE V. LE RÉGIME LÉGAL DU NOUVEL ARTICLE 842 CC

CHAPITRE I. LA PRÉSUMPTION DE L'ART. 842 AL. 2 CC

L'ancien régime de la cédule hypothécaire présumait que la constitution d'une cédule éteignait par novation la créance de base. Depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le 1^{er} janvier 2012, le régime de base est modifié et l'art. 842 al. 2 CC présume l'utilisation de la cédule hypothécaire en garantie fiduciaire¹²⁵.

Depuis les années 1990 et les difficultés rencontrées sur le marché immobilier, les banques concluent les contrats de cédules hypothécaires afin de garantir les crédits immobiliers de leurs clients au moyen du mode d'utilisation de la cédule à titre fiduciaire. Ce changement de législation prend donc en compte la pratique du crédit hypothécaire de ces dernières décennies et met au centre du régime de la cédule hypothécaire le mode de garantie le plus utilisé¹²⁶.

¹²² ATF 71 II 167, 169 ; DUNAND, p. 24 sv ; STEINAUER, T. III, N 2960 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 489.

¹²³ DUNAND, p. 23 sv ; FOËX, Le contrat, N 40 ; GIOVANOLI, p. 35 ; DE GOTTRAU, p. 185 ; STEINAUER, T. III, N 3105 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 489 sv.

¹²⁴ DUNAND, p. 24 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 180, 228, 231 ; THEVENOZ/DUNAND, p. 490.

¹²⁵ TF, 4A_451/2009, cons. 5.1 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3 à 5 ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 13 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 471 sv ; STEINAUER, T. III, N 3015 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 233, 241 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 274, 283.

¹²⁶ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, les actes, p. 122 ; DE GOTTRAU, p. 203 ; STEINAUER, T. III, N 3015 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 238 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 283 ; VOLLENWEIDER, p. 52.

CHAPITRE II. LE RÉGIME LÉGAL SUBSIDIAIRE DE L'ART. 842 AL. 2 CC

L'art. 842 al. 2 CC ne règle pas le régime présumé de la cédule hypothécaire à titre fiduciaire. Il ne fait que poser le principe sans en prévoir les conséquences. Le législateur s'est contenté de renvoyer pour le reste à la convention de fiducie passée par les parties¹²⁷.

Le problème principal aujourd'hui avec la présomption de l'utilisation de la cédule en garantie fiduciaire est que le législateur n'a pas créé de régime légal subsidiaire en cas d'absence de convention de sûreté. Cette absence de convention peut résulter du fait que des parties préfèrent s'en remettre au système légal subsidiaire de l'art. 842 al. 2 CC mais aussi provenir d'un manquement. Il est également possible que le régime légal subsidiaire ne s'applique que partiellement lorsque les parties n'ont pas réglé de manière exhaustive leur convention de fiducie, ou à l'inverse, que les parties se basent principalement sur ce régime et n'en modifient que quelques éléments. Enfin, c'est grâce à la création de ce régime que le juge pourra déterminer si une clause contractuelle est licite ou si elle est contraire à l'art. 27 CC¹²⁸.

Il existe donc une lacune ouverte de la loi dans le régime de la fiducie étant donné qu'elle n'offre aucune solution juridique en l'absence d'une convention de sûreté. Dès lors, le mode de garantie de la cédule à titre fiduciaire de l'art. 842 al. 2 CC doit être défini en comblant la lacune de la réglementation légale¹²⁹. Ainsi, lorsque tant la loi que la coutume sont lacunaires (art. 1 al. 2 CC), le juge fait œuvre de législateur, c'est-à-dire qu'il se met à la place du législateur actuel et établit les règles que ce dernier aurait édictées pour le mode de garantie de la cédule à titre fiduciaire. Le juge se doit de créer le régime de l'art. 842 al. 2 CC en tenant compte des intérêts en présence mais il doit également rechercher la norme abstraite et générale qui conviendra au plus grand nombre de cas semblables à l'avenir. Pour ce faire, il doit s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence établie¹³⁰.

Selon nous, cet oubli du législateur est dû au fait qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 842 al. 2 CC, ce mode n'était pas présumé et les parties devaient expressément créer une convention de fiducie pour l'appliquer. Il n'y avait ainsi pas de nécessité d'avoir un régime de base concernant la convention de fiducie. Nous proposons d'ajouter au système légal actuel un régime subsidiaire *de lege ferenda* en cas d'absence de convention de fiducie. Les modalités indispensables seraient la désignation des parties au contrat, la détermination de la cédule et de la créance de base ainsi que les cinq clauses objectivement essentielles (qui sont les conditions à l'origine de l'institution de la fiducie). En effet, une convention de fiducie doit impérativement réunir ces éléments essentiels pour être complète¹³¹.

¹²⁷ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, Les nouveautés, p. 80 ; STEINAUER, T. III, N 3019 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 172 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 283 sv.

¹²⁸ ENGEL, p. 220 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 243 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285.

¹²⁹ LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 442 ; STEINAUER, La cédule, remarques liminaires, N 40 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285 ; TERCIER, Le droit, N 22.

¹³⁰ LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 447 à 449.

¹³¹ DE GOTTRAU, p. 204 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 285.

Cette proposition de régime légal subsidiaire peut servir au juge lorsqu'une des situations décrites ci-dessus se présentera à lui et qu'il devra faire œuvre de législateur mais aussi en attendant une éventuelle et future réglementation.

Les autres clauses qualifiées de clauses secondaires sont celles qui doivent être expressément prévues par les parties pour qu'elles trouvent application, étant donné qu'elles désavantagent une partie au profit d'une autre. Le fiduciaire étant la partie au contrat la moins expérimentée et la plus faible, c'est sa position qui est dépréciée. Le fiduciaire est en général une banque, donc un professionnel du crédit hypothécaire capable d'imposer ses conditions. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'inclure ce type de clauses dans le régime légal subsidiaire étant donné que les règles de ce régime sont de nature dispositives, c'est-à-dire pouvant être modifiées dans une convention de fiducie expressément prévue par les parties. Par ailleurs, le régime légal subsidiaire doit s'en tenir à ce que prévoit la fiducie de manière basique, c'est-à-dire selon la compréhension générale que les gens se font de cette institution et en tenant compte des intérêts de chacune des parties¹³².

CHAPITRE III. LES EXCEPTIONS PERSONNELLES DU FIDUCIANT ENVERS LE FIDUCIAIRE ET SES SUCESSEURS

Le nouvel article 842 al. 3 CC, applicable au seul cas d'utilisation fiduciaire de la cédule, permet au fiduciaire d'opposer au fiduciaire et à ses successeurs, s'ils ne sont pas de bonne foi, les exceptions personnelles issues du rapport de base et celles découlant de la convention de fiducie¹³³.

I. LA NOTION DE FIDUCIAIRE ET DE SUCESSEURS

Par successeurs, il faut comprendre les successeurs universels et les successeurs à titre particulier. Quant au fiduciaire, il ne s'agit ni plus ni moins que le premier créancier cédulaire qui a acquis la cédule en garantie fiduciaire¹³⁴.

Seuls les successeurs à titre particulier sont concernés par la question de la bonne foi. En effet, cette question ne se pose pas pour le fiduciaire du fait qu'il a conclu une convention de fiducie avec le fiduciaire ou tire sa qualité de fiduciaire de la présomption de l'art. 842 al. 2 CC. S'agissant des successeurs à titre universels, ils ne font que reprendre les droits et obligations du fiduciaire. Ainsi, ils sont assimilés au fiduciaire. Le fiduciaire peut donc opposer les mêmes exceptions au fiduciaire qu'aux successeurs universels¹³⁵.

¹³² STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 246.

¹³³ MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, JdT 2012 II p. 3, 5 ; FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; STEINAUER, T. III, N 3021 sv, 3023 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 286, 313 sv ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 283 sv, 286.

¹³⁴ FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; STEINAUER, T. III, N 3022 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 299, 302 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 286.

¹³⁵ STEINAUER, T. III, N 3022 sv, 3025 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 298 à 302.

Si le successeur à titre particulier est de bonne foi selon l'art. 3 al. 1 CC, c'est-à-dire qu'il a le sentiment d'agir conformément au droit malgré l'existence d'une irrégularité juridique, la règle ordinaire de l'art. 849 al. 1 CC s'applique. S'il est de mauvaise foi, il est assimilé au fiduciaire et le fiduciaire peut lui opposer les exceptions prévues par l'art. 842 al. 3 CC. Conformément à l'art. 3 al. 1 CC, la bonne foi est présumée mais elle ne peut pas être invoquée si la preuve de l'attention commandée par les circonstances fait défaut en vertu de l'art. 3 al. 2 CC. Dans un premier temps, le fiduciaire doit prouver que le tiers était de mauvaise foi lors de l'acquisition de la cédule, c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence des exceptions découlant du rapport de base que le fiduciaire peut invoquer. Il peut, par exemple, amener la preuve que le fiduciaire avait transmis ces informations au tiers. Dans un second temps et en application de l'art. 3 al. 2 CC, le tiers ne peut pas invoquer sa bonne foi s'il n'a pas fait preuve de diligence. Etant donné la présomption de l'art. 842 al. 2 CC, la jurisprudence doit déterminer quelle est l'étendue du devoir d'attention dont doit faire preuve le successeur à titre particulier¹³⁶.

Selon nous, le devoir de diligence dont le successeur à titre particulier doit faire preuve est élevé en raison de la présomption de l'art. 842 al. 2 CC. Le tiers doit partir du principe que la cédule qu'il acquiert a pour but de garantir une créance de base et que les droits de disposition de la cédule du fiduciaire sont restreints par le mode de garantie de la cédule à titre fiduciaire¹³⁷. De plus, lorsque ce tiers est un professionnel, nous pensons que le devoir de diligence commande à ce dernier de s'informer, mais aussi de vérifier auprès du fiduciaire à quel titre la cédule est garantie. En effet, le tiers se doit d'être prudent quant au mode de garantie de la cédule car s'il ne se renseigne pas et que le mode appliqué à la cédule est celui de la garantie à titre fiduciaire, le fiduciaire va pouvoir lui opposer les exceptions de l'art. 842 al. 3 CC. Pour donner un exemple, nous pouvons citer le cas de la cession de la cédule par le fiduciaire en violation de la clause prévue par la convention.

Le tiers se doit d'obtenir ces informations ou de faire tout son possible pour les obtenir afin que son comportement soit de bonne foi. Nous pensons même que le fait de ne pas chercher à se renseigner constitue un acte de mauvaise foi de la part du successeur à titre particulier étant donné la présomption de l'art. 842 al. 2 CC. Ainsi, la marge de manœuvre pour admettre un comportement de bonne foi est très restreint et se limite à deux cas : soit le tiers a tout mis en œuvre pour obtenir le renseignement souhaité mais il ne lui a pas été transmis par le fiduciaire, soit il a reçu une fausse information de ce dernier.

II. LES EXCEPTIONS OPPOSABLES

Le fiduciaire peut faire valoir les exceptions personnelles découlant de la créance de base mais aussi les exceptions résultant de la convention de fiducie : « *c'est en raison du rapport de fiducie que le débiteur peut « remonter » à la créance de base : les exceptions découlant du rapport de base et celles découlant du rapport de fiducie sont donc nécessairement liées* »¹³⁸.

¹³⁶ TF, 5C.50/2003, cons. 3.2 ; MESSAGE 2007, p. 5053 ; FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; PIOTET, La nouvelle cédule, p. 5 ; LE ROY/SCHOENENBERGER, p. 41 ; STEINAUER, T. III, N 3022 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 261, 303 ss ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 286 sv ; TERCIER, Le droit, N 94 à 96.

¹³⁷ FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 311 sv.

¹³⁸ FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; STEINAUER, T. III, N 3023 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 287 sv.

Voici quelques exemples d'exceptions tirés de la doctrine. Tout d'abord, s'agissant de la créance de base, le fiduciaire peut notamment opposer les exceptions suivantes : l'invalidité du contrat de base en raison d'un vice de consentement ou d'une absence de capacité civile de l'emprunteur ; l'extinction (partielle) de la dette de base suite à son exécution (partielle) ou à une compensation ; l'inexécution du contrat de base par le fiduciaire puisque le montant du prêt n'a pas été (totalemment) versé au fiduciaire. S'agissant de la convention de fiducie, l'exception qui revient dans la doctrine est celle de l'aliénation de la cédule hypothécaire alors que les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas respectées. Par exemple, lorsque le délai de dénonciation au paiement n'est pas échu¹³⁹.

L'art. 842 al. 3 CC protège le débiteur cédulaire d'une cédule hypothécaire remise à titre fiduciaire. En effet, malgré que l'acte de disposition de la cédule du fiduciaire à un tiers de mauvaise foi soit valable, le fiduciaire peut opposer à ce tiers les exceptions prévues à l'art. 842 al. 3 CC et ceci alors même que pour le tiers le contrat de base et la convention de sûreté sont des « *res inter alios actae* ». De ce point de vue, cet article est une exception vis-à-vis des règles ordinaires. Du reste, il ne s'applique que dans le cas d'une remise d'une cédule hypothécaire à titre fiduciaire¹⁴⁰.

Enfin, le fiduciaire peut toujours faire valoir tant les exceptions qu'il peut déduire de la cédule hypothécaire (comme sa nullité) que les exceptions personnelles qu'il a contre le fiduciaire indépendamment du rapport juridique concernant la cédule hypothécaire. Nous pensons ici à une éventuelle compensation de la cédule fondée sur un autre rapport juridique. Au fond, l'art. 842 al. 3 CC permet au débiteur cédulaire d'une cédule remise à titre fiduciaire de faire valoir des moyens de défense supplémentaires¹⁴¹.

DEUXIÈME PARTIE. L'ANALYSE DE MODÈLES DE CONVENTIONS DE FIDUCIE

CHAPITRE I. PRÉAMBULE

A l'exception du modèle de convention de fiducie de la banque C, l'acquisition des deux autres modèles ne fut pas chose aisée. En effet, nous avons dû insister à plusieurs reprises auprès de certaines banques afin de les obtenir. Pour l'une d'elles, nous avons également dû créer et signer une clause de confidentialité dans laquelle nous nous engageons à n'utiliser leurs conventions que dans le cadre de ce travail de Master, à limiter la connaissance de la provenance des informations au corps enseignant supervisant ce travail et finalement à anonymiser les informations relatives à la banque pouvant être identifiables.

¹³⁹ FOËX, Les nouveautés, p. 81 ; STEINAUER, T. III, N 3024 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 319 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 288.

¹⁴⁰ STEINAUER, T. III, N 2963c, 3025 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 318.

¹⁴¹ STEINAUER, T. III, N 3026 ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 320 ; STEINAUER, Les nouvelles, p. 288.

Les banques sont très réticentes à l'idée de partager leurs modèles, c'est la raison pour laquelle nous sommes tenus de ne pas divulguer les noms des établissements bancaires. Nous les nommerons dès lors Banque A, Banque B et Banque C, respectivement conventions de fiducie A, B et C s'agissant des modèles.

Enfin, nous tenons à remercier les trois établissements bancaires qui nous ont transmis leurs modèles de convention de fiducie pour que nous puissions les examiner.

CHAPITRE II. L'ANALYSE DE CLAUSES ISSUES DE DIFFÉRENTES CONVENTIONS DE FIDUCIE

I. INTRODUCTION

Dans ce chapitre, nous allons analyser certaines clauses incluses dans les modèles de conventions types que nous nous sommes procurés. Les buts principaux de cet exercice sont de mettre en évidence les aspects qui pourraient se différencier de la théorie, ainsi que d'examiner s'il existe des pratiques différentes entre les banques concernant la garantie de la cédule hypothécaire à titre fiduciaire.

Les banques utilisent essentiellement le mode de garantie à titre fiduciaire de la cédule pour garantir des crédits immobiliers car le transfert de la cédule leur permet d'en être pleinement propriétaires. Elles ont ainsi une garantie sur la cédule plus forte que le nantissement de la garantie directe par exemple. De plus, la garantie à titre fiduciaire met le fiduciaire dans une situation plus avantageuse que celle résultant des deux autres modes. Nous pouvons rappeler, s'agissant de la garantie directe, que le créancier cédulaire n'est pas tenu de rendre le produit de la réalisation du gage dépassant le montant garantissant la créance de base¹⁴².

Dans la pratique, lorsque les banques acceptent de garantir un crédit immobilier, elles ne libèrent les fonds relatifs à ce contrat, c'est-à-dire qu'elles ne l'exécutent, que lorsque le débiteur est à même de garantir la constitution de la cédule hypothécaire. Pour donner un exemple, nous pouvons nous référer à la clause « bases contractuelles supplémentaires » de la banque C et la clause A.4 *ab initio* de la banque A. En général, l'officier public (le notaire dans le canton de Vaud) avertit la banque par l'envoi de l'avis d'instrumentation que la cédule a été constituée valablement. Puis, la banque s'exécute et les fonds sont mis à disposition du fiduciaire¹⁴³.

II. LA FORME DES CONVENTIONS TYPES ET LES CONDITIONS GÉNÉRALES

Nos trois modèles de conventions sont des contrats écrits. La signature des deux parties est nécessaire pour la banque A et la banque C. En revanche, la banque B se contente de la seule signature du fiduciaire.

¹⁴² DE GOTTRAU, p. 176 sv, 202 à 204, 254.

¹⁴³ KAMERZIN, N 333 sv ; STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 53.

Il existe ici une première différence entre la pratique et la loi. En effet, l'exigence de forme du contrat est plus stricte en pratique par rapport à ce qui est prévu par le CO. Ce dernier ne soumet pas la convention de fiducie à une forme particulière alors que les banques prévoient la forme écrite du fait qu'il est plus aisé, notamment en cas de litige, de prouver qu'un contrat a été conclu lorsqu'il existe une signature sur un support papier¹⁴⁴.

Ces conventions sont plus précisément des contrats standardisés ayant le caractère de conditions générales. Ce sont des contrats spécialement prévus pour la garantie de cédulas à titre fiduciaire et annexés à l'ensemble des contrats concernant le crédit immobilier. Ceci est très bien indiqué dans le contrat-cadre régissant le prêt hypothécaire de la banque C sous l'intitulé « bases contractuelles supplémentaires » et dans le contrat-cadre de prêt hypothécaire de la banque B à son article 2.

Enfin, tout comme la convention de fiducie, les conditions générales de la banque font aussi partie de l'ensemble des contrats constituant le crédit immobilier. Ces conditions générales ne comportent toutefois pas de règles spécifiques relatives à la garantie à titre fiduciaire mais seulement des clauses dites « standard ». Le fiduciaire n'a, dans cette relation, pas d'autre choix que d'accepter et de reconnaître le caractère obligatoire des conditions générales et de la convention de fiducie s'il veut obtenir son crédit. Nous nous référons à la clause C.5 de la banque A, à la clause « sous réserve d'autres dispositions » de la banque C ainsi qu'à l'art. 4 du contrat de prêt hypothécaire de la banque B¹⁴⁵.

III. LA DÉSIGNATION DES PARTIES AU CONTRAT

Les parties au contrat sont toujours désignées dans les modèles et les clauses concernant les parties sont claires. Il est aisé de définir qui est fiduciaire et fiduciaire, respectivement créancier et débiteur cédulaires.

IV. LA DÉTERMINATION DE LA CÉDULE ET DE LA CRÉANCE DE BASE

En premier lieu, s'agissant des cédulas hypothécaires, les banques C et B les ont déterminées dans leurs conventions de fiducie. En revanche, la convention de la banque A ne contient aucune indication au sujet de la cédula hypothécaire. Cependant, nous n'avons pas en notre possession le contrat-cadre de prêt hypothécaire et nous sommes convaincus que ce dernier contient la description précise de la cédula hypothécaire. De plus, la convention de fiducie est annexée à ce contrat de prêt hypothécaire et il n'y a pas d'exigence formelle requérant que la cédula soit déterminée par l'un ou l'autre des contrats. Nous pouvons donc affirmer que contrairement à la théorie, les cédulas hypothécaires sont en principe toujours déterminées dans les contrats de cédula hypothécaire. En second lieu et à la différence des cédulas hypothécaires, la ou les créance(s) de base à garantir ne sont que déterminables dans les modèles de convention.

¹⁴⁴ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1173.

¹⁴⁵ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 8 ss, 1173 sv.

Cela s'explique par le fait que les conventions sont des contrats préétablis dans lesquels la créance de base n'est déterminée que de manière générique¹⁴⁶.

Enfin, une cédula hypothécaire peut servir de garantie à une créance de base mais aussi à plusieurs de ces créances, qu'elles soient actuelles ou futures. Cependant, le Tribunal fédéral limite la possibilité d'utiliser une cédula pour un nombre indéterminé de créances. Une clause portant sur un engagement démesuré, c'est-à-dire dépassant la garantie d'un rapport de crédit et englobant toutes les prétentions actuelles et futures imaginables d'une banque contre son client, est une atteinte illicite aux droits de la personnalité¹⁴⁷.

Une des restrictions décidées par le Tribunal fédéral est que la cédula ne puisse garantir que les créances actuelles et futures conclues ou à conclure dans le cadre des relations d'affaires des parties. Cela signifie que les banques peuvent étendre la garantie de la cédula aux créances futures auxquelles les parties, au moment de la conclusion du contrat, pouvaient et devaient raisonnablement penser. En d'autres termes, la garantie découlant de la cédula peut s'étendre aux engagements des parties dont la survenance entre dans le domaine des relations d'affaires déjà existantes ou prévisibles. Cette condition est respectée dans les conventions de fiducie des banques C et A. La clause de la banque B ne limite pas la garantie de la cédula aux relations d'affaires. Cette clause peut potentiellement porter une atteinte illicite aux droits de la personnalité (art. 27 CC) si la cédula sert à garantir deux créances de base issues de relations d'affaires différentes¹⁴⁸.

V. LES CLAUSES ESSENTIELLES DE LA CONVENTION DE FIDUCIE

Nos modèles de conventions comprennent toutes les clauses essentielles à l'exception de celle portant sur l'interdiction du transfert de la cédula. Nous pensons que cette clause doit être insérée dans les conventions afin de protéger le fiduciaire contre un éventuel transfert de la cédula du fiduciaire à un cessionnaire alors que la cédula est utilisée à titre fiduciaire. Selon nous, le fait qu'il s'agisse d'une obligation négative, donc de ne pas faire, peut atténuer l'absence de cette clause dans les conventions. Partant, la non-insertion de cette clause par le fiduciaire entraîne pour celui-ci la perte du droit de la transférer.

S'agissant des clauses concernant le principe de la garantie à titre fiduciaire et de la mise en œuvre de la cédula, nous avons pu remarquer que dans les modèles ces clauses sont liées. Nous considérons que ces clauses définissant la relation juridique des parties et la condition pour mettre en œuvre la cédula sont tout à fait claires, compréhensibles et précises. En outre, tous les contrats contiennent une clause par laquelle le fiduciaire reconnaît l'obligation personnelle liée aux cédulas hypothécaires comme la clause B.2 de la banque A, la clause « reconnaissance de l'obligation personnelle » de la banque C et la clause 1 de la convention de fiducie de la banque B.

¹⁴⁶ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1157 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 187.

¹⁴⁷ TF, 5A_122/2009, cons. 4.1 ; ATF 108 II 47 à 49 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1159 sv.

¹⁴⁸ TF, 5A_122/2009, cons. 4.1 ; ATF 108 II 47 à 49 ; MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1157 à 1160 ; STEINAUER, La cédula, Art. 842 CC N 187.

Les deux dernières clauses essentielles, concernant la restitution de la cédule au fiduciaire et la restitution du solde du produit en cas de réalisation de la cédule, sont également insérées dans nos modèles de conventions et convergent parfaitement avec ce que nous avons examiné dans la partie théorique¹⁴⁹.

Enfin, nous pouvons relever que les conventions des banques A et B contiennent une des clauses secondaires que nous avons examinées dans la partie théorique et qui se rapportent à la restitution de la cédule au fiduciaire. En effet, ces deux conventions prévoient que le fiduciaire peut se voir rétrocéder la propriété de la cédule hypothécaire, si au jour de sa demande, toutes les prétentions de la banque à son encontre ont été remboursées et tous les engagements garantis éteints. On vise ici la situation où plusieurs créances de base, actuelles et/ou futures, sont garanties par une seule cédule.

VI. LES CLAUSES ACCESSOIRES

En premier lieu, nous tenons à évoquer les clauses A.4 *in fine* et B.4 de la banque A et 4.c de la banque B par lesquelles le fiduciaire, en signant la convention de fiducie, autorise la banque à requérir l'inscription au registre foncier de toutes les clauses accessoires concernant la cédule hypothécaire. Encore une fois, nous remarquons que le fiduciaire doit se soumettre aux conditions des banques pour obtenir son crédit. En outre, le non-respect de cette clause déclenche le droit pour le fiduciaire de demander le remboursement immédiat de la cédule ou d'abaisser ce délai de six à trois mois.

Selon nous, la banque B ne peut pas supprimer le délai de dénonciation et demander le remboursement immédiat de la cédule hypothécaire pour la raison citée ci-dessus et la banque A ne le peut pas non plus en cas de retard du fiduciaire dans le règlement des échéances convenues en vertu de l'art. 847 al. 2 *in fine* CC. Nous avons vu que cet article ne trouve pas application en cas d'utilisation à titre fiduciaire de la cédule¹⁵⁰.

Par contre, les banques peuvent déroger au délai légal subsidiaire de l'art. 847 al. 1 CC et prévoir un délai légal de dénonciation de trois mois minimum comme l'indique la clause B.4 de la banque A¹⁵¹. Enfin, la banque C donne peu d'indications sur le délai de dénonciation dans sa clause « délais de dénonciation et dates de dénonciation ». Elle se donne le droit, sous réserve d'une éventuelle stipulation dans les cédules concernant les délais et dates de dénonciation, de faire valoir la créance incorporée dans la cédule hypothécaire aux mêmes conditions que celles définies pour la créance garantie par la cédule.

Le point le plus surprenant dans l'analyse de ces clauses est le fait que la convention de la banque B ne prévoit ni les modalités de réalisation de la cédule hypothécaire ni la renonciation du fiduciaire au bénéfice légal de discussion réelle de l'art. 41 al. 1bis LP.

¹⁴⁹ MARCHAND/CHAPPUIS/HIRSCH, p. 1170 sv.

¹⁵⁰ STEINAUER, La cédule, Art. 842 CC N 206, Art. 847 CC N 24.

¹⁵¹ STEINAUER, La cédule, Art. 847 CC N 25.

Cette banque perd donc certains avantages en ne les faisant pas valoir en cas de réalisation de la cédule hypothécaire. Nous ne pouvons que lui suggérer de rajouter ces deux clauses.

VII. LES OBLIGATIONS SUPPLÉMENTAIRES DU FIDUCIANT

Pour la banque C, nous retrouvons dans le contrat-cadre régissant le prêt hypothécaire la clause nommée « dispositions supplémentaires » qui contient des obligations d'informations supplémentaires à la charge du fiduciaire. Il s'agit notamment pour ce dernier de fournir sur demande de la banque une liste des locataires, ainsi qu'une copie du nouveau bail à loyer en cas de changement de locataire. De plus, le fiduciaire s'engage en signant la convention à ne contracter aucun leasing supplémentaire en son nom propre. Pour la banque A, nous retrouvons une autre obligation d'information à la disposition C.2. Le fiduciaire se doit d'informer la banque sans délai lorsqu'une inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est requise sur l'objet du droit de gage immobilier.

La banque B prévoit, quant à elle, des frais supplémentaires à la charge du fiduciaire. Il s'agit des émoluments pour la conservation de la cédule lorsqu'elle est au porteur et des frais d'étude. Les banques B et A prévoient encore des frais découlant des mesures conservatoires du droit de gage sur l'immeuble, des inscriptions au registre foncier et des autres droits, timbres, impôts, taxes ou contributions. Concernant la banque C, nous pensons que ces frais sont inclus dans le document « frais et taxes – opérations de crédit » que nous ne possédons pas.

CONCLUSION

La nouvelle réglementation de la cédule hypothécaire entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 démontre une fois de plus la commensurabilité du droit suisse. En effet, ce changement de législation a mis au cœur du système de la cédule hypothécaire le mode le plus utilisé en pratique depuis plusieurs décennies, à savoir le mode de la garantie à titre fiduciaire de la cédule hypothécaire.

Pour les banques, cette révision législative a pour effet de renforcer l'idée que la garantie à titre fiduciaire est le meilleur mode d'utilisation des cédules hypothécaires lorsqu'il s'agit de garantir des crédits immobiliers étant donné que le législateur s'est adapté à leur pratique. Cette nouvelle législation ne modifie donc pas la manière dont les banques garantissent leurs crédits puisque la législation va dans la continuité de ce qu'elles faisaient déjà.

Le nouveau droit applicable à la cédule hypothécaire a cependant contribué à créer une lacune de par la présomption instaurée à l'art. 842 al. 2 CC mais aussi du fait que le législateur n'ait pas créé de régime légal subsidiaire en cas d'absence de convention de sûreté. L'enjeu principal est aujourd'hui la création de ce régime légal subsidiaire par la jurisprudence voire l'introduction dans la loi de ce régime par la voie législative. Nous avons essayé, dans ce travail, de déterminer les points essentiels qui devraient être intégrés dans le régime légal subsidiaire.

Le juge devra encore, suite à cette révision législative, établir dans quelle mesure le successeur à titre particulier est de bonne foi lorsqu'il acquiert une cédule hypothécaire, respectivement dans quels cas le fiduciaire pourra lui opposer les exceptions personnelles issues du rapport de base et celles découlant de la convention de fiducie au sens de l'art. 842 al. 3 CC. Notre avis sur ce point est strict. Le devoir de diligence dont doit faire preuve le successeur à titre particulier est élevé en raison de la présomption de l'art. 842 al. 2 CC. Un devoir de recherche d'information consciencieux est attendu de la part du successeur à titre particulier.

S'agissant des modèles de convention de fiducie, nous avons pu mettre en avant que certaines clauses sont plus strictes que ce que la loi prévoit. Nous avons aussi remarqué que certaines de ces clauses ne sont pas applicables en cas d'utilisation de la cédule à titre fiduciaire. Par ailleurs, un des modèles de convention de fiducie est incomplet dans le sens où le fiduciaire n'inclut pas toutes les modalités de réalisation de la cédule possibles et ceci à son avantage.

Enfin, le nouveau commentaire sur la cédule hypothécaire du Professeur Paul-Henri Steinauer, que nous avons pu consulter dès le début du mois de juin, nous a permis non seulement de nous corriger sur certains points, mais aussi de confirmer certaines pistes de réflexion que nous avions en début d'écriture de ce travail, comme le fait que l'art. 842 al. 2 CC contienne une lacune.