

MARS 2015

## Newsletter

## Auteurs:

Josef Caleff

Yves Jeanrenaud

SWISS LAW FIRM  
OF THE YEAR 2014  
Chambers Europe

REAL ESTATE

## La cédule hypothécaire de registre

Le droit des biens immobiliers et du registre foncier révisé est en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. La nouveauté centrale introduite par la révision est la cédule hypothécaire de registre (sans titre). Après une courte période d'existence, la cédule hypothécaire de registre constitue déjà un succès juridique, raison pour laquelle une analyse plus approfondie de ce nouvel instrument se justifie.

## 1 LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE DE REGISTRE EN GÉNÉRAL

Une cédule hypothécaire incorpore une créance abstraite ("**Créance contenue dans la cédule hypothécaire**"). Cette créance est garantie par un droit de gage sur un immeuble déterminé. La créance de la banque résultant du crédit hypothécaire ("**Créance privée**") est garantie **soit par mise en gage soit par remise du titre de créance** contenu dans la cédule hypothécaire. Dans la pratique, la remise du titre prévaut puisque le créancier s'épargne ainsi l'étape intermédiaire de l'acquisition du titre. **Deux créances sont ainsi coexistantes.** Si la créance privée n'est pas honorée, il est possible de faire valoir la créance contenue dans la cédule hypothécaire. Si cette dernière n'est pas non plus honorée, il est possible de faire appel au droit de gage sur l'immeuble. Si l'immeuble est réalisé, le produit de la réalisation servira à éteindre la créance contenue dans la cédule hypothécaire. Sur le fondement de la convention de garantie entre le créancier et le débiteur, le montant ayant servi

à éteindre intégralement la créance incorporée dans la cédule hypothécaire sera imputé sur la créance privée.

Les cédules hypothécaires **peuvent être constituées sans titre en tant que cédule hypothécaire de registre ou sous format papier en tant que cédule nominative ou au porteur.** Il convient de distinguer les cédules hypothécaires, en particulier les cédules hypothécaires de registre, de l'**hypothèque**. Cette dernière, à l'instar de la cédule hypothécaire de registre, ne sera pas constituée sous format papier mais sera uniquement inscrite au registre foncier. Contrairement à la cédule hypothécaire de registre, l'hypothèque ne fonde aucune créance abstraite séparée. Au contraire, l'hypothèque permet la garantie de la créance privée directement par le droit de gage sur l'immeuble. En revanche, contrairement à la cédule hypothécaire, l'hypothèque présente l'inconvénient qu'un transfert n'est possible qu'au moyen d'une cession et tout en maintenant (resp. en renégociant en partie) la créance privée préexistante.

## 2 CRÉATION

La création d'une cédule hypothécaire de registre nécessite en premier lieu **la reconnaissance sous forme authentique du fondement de la créance contenue dans la cédule hypothécaire et du droit de gage sur l'immeuble en cause**. Ceci est également le cas pour l'établissement d'une cédule hypothécaire de registre inscrite au nom du propriétaire lorsque le propriétaire fait établir une telle cédule à son profit et à sa charge (il est alors simultanément débiteur et créancier de la créance contenue dans la cédule hypothécaire). Une telle opération intervient généralement à titre préventif, afin de pouvoir obtenir rapidement un financement à l'avenir, sans autre acte en la forme authentique. La **cédule hypothécaire de registre est créée en premier lieu par l'inscription de l'acte constitutif en la forme authentique au registre foncier**. Contrairement à la cédule nominative ou au porteur, il ne sera pas délivré de papier-valeur. La cédule hypothécaire de registre est librement transmissible. Le titulaire de la créance contenue dans la cédule hypothécaire est toujours la personne inscrite au registre foncier. En raison de l'exigence d'inscription, une cédule hypothécaire de registre ne peut être établie qu'au **nom d'une personne**, ce qui n'est pas le cas d'une cédule sur papier. Une cédule hypothécaire de registre au porteur n'est ainsi pas possible. Un créancier ne peut demeurer anonyme à l'égard du registre foncier et des tiers qu'au moyen d'une cédule hypothécaire au porteur ou nominative (endossée en blanc).

"La cédule hypothécaire de registre est créée en premier lieu par l'inscription de l'acte constitutif en la forme authentique au registre foncier."

Les émoluments pour l'attestation et l'enregistrement de la cédule hypothécaire de registre varient de canton en canton. Habituellement, ces taxes correspondent aux frais d'établissement du titre de cédule hypothécaire et peuvent être considérables. Dans le canton de Zurich, par exemple, la taxe d'attestation se monte à 0.1% de la créance contenue dans la cédule hypothécaire et la taxe de cadastre à 0.15%.

Pour les cédules hypothécaires sur papier, il y a la possibilité d'enregistrement au registre des créanciers. Cet enregistrement ne doit pas être confondu avec l'enregistrement d'un créancier d'une cédule hypothécaire de registre. L'enregistrement dans le registre des créanciers a pour unique conséquence l'envoi par le registre foncier de communications à la personne inscrite. L'enregistrement dans le registre des créanciers ne prouve pas que la personne inscrite est également le créancier de la cédule hypothécaire. En effet, les parties oublient fréquemment de déclarer des changements au registre des créanciers. L'inscription dans le registre des créanciers est facultative.

## 3 TRANSFORMATION DU TITRE

Afin d'encourager la diffusion rapide de la cédule hypothécaire de registre, la **transformation** des cédules hypothécaires sur papier a été facilitée, pour autant qu'elles aient été établies avant l'introduction de la cédule hypothécaire de registre. Le propriétaire foncier et les ayants droit d'une cédule hypothécaire peuvent en demander la transforma-

tion ensemble **par écrit**. Une certification ou attestation n'est pas nécessaire. La transformation des cédules hypothécaires sur papier émises après l'entrée en vigueur du nouveau droit doit revêtir la forme authentique. Les **émoluments** pour l'authentification d'une transformation sont **habituellement de peu d'importance**. Les frais pour l'enregistrement au registre foncier varient en général entre CHF 50.- et CHF 200.- par cédule hypothécaire (à l'exception du canton de Genève où les émoluments sont plus importants).

## 4 CHANGEMENT DE CRÉANCIER

Le changement de créancier d'une cédule hypothécaire de registre ou de la créance de la cédule hypothécaire a lieu par la transmission de la cédule de l'ancien créancier au nouveau. Pour la transmission, il faut un engagement et un acte générateur d'obligation. Aucune forme particulière n'est prescrite pour **l'acte générateur d'obligation** (l'accord selon lequel l'ancien créancier s'engage à transmettre la cédule hypothécaire), et aucun document correspondant ne doit être remis au bureau du registre foncier. **L'acte de disposition** (l'exécution de l'acte générateur d'obligation, donc la transmission de la cédule hypothécaire) est constitué par **l'inscription du nouveau créancier au registre foncier** sur la base d'une **déclaration écrite de l'ancien créancier**. Elle ne doit pas être certifiée ou attestée.

L'inscription du nouveau créancier au registre foncier est absolument nécessaire. **L'effet de l'inscription** remonte à l'époque où elle a été faite dans le journal. Le registre foncier est tenu de procéder à l'inscription immédiatement. Il a toutefois la possibilité d'examiner l'inscription dans le délai utile. Si rien ne contrevient à l'enregistrement, la transmission avec la date d'inscription dans le journal est inscrite au grand livre. La transmission est définitivement conclue par l'inscription dans ce grand livre. Contrairement au premier enregistrement, l'enregistrement de la transmission n'entraîne qu'une petite taxe administrative, habituellement de moins de CHF 100.-. L'émolument est également faible, au contraire de la transmission d'une cédule hypothécaire sur papier, mais pas gratuit.

Selon la doctrine dominante, la transmission de la cédule hypothécaire de registre dépend de la validité de l'acte générateur d'obligation. En cas de nullité, un transfert en retour doit être opéré. Un **acquéreur** qui acquiert une cédule hypothécaire de registre d'un créancier inscrit, qui n'est en réalité pas l'ayant droit, est cependant **protégé dans sa bonne foi**. Aucun transfert en retour ne doit être opéré dans ce cas.

"Un avantage important des cédules hypothécaires de registre est que le débiteur peut facilement vérifier auprès du registre foncier qui est le créancier, même si la cédule hypothécaire a été cédée ou vendue à son insu."

Le débiteur doit s'exécuter auprès de la personne qui, au moment du paiement, est inscrite en tant que créancier au registre foncier. Cependant, pour le transfert de la cédule

hypothécaire de registre, **aucun avis au débiteur n'est nécessaire**. Un avantage important des cédules hypothécaires de registre est que le débiteur peut facilement vérifier auprès du registre foncier qui est le créancier, même si la cédule hypothécaire a été cédée ou vendue à son insu. Le débiteur ne peut pas prétendre qu'il ne connaît pas le contenu du registre foncier. S'il paie sans prendre connaissance du contenu du registre foncier, il le fait à ses propres risques.

La majorité des cédules hypothécaires de registre sont détenues par des banques. Afin de simplifier la gestion des cédules hypothécaires de registre, SIX SIS AG propose aux institutions de crédit affiliées de les gérer à titre fiduciaire. Ainsi, la cédule hypothécaire de registre sera inscrite au registre foncier au nom de SIX SIS AG et un changement de créancier n'entraînera aucun changement au niveau de l'inscription au registre foncier. Le fiduciaire détiendra la cédule hypothécaire de registre au nom du nouveau créancier. Il n'y aura donc pas de nouvelle inscription au registre foncier, ni de frais afférents à ce changement. Il reste encore néanmoins à déterminer si la séparation entre le créancier de la créance privée et le créancier de la cédule hypothécaire ne pose pas de problème. Cela pourrait par exemple se produire si la valeur de la cédule hypothécaire de registre venait à augmenter. Dans ce cas, l'augmentation devrait être en faveur de SIX SIS AG, avec laquelle le débiteur de la cédule hypothécaire n'a pas d'accord de crédit ou de garantie.

Il y aura des conséquences pour tout type de cédule hypothécaire si **en raison du changement de créancier, le créancier de la créance privée n'est plus identique au créancier de la cédule hypothécaire**. Si par exemple le créancier vend sa cédule hypothécaire, le nouveau créancier pourra, s'il est de bonne foi, faire valoir la totalité du montant de la créance contenue dans la cédule hypothécaire. L'ancien créancier devra se laisser imputer le produit de la réalisation sur le montant de la créance privée. Il restera titulaire d'une créance non garantie sur le montant restant. Subsiste alors pour le débiteur, l'action en dommage à intérêts pour violation des obligations du créancier lors de la réalisation. Il s'ensuit que le débiteur, dans certaines circonstances, pourra devoir plus que le 100% de la créance privée. Si par exemple, une cédule hypothécaire d'une valeur de 100 est vendue à 20, et que la créance privée vaut également 100, le débiteur devra, suite à la vente, 80 au créancier privé et 100 au créancier de la cédule hypothécaire, soit 180 en tout (contre 100 avant la vente). Cette problématique est réglée à l'art. 156 al. 2 LP dans le cas du **nantissement** de la cédule hypothécaire, en ramenant la cédule hypothécaire au montant du produit de la réalisation (dans notre exemple à 20, la dette totale restant à 100). Cette solution ne s'applique pas au cas, aujourd'hui courant, de **l'inscription à des fins de garantie** (le créancier privé devient le créancier de la cédule hypothécaire avec tous les droits qui en découlent). Pour la cédule hypothécaire de registre en particulier, le **nantissement** constitue **l'exception**. Il s'ensuit que le risque lors de l'inscription à des fins de garantie reste auprès du débiteur, dans la mesure où il n'est pas convenu d'une application par analogie de l'art. 156 al. 2 LP (ce qui reste rare en pratique), ou que le donneur de crédit ne transfère la cédule hypothécaire qu'avec la créance privée (conventions de sûreté incluses).

## 5 CHANGEMENT DE DÉBITEUR

Contrairement à une opinion largement répandue, le propriétaire du bien-fonds qui sert de sûreté n'est pas automatiquement **débiteur de la créance contenue dans la cédule hypothécaire**. En raison du caractère abstrait de la cédule hypothécaire, le débiteur de la cédule hypothécaire reste en principe le même lors de la vente d'un bien-fonds, sauf accord exprès (y compris lorsque la dette privée est éteinte). Dans ce cas le créancier bénéficie d'une double garantie. Il peut d'une part faire valoir la créance contenue dans la cédule hypothécaire contre l'ancien débiteur, et d'autre part poursuivre le nouveau propriétaire du bien-fonds en tant que tiers-garant. Selon l'art. 832 al. 2 CC, l'ancien débiteur est libéré à moins que le créancier ne lui déclare par écrit, **dans l'année**, après la notification du changement de débiteur par le registre foncier, qu'il entend garder l'ancien débiteur. L'utilité de cette disposition est limitée. Tout d'abord le créancier n'a aucune raison de donner son accord au changement de débiteur, resp. de renoncer à l'ancien débiteur. Deuxièmement, un changement de débiteur ne s'effectue que lorsque le nouveau débiteur (le propriétaire du bien-fonds) s'est engagé expressément envers l'ancien débiteur à reprendre la créance contenue dans la cédule hypothécaire (ce qui est très rarement convenu). **L'inscription du débiteur** d'une cédule hypothécaire de registre ou d'une cédule hypothécaire sur papier n'est pas obligatoire. Cette inscription ne pose en effet aucun problème, dans la mesure où le propriétaire du bien-fonds et le débiteur sont les mêmes. Par conséquent, les mêmes conditions que celles existant lors de la constitution de la cédule hypothécaire s'appliquent.

"Contrairement à une opinion largement répandue, le propriétaire du bien-fonds qui sert de sûreté n'est pas automatiquement débiteur de la créance incorporée dans la cédule hypothécaire."

**A défaut d'inscription**, le registre foncier ne pourra pas informer le débiteur en cas d'un éventuel changement de créancier. Ceci augmente le risque que le débiteur s'exécute auprès du mauvais créancier et ne puisse pas être libéré de sa dette. Toutefois, ce risque est très limité puisque le débiteur peut vérifier auprès du registre foncier qui est le créancier. En effet, le débiteur ne peut pas prétendre qu'il ne connaît pas le contenu du registre foncier. **Néanmoins, s'il existe une inscription**, il faudra tout de même s'assurer qu'en cas de vente du bien-fonds le débiteur inscrit au registre foncier soit modifié, ce qui n'est souvent pas entrepris dans tous les cantons. Même si les parties ont convenu d'une reprise de la créance contenue dans la cédule hypothécaire, il subsiste en cas d'inscription une insécurité juridique sur la personne du débiteur. Il n'y a au moins pas d'apparence trompeuse lorsqu'il n'y a aucune inscription. Du point de vue du débiteur, il est par conséquent recommandé **de ne pas inscrire au registre foncier le débiteur d'une cédule hypothécaire de registre**.

## 6 APPRÉCIATION

Outre les avantages déjà mentionnés ci-dessus, la cédule hypothécaire de registre présente encore **d'autres avan-**

**tages.** Comme elle n'est pas émise sur papier mais qu'elle est seulement inscrite au registre foncier, il n'est donc pas onéreux de la conserver ou de la transmettre. De plus, une cédule hypothécaire de registre ne peut pas être perdue. La perte d'une cédule hypothécaire sur papier entraîne toujours une laborieuse et coûteuse procédure d'annulation. Ceci ne peut pas se produire dans le cas d'une cédule hypothécaire de registre. La transmission d'une cédule nominative s'opère par endossement (déclaration de cession sur la cédule hypothécaire). A cet effet, il n'est pas rare que des erreurs se produisent, lesquelles sont très difficiles à corriger. Ceci ne peut pas se produire dans le cas d'une cédule hypothécaire de registre. Finalement, la cédule hypothécaire de registre garantit le fait que le registre foncier peut toujours faire parvenir des communications au véritable créancier.

Selon un sondage non représentatif de certains notaires zurichois, il est estimé que dans le canton de Zurich au moins **95% des nouvelles constitutions de cédules hypo-**

**thécaires sont désormais des cédules hypothécaires de registre.** A l'inverse, pratiquement aucune cédule hypothécaire de registre n'a été constituée jusqu'à présent dans le canton de Genève, en raison de droits d'enregistrement très élevés. Sur la base des expériences faites dans le canton de Zurich, nous pouvons supposer que la cédule hypothécaire de registre a déjà remplacé la cédule hypothécaire sur papier dans la plupart des cantons, après seulement trois années d'introduction. En particulier, les grandes banques mettent en place de manière presque exclusive des cédules hypothécaires de registre, qui sont transmises à titre fiduciaire à SIX SIS AG. En revanche, la transformation des cédules hypothécaires sur papier en cédules hypothécaires de registre demeure pour l'instant limitée. En raison des avantages clairs qu'offre la cédule hypothécaire de registre ainsi que de ses moindres coûts, il **est recommandé aux propriétaires de cédules hypothécaires sur papier** (sauf dans le canton de Genève), d'effectuer leur **transformation** dès que possible.

## Contacts

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

A Genève:



**Yves Jeanrenaud**

Associé  
yves.jeanrenaud@swlegal.ch

A Zurich:



**Josef Caleff**

Associé  
josef.caleff@swlegal.ch



**Bénédicte Foex**

Associé  
benedict.foex@swlegal.ch



**Anita Schläpfer**

Associée  
anita.schlaepfer@swlegal.ch

**SHELLENBERG WITTMER SA / Avocats**

**ZURICH** / Löwenstrasse 19 / Case postale 1876 / 8021 Zurich / Suisse / T+41 44 215 5252

**GENÈVE** / 15bis, rue des Alpes / Case postale 2088 / 1211 Genève 1 / Suisse / T+41 22 707 8000

**SINGAPOUR** / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapour 049909 / www.swlegal.sg

[www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)

Cette Newsletter est disponible en français, anglais et allemand sur notre site internet [www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch).