

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



5A_326/2018

Arrêt du 28 septembre 2018

Ile Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Escher et Bovey.
Greffière : Mme Achtari.

Participants à la procédure
A. _____,
représentée par Me Thierry F. Ador, avocat,
recourante,

contre

Office des poursuites de Genève,
rue du Stand 46, 1204 Genève.

Objet
cédule hypothécaire, annulation de la cédule non-couverte par le prix d'adjudication (plainte 17 LP),

recours contre la décision de la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites de la Cour de justice du canton de Genève du 15 mars 2018 (A/3957/2017-CS DCSO/178/18).

Faits :

A.

A.a. Le 29 août 2017, l'Office des poursuites du canton de Genève (ci-après: office) a procédé, dans les poursuites en réalisation de gage immobilier engagées par les créanciers gagistes de premier et quatrième rang, à la vente aux enchères de la parcelle n° xxxx de la Commune de U. _____, appartenant à B. _____.

A.b. Selon l'état des charges déposé en même temps que les conditions de vente le 7 août 2017, les créances garanties par un gage immobilier étaient les suivantes:

- 11'076 fr. 40 au titre d'hypothèque légale privilégiée en faveur de l'Etat de Genève;
 - 2'110'478 fr. 90 en faveur d'une banque en vertu d'une cédule hypothécaire au porteur de premier rang d'un montant nominal de 2'000'000 fr.;
 - 100'000 fr. en faveur d'un porteur inconnu en vertu d'une cédule hypothécaire au porteur de deuxième rang d'un montant nominal identique;
 - 1'464'308 fr. 26 en faveur de A. _____ en vertu d'une cédule hypothécaire au porteur en troisième rang d'un montant nominal de 1'000'000 fr.;
 - 564'930 fr. 55 en faveur d'une société tierce, en vertu d'une cédule hypothécaire au porteur de quatrième rang d'un montant nominal de 500'000 fr.
- Préalablement à la vente, l'office s'est fait remettre les titres de gage en premier, troisième et quatrième rang.

A.c. L'immeuble réalisé a été adjugé à A. _____ pour le prix de 2'160'000 fr. Ce montant a permis de couvrir les créances de l'Etat de Genève et de la banque. Aucun montant n'est en revanche revenu aux porteurs des cédules hypothécaires en deuxième, troisième et quatrième rang.

B.

B.a. Par lettre du 8 septembre 2017 adressée à l'office, invoquant son intérêt économique à utiliser le titre, A. _____ a requis que la cédule hypothécaire en troisième rang lui soit remise, en indiquant vouloir reprendre à son nom la dette personnelle incorporée dans la cédule. Par courrier du 12 du même mois, l'office a rejeté cette demande.

B.b. Par décision du 15 mars 2018, la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté la plainte formée par A. _____ contre la décision du 12 septembre 2017.

C.

Par acte posté le 13 avril 2018, A. _____ interjette un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral contre cette décision. Principalement, elle conclut à sa réforme en ce sens qu'il est pris acte qu'elle se porte débitrice de la dette incorporée dans la cédule hypothécaire au porteur n° xxxx/xxxx du 17 juillet 2009, à hauteur de ladite cédule soit 1'464'308 fr. 26 (montant nominal 1'000'000 fr.), qu'il est ordonné à l'office de faire modifier par le Registre foncier la cédule hypothécaire en spécifiant qu'elle devient débitrice de la créance cédulaire, à hauteur de ladite cédule soit 1'464'308 fr. 26 (montant nominal 1'000'000 fr.) et de lui remettre la cédule moyennant la reprise de la dette qu'elle incorpore. Subsidiairement, elle conclut à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, elle invoque la violation de l'art. 68 ORFI en lien avec l'art. 842 CC, ainsi que des art. 175 s. CO.

Des observations n'ont pas été requises.

D.

Par ordonnance du 17 mai 2018, l'effet suspensif a été accordé au recours.

Considérant en droit :

1.

Interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 2 let. a *cum* 46 al. 1 let. a LTF) par la partie qui a succombé dans ses conclusions prises devant l'autorité précédente (art. 76 al. 1 LTF) et dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF) rendue en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF) par une autorité cantonale de surveillance de dernière (unique) instance (art. 75 al. 1 LTF), le recours est en principe recevable, et ce indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF).

2.

2.1. Le recours peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut donc admettre le recours en se fondant sur d'autres arguments que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (**ATF 143 V 19** consid. 2.3; **140 III 86** consid. 2). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 2 LTF, sous peine d'irrecevabilité, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui (**ATF 140 III 86** consid. 2 et les références), sauf en présence d'une violation du droit évidente (**ATF 142 I 99** consid. 1.7.1; **140 III 115** consid. 2; **138 I 274** consid. 1.6; **133 II 249** consid. 1.4.1).

2.2. Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement sur la base des faits établis par la juridiction précédente (art. 105 al. 1 LTF).

3.

3.1. L'autorité de surveillance a confirmé la décision de l'office de requérir la radiation de la cédule hypothécaire en troisième rang dont la créance en résultant n'avait pas été couverte par le produit de réalisation de l'immeuble gagé. D'une part, la plaignante n'avait pas établi avoir effectivement repris la dette personnelle résultant de la cédule litigieuse, que ce soit par une promesse faite au débiteur ou, étant elle-même créancière, par la libération unilatérale de ce dernier; en conséquence, la délivrance de la cédule hypothécaire exposerait le débiteur au risque d'un double paiement, une fois au titre de la créance résultant de la cédule et une fois au titre du solde non couvert de la créance admise à l'état des charges. Elle a précisé qu'une simple offre de reprise de dette formulée à l'office était insuffisante à cet égard et que, la cédule ne mentionnant pas le nom du débiteur actuel, il n'était pas envisageable de la modifier en indiquant le nom de la plaignante en qualité de débitrice. D'autre part, la remise à l'adjudicataire d'une cédule dont la créance n'avait pas été couverte par le prix d'adjudication contrevenait au texte clair de l'art. 110 al. 2 ORFI auquel l'office ne pouvait pas déroger.

3.2. La recourante se plaint tout d'abord de la violation de l'art. 68 ORFI en lien avec l'art. 842 CC. Elle soutient qu'en requérant de l'office, par courrier du 8 septembre 2017, la restitution de la cédule

hypothécaire au porteur dont elle est titulaire ainsi que la modification visant à l'inscrire en tant que débitrice cédulaire, elle pouvait s'opposer à la radiation du droit de gage et se faire transférer la cédule.

La recourante se plaint ensuite de la violation des art. 175 s. CO. Elle soutient qu'elle a opéré une reprise de dette externe, une reprise interne étant impossible faute de mention du débiteur actuel, soumise au consentement du créancier uniquement, soit elle-même. Elle conclut qu'elle a valablement repris la dette incorporée dans la cédule hypothécaire au porteur et précise que la reprise de dette n'a aucun effet sur la prétention de base, soit le prêt consenti.

4.

La question qui se pose est de savoir si, suite à la réalisation forcée d'un immeuble grevé d'un droit de gage, l'adjudicataire peut exiger de se faire remettre la cédule hypothécaire qu'il détenait en qualité de créancier gagiste de rang postérieur à celui du gage garantissant la créance mise en poursuite, en lieu et place de la radiation, s'il reprend la dette personnelle résultant de celle-ci, non couverte par le produit de réalisation.

4.1.

4.1.1. La cédule hypothécaire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier (art. 842 al. 1 CC). Elle incorpore à la fois la créance et le droit de gage immobilier qui en est l'accessoire, en ce sens que son existence et son montant dépendent de ceux de la créance cédulaire (art. 114 al. 1 CO) et qu'il la suit en cas de transfert (art. 170 al. 1 CO; STEINAUER, Les droit réels, tome III, 4^{ème} éd., 2012, n° 2937). Ces deux éléments constitutifs de la cédule hypothécaire forment une unité stricte et ont par conséquent un sort juridique commun (**ATF 140 III 36** consid. 4; **134 III 71** consid. 3).

4.1.2. La créance cédulaire étant une créance nouvelle et abstraite, son paiement intégral n'entraîne pas de plein droit la disparition de la cédule. Lorsque le débiteur paie la totalité de la dette cédulaire, il peut exiger du créancier qu'il lui transfère la cédule, soit, s'agissant d'une cédule sur papier, qu'il lui remette le titre non annulé (art. 853 ch. 2 CC). Le débiteur devient alors son propre créancier et la créance cédulaire ne conserve qu'une existence virtuelle. Elle subsiste toutefois, avec le droit de gage qui la garantit, de sorte que le débiteur peut utiliser la même cédule pour garantir une autre créance de base, s'il décide de laisser subsister l'inscription au registre foncier au lieu de la faire radier comme l'autorise l'art. 854 CC. Il peut ainsi obtenir un nouveau crédit en s'épargnant les frais de la constitution d'un nouveau droit de gage immobilier et éviter qu'un créancier de rang postérieur puisse exercer un droit de profiter des cases libres (STEINAUER, *op. cit.*, n° 3060 ss, 2767a et 2771a). Seul le débiteur peut faire valoir la prétention déduite de l'art. 853 CC (**ATF 130 III 681** consid. 2.4).

4.1.3. Quand elle est sur papier, la cédule hypothécaire est dressée par l'office du registre foncier (art. 861 al. 1 CC). Le nom du débiteur ne doit pas nécessairement figurer sur le titre (art. 144 al. 2 ORF *a contrario*). En cas de reprise ultérieure de dette, le conservateur n'est pas tenu de donner suite à une réquisition tendant à inscrire le nouveau débiteur. La personne du débiteur peut donc changer sans que le titre ne soit modifié: la cédule hypothécaire ne garantit que l'existence d'un débiteur, et non le fait que celui qui a été à un moment donné le débiteur de la créance incorporée dans le titre le soit toujours (**ATF 129 III 12** consid. 2.3 et 2.4). Si le débiteur initial mis en poursuite n'est plus débiteur, il lui appartiendra d'établir que la dette a été reprise par un tiers (STEINAUER, *op. cit.*, n° 2993c).

4.2.

4.2.1. La créance abstraite incorporée dans la cédule hypothécaire, et seule garantie par le gage immobilier, doit faire l'objet d'une poursuite en réalisation de gage immobilier (art. 151 ss LP en relation avec les art. 133 à 143b LP, complétés par l'ORFI; **ATF 140 III 180** consid. 5.1.1).

4.2.2.

4.2.2.1. L'art. 135 LP, en lien avec les art. 45 à 52 ORFI (art. 102 ORFI), règle le contenu des conditions des enchères dans la poursuite en réalisation de gage. Formellement annexé à ces conditions, l'état des charges détermine celles qui sont déléguées à l'adjudicataire de l'immeuble et celles que cet adjudicataire aura, au contraire, à payer en imputation du prix de vente (cf. not. JENT-SØRENSEN, Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstückverwertung in der Spezialverwertung, 2003, n° 693; MOSER, Die Behandlung von nachrangigen Grundpfandrechten in der Zwangsverwertung aufgrund von Betreuung auf Pfandverwertung, *in* BJM 2011 p. 1 ss [8 ss]).

Si une créance garantie par un gage immobilier de rang postérieur à celui garantissant la créance mise en poursuite n'est pas exigible, elle est déléguée à l'adjudicataire (art. 135 al. 1 1^{ère} phr. LP en lien avec les art. 45 al. 1 let. a et 34 al. 1 let. b ORFI; cf. not. MOSER, *op. cit.*, p. 13). Il s'opère donc d'abord une reprise cumulative de dette de par la loi; le débiteur primitif n'est libéré que si le créancier ne lui déclare pas dans l'année à compter de l'adjudication qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre lui (art. 135 al. 1 2^{ème} phr. LP, en lien avec l'art. 832 al. 2 CC; BERNHEIM/KÄNZIG, *in* Kurzkommentar SchKG, 2^{ème} éd., 2014, n° 25 ad art. 135 LP; MOSER, *op. cit.*, p. 13; STEINAUER, *op. cit.*, n° 2824c). Si le produit de la réalisation ne suffit pas ou qu'en partie à couvrir les créances non exigibles, celles-ci ne sont pas déléguées et les gages immobiliers les garantissant s'éteignent ou sont réduits d'un montant correspondant à la part non couverte de la créance (art. 45 al. 1 let. a ORFI; cf. not. FOËX, *in* Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 77 ad art. 156 LP; MOSER, *op. cit.*, p. 14; STAEHELIN, *in* Basler Kommentar, ZGB II, 5

ème éd., 2015, n° 8 ad art. 854 CC; STÖCKLI/DUC, *in* Basler Kommentar, SchKG I, 2^{ème} éd., 2010, n° 3 et 5 ad art. 135 LP).

En revanche, si la créance garantie par un gage immobilier est exigible (ce qui est le cas de la créance ayant donné lieu à la poursuite), elle n'est pas déléguée à l'adjudicataire mais payée, selon son rang (JENT-SØRENSEN, *op. cit.*, n° 697), sur le produit de la réalisation (art. 135 al. 1 *in fine* LP). Le droit de gage s'éteint que la créance qu'il garantit est ou non complètement couverte par le produit de la réalisation. En effet, si un créancier gagiste laisse procéder à la vente de son droit de gage, celui-ci a atteint son but et doit donc en principe être radié du registre foncier. L'adjudicataire doit pouvoir acquérir l'immeuble libre de cette charge, qui ne figurait pas parmi celles qui sont déléguées. L'extinction du droit de gage ne peut pas être subordonnée au résultat favorable de la réalisation. Elle se produit au contraire même quand la créance garantie par gage n'est pas couverte ou pas entièrement (**ATF 106 II 183** consid. 2). En d'autres termes, tous les droits de gage garantissant une créance exigible s'éteignent, indépendamment de leur rang et de la question de savoir si la créance a été couverte par le produit de la réalisation (MOSER, *op. cit.*, p. 15).

4.2.2.2. La réalisation forcée de l'immeuble grevé est une cause de radiation du gage (art. 156 al. 1 3^{ème} phr. LP en lien avec l'art. 68 al. 1 let. b et 110 al. 2 ORFI; art. 801 CC). En conséquence, toutes les créances garanties par gage immobilier qui n'ont pas été déléguées à l'adjudicataire ne sont plus garanties une fois l'objet du gage réalisé (HÄBERLIN, *in* Commentaire ORFI, 2012, n° 3 ad art. 68 ORFI). Si le gage revêt la forme d'une cédula hypothécaire, il ne s'agit pas d'un cas où le débiteur peut exiger la remise de cette cédula au sens de l'art. 853 CC. La radiation a lieu que la créance cédulaire exigible ait été payée, entièrement ou partiellement ou, alors qu'elle devait être déléguée à l'adjudicataire, qu'elle ait été non couverte par le montant de la réalisation (cf. art. 68 al. 1 let. b ORFI; HÄBERLIN, *op. cit.*, n° 2 ad art. 68 ORFI; STAEHELIN, *op. cit.*, n° 8 ad art. 854 CC; STEINAUER, La cédula hypothécaire, Commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, n° 20 ad art. 854 CC). Pour les cédules hypothécaires sur papier, l'office doit exiger, avant la distribution des deniers, la production des titres constatant le gage dont la vente a entraîné l'extinction totale ou partielle. A défaut, il pourvoit néanmoins aux radiations et modifications nécessaires au registre foncier, mais il consigne les sommes afférentes à ces créances (art. 69 al. 1 ORFI).

Les dispositions qui exigent la radiation du droit de gage ne sont pas de simples prescriptions d'ordre et leur but ne se limite pas à protéger l'acquéreur de l'immeuble de droits de tiers qui n'auraient pas disparu de manière reconnaissable sans la radiation. Elles s'inscrivent au contraire dans le but même du droit de gage qui doit disparaître dès que le créancier use de son droit de faire réaliser l'immeuble (**ATF 125 III 252** consid. 2a). Pour le montant non couvert, la créance garantie par une cédula hypothécaire est convertie en une créance ordinaire (**ATF 68 II 84** consid. 1; STAEHELIN, *op. cit.*, n° 10 ad art. 854 CC; STEINAUER, *op. cit.*, n° 14 ad art. 855 CC) et le créancier gagiste poursuivant se voit délivrer un certificat d'insuffisance de gage à concurrence de ce montant (art. 158 al. 1 LP; **ATF 121 III 432** consid. 2 *in initio*). Cet acte atteste que, dans le cadre de la poursuite en réalisation du gage, la prétention garantie par le gage est demeurée totalement ou partiellement à découvert. Ce constat permet au créancier de poursuivre l'exécution par voie de saisie ou de faillite, suivant la qualité du débiteur. La délivrance de cet acte exclut que le gage continue à produire ses effets et qu'il puisse dès lors être réalisé aussi longtemps que le créancier gagiste ne serait pas remboursé (**ATF 122 III 432** consid. 5; **106 II 183** consid. 2). Aux autres créanciers gagistes qui subissent une perte à l'issue de la poursuite en réalisation de gage immobilier, il est délivré une attestation constatant que leurs créances sont demeurées à découvert (art. 120 2^{ème} phr. ORFI; **ATF 125 III 252** consid. 2a; FOËX, *op. cit.*, n° 14 ad art. 158 LP; KÄSER/HÄCKI, *in* Kurzkommentar SchKG, 2^{ème} éd., 2014, n° 2 s. ad art. 158 LP).

4.2.2.3. Lorsque le droit de gage immobilier revêt la forme d'une cédula hypothécaire, l'adjudicataire peut toutefois vouloir réutiliser cette cédula dont le créancier a été, partiellement au moins, désintéressé. Le Tribunal fédéral, suivi par la majorité de la doctrine, a jugé que, dans un tel cas, cet adjudicataire peut éviter la radiation en reprenant la dette personnelle incorporée dans la cédula hypothécaire (**ATF 125 III 252** consid. 2d), dans la mesure où la créance cédulaire a été couverte par le prix (ATF 125 III précité consid. 2b). L'adjudicataire devient alors le créancier cédulaire, soit le titulaire d'une cédula du propriétaire à laquelle l'art. 854 CC s'applique, notamment le droit de réemployer la cédula (GASSER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Jahre 1999 und 2000, *in* RJB 2001 (137) p. 285 ss [313]; KÄNZIG/BERNHEIM, *in* Basler Kommentar, SchKG I, 2^{ème} éd., 2010, n° 34 ad art. 156 LP; KÄSER/HÄCKI, *op. cit.*, n° 26 ad art. 156 LP; RÜETSCHI/NAWID/LORETAN, *in* SK Kommentar, 4^{ème} éd., 2017, n° 29 ad art. 156 LP; STAEHELIN, *op. cit.*, *loc. cit.*; STEINAUER, *op. cit.*, n° 20 ad art. 854 CC; WIEGAND/BRUNNER, Vorschläge zur Ausgestaltung des Schuldbriefes als papierloses Registerpfand, 2003, p. 65 s.; plus nuancé: MOSER, *op. cit.*, p. 16, qui considère que la réutilisation de la cédula hypothécaire est possible aux conditions sus-évoquées, mais que l'adjudicataire n'a pas de prétention de cette nature contre l'office des poursuites; *contra*: DEILLON-SCHEGG, Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung, *in* RNRF 2000 (81), p. 89 ss [105 s.], qui estime que la réutilisation est possible sans reprise de dette en appliquant par analogie l'art. 853 CC; HÄBERLIN, *op. cit.*, n° 5 ad art. 68 ORFI, et JAQUES, La réutilisation des cédules hypothécaires et le emploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée, *in* RNRF 2005 (86) p. 209 ss [221 s.], qui estiment que la réutilisation est aussi possible pour la part non couverte de la créance cédulaire).

4.3. En l'espèce, la vente aux enchères a pu avoir lieu mais aucun montant n'est revenu à la créance cédulaire en 3^{ème} rang. Cette situation exclut à elle seule le emploi de la cédula hypothécaire par la recourante, même créancière gagiste. Admettre le contraire va à l'encontre des règles régissant la

réutilisation de la cédula hypothécaire, réutilisation qui n'est possible qu'en cas de paiement de la créance cédulaire même en dehors de toute exécution forcée. En outre, une telle situation porte atteinte aux intérêts du débiteur dont la dette coexiste avec la créance cédulaire. C'est donc à raison que l'autorité de surveillance a rejeté la plainte dirigée contre le refus de l'office de renoncer à requérir la radiation de la cédula hypothécaire au registre foncier. D'ailleurs, la recourante n'attaque précisément pas cette partie de la double motivation de l'autorité de surveillance selon laquelle, se référant à l'art. 110 al. 2 ORFI, la plainte devait être rejetée non seulement parce que la dette cédulaire n'avait pas été reprise mais aussi parce que l'office ne peut renoncer à la radiation que dans la mesure où la créance cédulaire est couverte au moins partiellement par le produit de la réalisation. En outre, l'argument de la recourante, reposant sur la doctrine minoritaire précitée (cf. *supra* consid. 4.2.2.3: HÄBERLIN), selon lequel elle pouvait s'opposer à la radiation du droit de gage notamment parce que, suite à la reprise de dette, elle aurait été en droit de se faire inscrire comme débitrice sur la cédula hypothécaire, contrevient à la jurisprudence relative aux indications que le conservateur du registre foncier est tenu de porter sur le titre et dont le débiteur de la créance qu'elle incorpore ne fait pas partie (cf. *supra* consid. 4.1.3). En invoquant à l'appui de son propos les art. 864 CC et 12 ORF, elle confond manifestement la position de débiteur et de créancier cédulaire. Il suit de là que les griefs de la recourante doivent être rejetés.

5.

En définitive, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 66 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, à l'Office des poursuites de Genève et à la Chambre de surveillance des Offices des poursuites et faillites de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 28 septembre 2018

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : von Werdt

La Greffière : Ahtari