

Circulaire no B 12

de la Direction de l'intérieur et de la justice du canton de Berne à l'intention des bureaux du registre foncier et de l'autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de Berne

Transfert à l'adjudicataire de cédules hypothécaires du propriétaire sur son propre immeuble

A. DEMANDE AU TRIBUNAL FEDERAL

L'autorité cantonale de surveillance a soumis à la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral suisse la question de savoir si l'art. 68 al. 1 let. b ORFI a un caractère impératif ou s'il n'est qu'une prescription d'ordre. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur cette question dans une réponse détaillée, dont la teneur est la suivante:



« Par lettre du 26 juillet 1979, vous nous avez demandé si un office des poursuites et des faillites – lorsque des créanciers garantis par une cédule hypothécaire n'ont pas pu être désintéressés avec le produit de la vente - doit faire radier les cédules hypothécaires correspondantes ou s'il est admissible de déléguer ces cédules hypothécaires au nouveau propriétaire comme nouveau débiteur s'il le souhaite; il s'agit en d'autres termes de déterminer si l'art. 68 al. 1 lit. b ORFI a un caractère impératif ou ne représente qu'une prescription d'ordre. Nous nous prononçons comme suit sur cette question de principe qui mérite une réponse même en dehors de toute procédure de recours:

A teneur de l'art. 68 al. 1 lit. b ORFI et dans le cadre d'une procédure de saisie, l'office des poursuites et des faillites doit requérir - en même temps que l'inscription du transfert de propriété au registre foncier – la radiation des droits de gage et autres charges qui n'ont pas pu être délégués à l'adjudicataire. Selon les art. 102 et 130 al. 1 ORFI, cette disposition est également valable dans la procédure en réalisation de gage et dans la procédure de faillite. Elle a pour but de garantir à l'adjudicataire que l'objet acquis aux enchères est franc de charges - pour autant que les charges n'aient pas été déléguées - et ainsi de le protéger contre le risque de voir des tiers invoquer, par la suite, des droits éteints (cf. ATF 99 Ib 433). Le sens de l'art. 68 précité est du reste corroboré par l'art. 69 ORFI, lequel prévoit la publication de la radiation du droit de gage immobilier dans la Feuille officielle lorsque le titre y relatif ne peut pas être produit et que, par conséquent, il existe un risque certain de voir le créancier hypothécaire tenter de faire valoir son droit éteint contre l'adjudicataire. Toutefois, un tel risque est inexistant lorsque l'adjudicataire veut reprendre les titres. En effet, l'adjudicataire obtient alors des titres du propriétaire sur son propre immeuble qu'il peut utiliser sans autres formalités et sans frais supplémentaires. On ne saurait voir quels intérêts pourraient s'opposer à une telle manière de procéder, laquelle est susceptible d'offrir des avantages considérables pour l'adjudicataire. L'intérêt du fisc à la perception de taxes pour la

constitution de nouvelles cédules hypothécaires ne saurait être déterminant dans ce contexte (cf. ATF 99 Ib 434). Il n'y a donc pas lieu, à notre avis, de considérer sans autre l'art. 68 al. 1 lit. b ORFI comme impératif. Cette interprétation rejoint d'ailleurs l'opinion défendue par le Tribunal fédéral dans l'ATF 99 Ib 430. Il s'agissait d'un cas où le liquidateur avait, dans une procédure de concordat par abandon d'actif, vendu un immeuble de gré à gré. Avec le prix de vente, il avait payé les cédules hypothécaires grevant l'immeuble et les avait par la suite remises aux acheteurs. Le Tribunal fédéral a admis cette manière de procéder. Certes, il a considéré que l'art. 68 al. 1 lit. b ORFI s'appliquait en principe également à la vente de gré à gré dans une procédure de concordat, mais il a relevé que cette disposition ne devait pas être interprétée de manière trop formaliste. Le Tribunal fédéral a jugé que si aucun intérêt de tiers ne s'y opposait, on pouvait - avec l'accord de toutes les personnes concernées - renoncer à radier les titres de gage immobilier et les remettre à l'acquéreur de l'immeuble.

Une conclusion identique peut être retenue en ce qui concerne l'art. 68 al. 1 lit. a ORFI, à savoir dans le cadre de la radiation des titres de gage immobilier créés au nom du propriétaire lui-même et dont le débiteur n'a pas disposé. Là non plus, on ne voit pas pour quelle raison il ne devrait pas être admissible de remettre de tels titres à l'adjudicataire lorsqu'il est établi que d'éventuels créanciers gagistes de rang postérieur ne seront pas privés de leur droit de participer, conformément à l'art. 815 CC, au produit de la réalisation sans égard aux titres de gage créés au nom du propriétaire lui-même et dont le débiteur n'a pas disposé.

Dans ce sens, nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative à votre question consistant à savoir si l'art. 68 ORFI représente ou non une simple prescription d'ordre à laquelle on peut déroger lorsqu'aucun intérêt de tiers n'y fait obstacle.»

B. DIRECTIVES A L'INTENTION DES OFFICES

Il ressort de la réponse susmentionnée du Tribunal fédéral que la let. a tout comme la let. b de l'art. 68 al. 1 ORFI constituent de simples prescriptions d'ordre. L'expérience ayant démontré que de nombreux problèmes surviennent dans l'application concrète, les directives suivantes ont été établies à l'intention des offices des poursuites et des offices des faillites sur la manière de traiter les créances hypothécaires dans une procédure en réalisation de gage immobilier, lorsque ce n'est pas le titre de gage immobilier lui-même mais l'immeuble qui fait l'objet de la poursuite:

I. CREANCES HYPOTHECAIRES NON ENCORE EXIGIBLES : DELEGATION

1. Délégation

Les créances hypothécaires non encore exigibles (hypothèques et/ou cédules hypothécaires) doivent être déléguées à l'adjudicataire de l'immeuble grevé dans la mesure où elles sont couvertes par le prix d'adjudication. L'acquéreur en devient débiteur à concurrence dudit prix.

Le registre foncier ne donne aucune indication quant à l'exigibilité d'une créance hypothécaire. Dès lors, il y a lieu de s'en référer - dans le cadre d'une poursuite - aux indications fournies par le créancier lors de la production de sa créance et - dans le cadre d'une faillite - aux documents remis respectivement à ceux qui devront être requis.

Dans l'état des charges, les créances non exigibles sont inscrites dans la pénultième colonne du formulaire ORFI 9a B et dans l'antépénultième colonne du formulaire ORFI 9a K. Dans le formulaire ORFI 15, les créances déléguées à l'adjudicataire sont inscrites sous le ch. 6.a).

2. Radiation partielle

Les créances hypothécaires sont déléguées à concurrence du montant pour lequel le créancier demande à être couvert (production de créance concrète ou abstraite), la limite maximale de la couverture étant constituée par le montant du gage indiqué au registre foncier ainsi que par le prix d'adjudication.

Alors que l'office des poursuites reprend sans autre examen le montant indiqué dans la production de créance, l'office des faillites - quant à lui - inscrit à l'état des charges le montant qu'il admet.

La vente aux enchères effectuée, il y a lieu de radier le montant dépassant le prix d'adjudication et/ou le montant équivalent à la différence entre la somme déléguée à l'adjudicataire et celle inscrite au registre foncier. Les cases libres ne sont pas inscrites au registre foncier.

L'avis y relatif au registre foncier se fait au moyen du formulaire ORFI 15, sous chiffre 6.b) pour les hypothèques et sous ch. 6.b) et 7.b) pour les cédules hypothécaires. Les créances déléguées sont inscrites, quant à elles, sous le ch. 6.a). Les titres doivent être envoyés au registre foncier afin d'être partiellement annulés.

L'**exception** suivante doit être respectée

Fait toutefois exception l'hypothèque légale garantissant la rente du droit de superficie, qui n'est pas radiée en cas de réalisation forcée (art. 779k al. 1 CC).

II. CREANCES HYPOTHECAIRES EXIGIBLES : PAIEMENTS EN ESPECES

1. Principe : radiation du gage immobilier

Lorsque les créances hypothécaires sont exigibles, il y a en principe lieu d'exiger - dans les conditions des enchères - leur paiement en espèces. Dans l'état des charges, lesdites créances seront inscrites dans la dernière colonne du formulaire ORFI 9a B et dans l'avant-dernière colonne du formulaire ORFI 9a K.

Après la vente aux enchères, les droits de gage immobiliers doivent être annulés. L'avis y relatif au registre foncier se fera au moyen du formulaire ORFI 15, à savoir sous ch. 6.b) pour les hypothèques et sous ch. 6.b) et 7.a) pour les cédules hypothécaires. Les cédules hypothécaires seront en outre remises au registre foncier en vue de leur radiation.

2. Réglementation spéciale : transfert des cédules hypothécaires à l'adjudicataire

Si l'adjudicataire déclare expressément souhaiter reprendre les cédules hypothécaires

(nominatives et/ou au porteur), il y a lieu de procéder comme suit:

La déclaration d'adjudication figurant à la fin du procès-verbal de vente aux enchères doit être complétée par la clause suivante: *«L'adjudicataire reprend en toute propriété la/les cédule/s hypothécaire/s (à spécifier), y compris la dette personnelle qui lui/leur est incorporée.»* La déclaration d'adjudication sera signée par l'acquéreur.

Le formulaire ORFI 15 sera, pour sa part, complété au ch. 6.a) par la clause suivante: *«Lors de la vente aux enchères du (date), l'adjudicataire a - conformément à la circulaire n° B 12 de la Direction de l'intérieur et de la justice ainsi que de l'autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite et faillite du canton de berne du 25 avril 2000 - déclaré reprendre en toute propriété la/les cédule/s hypothécaire/s (à spécifier), y compris la dette personnelle qui lui/leur est incorporée.»*

Après que le prix d'adjudication a été payé dans son intégralité, les cédules hypothécaires doivent être envoyées au registre foncier afin que l'acquéreur soit inscrit au registre des créanciers. A cet égard, il convient de préciser que l'office des poursuites ou des faillites devra auparavant procéder à l'endossement des cédules hypothécaires nominatives au profit de l'adjudicataire. Une fois que le registre foncier s'est exécuté, les titres pourront être remis à l'adjudicataire.

Les cédules hypothécaires ne peuvent être transférées qu'au seul acquéreur de l'immeuble; un transfert direct à un tiers désigné par ce dernier est prohibé.

Il convient de tenir compte des **exceptions** suivantes:

Le transfert de cédules hypothécaires est exclu lorsque des droits de gage immobiliers (hypothèques ou cédules hypothécaires) de même rang ou de rang postérieur sont délégués. Les cédules hypothécaires qui ont un rang postérieur par rapport aux droits délégués peuvent, en revanche, être transférées.

Les hypothèques ne peuvent pas être transférées mais doivent être radiées (sous réserve de l'art. 779k al. 1 CC) lorsque les créances hypothécaires sont exigibles et qu'elles ne peuvent, par conséquent, être déléguées.

III. CEDULES HYPOTHECAIRES QUI N'ONT PAS ETE UTILISES

1. Principe : radiation des cédules hypothécaires

Les cédules hypothécaires qui n'ont pas été utilisées et qui sont dès lors en possession du propriétaire foncier saisi ou failli doivent être prises sous la garde de l'office des poursuites et des faillites mais ne seront pas mentionnées dans l'état des charges.

Après la vente aux enchères, lesdites cédules hypothécaires doivent être radiées conformément à la procédure décrite au ch. II.1 de la présente circulaire.

2. Réglementation spéciale : transfert des cédules hypothécaires à l'adjudicataire

Si l'adjudicataire souhaite expressément reprendre les cédules hypothécaires qui n'ont pas été utilisées, il y a lieu de procéder conformément au ch. II.2 de la présente circulaire.

Berne, le 25 avril 2000 (modifiée du point de vue rédactionnel au 1^{er} juillet 2020)