

## Recherche sur la novation de la cédule hypothécaire

### I) Introduction : les différentes étapes de l'analyse

Il convient de distinguer, dans un premier temps, si la novation affecte **la créance de base** (contrat de prêt) ou **la créance cédulaire**.

Si le terme novation est employé par le notaire pour la cédule directement, il faut déterminer, dans un deuxième temps, si les parties souhaitent procéder à une véritable **novation** au sens de l'art. 116 CO (extinction de la cédule et émission d'une autre qui remplace la première), si les parties souhaitent uniquement **modifier la cédule** sur certains points (PCL, rang, taux d'intérêt, etc...) ou s'il s'agit d'un simple **renouvellement formel du titre**.

- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 2*

Pour cela, il est nécessaire de déterminer la **volonté des parties**.

### II) Quelques rappels théoriques généraux

#### A) La cédule hypothécaire (art. 842 ss CC)

##### 1) Lien entre la créance cédulaire et le droit de gage immobilier

Les deux éléments constitutifs de la cédule hypothécaire (la créance et le droit de gage) **sont indissolublement liés** ; ils **forment un tout indissociable**.

Ils **partagent le même destin juridique** : ils prennent naissance ensemble et s'éteignent ensemble.

Les actes de disposition auront donc nécessairement pour objet tant la créance que le droit de gage.

Le moment de la constitution du droit de gage immobilier est également celui de la naissance de la créance cédulaire.

La radiation de l'inscription au registre foncier éteint aussi bien la créance cédulaire que le droit de gage immobilier.

- *STEINAUER Paul-Henri, Les nouvelles dispositions générales sur les cédules hypothécaires, in Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (SCHMID Jürg, édit.), 2012, p. 272 et 273*
- *FOËX Bénédicte, Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in Les gages immobiliers : constitution volontaire et réalisation forcée (HOTTELLIER Michel/FOËX Bénédicte, édit.), 1999, p. 113 et 114*
- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 40 (voir aussi références citées en note de bas de page 85)*
- *ATF 140 III 36/39 c. 4*



## 2) Date de référence pour l'inscription

**"La date figurant sur le titre est la date de l'inscription (art. 144 al. 2 let. b ORF), soit celle de l'inscription au journal de la réquisition de constitution de la cédule. Cette date n'est pas modifiée en cas de modifications apportées au titre (voir notamment les art. 150 sv. ORF)".**

- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 512*

## B) La novation (art. 116 CO)

### 1) Généralités

La novation est un contrat.

Une novation nécessite l'existence de deux créances valables.

Le contrat de novation est informel (donc pas besoin de respecter une condition de forme).

**La novation entraîne l'extinction totale de la créance, y compris les droits accessoires (cautionnements, nantissements, intérêts, etc...) et en principe les objections et exceptions qui s'y rapportent.**

- *STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, tome III, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, n. 2958a et 2958b (voir aussi 3161d)*
- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 53*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 13*
- *Commentaire romand du Code des obligations, tome I, PIOTET Denis, art. 116 n. 6 (2<sup>ème</sup> éd., 2012)*
- *ENGEL Pierre, Traité des obligations, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 768 et 770*
- *ATF 126 III 375/381 c. 2.e/bb*

### 2) La novation nécessite-t-elle deux créances non identiques?

**"L'obligation créée par novation doit présenter des différences suffisamment marquées d'avec l'ancienne ; celles-ci expliquant que les parties aient recouru à cette institution. Une simple modification du contenu ou de l'étendue de la prestation ne justifie dans la règle pas une transformation de l'obligation ordinaire, et n'exige pas son remplacement par une nouvelle".**

Toutefois, la novation peut être admise notamment en cas de "remplacement du fondement de l'obligation par un autre".

- *Commentaire romand du Code des obligations, tome I, PIOTET Denis, art. 116 n. 6 (2<sup>ème</sup> éd., 2012)*

La cause de la nouvelle obligation diffère de celle de l'obligation primitive.

- *ENGEL Pierre, Traité des obligations, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 768 et 770*



3) La novation ne se présume pas et il faut chercher la volonté des parties

**"Savoir si les parties ont voulu procéder à une novation ou seulement à un renouvellement formel de la cédula est affaire d'interprétation du contrat qu'elles ont passé (éventuellement, de l'acte unilatéral du requérant en cas de cédula du propriétaire), sans que l'une des solutions ne doive être présumée".**

- *STEINAUER Paul-Henri, La cédula hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 437*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 2 et 13*
- *Commentaire romand du Code des obligations, tome I, PIOTET Denis, art. 116 n. 6 (2<sup>ème</sup> éd., 2012)*
- *ATF 66 II 151/157, JdT 1941 I 98/102 sv.*
- *ATF 64 II 284/287, JdT 1939 I 99/102 sv.*
- *ATF 114 II 258, SJ 1988 I 545/548*
- *TF 4A\_542/2012 c. 2.6, du 24 janvier 2013*

### III) La novation en lien avec la cédula hypothécaire

#### A) Distinction entre novation selon 842 al. 2 CC et novation de la cédula

L'art. 842 al. 2 CC traite de la novation de la créance de base (généralement, un contrat de prêt) par la créance cédulaire.

**A travers ce mécanisme de novation, la créance de base s'éteint (n'existe plus) et est remplacée par la créance cédulaire.**

Le créancier n'est ainsi titulaire que d'une créance : la créance cédulaire.

En pratique, les parties recourent peu à cette manière de faire et évitent de recourir à une novation afin que les deux créances (de base et cédulaire) coexistent, raison pour laquelle le législateur a inversé les présomptions en 2012 (art. 842 al. 2 CC VS ancien art. 855 CC d'avant 2012).

- *STEINAUER Paul-Henri, Les nouvelles dispositions générales sur les cédules hypothécaires, in Les servitudes et les cédules hypothécaires à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil (SCHMID Jürg, éd.), 2012, p. 276, 277 et 283*
- *STEINAUER Paul-Henri, La cédula hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 2, 42, 53 ss et 437*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 13, nbp 53*

#### B) Novation de la cédula

**"Il y a novation de la cédula hypothécaire lorsque le propriétaire de l'immeuble grevé et le créancier cédulaire conviennent d'éteindre une (ou plusieurs) créance(s) cédulaire(s) du fait de la constitution entre eux d'une nouvelle cédula hypothécaire".**



- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 437*

"Comme elle comporte la constitution d'une nouvelle cédule hypothécaire, la novation doit reposer sur un acte authentique. **Elle entraîne l'extinction de la créance cédulaire novée ainsi que celle des droits accessoires qui y étaient liés**, dans la mesure prévue à l'art. 114 CO. **La nouvelle cédule porte la date de l'inscription au journal de la réquisition d'inscription de la novation**".

- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 438*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 13*
- *ATF 64 II 284/287, JdT 1939 I 99/102 ss*

Mais, selon la doctrine relative à l'art. 116 CO, une novation n'est pas possible si les deux créances (l'ancienne et la nouvelle) sont identiques (II B) 2).

- *Commentaire romand du Code des obligations, tome I, PIOTET Denis, art. 116 n. 6 (2<sup>ème</sup> éd., 2012)*
- *ENGEL Pierre, Traité des obligations, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 768 et 770*

Partant, **une novation au sens strict n'est pas possible dans ces cas.**

Dès lors, **la seule solution équivalente semble être une radiation suivie d'une constitution immédiate d'une nouvelle cédule hypothécaire.**

#### **IV) Les cas ne constituant pas une novation**

##### **A) Distinction entre novation de la cédule et modification de la cédule**

Une modification de la cédule se fait en principe moyennant un acte authentique (cette forme n'est pas nécessaire s'il s'agit d'une diminution de la charge ou de points qui ne sont pas objectivement essentiels : par exemple les clauses relatives à la dénonciation et au remboursement).

- *STEINAUER Paul-Henri, Les droits réels, tome III, 4<sup>ème</sup> éd., 2012, n. 3031 à 3034c*
- *STEINAUER Paul-Henri, La cédule hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 437 ss*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédules hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 3 ss*

Si la cédule n'est modifiée dans aucun de ces points/caractéristiques, alors il ne s'agit pas d'une modification (pas de références explicites mais raisonnement *a contrario*).

##### **B) Distinction entre novation de la cédule et renouvellement formel de la cédule**

"La novation de la cédule hypothécaire doit aussi être distinguée du cas où les parties ont la



volonté de renouveler l'inscription et, s'il y en a un, le titre **pour des raisons formelles, sans vouloir modifier les conditions matérielles de celle-ci (et notamment le rang du droit de gage)**. Un tel renouvellement formel de la cédula n'entraîne pas de novation : c'est la même créance cédulaire qui fait l'objet de la nouvelle inscription et, s'il y en a un, du nouveau titre". [...]. Comme il n'entraîne aucune modification matérielle de la cédula, le renouvellement formel de la cédula peut reposer sur un acte en la forme écrite. Un renouvellement formel du titre de gage peut aussi être décidé par l'office du registre foncier lui-même lorsque le titre est endommagé, surchargé ou illisible, ou que la délivrance d'un nouveau titre est préférable à la modification de l'ancien (art. 152 al. 2 ORF)".

- *STEINAUER Paul-Henri, La cédula hypothécaire : les obligations foncières : commentaire des articles 842-865 et 875 CC, 2016, p. 437 et 438*
- *STEINAUER Paul-Henri, La modification des cédulas hypothécaires, in RNR 2018, vol. 1 (janvier), p. 13 et 14*
- *ATF 66 II 151/155 à 157, JdT 1941 I 98/101 à 103*

## V) Les conséquences de la détermination pour le registre foncier

La novation de la créance issue du contrat de prêt (art. 842 al. 2 CC) n'implique aucune conséquence pour le registre foncier (aspects purement contractuels).

La modification de la cédula et le renouvellement formel de la cédula n'affectent pas matériellement celle-ci (le rang reste notamment inchangé).

L'hypothèse qui implique les conséquences les plus délicates et importantes est la novation de la cédula hypothécaire (art. 116 CO).

**En effet, en cas de novation de la cédula, la nouvelle cédula constituée prend son rang à la date du dépôt de l'acte déposé au journal prévoyant la novation.**

**De plus, tous les droits accessoires qui y sont liés (cautionnement, nantissement, etc...) s'éteignent et ne peuvent pas se rapporter sur la nouvelle cédula hypothécaire.**

**Dans un sens, la novation d'une cédula hypothécaire s'apparente à une radiation suivie d'une constitution immédiate d'une nouvelle cédula hypothécaire.**

Ces effets peuvent avoir des conséquences lourdes, **ce qui nécessite de déterminer avec certitude la volonté des parties.**

## VI) Aperçu de certaines clauses dans quelques actes notariés

P. J. XXXXX/2017 (novation et augmentation, p. 2 et 3)

La rédaction est claire et laisse comprendre qu'il s'agit d'une véritable novation.

P. J. XXXXX/2017 (novation, p. 7)

La rédaction de ce point est confuse et parfois contradictoire ("éteindre la dette totale résultant de la cédula au porteur [...] et de la remplacer par un nouveau titre de même nature et de même montant" VS "par novation au sens de l'article 842 du Code civil suisse").



P. J. XXXXX/2017 (novation et augmentation, p. 4)

La rédaction est claire et laisse comprendre qu'il s'agit d'une véritable novation.

P. J. XXXXX/2017 (novation et augmentation, p. 6 et 7)

Rédaction confuse comme pour la P. J. XXXXX/2017, sauf qu'ici il s'agit de deux cédules "novées" par deux nouvelles cédules.

P. J. XXXXX/2017 (novation et augmentation, p. 3)

La rédaction est claire et laisse comprendre qu'il s'agit d'une véritable novation.

## VII) Conclusion

Il faut déterminer, parmi les quatre hypothèses abordées, quel est le cas de figure en l'espèce **en fonction de la volonté des parties** :

- novation de la créance issue du contrat de prêt (art. 842 al. 2 CC)
- novation de la cédule (art. 116 CO)
- modification de la cédule
- renouvellement formel

La novation de la créance du contrat de base (prêt) en vertu de l'art. 842 al. 2 CC n'intéresse pas le registre foncier (clause purement contractuelle).

Les trois hypothèses restantes impliquent le concours du registre foncier.

Parmi celles-ci, seule la novation de la cédule (point III) B) ) constitue véritablement un cas de novation.

Malheureusement, il semble que, souvent, les actes notariés ne sont pas clairs sur cette question.

"On le constate, l'assimilation de la division (ou de la réunion) de cédules à une simple modification repose sur des bases qui ne sont guère solides. **Il s'agit cependant là d'un usage semble-t-il répandu, qui correspond à un besoin non négligeable de la pratique. Il faut donc vraisemblablement s'en accommoder.** Cela étant, il nous semble que **l'acte authentique devrait refléter sans équivoque l'intention des parties** d'opérer une simple modification de la cédule à diviser (ou des cédules destinées à être réunies). En particulier, **les termes laissant entendre que l'opération envisagée conduit à l'extinction des rapports de droit préexistants devraient être évités ; ainsi, l'on peut par exemple se demander s'il est heureux de recourir à la locution "novation de cédule hypothécaire" que l'on rencontre à Genève, qu'il s'agisse d'une division, d'une réunion ou de toute autre modification de cédule dont les parties entendent précisément qu'elle n'entraîne pas l'extinction du gage à modifier**".

- FOËX Bénédicte, *Les actes de disposition sur les cédules hypothécaires, in Les gages immobiliers : constitution volontaire et réalisation forcée (HOTTELIER Michel/FOËX Bénédicte, éd.), 1999, p. 146*