

Droits réels

Amédéo Wermelinger

avec la collaboration de Naïri Sevhonkian



Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Droits réels

Amédéo Wermelinger

avec la collaboration de Naïri Sevhonkian



COLLECTION NEUCHÂTELOISE
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE DROIT



Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite.

ISBN 978-3-7190-4501-2

© 2021 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

www.helbing.ch
www.unine.ch/droit

Avant-propos

Le présent abrégé est destiné aux étudiantes et aux étudiants de Bachelor de l'Université de Neuchâtel. Il n'a aucune aspiration scientifique et sert principalement de support aux cours de droits réels. Ceux-ci sont encore enrichis de nombreux exercices, d'une présentation Power-point et d'explications personnelles. On doit donc considérer cet ouvrage comme un élément d'un tout, destiné à introduire la matière au niveau du Bachelor.

Si d'autres personnes trouvent un intérêt au présent ouvrage, l'auteur ne peut que s'en réjouir. Qu'elles tiennent toutefois compte des contingences liées à ce type d'ouvrage. Il ne pourra, en tout état de cause, que livrer une première approche relative à une matière passionnante, complexe et technique.

Le soussigné remercie Mme Sylvia Stähli de l'Université de Neuchâtel pour son grand et patient soutien !

En outre, le soussigné remercie MM. les prof. François Bohnet et Blaise Carron pour leur soutien et leur amitié ayant grandement facilité l'entrée en fonction du soussigné.

Un grand merci revient à la Chambre vaudoise immobilière pour le soutien du présent ouvrage et pour l'excellente collaboration qui existe aussi dans le cadre des journées de la PPE de l'Université de Neuchâtel. En particulier, il convient de remercier Mmes Céline Fankhauser et Vanessa Grand-Pierre, collaboratrices du service juridique, pour leur relecture attentive.

Enfin l'auteur remercie tout particulièrement Mme Näiri Sevhonkian, assistante à l'Université de Neuchâtel, pour les parties du présent abrégé rédigées par ses soins (chapitre 11 et 13) et pour sa relecture attentive et ses nombreuses propositions concernant le tout. Cette collaboration intense et fructueuse a été très importante pour la parution et le contenu du présent ouvrage.

Neuchâtel, 20 mars 2021

Amédéo Wermelinger



Remarques liminaires

À un âge relativement avancé, le soussigné a pu prendre ses fonctions de professeur ordinaire à l'Université de Neuchâtel. Son premier objectif a été de dispenser les cours du semestre de printemps 2020. Ensuite, il a paru nécessaire de rédiger ce support de cours, afin de permettre aux étudiantes et aux étudiants de disposer d'un instrument didactique adéquat. Le soussigné tient tout particulièrement à remercier Mme la prof. Florence Guillaume de l'Université de Neuchâtel et Mme la prof. Maryse Pradervand-Kernen de l'Université de Fribourg qui ont dispensé ce cours à l'Université de Neuchâtel durant les dernières années. De manière généreuse et plus que collégiale, elles ont permis au soussigné de se servir de leur matériel didactique composé d'une présentation Power-point, d'exercices, etc., ce qui a permis au soussigné un atterrissage en douceur dans sa nouvelle fonction. Le présent ouvrage leur doit beaucoup et n'aurait pas pu voir le jour aussi rapidement sans elles.

Last but not least : de 1989 à 1992, le soussigné a eu le privilège d'être assistant du professeur Paul-Henri Steinauer de l'Université de Fribourg. Dans cette fonction, il a d'une part pu rédiger sa propre thèse, mais, plus important, il a pu participer à la rédaction des trois tomes des précis Stämpfli consacrés aux droits réels (tome I, 2^e édition ; tome II, première édition ; tome III, première édition). Cela a constitué un bonheur, une école intellectuelle et une école de vie pour le soussigné, dont il sera à jamais redevable à son professeur. Ces trois ouvrages constituent, à ce jour, l'étoile du nord des publications romandes sur les droits réels (actuellement : tome I, 6^e édition, 2019 ; tome II, 5^e édition, 2020 ; tome III, 4^e édition, 2012). Deux conséquences découlent de ce qui précède :

- Le soussigné considère encore aujourd'hui les précis Stämpfli du prof. Steinauer comme une source d'inspiration et d'admiration constante. Le présent abrégé n'a, toutefois, ni l'ambition, ni la fonction de cette somme sur les droits réels. Il n'aspire pas non plus à la concurrencer.

- Par la nature des choses, il existe beaucoup de questions auxquelles le présent abrégé ne répond pas. Dans ce cas, le soussigné ne peut que conseiller à la lectrice ou au lecteur de consulter les précis de droits réels du prof. Steinauer. À coup sûr, il trouvera une réponse ou une source utile.

Table des matières

Avant-propos	V
Remarques liminaires.....	VII
Table des matières.....	IX
Bibliographie générale.....	XVII
Liste des abréviations.....	XXVII
PARTIE I INTRODUCTION	1
Chapitre 1 Généralités.....	3
1.1. Droits réels et société actuelle.....	3
1.2. Notion et bases légales.....	5
1.2.1. Notion.....	5
1.2.2. Bases légales.....	7
1.3. Principes régissant les droits réels.....	8
1.3.1. <i>Numerus clausus</i>	8
1.3.2. Trois principes de priorité.....	11
1.3.3. Publicité des droits réels	13
1.3.4. Principe de causalité	13
1.3.5. Principe de spécialité	14
Chapitre 2 Objets de droits réels.....	15
2.1. Notion de chose et bases légales.....	15
2.1.1. Notion.....	15
2.1.2. Bases légales.....	17
2.2. Distinctions	18
2.3. Autres objets de droits réels.....	21
Chapitre 3 Instruments de publicité.....	23
3.1. Possession	23
3.1.1. Notion et bases légales.....	23
3.1.2. Divers types de possession	25
3.1.3. Acquisition de la possession.....	26
3.1.4. Perte de la possession	28
3.1.5. Effets de la possession	29

Table des matières

3.1.6.	Protection de la possession.....	31
3.1.7.	Protection judiciaire du droit.....	36
3.1.8.	Responsabilité du possesseur illégitime.....	37
3.2.	Registre foncier.....	38
3.2.1.	Notion et bases légales.....	40
3.2.2.	Introduction à la tenue du registre foncier.....	42
3.2.3.	Publicité du registre foncier.....	48
3.2.4.	Opérations au registre foncier.....	53
3.2.5.	Conditions d'immatriculation.....	61
3.2.6.	Conditions d'inscription.....	63
3.2.7.	Conditions d'annotation.....	65
3.2.8.	Conditions de mention.....	66
3.2.9.	Radiation ou modification.....	66
3.2.10.	Décision et voies de droit.....	68
PARTIE II	PROPRIÉTÉ.....	71
Chapitre 4	Introduction.....	73
4.1.	Notion et bases légales.....	73
4.1.1.	Notion.....	73
4.1.2.	Bases légales.....	74
4.2.	Contenu.....	75
4.2.1.	En général.....	75
4.2.2.	Usage.....	76
4.2.3.	Jouissance.....	77
4.2.4.	Droit de disposer de la chose.....	78
4.2.5.	Limites de la loi et limites volontaires.....	79
4.3.	Étendue.....	80
4.3.1.	En général.....	80
4.3.2.	Partie intégrante.....	81
4.3.3.	Accessoire.....	83
4.3.4.	Étendue horizontale de la propriété foncière.....	85
4.3.5.	Étendue verticale de la propriété foncière.....	87
4.4.	Propriété individuelle et propriété collective.....	91
4.5.	Protection.....	93
4.5.1.	Système légal.....	93
4.5.2.	Action en revendication.....	94
4.5.3.	Action négatoire.....	95
Chapitre 5	Copropriété ordinaire.....	97
5.1.	Notion, objet et structure.....	97
5.2.	Constitution.....	99
5.3.	Effets.....	100

5.4. Extinction.....	102
5.5. Renvoi.....	103
Chapitre 6 Propriété par étages (PPE).....	105
6.1. Introduction.....	105
6.1.1. Immeuble de base	106
6.1.2. Matérialité des prérogatives.....	107
6.1.3. Droit commun et droit exclusif.....	107
6.1.4. Communauté des propriétaires d'étages	110
6.2. Constitution.....	111
6.2.1. Titre d'acquisition : acte constitutif	112
6.2.2. Forme et contenu de l'acte constitutif.....	113
6.2.3. Plan de répartition.....	114
6.2.4. Opération d'acquisition	114
6.3. Effets.....	115
6.3.1. Droit exclusif	116
6.3.2. Organisation de la communauté des propriétaires d'étages	118
6.3.3. Ordre communautaire	125
6.3.4. Actes d'administration.....	127
6.3.5. Travaux de construction	128
6.3.6. Frais et charges communs.....	130
6.3.7. Prise de décision	132
6.3.8. Action en annulation.....	134
6.4. Extinction.....	135
6.4.1. Extinction relative et extinction absolue.....	135
6.4.2. Aliénation de la part d'étage.....	135
6.4.3. Exclusion du propriétaire d'étages.....	136
6.4.4. Fin de la propriété par étages par convention	138
6.4.5. Action en dissolution	139
6.4.6. Autres types d'extinction.....	140
Chapitre 7 Propriété commune	141
7.1. Introduction.....	141
7.2. Constitution.....	142
7.3. Effets.....	143
7.4. Extinction.....	144
Chapitre 8 Propriété foncière	145
8.1. Notion et objet	145
8.1.1. Notion	145
8.1.2. Objet de la propriété foncière	146

Table des matières

8.2. Acquisition	148
8.2.1. Système légal.....	149
8.2.2. Titre d'acquisition	152
8.2.3. Acte de disposition	153
8.2.4. Opération d'acquisition	154
8.3. Effets	155
8.3.1. Droits et obligations	155
8.3.2. Restrictions de droit public et de droit privé	157
8.3.3. Restrictions légales au droit de disposition	158
8.3.4. Droit de voisinage	159
8.3.5. Restrictions volontaires	164
8.3.6. Immeubles dépendants (art. 655a CC)	164
8.4. Extinction	166
8.4.1. Extinction relative et extinction absolue	166
8.4.2. Remarques sur quelques cas d'extinction.....	167
Chapitre 9 Propriété mobilière.....	169
9.1. Notion et objet	169
9.1.1. Notion.....	169
9.1.2. Objet.....	170
9.2. Acquisition	170
9.2.1. Système légal.....	170
9.2.2. Modes d'acquisition dérivée.....	172
9.2.3. Modes d'acquisition originaire.....	173
9.3. Effets	175
9.3.1. Contenu	175
9.3.2. Restrictions.....	175
9.4. Extinction	176
9.4.1. Extinction relative et extinction absolue	176
9.4.2. Remarques sur quelques cas d'extinction.....	176
PARTIE III DROITS REELS LIMITES.....	179
Chapitre 10 Généralités	181
10.1. Notion.....	181
10.2. Élasticité de la propriété	183
10.3. Bases légales.....	183
10.4. Types de droits réels limités	184
10.5. Priorité entre des droits réels incompatibles	185
10.5.1. Généralités.....	185
10.5.2. Priorité des droits réels limités sur la propriété	186

10.5.3.	Priorité dans le temps.....	187
10.5.4.	Priorité selon le rang.....	188
10.6.	Droits réels limités en faveur du propriétaire de la chose	188
Chapitre 11	Servitudes	191
11.1.	Notion et bases légales.....	191
11.1.1.	Notion.....	191
11.1.2.	Bases légales.....	198
11.2.	Constitution.....	200
11.2.1.	Acte constitutif	201
11.2.2.	Procédure de constitution.....	203
11.3.	Effets.....	204
11.3.1.	Contenus possibles.....	204
11.3.2.	Exercice de la servitude	208
11.3.3.	Obligations du propriétaire grevé	210
11.3.4.	Interprétation du contenu.....	211
11.3.5.	Obligations accessoires et répartition des frais	215
11.3.6.	Plusieurs bénéficiaires d'une même servitude	216
11.4.	Extinction.....	217
11.4.1.	Divers modes d'extinction	217
11.4.2.	Modalités d'extinction	222
11.5.	Quelques servitudes particulières.....	224
11.5.1.	Droit de superficie	224
11.5.2.	Usufruit.....	230
11.5.3.	Droit d'habitation.....	233
11.5.4.	Servitudes restreignant l'usage du fonds et l'aménagement du territoire	235
11.5.5.	Servitudes personnelles improprement dites.....	238
Chapitre 12	Charges foncières.....	239
12.1.	Notion et bases légales.....	239
12.1.1.	Notion.....	239
12.1.2.	Bases légales.....	241
12.2.	Constitution.....	241
12.2.1.	Acte constitutif	242
12.2.2.	Procédure de constitution.....	242
12.3.	Effets.....	242
12.3.1.	Obligation positive.....	242
12.3.2.	Réalisation forcée	244
12.4.	Extinction.....	244
12.4.1.	Divers modes d'extinction	244
12.4.2.	Rachat en particulier.....	245

Chapitre 13	Droits de gage	247
13.1.	Introduction à l'étude du droit de gage	247
13.1.1.	Notion	248
13.1.2.	Bases légales	253
13.1.3.	Droit de gage sur sa propre chose	255
13.1.4.	Objet du droit de gage	257
13.1.5.	Priorité dans le temps	259
13.1.6.	Priorité selon le rang des droits de gage immobiliers	261
13.2.	Règles générales du gage immobilier	263
13.2.1.	Constitution	263
13.2.2.	Extinction	265
13.2.3.	Effets généraux	267
13.2.4.	Effets principaux	267
13.2.5.	Effets accessoires	270
13.3.	Hypothèques conventionnelles	270
13.3.1.	Constitution	272
13.3.2.	Extinction	273
13.3.3.	Effets	274
13.4.	Hypothèques légales directes	274
13.5.	Hypothèques légales indirectes	275
13.5.1.	Espèces	275
13.5.2.	Le droit à l'inscription	277
13.5.3.	La constitution	277
13.6.	Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs	279
13.6.1.	Conditions du droit à l'inscription	280
13.6.2.	Mise en œuvre du droit à l'inscription	283
13.6.3.	Détermination du rang	285
13.7.	Cédule hypothécaire	286
13.7.1.	Notion	286
13.7.2.	Fonctions	289
13.7.3.	Espèces	290
13.7.4.	Modes d'utilisation	292
13.7.5.	Comparaison avec l'hypothèque	295
13.7.6.	Constitution	296
13.7.7.	Règles générales sur les cédules hypothécaires	298
13.8.	Droits de gage mobiliers	300
13.8.1.	Nantissement	302
13.8.2.	Droit de rétention	304

PARTIE IV DROITS DE PRÉEMPTION, D'EMPTION ET DE RÉMÉRÉ.....	307
Chapitre 14 Introduction	309
14.1. Généralités	309
14.2. Portée pratique	310
14.3. Annotation au registre foncier.....	312
Chapitre 15 Droit de préemption	315
15.1. Notion et bases légales.....	315
15.1.1. Notion	315
15.1.2. Bases légales.....	318
15.2. Constitution.....	318
15.2.1. Acte constitutif	318
15.2.2. Contenu et durée.....	319
15.3. Exercice du droit de préemption	319
15.3.1. Cas de préemption	320
15.3.2. Modalités	322
15.4. Extinction.....	324
Chapitre 16 Droit d'emption.....	325
16.1. Notion et bases légales.....	326
16.1.1. Notion	326
16.1.2. Bases légales.....	327
16.2. Constitution.....	328
16.3. Exercice du droit d'emption.....	329
16.4. Extinction.....	329
Chapitre 17 Droit de réméré.....	331
17.1. Notion et bases légales.....	332
17.1.1. Notion	332
17.1.2. Bases légales.....	333
17.2. Constitution.....	333
17.3. Exercice du droit de réméré	334
17.4. Extinction.....	334
Index	337



Bibliographie générale

La bibliographie générale comprend les ouvrages principaux récents (en principe, depuis 1980) parus en la matière et fait l'impasse sur les nombreux articles et contributions ayant les droits réels pour sujet, publiés dans des revues juridiques ou dans des ouvrages collectifs. La lectrice ou le lecteur souhaitant approfondir un sujet en tiendra compte dans ses recherches. En outre, toutes les références ci-dessous ne sont pas forcément citées dans le présent abrégé qui ne poursuit pas un objectif scientifique.

ARGUL MARIA CONSUELO, Art. 730-744, in : CoRo CC-II, Bâle 2016.

BAADER-SCHÜLE KEZIA, Praktische Probleme der Nutzniessung an Stockwerkeigentums-Anteilen, thèse Zurich 2006.

BALLIF ALBAN, Le droit de superficie, thèse Zurich 2004.

BALZARETTI ROBERTO, Proprietà privata e pianificazione del territorio, thèse, Bellinzona 1997.

BÄNZIGER-COMPAGNONI DANIELA, Die Öffentlichkeit des Grundbuches – de lege lata – rechtsvergleichend – de lege ferenda, thèse, Zurich 1993.

BAUMANN MAX, Sachenrecht, 2^e édition, Zurich 2011.

BAUMANN MAX, Nutzniessung und Wohnrecht, commentaire zurichois, IV/2a/2, 3^e édition, Zurich 1999.

BÄR ROLF/OFTINGER KARL, Das Fahrinspfand, commentaire zurichois, IV/2c, 3^e édition, Zurich 1981.

BERCHTOLD TAMARA, Zur Revisionsbedürftigkeit des Bauhandwerkerpfand-rechts und ein Neuvorschlag zur Formulierung von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, thèse Zurich 2008.

BIELER PETER, Der Anwendungsbereich der Grundbuchsperr im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1983.

Bibliographie générale

BLOCH PATRICK, Le fonds de rénovation dans la propriété par étages, thèse Tolochenaz 1988.

BOCQUET CLAUDE, De l'opposabilité aux tiers comme caractéristique du droit réel, thèse Genève 1978.

BRETSCHGER URS, Stockwerkeigentum im zürcherischen Zivilprozess-Ausgewählte Fragen, thèse Zurich 1988.

BRITSCHGI ANDRÉ, Das belastete Grundstück beim Bauhandwerkerpfandrecht, thèse Zurich 2008.

BROGLI EDUARD, Das intertemporale Stockwerkeigentumsrecht der Schweiz am Beispiel des Kantons Wallis, thèse Fribourg 1985.

CARREL MATTHIEU, Le régime du sous-sol en droit suisse, thèse Fribourg 2015.

COLOMBARA ALAIN, L'opposabilité aux tiers des droits personnels annotés au registre foncier et l'exécution forcée, thèse Lausanne 1992.

DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, L'immeuble dans la LP : Indisponibilité et gérance légale, thèse Genève 2006.

DEILLON-SCHEGG BETTINA, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, thèse Zurich 1997.

DESCHENAUX HENRI, Le registre foncier, in *Traité de droit privé suisse*, vol. V/II,2, Fribourg 1983 (cité DESCHENAUX traité).

DISCHLER PHILIPP, Rechtsnatur und Voraussetzungen der Tradition, thèse Bâle 1992.

DOLEZAL JANA, Les actes juridiques des droits réels soumis à la forme écrite, thèse Lausanne 1987.

DONZALLAZ YVES, Commentaire de la LF du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural, Sion 1983.

DROUX JACQUES, Le mur mitoyen à l'exemple du droit fribourgeois, thèse Fribourg 1984.

DUBEY JACQUES, Espace – Temps – Propriété. Définition et restriction de la propriété privée du droit du sol à l'heure du droit durable et de l'aménagement du territoire, thèse Genève 2012.

DUBOIS THIERRY, La modification du rang des droits de gage immobiliers ensuite de convention de postposition, thèse Genève 2003.

DÜRR DAVID, Das Grundpfand, systematischer Teil, commentaire zurichois, IV 2b./1, 2^e édition, Zurich 2009.

DÜRR DAVID/ZOLLINGER DAVID, Das Grundpfand, commentaire zurichois, IV 2b/2, Zurich 2013.

EGGER ROCHAT GWENDOLINE, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, thèse Genève 2002.

FARINE FABBRO ALEXANDRA, L'usufruit immobilier, thèse Fribourg 2000.

FASEL URS, Grundbuchverordnung (GBV), Kommentar, 2^e édition, Bâle 2013.

FOËX BÉNÉDICT, Le « *numerus clausus* » des droits réels en matière mobilière, thèse Genève 1987.

FRECH ANNEMARIE HILDE, Der Besitzdiener, thèse Bâle 1984.

FREI HEINZ, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, thèse Zurich 1970.

FRIEDRICH HANS-PETER, Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, 2^e édition, Berne 1972 (cité FRIEDRICH Reglement).

FUCHS NICOLAS, Die Besitzesschutzklagen nach Art. 927 ff. ZGB, thèse Zurich 2018.

GALLAND CYRIL, Le contenu des servitudes foncières, thèse Fribourg 2013.

GIOVANOLA PIERRE, Les obligations réciproques des propriétaires d'étages et leurs sanctions, thèse Lausanne 1986.

Bibliographie générale

GOUGLER ARMAND, Le pouvoir d'examen du conservateur du registre foncier, Neuchâtel 1988.

GROSSEN JACQUES-MICHEL, Les droits réels, Neuchâtel 1984.

HAAS NICOLA, Der Sonderrechtsgegenstand im System des Stockwerkeigentumsrechts, thèse Zurich 2015.

HABS MARTIN, La propriété par étages sur des maisons familiales en habitat de groupe, thèse Lausanne 1989.

HAEFELI FULVIO, Die juristische Konstruktion des Miteigentums, thèse Bâle 1985.

HAPPEL MELCHIOR, Die Besitzessurrogate im schweizerischen Sachenrecht, thèse Bâle 2012.

HEDIGER MARTIN P., System des Besitzrechtes, thèse Berne 1985.

HENGGELER BENNO, Die Beendigung der Baurechtsdienstbarkeit in folge Zeitablaufs und der vorzeitige Heimfall (Art. 779c ff. ZGB), thèse Zurich 2005.

HITZ FLURINA, Das Baurecht als selbständiges und dauerndes Baurecht : Konstruktion aus dinglichen und obligatorischen Rechtspositionen, thèse Zurich 2017.

HOHL FABIENNE, Les accessoires et les droits de gage immobiliers, thèse Fribourg 1986.

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA/ROBERTO VITO, Sachenrecht, 5^e édition, Berne 2017.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Zurich 2008.

HURST-WECHSLER MARTINA, Herkunft und Bedeutung des Eigentumserwerbs kraft guten Glaubens nach Art. 933 ZGB, thèse Zurich 2000.

HUSER MEINRAD/CHAULMONTET SÉBASTIEN, Droit suisse de la mensuration, 3^e édition, Zurich 2017.

JEANDIN NICOLAS, Le contrat constitutif de servitude, in Schmid Jürg (édit.), *Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts/Les servitudes et les cédules hypothécaires – à la lumière des nouvelles dispositions du Code civil*, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 109 ss.

KÄHR MICHEL, Art. 730-736, Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Frankhauser Roland (édit.), *ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3^e éd., Zurich 2016.

KÄLIN OLIVIER, *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, Zurich 2002.

KOHLER DANIELA, *Nachbarrecht im Innenverhältnis der Stockwerkeigentümer*, thèse Lucerne 2016.

KRENGER ANDREAS, *Die Grundbuchberichtigungsklage*, thèse Bâle 1987.

KUNZ ROMANO, *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand*, thèse Berne 1963.

KUONEN NICOLAS, Commentaire des art. 652-654 CC, in *Commentaire Romand*, Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédic/Piotet Denis (éditeurs), Bâle 2016.

LAURENT JEAN-FRANÇOIS, *Les gages grevant la propriété par étages*, thèse Lausanne 1980.

LIECHTI FABRIZIO ANDREA, *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch*, thèse Berne 2017.

LINDENMANN BARBARA/STARK EMIL W., *Der Besitz*, commentaire bernois, 4^e édition, Berne 2016.

LIVER PETER, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, commentaire zurichois, vol. IV/2a, 1, 2^e édition, Zurich 1980 (cité LIVER *Dienstbarkeiten*).

LIVER PETER, *Das Eigentum*, in *Schweizerisches Privatrecht*, vol. V/1, Bâle/Stuttgart 1977 (cité LIVER *traité*).

MARTIN OLIVER, *Das Stimmrecht im Wohnungseigentums- und Stockwerk-eigentumsrecht*, thèse Göttingen 2018.

Bibliographie générale

MARTIN SOPHIE, L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages : organisation, prise de décisions et contestations judiciaires, thèse Lausanne 2019.

MATHIS ARTHUR, Das Bauhandwerkerpfandrecht in der Gesamtüberbauung und im Stockwerkeigentum, thèse Berne & Stuttgart 1988.

MEIER-HAYOZ ARTHUR/REY HEINZ, Das Stockwerkeigentum, Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Berne 1988.

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, Berner Kommentar, vol. IV/1,1, 5^e édition, Berne 1981 (cité MEIER-HAYOZ Allgemeine Bestimmungen).

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, Berner Kommentar, vol. IV/1,3 3^e édition, Berne 1975 (cité MEIER-HAYOZ Grundeigentum II).

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Das Grundeigentum, Berner Kommentar, vol. IV/1,2, 3^e édition, Berne 1974 (cité MEIER-HAYOZ Grundeigentum).

MENGIARDI RETO, Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten, thèse Berne 1972.

MERLINI GIOVANNI, Un'illusione in frantumi, thèse, ASR 554, Berne 1993.

MERMOUD CHRISTINE, Le temps partagé dans la jouissance de la propriété par étages, thèse Zurich 2008.

MICHAUD PATRICE, L'organisation de la communauté des propriétaires par étages, thèse Vevey 1975.

MOOSER MICHEL, Le droit d'habitation, thèse Bulle 1997.

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2^e édition, Berne 2014 (cité MOOSER droit notarial).

MOULLET AUBERSON JOSETTE, La division des biens-fonds, thèse Fribourg 1993.

MÜHLEMATTER ADRIAN/STUCKI STEPHAN, Grundbuchrecht für die Praxis, 2^e édition, Zurich 2017.

MÜLLER CHRISTOPH, Zur Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, thèse Berne 1973.

MÜLLER KURT, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, thèse, 3^e édition, Berne 1975.

NEF URS C., Grundzüge des Sachenrechts, Zurich 2004.

NIGGLI WOLFGANG R., Der Besitz – ein ungeklärter Grundbegriff des schweizerischen Sachenrechts, thèse Zurich 1993.

NOVERRAZ JACQUES-DANIEL, Constitution et contenu de la charge foncière, thèse Lausanne 2005.

OTTIKER MORITZ, Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, thèse Berne 1972.

PERRUCHOU EDMOND C., La communauté dans la copropriété ordinaire, thèse Zurich/Saint-Gall, 2006.

PETITPIERRE ETIENNE, Art. 730-744, BaKomm. ZGB-II, 6^e éd., Bâle 2019.

PFÄFFLI ROLAND, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Langenthal 1999.

PICCININ VALENTIN, La propriété par étages en procès, thèse Fribourg 2015.

PIOTET DENIS, Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières, in *Traité de droit privé suisse*, vol. V/2, 2^e édition, Bâle 2012.

DE PORET OMBLINE, Le statut de l'animal en droit civil, thèse Fribourg 2006.

PORTMANN RUEDI, Der Besitzerschutz des schweizerischen Zivilgesetzbuchs, thèse Entlebuch 1996.

Bibliographie générale

RASCHEIN URS, Die Rechtsausübung der Stockwerkeigentümergeinschaft mit besonderer Berücksichtigung von Gewährleistungsansprüchen und des Sonderfalles Aparthotel, thèse Zurich 1996.

REY HEINZ/MAETZKE LUKAS, Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3^e édition, Zurich 2009.

REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3^e édition, Berne 2007.

RIEMER HANS MICHAEL, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2^e édition, Berne 2000.

ROCHAT FRÉDÉRIC, Inefficacité du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobilière, thèse Genève 2002.

ROUX FRANÇOIS, L'introduction du registre foncier fédéral dans les cantons romands, thèse Lausanne 1993.

RUBIDO JOSÉ-MIGUEL, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, thèse Genève 2012.

RÜEGG JONAS, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, thèse Zurich 2014.

SCHERRER DOMINIK, Anmerkungen im Grundbuch, thèse Fribourg 1984.

SCHMID FRITZ, Die Begründung von Stockwerkeigentum, thèse Zurich 1972.

SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5^e édition, Zurich 2017.

SCHMID MEYER DIEL TATIANA, Erwerb von Stockwerkeigentum ab Plan, thèse Lucerne 2015.

SCHNEIDER BENNO, Das schweizerische Miteigentumsrecht, thèse Berne 1973.

SCHÖBI FELIX, Der Besitzerschutz (Art. 926 – 929 ZGB), thèse Berne 1987.

SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband 3^e édition, Zurich 2011 (cité SCHUMACHER BHPR II).

SCHUMACHER RAINER, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3^e édition, Zurich 2008 (cité SCHUMACHER BHPR I).

VON SEGESSER ADRIAN, Stockwerkeigentum an Baurechtspartellen, thèse Bâle 1997.

SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, vol. I : Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Bâle/Frankfurt am Main 1995.

SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, vol. II : Die beschränkten dinglichen Rechte, Bâle/Frankfurt am Main 1990.

SPRENGER URS-DOMINIK, Die subjektiv-dingliche Verknüpfung als Verbindung zwischen rechtlicher Beziehung und Subjekt, insbesondere im schweizerischen Obligationen- und Sachenrecht, thèse Zurich 1983.

STEFFEN HANS CHRISTOPH, Zur Vermischung fungibler Sachen, thèse Zurich 1989.

STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, tome 1-3, 4^e à 6^e édition, Berne 2012 à 2020 (cité STEINAUER droits réels I, II ou III).

STEINAUER PAUL-HENRI, Der Schuldbrief, commentaire zurichois, 2^e édition, Zurich 2015.

STRUNZ CATHERINE, Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess, thèse Zurich 2002.

STUDER FRANZ, Das Retentionsrecht in der Zwangsvollstreckung, thèse Zurich 2000.

SUTTER-SOMM THOMAS, Eigentum und Besitz, Schweizerisches Privatrecht, vol. V/1, 2^e édition, Bâle 2014.

THURNHERR CHRISTOPH, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, thèse Zurich 2010.

Bibliographie générale

TSCHÜMPERLIN PAUL, Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht, thèse Fribourg 1984.

VAN DE SANDT CAROLE, L'acte de disposition, thèse Fribourg 2000.

VENTURA DAMIEN, L'abandon d'un droit réel, thèse Lausanne 2008.

WALTISBERG HANS, Die Vereinigung von Liegenschaften im Privatrecht, thèse Fribourg 1996.

WEBER ROLF H., Die Stockwerkeigentümergeinschaft, thèse Zurich 1979.

WERMELINGER AMÉDÉO, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a – Art. 712t ZGB, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, 2^e édition, Zurich 2019 (cité WERMELINGER ZK).

WERMELINGER AMÉDÉO, La propriété par étages, 3^e édition, Rothenburg 2015.

WERMELINGER AMÉDÉO, L'utilisation de l'unité d'étage dans un immeuble en propriété par étages, thèse Fribourg 1992.

WIESER CHARLOTTE, Gutgläubiger Fahrnisserwerb und Besitzrechtsklage : unter besonderer Berücksichtigung der Rückforderung « *entarteter* » Kunstgegenstände, thèse Bâle 2004.

WIRZ PASCAL, Schranken der Sonderrechtsausübung im Stockwerkeigentum, thèse Zurich 2008.

ZOBL DIETER, Grundbuchrecht, 2^e édition, Zurich 2014.

ZOBL DIETER, Das Fahrnispfand, commentaire bernois, VI/2/5/2, Berne 1996.

ZOBL DIETER/THURNHERR CHRISTOPH, Das Fahrnispfand, commentaire bernois, IV/2/5/1, Berne 2010.

Liste des abréviations

AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
al.	alinéa
art.	article
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BaKomm.	Basler Kommentar
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BO	Bulletin officiel
BSK-ZPO	voir bibliographie sous : Spühler Karl/Tenchio Luca/ Infanger Dominik
bzw.	beziehungsweise
c.-à-d.	c'est-à-dire
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CdDR	Cahiers des droits réels et de la propriété
CE	Conseil aux États
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (Lausanne)
cf.	confer
CFPG	Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CN	Conseil national
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220)
cons.	considérant
CoRo	Commentaire romand
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
cpr	comparer

Liste des abréviations

CPS	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DC	Droit de la construction
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique
EGVSZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
FG	Festgabe
FJS	Fiches juridiques suisses
GE	République et canton de Genève
GR	canton des Grisons
INR	Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des Tribunaux
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700)
LBFA	Loi fédérale sur le bail à ferme agricole du 4 octobre 1985 (RS 221.213.2)
LDFR	Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991 (RS 211.412.11)
Lex	Loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711)
LF	loi fédérale
LFAIE	Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (RS 211.412.41)
LGéo	Loi fédérale sur la géoinformation du 5 octobre 2007 (RS 510.62)

LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (RS 642.11)
lit.	littera (lettre)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
loc. cit.	loco citato
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes de même sexe du 18 juin 2004 (RS 221.231)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01)
LRS	Loi fédérale sur les résidences secondaires du 20 mars 2015 (RS 702)
LRTV	Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (RS 784.40)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
N	note(s)
N.B.	nota bene
NB	Le notaire bernois
no(s)	numéro(s)
OAIE	Ordonnance du Conseil fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 1 ^{er} octobre 1984 (RS 211.412.411)
OAOF	Ordonnance sur l'administration des offices de faillite, du 13 juillet 1911 (RS 281.32)
OMO	Ordonnance sur la mensuration officielle, du 19 novembre 1992 (RS 211.432.2)
op. cit.	opere citato
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911 (RS 220)

Liste des abréviations

ORC	Ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 (RS 221.411)
ORF	Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier du 23 septembre 2011 (RS 211.432.1)
ORFI	Ordonnance du Tribunal fédéral sur la réalisation forcée des immeubles du 23 avril 1920 (RS 281.42)
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Praxis des Kantonsgerichts Graubünden
PPE	propriété par étages
Pra.	Praxis des Bundesgerichts
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kanton Thurgau
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	références
REP	Repertorio di giurisprudenzia patria (prédécesseur de RtiD)
RSGE	Recueil systématique des lois du canton de Genève
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RJN	Revue Neuchâteloise de Jurisprudence
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier
RS	Recueil systématique de lois fédérales
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois
RSN	Recueil systématique des lois du canton de Neuchâtel
RSVD	Recueil systématique des lois du canton de Vaud
RtiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence

XXX

Rz.	Randziffer
s.	suivant(e)
Sàrl	société à responsabilité limitée
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (RS 281.1)
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	= RSJ
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
ss	suivant(e)s
S.T.	Systematischer Teil
STWE	Stockwerk Eigentum (revue suisse éditée de 1973 à 1987)
TC	Tribunal cantonal
T.f.	Titre final du Code civil suisse
TF	Tribunal fédéral
vgl.	vergleiche
vol.	volume
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (RS 281.42)
USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (RS 210)
ZGGVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung



Partie I Introduction

« Il ne faut pas se fier aux apparences. Beaucoup de gens n'ont pas l'air aussi bêtes qu'ils ne le sont réellement. »

Oscar Wilde



Chapitre 1 Généralités

1. **Contexte et plan.** L'étude des droits réels peut paraître rébarbative et excessivement technique. On le constate d'ailleurs dans ce premier chapitre, en évoquant le contexte sociétal, des notions, des bases légales et des principes. Rien de très attrayant. Toutefois, il convient de ne pas oublier que les droits réels en disent beaucoup sur la **relation de l'être humain aux choses**, mais encore plus de la **relation entre êtres humains**. Nous vivons une époque passionnante, où le monde commence à découvrir l'internet des choses, à savoir **l'interaction entre les choses**. Cela va nous forcer à repenser le monde et va provoquer une réflexion approfondie de la question des droits réels. Ci-après, il semble donc important d'ouvrir quelque peu cette boîte de Pandore qu'est **l'évolution sociale** et de se questionner sur la place des droits réels dans notre monde actuel. Ensuite, il nous faut offrir une bonne assise aux lecteurs, en leur donnant les **clés terminologiques et légales** du sujet. Enfin, nous évoquerons les **principes fondamentaux** qui, aujourd'hui, régissent les droits réels. Il va de soi que le présent ouvrage ne se consacre aux droits réels que dans leur dimension de **droit privé**. Les lectrices et les lecteurs doivent être conscients qu'il ne s'agit là que de la moitié de la vérité. Aujourd'hui, le **droit public** prend une importance fondamentale dans l'étude de l'étendue des droits du propriétaire, particulièrement dans le contexte de la propriété foncière : aménagement du territoire, protection de l'environnement, droit de l'expropriation, etc. Autant de freins à la liberté du propriétaire qu'il conviendra d'étudier dans le cadre des branches en question.

1.1. Droits réels et société actuelle

2. **Longue histoire.** L'histoire des droits réels est inénarrable. En effet, elle **dépasse de loin toutes les sources écrites disponibles**. Nous ne savons pas quand l'être humain a commencé à se soucier sérieusement de la propriété. Mais, assurément elle est aussi ancienne que l'apparition de l'être humain sur terre. On peut même spéculer, que la question a **précédé l'humanité** lorsqu'on voit que certains animaux ont pour habitude d'accumuler des biens, notamment de la nourriture ou de construire des demeures, en vue d'une vie plus sûre et plus confortable. Cela étant, le système juridique des droits réels tel que nous le connaissons remonte au

moins au droit romain (pour une analyse approfondie des sources du droit romain et pour une comparaison avec le droit suisse, voir : DUNAND JEAN-PHILIPPE/PRADERVAND-KERNEN MARYSE/RISKE OLIVIER, *Droit privé romain, Textes fondamentaux et liens avec le droit suisse*, Neuchâtel 2017, p. 14 ss). Si nous parlons aujourd’hui de droits réels (issu du terme « *res* », donc chose en latin), si nous évoquons des servitudes, etc., nous le devons donc à des juristes qui **ont pensé ce système depuis plusieurs millénaires**. Nous pouvons ainsi reposer nos réflexions et notre exposé sur une longue lignée de théories juridiques qui ont étonnamment peu évolué dans le temps. Il est certain que nos art. 641 à 977 CC permettraient à bien des lecteurs de l’époque du Code de Justinien, de reconnaître l’une ou l’autre disposition. Même une institution comme la propriété par étages – qui n’a retrouvé son chemin dans notre Code civil qu’en 1965 – existait déjà bien avant la chute de l’empire romain (voir notamment WERMELINGER ZK, nos 20 ss ad Vorbemerkungen zu Art. 712a-712t). En ce sens, les droits réels constituent un système de références juridiques stable et cohérent.

3. **Nécessité d’évolution.** La question posée par les droits réels, à savoir **la relation de l’être humain à la chose et la relation entre êtres humains par rapport à la chose**, n’est donc pas nouvelle. Son enjeu n’est pas non plus purement juridique. Philosophies, religions, systèmes politiques se sont préoccupés de la question et on se rend bien compte qu’une **dimension sociétale** entoure le rapport de l’être humain à la propriété. La connotation est **tantôt positive, tantôt négative**. De tout temps, on s’est méfié du besoin d’accumuler des biens. Comme l’exprime Erich Fromm dans son ouvrage « *Haben oder Sein* » (Munich 1979, édition dtv), p. 79 : « *Die Existenzweise des Habens leitet sich vom Privateigentum ab. In dieser Existenzweise zählt einzig und allein die Aneignung und das uneingeschränkte Recht, das Erworbene zu behalten. Die Habenorientierung schliesst andere aus und verlangt mir keine weiteren Anstrengungen ab, um meinen Besitz zu behalten bzw. produktiven Gebrauch davon zu machen. Es ist die Haltung, die im Buddhismus als Gier, in der jüdischen und der christlichen Religion als Habsucht bezeichnet wird. Sie verwandelt alle und alles in tote, meiner Macht unterworfenen Objekte.* ». Simultanément, selon la Constitution fédérale, les droits réels, et donc la propriété, constituent des droits fondamentaux qui jouissent de la garantie étatique (art. 26 al. 1 Cst.). Bien avant l’introduction de cette garantie constitutionnelle, les questions liées à l’expropriation sont dans les premières que le Tribunal fédéral a eu à trancher (p.ex. ATF 1 I 349). Avec l’introduction de la propriété par étages, le Conseil fédéral a expressément souligné l’importance accordée à **l’accès à la propriété foncière** par la population (FF 1962 II 1455) : « *Le but à*

atteindre par l'introduction de la propriété par étages peut, croyons-nous, être approuvé. Il consiste à faciliter au plus grand nombre possible de familles l'acquisition de leur appartement. ». Cela étant, une prise de conscience générale a conduit à ne **plus protéger les droits réels de manière absolue**, mais d'en encadrer l'exercice dans un sens compatible aux intérêts de la société. On peut ainsi citer la législation sur l'aménagement du territoire, la législation sur la protection de l'environnement, la législation sur le droit foncier rural, la législation sur l'acquisition des immeubles par des personnes à l'étranger, le droit fiscal, etc. Il s'agit d'un ensemble de législations qui relativisent fortement les craintes philosophiques exprimées par Erich Fromm : « *La soumission totale des choses et des autres à ma volonté de propriétaire n'a plus cours dans notre société* ». Au contraire, le moment semble venu de **repenser cette institution dans notre société**. La dématérialisation continue des produits et des échanges, l'interconnexion croissante des choses entre elles (internet des choses), l'évolution dans les relations familiales (familles recomposées, longévité) et humaines (répartition des biens, inégalités sociales), la densité de l'occupation du sol et l'impact sur l'environnement des activités humaines, les évolutions technologiques repoussant la frontière entre l'être et la chose (prothèses, intelligence artificielle, robotique), etc. sont autant d'éléments nouveaux qui reposent fondamentalement la question de la relation de l'être humain à la chose et de la relation des êtres humains entre eux, par rapport aux choses. Après avoir ouvert une petite fenêtre sur l'avenir incertain, nous allons immédiatement la refermer de peur d'attraper un mauvais courant d'air. Ces réflexions devront faire l'objet d'un autre ouvrage. Ici, il faut se contenter de reproduire, tant bien que mal, le système juridique actuel. Pour un ouvrage relativement récent qui aborde la question de l'évolution de la propriété privée sous l'angle de l'aménagement du territoire, voir DUBEY, p. 15 ss.

1.2. Notion et bases légales

1.2.1. Notion

4. **Définition.** Le droit réel est un droit de jouissance et/ou de réalisation qui confère à son titulaire la maîtrise **sur une chose**.

5. **Éléments.** La notion ci-dessus est la plus concise possible. Il convient d'indiquer les éléments suivants afin de mieux appréhender la notion :

- **Un droit :** Les droits réels sont principalement régis par le Code civil. Ils **relèvent donc du droit privé**. Néanmoins, la Constitution fédérale les a élevés au rang de droits fondamentaux (art. 26 Cst.). En ce sens, la formulation de la disposition constitutionnelle est incomplète, lorsqu'elle parle de garantie de la propriété. **Tous les droits réels bénéficient de la garantie constitutionnelle** (ATF 128 I 295, cons. 6.a).
- **Maîtrise :** Le bénéficiaire maîtrise le bien, sur lequel il détient un droit réel. Cela signifie qu'en fonction de son contenu, il peut **l'utiliser, en tirer les fruits et en disposer**. Certains droits réels (droit de gage et charge foncière) offrent une **garantie** à un tiers, en ce sens que l'objet du droit peut être soumis à une procédure de réalisation forcée en cas de non-respect d'une obligation déterminée. La maîtrise peut être totale (propriété) ou partielle (droit réel limité).
- **Droits absolus :** La maîtrise que confère le droit réel à son bénéficiaire ne s'adresse pas à la chose elle-même, car celle-ci ne peut pas être destinataire du droit. Le droit de maîtrise s'adresse donc à tout tiers, à qui il peut être opposé (droit *erga omnes* ; voir STEINAUER droits réels I, nos 12 ss). En ce sens, on parle de droits absolus (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 18 ss).
- **Objet du droit réel :** La notion de droit réel découle de la notion latine « *res* » (**chose**). L'objet des droits réels est donc, en règle générale, une chose. Dans le langage quotidien, le terme de « *chose* » est relativement indéterminé et utilisé lorsqu'on ne parvient pas à s'exprimer de manière plus précise. En droit, la chose constitue une **notion précise** (voir ci-dessous le chapitre 2). Cela étant, les droits réels ne s'étendent pas uniquement aux choses, au sens juridique du terme. Ils s'appliquent aussi aux animaux qui ne sont justement pas des choses (art. 641a CC) ainsi qu'aux forces naturelles (art. 713 CC).

1.2.2. Bases légales

6. **Dans le Code civil.** Les droits réels sont principalement régis par les art. 641 à 977 CC. En outre, les art. 17 à 48 du Titre final du Code civil leur sont aussi consacrés. Certaines normes du Titre final sont relativement actuelles (p.ex. art. 33a T.f.), d'autres n'ont plus guère de portée pratique (art. 18 T.f.).

7. **Dans l'ordonnance sur le registre foncier.** L'ordonnance sur le registre foncier a été entièrement révisée en 2011, en vue de l'entrée en vigueur de la révision partielle du Code civil (droits réels), au 1^{er} janvier 2012. Elle régit particulièrement les détails de la tenue du registre foncier. Les dernières modifications sont entrées en vigueur au 1^{er} juillet 2020 (art. 6 al. 1, 27 ss) et concernent principalement la publicité du registre foncier.

8. **Dans la législation sur la mensuration officielle.** La mensuration officielle permet l'immatriculation d'un immeuble au registre foncier. Aussi, le géomètre et la législation qu'il applique complètent de manière nécessaire la législation sur le registre foncier (en particulier l'OMO).

9. **Autres bases légales.** Il existe encore bien d'autres bases légales de **droit privé** qui touchent les droits réels de près ou de loin. On peut notamment citer les lois principales suivantes : la LDFR, la LFAIE, l'ORFI, l'Ordonnance concernant la saisie et la réalisation de parts de communautés du 17 janvier 1923 (RS 281.41). En outre, le **droit public** a un impact important sur les droits réels et leur contenu. On songe, par exemple, à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700), à la loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711), à la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01) ou aux législations fiscales fédérales et cantonales, avec leurs chapelets d'hypothèques légales directes en garantie de créances fiscales. Enfin, il ne faut pas négliger les bases légales de **droit cantonal**, notamment lorsque le Code civil lui réserve expressément des compétences, comme c'est largement le cas pour le droit du voisinage (art. 686 al. 1 CC, 688 CC, 691 al. 2 CC, 695 CC, 697 al. 2 CC, 699 al. 2 CC, 703 al. 3 CC, etc.), mais aussi dans d'autres domaines (art. 659 al. 2 CC, 664 al. 3 CC, 740 CC, 784 CC, 795 al. 2 CC, 796 al. 2 CC, etc.). Pour le tout, voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 01.25 ss.

1.3. Principes régissant les droits réels

10. **Principes fondamentaux.** Le législateur, respectivement la doctrine et la jurisprudence, soumettent les droits réels à un corset relativement rigide. Ils sont subordonnés à des principes fondamentaux qui en précisent le fonctionnement et la portée concrète. Les principes essentiels sont les suivants : *numerus clausus* des droits réels, principes de priorité entre droits réels en cas de collision, principe de publicité des droits réels, principe de causalité et de spécialité. Ils n'ont pas toujours une portée absolue et **souffrent donc d'exceptions**. Néanmoins, ils confèrent un profil relativement précis aux droits réels.

1.3.1. *Numerus clausus*

11. **Limitation du nombre des droits réels.** Le droit privé est marqué par le principe de la liberté. En matière contractuelle, cela se matérialise par le fait que le législateur n'intervient souvent que de manière supplétive pour combler d'éventuelles lacunes dans le cadre d'ententes contractuelles. Pour les droits réels, la situation est différente. L'importance patrimoniale et sociétale de ces droits impose une certaine rigueur au législateur. Dès lors, il n'a permis qu'un nombre restreint de droits réels, contrairement à ce qui prévaut pour les contrats, où les parties sont libres d'inventer de nouveaux types en cas de besoin. Ainsi, sans les approfondir, on peut citer les droits réels suivants, régis par le Code civil :

- **La propriété :** Elle représente le droit réel le plus complet, conférant une maîtrise totale sur une chose (art. 641 al. 1 CC).
- **Les droits réels limités :** Les titulaires d'un droit réel limité ne se voient conférer qu'un nombre déterminé de prérogatives (maîtrise partielle) qui restreignent la position du propriétaire. Il existe toutefois un principe de limitation de la charge qui s'applique aux droits réels limités, imposant aux parties de ne pas vider totalement la propriété de son contenu (p.ex. sur le plan des servitudes : TF 5A_499/2010, cons. 8.2.1 ; TF 5C.168/2003, cons. 4.2.1 ; GALLAND, nos 394 ss). Les droits réels limités constituent donc des restrictions au droit de propriété. Les droits réels limités, sont à leur tour subdivisés en trois catégories principales, à savoir les **servitudes**, les **charges foncières** et les **droits de gage** qui

peuvent à leur tour être subdivisés en plusieurs catégories. Il n'est pas possible de constituer d'autres types de droits réels limités.

12. **Par le législateur.** C'est donc la loi et en particulier le Code civil qui contiennent la liste exhaustive des droits réels prévus par notre système juridique. Toutefois, il faut toujours penser à consulter le Titre final du Code civil qui maintient certains droits à des conditions déterminées, alors que le législateur les a bannis du Code civil (voir p.ex. les lettres de rente comme type de droit de gage ; art. 36 T.f.).

13. **Fixation des types.** Le législateur ne se contente pas de limiter le nombre de droits réels qu'il met à disposition des parties (limitation des types). Il indique aussi le contenu exact de chaque droit réel (fixation des types). Ainsi, une servitude ne peut pas avoir de prestation principale positive (obligation de faire ; art. 730 al. 2 CC). Le droit de gage ne peut pas conférer un droit de s'approprier la chose en cas de non-paiement (interdiction du pacte commissoire ; art. 894 CC). Pour plus d'informations et d'exemples, voir : HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 01.64 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 72 ; STEINAUER droits réels, no 129. C'est un peu comme si le législateur mettait à disposition des parties une boîte à outils et qu'il leur disait encore **comment les outils doivent être employés** (p.ex. une pince ne peut servir qu'à ôter un clou de la paroi et non à en planter un).

14. **Droits réels selon divers critères.** Malgré leur limitation, il existe encore des critères de **classification des droits réels** qui permettent de les regrouper dans des sous-catégories :

- Selon leur **origine**, on peut distinguer les droits réels constitués par **convention** (contrat de servitude, p.ex.) ou par la **loi** (hypothèques légales). Les hypothèques légales sont, en outre, divisées en hypothèques légales **directes** qui naissent par le seul effet de la loi (p.ex. art. 808 al. 2 et 810 al. 2 CC) ou **indirectes** dont la constitution exige une inscription au registre foncier (p.ex. art. 837 CC). On peut aussi distinguer les droits réels selon leur base légale émanant du **droit privé** (art. 810 al. 2 et 837 CC) et ceux émanant du **droit public** (art. 784 CC ou art. 836 CC).
- Selon leur **objet**, on peut distinguer les droits réels **mobiliers** ou **fonciers** (se rapportant à des immeubles). Ainsi, le législateur régit expressément la propriété foncière aux art. 656 ss CC. On

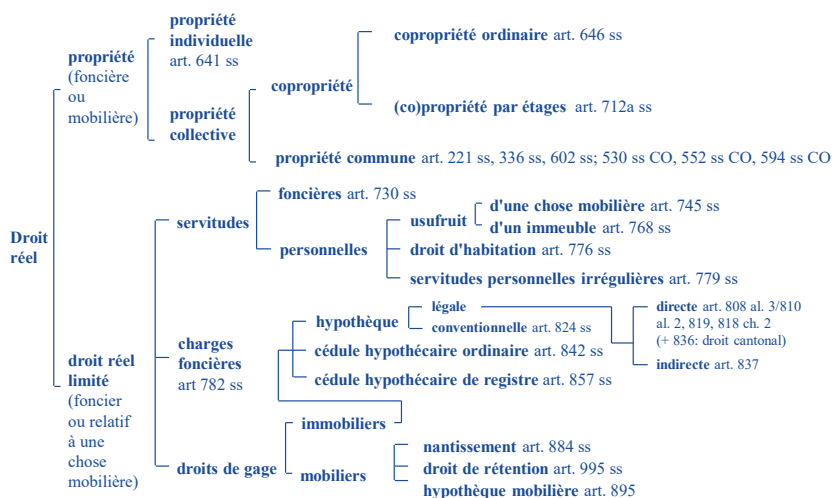
distingue aussi les droits de gage mobiliers (art. 884 ss CC) des droits de gage immobiliers (art. 793 ss CC). Il existe, en outre, la distinction entre les servitudes mobilières et les servitudes immobilières (STEINAUER droits réels I, nos 40 s.).

- Selon le **nombre de titulaires**, on distingue la **propriété individuelle** ou la **propriété collective**. La propriété collective est à son tour subdivisée en **copropriété** (art. 646 ss CC) et en **propriété commune** (art. 652 ss CC). La copropriété existe sous deux formes, à savoir la **copropriété ordinaire** et la **propriété par étages** (art. 712a ss CC).
- Selon le **type de bénéficiaire**, on peut distinguer des **servitudes foncières** (art. 730 ss CC), constituées en faveur du propriétaire foncier actuellement inscrit au registre foncier, des **servitudes personnelles** (usufruit, droit d'habitation, droit de superficie, etc. ; art. 745 ss), dont le bénéficiaire est une personne déterminée quelconque (ici on distingue celles qui sont incessibles, donc les servitudes personnelles proprement dites, de celles qui sont cessibles, les servitudes personnelles improprement dites ; art. 781 al. 2 CC). La même chose vaut aussi pour les **charges foncières réelles ou personnelles** (art. 782 al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1444).
- Comme indiqué plus haut, selon **l'ampleur de la maîtrise** conférée, on distingue la **propriété** (maîtrise totale, sous réserve de la loi) et les **droits réels limités**.
- Selon le **type de maîtrise** conférée, on distingue habituellement les droits **de jouissance** (servitudes), des droits **de garantie** (droits de gage). Certains droits peuvent être de **nature mixte** (charges foncières) lorsqu'ils exigent une prestation positive du propriétaire grevé, mais offrent simultanément une garantie au bénéficiaire du droit. Les droits qui imposent une **abstention** au propriétaire grevé (servitudes) sont, quant à eux, subdivisés en **servitude affirmative**, qui permet au bénéficiaire d'utiliser l'immeuble grevé (droit de passage, droit d'utilisation) et **servitude négative**, qui oblige le propriétaire à ne pas exercer toutes ses prérogatives en faveur du propriétaire du fonds bénéficiaire (servitude de non bâtir).

15. **Tableau des droits réels.** Bien entendu, il est possible de confectionner plusieurs genres de tableaux des droits réels et aucun ne sera

complet, au vu du nombre de critères différents dont on peut devoir tenir compte. Cela nonobstant et sous réserve de cette contingence, le tableau ci-après a pour objectif d'offrir une **vue d'ensemble** de la question :

Numerus clausus des droits réels



1.3.2. Trois principes de priorité

16. **Plusieurs droits réels portant sur un même objet.** Chaque chose peut faire l'objet de plusieurs droits réels simultanément. Ainsi, en particulier, un immeuble peut être grevé de servitudes et de droits de gage. Aussi longtemps qu'aucun de ces droits réels (propriété et droits réels limités) n'entre en conflit, la coexistence pacifique est possible. C'est souvent le cas et il existe des droits réels (limités) dont on ne perçoit même pas l'existence au quotidien. Ainsi, un droit de gage immobilier reste, en règle générale, latent, aussi longtemps que le propriétaire de la chose grevée s'acquitte de ses obligations financières à l'encontre du créancier gagiste.

17. **Collision de droits réels.** Parfois, cependant, le contenu des droits réels pourrait les conduire à poser problème. Ainsi, une servitude de superficie et une servitude de passage entrent en conflit si elles concernent

la même surface et que la construction d'un tiers se trouve sur le passage. Dans de tels cas, il est possible de résoudre le conflit en question au moyen de règles de priorité. Les droits réels connaissent différents principes de priorité pouvant aider à résoudre ce genre de collision de droits réels sur une même chose :

- la priorité de droits réels limités sur la propriété ;
- la priorité dans le temps ;
- la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers.

18. **Priorité des droits réels limités sur la propriété.** La propriété est le droit réel conférant une maîtrise totale sur la chose alors que le droit réel limité ne confère qu'une maîtrise partielle. Dans ce sens, il pourrait paraître paradoxal d'affirmer que le droit réel limité prime sur la propriété. Or, il ne faut pas perdre de vue, que le **droit réel limité vient comprimer les droits du propriétaire** (voir ci-après 10.1 ; STEINAUER droits réels I, no 148). Dès lors, le droit réel limité qui comprime le droit de la propriété est bien plus fort que cette dernière. Ainsi, le (nu-)propriétaire perd en règle générale sa faculté d'utiliser une chose sur laquelle il a concédé un usufruit (art. 745 al. 2 CC).

19. **Priorité dans le temps de certains droits réels limités.** Dans le contexte où **deux servitudes** sont en conflit (droit de superficie et droit de passage sur la même surface), c'est le principe de priorité dans le temps qui prime. Le moment déterminant est constitué par le moment où une réquisition a été portée au journal (art. 948 CC en relation avec art. 972 CC, en particulier l'al. 2). La priorité dans le temps vaut aussi dans les conflits entre les **servitudes et un droit de gage** immobilier ou entre les **servitudes et une charge foncière** (pour plus d'informations, voir notamment 13.1.5).

20. **Priorité selon le rang (hypothécaire).** Dans le cas où un immeuble est grevé simultanément de **plusieurs droits de gage immobiliers**, la priorité dans le temps n'est que rarement décisive. C'est principalement le rang attribué par la voie d'une case hypothécaire qui déterminera l'ordre dans lequel un éventuel produit de vente aux enchères forcée sera distribué entre les créanciers gagistes (art. 813 CC). Ce rang peut être déterminé par les parties (art. 813 al. 2 CC) ou par la loi (art. 810 al. 2 CC). Pour plus d'informations, voir le point 13.1.5.

1.3.3. Publicité des droits réels

21. **Nécessité sociétale.** Un système juridique est axé sur la sécurité du droit et sur la sérénité des échanges. Lorsque, comme pour les droits réels, on en impose à tout un chacun le respect (droit *erga omnes*), il est indispensable que ces droits soient reconnaissables pour tout le monde. Aussi, il convient de trouver un moyen de les rendre publics.

22. **Possession.** Pour ce qui est des choses mobilières (art. 713 CC), le législateur a choisi la possession (art. 919 ss CC) comme instrument de la publicité (voir ci-après 3.1).

23. **Registre foncier.** En ce qui concerne les immeubles (au sens de l'art. 655 al. 2 CC), le registre foncier (art. 942 ss CC ainsi que l'ORF) constitue l'instrument de publicité (voir ci-après 3.2).

1.3.4. Principe de causalité

24. **Mécanisme d'acquisition des droits réels.** On distingue l'acquisition originaire d'une acquisition dérivée des droits réels.

- Dans le cadre de l'**acquisition dérivée**, l'acquéreur peut devenir titulaire du droit sur la base du droit de l'aliénateur. Le droit de l'aliénateur et le processus de transfert entre aliénateur et acquéreur donnent lieu à l'acquisition d'un droit réel. Dans tous les autres cas, on parle d'**acquisition originaire**. Bien que divers cas d'acquisition originaire soient connus, leur importance pratique est relativement réduite.
- En règle générale, l'acquisition dérivée exige deux étapes. Il faut d'abord un **titre d'acquisition** (contrat de vente, de donation, etc.) et ensuite une **opération d'acquisition**. Cette dernière se décompose en un **acte de disposition** (manifestation de volonté de constituer ou transférer un droit réel) et un **acte matériel** (transfert de la possession ou inscription au registre foncier).
- Pour le tout, voir ci-après 8.2.

25. **Cause valable.** Le titre d'acquisition constitue la cause de l'acquisition dérivée et la loi constitue le plus souvent la cause de l'acquisition originaire. Selon le principe de causalité, un transfert ou une constitution d'un droit réel ne peut intervenir que si la cause sur laquelle elle se fonde est aussi valable (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 01.67 ss). Si le titre d'acquisition ne répond pas aux exigences du législateur ou si l'aliénateur n'est pas titulaire du droit qu'il transfère, il n'y a, en principe, pas de possibilité de constituer ou de transférer un droit réel (voir art. 974 al. 2 CC pour le transfert de droits réels immobiliers).

26. **Exception : acquisition de bonne foi.** Il existe de rares situations, dans lesquelles un droit réel peut être transféré, respectivement constitué, même s'il se fonde sur une cause invalide. C'est notamment le cas dans les situations où le législateur protège l'acquisition de bonne foi (voir art. 728 al. 1 CC en relation avec les art. 934 et 973 CC).

1.3.5. Principe de spécialité

27. **Individualité des droits réels.** Selon le principe de spécialité, chaque chose individuelle est séparément l'objet d'un droit réel. En règle générale, il n'y a pas de possibilité de soumettre plusieurs choses (p.ex. un patrimoine) à un seul droit réel.

28. **Exception et nuances.** Il existe cependant des situations où le législateur permet de soumettre plusieurs objets à un seul droit réel (collectif). Tel est le cas du droit de gage collectif qui peut, à certaines conditions, être constitué sur plusieurs immeubles (art. 798 al. 1 CC). En outre, bien qu'on parle de choses physiquement distinctes, la chose principale et l'accessoire suivent automatiquement le même sort juridique sur le plan des droits réels (art. 644 al. 1 CC). La même chose vaut, lorsqu'un immeuble dépendant est relié à un immeuble principal (art. 655a al. 1 CC).

Chapitre 2 Objets de droits réels

29. **Contexte et plan.** Les droits réels ont pour objet les **choses** au sens juridique du terme. Aussi banal que le terme puisse paraître, il est d'une **complexité certaine**. Par ailleurs, de manière absolument surprenante, il soulève des questions éthiques et philosophiques totalement inattendues. On peut même affirmer que la « *Weltanschauung* » a une grande importance dans la définition de la chose. Ainsi, pendant des millénaires, il était clair que l'**animal** ne pouvait être considéré que comme une chose dans le sens juridique du terme. Avec la sensibilisation de la société à l'antispécisme, le législateur a introduit l'art. 641a CC pour bien signifier que cela n'est plus le cas. L'**évolution technologique** des dernières décennies a aussi eu une répercussion sur le concept de chose. Avec les possibilités offertes par la procréation artificielle, par les manipulations du génome, par la transplantation des organes, par les prothèses artificielles, par l'intelligence artificielle, la frontière entre corps et chose est sans cesse déplacée, sans que le droit civil ne soit à même d'offrir un curseur à la population. Le droit constitutionnel, le droit administratif et le droit pénal doivent venir au secours de la société, afin d'offrir une délimitation et des règles de comportement. Et, il va sans dire que, par essence, le législateur a toujours une bataille de retard par rapport à la recherche. Après la **notion** et les **bases légales**, nous allons procéder aux **distinctions les plus usuelles** en la matière. Enfin, il convient de préciser que les droits réels peuvent, parfois, avoir pour objet des créances, des forces naturelles, etc., **qui ne constituent** justement **pas des choses** au sens juridique du terme.

2.1. Notion de chose et bases légales

2.1.1. Notion

30. **Chose.** La chose comme objet de droits réels est « *une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel, qui est susceptible de maîtrise humaine et n'est pas un animal* » (STEINAUER droits réels I, no 62 ; voir aussi SUTTER-SOMM, no 16).

31. **Éléments.** Plusieurs qualités caractérisent donc la chose, à savoir :

- **Délimitation :** Ne peuvent être visés par les droits réels, des phénomènes illimités et sans existence individuelle. Ainsi, **l'espace, l'air ou la mer**, etc., ne sont pas des choses au sens du droit civil du terme. Bien entendu, avec les **progrès de la science**, on peut quasiment tout délimiter, du moins sur un plan conceptuel. Aussi, ce critère ne doit pas être pris à la lettre mais selon l'état actuel de la technologie. Il faut utiliser ce critère de distinction avec le sens qu'il peut avoir dans les interactions quotidiennes. Pour ce qui est des choses liquides, gazeuses, etc., c'est leur renfermement dans un récipient (bouteille, etc.) qui en fait, cas échéant, une chose au sens du droit privé.
- **Absence de caractère personnel :** Une personne ne peut pas être une chose, cela semble évident. Mais qu'en est-il des **prothèses** qui sont certainement des choses avant leur implantation dans un corps ? Aujourd'hui, on part de l'idée qu'après leur implantation, elles ne peuvent plus être considérées comme choses. Encore plus délicate, est la question des **organes, tissus ou cellules** d'origine humaine devant être transplantés ou faisant l'objet de recherches. La législation topique, notamment la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules du 8 octobre 2004 (RS 810.21) permettant leur utilisation, ne définit pas expressément leur statut juridique (en revanche, le législateur régit expressément la gratuité du don d'organe et l'interdiction de leur commerce ; art. 6 s.). La même retenue du législateur peut aussi être constatée dans la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (RS 810.11) ou dans la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (RS 810.12), où le terme de chose n'est utilisé nulle part. Si tout le monde peut être d'accord avec **l'interdiction du commerce d'organes à transplanter**, comment faut-il alors traiter les cheveux ou les ongles coupés ? Et *quid* du **cadavre** respectivement de la dépouille d'un humain ? Ces questions dépassent largement le présent ouvrage, mais pour plus d'informations on peut voir l'étude approfondie de : Ducor Philippe, Statut juridique des parties détachées du corps humain : une approche anatomique et fonctionnelle, RDS 2016 II 251-348. Si, dans ce cas, la doctrine parle de chose (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 01.19 ; STEINAUER droits réels I, nos 67 ss) ou de chose d'origine humaine (DUCOR, p. 335 ss), il convient de retenir

que souvent elles sont soustraites au commerce et à l'application des normes du Code civil.

- **Matérialité :** La chose existe comme réalité corporelle et tridimensionnelle (voir notamment HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 01.08 ss). Cette affirmation banale connaît des exceptions spectaculaires. Ainsi, selon l'art. 655 al. 2 ch. 2 à 4 CC, des droits sont considérés comme des immeubles au sens juridique du terme.
- **Possibilité de la maîtrise humaine :** La chose doit être susceptible d'appropriation. Ce n'est, par exemple, pas le cas pour les astres, l'espace, etc. (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/Roberto, no 01.21). Ici aussi, l'évolution technologique pourrait – tôt ou tard – étendre la possibilité de l'appropriation humaine. Qui sait, un jour on pourra peut-être capter des nuages ou filtrer l'ensoleillement de la terre ? Dans un tel cas, on ne pourra néanmoins pas parler d'appropriation au sens des droits réels. En effet, de tels exemples extrêmes font appel à des enjeux politiques et de droit international public dépassant largement le Code civil.
- **Absence de caractère animal :** L'animal n'est pas une chose (art. 641a CC), ce qui – aujourd'hui – paraît une évidence. On ne doit toutefois pas oublier que cette disposition du Code civil n'est entrée en vigueur que le 1^{er} avril 2003. Pour plus d'informations, voir ci-après 2.3.

2.1.2. Bases légales

32. **Dans le Code civil.** Le Code civil régit la chose, sa définition et son régime juridique à plusieurs endroits. Ainsi, déjà à l'art. 6 al. 2 CC, le législateur permet aux cantons de « *restreindre ou prohiber le commerce de certaines choses ou frapper de nullité les opérations qui s'y rapportent* ». Ensuite, bien entendu, l'ensemble des dispositions du Livre quatrième du Code civil, intitulé « *Des droits réels* », est consacré aux choses (art. 641 ss CC). Il faut néanmoins spécialement évoquer l'art. 655 CC qui définit l'**immeuble** comme objet de droits réels et l'art. 713 CC qui régit les **choses mobilières**. Mais, certaines autres dispositions distinguent aussi des types de choses particulières (voir p.ex. l'art. 658 al. 1 CC et 664 CC qui évoquent la chose sans maître,

l'art. 677 CC qui traite des constructions mobilières, l'art. 723 CC qui définit le trésor, comme type particulier de chose, etc.).

33. **Autres bases légales.** D'autres lois se consacrent aux choses, en particulier lorsqu'il s'agit d'en interdire le commerce. C'est le cas pour le commerce des **organes à transplanter** (voir ci-dessus 2.1.1), mais aussi pour les **stupéfiants** (voir art. 8 de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121). La même chose vaut aussi pour le transfert des **biens culturels** selon l'art. 3 de la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels du 20 juin 2003 (RS 444.1 ; voir aussi les art. 728 al. 1^{er} et 934 al. 1^{bis} CC).

2.2. Distinctions

34. **Chose mobilière.** Selon l'art. 713 CC, les choses « *qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre* » sont des choses mobilières. Au vu de l'évolution technologique, tout peut être transporté. Ce critère doit dès lors être appréhendé selon les coûts et l'état de la chose. Pour cette raison, on ajoute généralement que le transport doit pouvoir avoir lieu **sans altération sensible** de la substance (STEINAUER droits réels I, no 98). En outre, des opérations spectaculaires comme le ripage d'un bâtiment ne le transforment pas en chose mobilière.

35. **Immeuble.** Dans le langage courant, on utilise très souvent le terme d'immeuble pour désigner un **bâtiment**. En droit, il s'agit d'un raccourci proscrit qui pourrait entraîner la peine maximale lors d'un examen universitaire. En effet, l'immeuble est une notion juridique pour laquelle le législateur ne livre pas de définition à proprement parler mais une énumération. Il désigne donc les immeubles au sens juridique du terme qui, contrairement au langage courant, ne se résument pas à des bâtiments. Pire encore : il existe des **immeubles dématérialisés**. Sont ainsi des immeubles au sens de l'**art. 655 al. 2 CC** (SUTTER-SOMM, nos 444 ss) :

- **Biens-fonds (art. 655 al. 2 ch. 1 CC) :** Les biens-fonds sont, selon l'art. 2 litt. a ORF, « *toute surface de terrain ayant des limites déterminées de façon suffisante* ». Cette définition tient compte de la délimitation horizontale du bien-fonds découlant de la mensuration officielle (pour ce qui est du plan du registre foncier, voir art. 7 OMO). En revanche, compte tenu du **principe**

d'accession, il faut être conscient que le droit du propriétaire d'un bien-fonds s'étend au-delà de la surface horizontale du terrain (art. 667 CC ; dimension verticale). Ainsi, même si on devait considérer le terrain en tant que tel comme objet bidimensionnel, le droit qu'il confère s'étend bien à trois dimensions.

- **Droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier (art. 655 al. 2 ch. 2 CC) :** Selon l'art. 655 al. 3 CC, la servitude sur un immeuble peut être immatriculée comme droit distinct et permanent, si elle n'est établie ni en faveur d'un fonds dominant, ni exclusivement en faveur d'une personne déterminée (**lit. a**) et si elle est établie pour 30 ans au moins ou pour une durée indéterminée (**lit. b**). Le droit distinct et permanent le plus répandu en pratique est le droit de superficie (voir art. 779a ss CC).
- **Mines (art. 655 al. 2 ch. 3 CC) :** Les mines sont des **droits d'exploiter un gisement**, accordés par le canton compte tenu du droit régalién ancré à l'art. 664 CC (STEINAUER droits réels II, no 2027 ; SUTTER-SOMM, no 455).
- **Parts de copropriété d'un immeuble (art. 655 al. 2 ch. 4 CC) :** Aussi bien les parts de copropriété ordinaire que les parts de (co)propriété par étages constituent des immeubles au sens de la loi, lorsqu'elles portent sur un immeuble. L'immeuble de base sur lequel elles portent continue à exister et à pouvoir faire l'objet de transactions (sous réserve de l'art. 648 al. 3 CC).

36. **Immeubles et registre foncier.** Les trois dernières catégories prévues par l'art. 655 al. 2 ch. 2 à 4 CC (voir ci-dessus) constituent des droits et non **pas des choses** au sens juridique du terme. Ces immeubles sont obligatoirement reliés à un bien-fonds comme immeuble de base ou comme immeuble grevé (art. 22 al. 2 ORF et art. 23 al. 5 lit. a ORF). Néanmoins, au registre foncier, ils auront en règle générale leur propre feuillet (art. 22 ss ORF avec une exception à l'art. 23 al. 2 ORF) et peuvent donc être grevés de droits réels limités. Cela permet notamment le **financement** de l'acquisition ou de la construction de bâtiments ou d'ouvrages à l'aide d'un crédit hypothécaire. Les droits distincts et permanents font aussi l'objet d'un plan du registre foncier, ce qui n'est pas le cas pour les parts de copropriété d'un immeuble (art. 7 al. 1 OMO), bien que la propriété par étages puisse faire l'objet d'un plan de répartition (art. 68 s. ORF). Celui-ci n'a, toutefois, pas la même portée juridique qu'un plan du registre foncier (WERMELINGER ZK, nos 104 s. ad art. 712d).

37. **Choses soustraites au droit privé.** Bien qu'elles remplissent toutes les conditions liées à la notion de chose, il se peut que le législateur **supprime la possibilité d'en faire commerce** et donc d'être soumis aux normes topiques du Code civil. Il s'agit notamment des stupéfiants, des biens culturels et des organes humains (voir aussi ci-dessus 2.1.2).

38. **Autres distinctions.** Il existe encore un certain nombre de catégories de choses qui peuvent avoir un effet juridique, surtout dans le cadre du transfert de la propriété et des relations contractuelles entre aliénateur et acquéreur (notamment dans le cadre des garanties pour les défauts). Sans entrer dans les détails, la doctrine distingue notamment (pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels I, nos 100 ss) :

- **Choses fongibles et non fongibles :** Les choses fongibles sont celles désignées habituellement dans les affaires par leur nombre, leur poids ou leur mesure (argent, riz, etc.). Les choses qui ne répondent pas à ce critère sont des choses non fongibles (une voiture de collection, mon ordinateur avec mes données, etc.).
- **Choses de genre et corps certains :** Les choses de genre sont déterminées par certains caractères généraux (une voiture d'une marque déterminée), alors que le corps certain est déterminé par des critères suffisants par les parties pour constituer une chose spécifique (ma voiture, que j'ai montrée à un acquéreur potentiel).
- **Choses consommables et choses non consommables :** La chose est consommable lorsque sa fonction réside dans le fait d'être consommée (riz, benzine, etc.). Elle est non consommable, lorsque malgré un usage conforme à sa destination elle n'est, en principe, pas vouée à une disparition immédiate (voiture, ordinateur, etc.).
- **Choses divisibles et indivisibles :** Une chose qui peut être répartie en plusieurs choses du même genre (un kilo de riz ou un gâteau) est divisible alors que, dans la mesure où une telle répartition altère sensiblement la valeur de la chose (p.ex. une œuvre d'art), on parle de chose indivisible.

2.3. Autres objets de droits réels

39. **Animaux.** Les animaux ne sont pas des choses (art. 641a al. 1 CC). C'est une déclaration programmatique du législateur ayant pour objet d'essayer de nuancer des millénaires de spécisme. Cela étant, sauf « *disposition contraire, les dispositions s'appliquant aux choses sont également valables pour les animaux* » (art. 641a al. 2 CC). Des dispositions contraires peuvent se trouver dans le Code civil (art. 651a, 719, 720a, 722 al. 1^{bis} et 728 al. 1^{bis} CC) ou dans d'autres lois, voir notamment : la loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005 (RS 455) et sa législation d'application, mais aussi la loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain du 21 mars 2003 (RS 814.91), l'ordonnance concernant l'abattage d'animaux et le contrôle des viandes du 16 décembre 2016 (RS 817.190), la loi fédérale sur les épizooties du 1^{er} juillet 1966 (RS 916.40), etc. Pour plus d'informations voir aussi DE PORET, p. 1 ss.

40. **Forces naturelles.** Les forces naturelles sont des capacités à fournir du travail (STEINAUER droits réels I, no 120). Si elles sont captées et constituent une valeur économique, on leur applique les règles de la propriété mobilière (art. 713 CC).

41. **Certains droits.** Les droits ne sont pas des réalités matérialisées. Néanmoins, afin de faciliter les échanges et pour répondre à des besoins économiques importants, il arrive que le législateur érige des droits en choses (p.ex. les immeubles selon les art. 655 al. 2 ch. 2 à 4 CC).



Chapitre 3 Instruments de publicité

42. **Contexte et plan.** Les instruments de publicité ont une importance fondamentale pour les droits réels. D'une part, ils ont pour fonction de les **rendre visibles** à tout un chacun. D'autre part, leur **fonction dans l'acquisition et la défense des droits réels** en fait des instruments multifonctions. Alors que la possession est une réalité matérielle qui existe, de manière presque inchangée depuis des millénaires, le **registre foncier** est une institution plus récente et, surtout, en proie à des **évolutions technologiques** constantes. Ainsi, avec la tenue du registre foncier par voie informatique (registre foncier informatisé ; voir notamment art. 160 ORF pour l'autorisation nécessaire à l'introduction de l'informatique dans la tenue du registre foncier), les modalités concrètes de la mise en œuvre de la publicité du registre foncier ont été fondamentalement bouleversées, notamment pour ce qui est de la possibilité d'offrir un accès direct du public au registre foncier (art. 27 ss ORF). Sans grande surprise, le présent chapitre va d'abord analyser la possession, ensuite le registre foncier, comme instruments de la publicité foncière.

3.1. Possession

3.1.1. Notion et bases légales

43. **Définition.** Selon l'art. 919 CC, la possession consiste en la maîtrise effective de la chose. Ainsi, la possession n'est **pas un droit** à proprement parler, mais ce n'est pas non plus un simple fait (pour un exposé nuancé sur la question, voir : SUTTER-SOMM, nos 1165 ss). Il faut se l'imaginer comme une situation concrète, déterminée par un fait et un élément subjectif (maîtrise effective). Cette situation est **protégée par le législateur** (art. 926 ss CC). Pour une approche historique de la notion, voir FUCHS, nos 5 ss.

44. **Éléments.** L'exercice de la maîtrise effective de la chose suppose que deux éléments distincts soient réunis :

- **Élément de fait :** La maîtrise de la chose doit permettre, à celui qui l'exerce, d'avoir le pouvoir physique ou du moins « *intellectualisé* » sur la chose (« *tatsächliche Gewalt* » ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 96 s. ; SUTTER-SOMM, nos 1199 ss). Par « *pouvoir intellectualisé* », on entend notamment celui exercé par un tiers pour le possesseur (p.ex. le propriétaire d'une chose louée est possesseur médiateur ; sa possession s'exerce par l'entremise du locataire). Pour qu'on puisse parler de véritable maîtrise effective, il faut que celle-ci ait une **certaine stabilité et durée** et qu'elle ne soit pas acquise de manière purement fortuite et passagère (art. 921 CC). Très souvent, la possession suppose donc un **lien physique avec la chose**. Parfois, elle peut aussi s'exercer par le truchement d'une personne ou d'une manifestation externe. La possession n'exige donc **pas toujours une possibilité d'intervention directe et immédiate pour le possesseur**. Ainsi, lorsque je suis possesseur d'un vélo, je ne perds pas cette qualité en m'éloignant de ce véhicule, à condition, par exemple, que je le cadenas.
- **Élément subjectif :** La possession exige une conscience et une volonté du possesseur. Le possesseur doit **savoir et vouloir posséder**. Cela ne signifie pas forcément qu'il connaît tous les éléments du bien qu'il possède. Ainsi, lorsqu'un enfant reçoit un paquet cadeau, il peut en ignorer le contenu. Cela ne l'empêche pas de pouvoir posséder le cadeau offert. L'élément subjectif impose au possesseur d'être doté de la **capacité de discernement** (art. 16 CC). En revanche, il n'a pas besoin de la capacité civile active, vu qu'il n'exerce pas un droit (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.19 ; STEINAUER, no 202 ; SUTTER-SOMM, no 1210).

45. **Bases légales.** La possession est régie aux art. 919 à 941 CC. Ils traitent de la notion et des formes de la possession (art. 919 à 921 CC), du transfert (art. 922 à 925 CC) et de la portée juridique (art. 926 à 941 CC). Ci-après, nous allons nous inspirer de la structure légale, en séparant toutefois l'acquisition et la perte de la possession (transfert).

3.1.2. Divers types de possession

46. **Distinctions.** Le législateur procède lui-même à la distinction entre la possession originaires et la possession dérivée (art. 920 CC). En outre, le législateur distingue encore la possession d'une chose de la possession d'un droit (art. 919 CC). Toutefois, ce ne sont pas les seules distinctions et la doctrine procède à un certain nombre d'autres distinctions indiquées ci-dessous (les auteurs de la doctrine en ont encore créé d'autres : voir notamment FUCHS, nos 72 ss ; STEINAUER droits réels I, nos 230 ss ; SUTTER-SOMM, nos 1212 ss).

47. **Distinction selon l'objet de la possession (art. 919 CC).** La **possession des choses** s'exerce par la maîtrise effective, décrite ci-dessus (3.1.1). Le législateur régit aussi la **possession des droits** qui intervient par l'exercice de celui-ci. Selon le législateur, cela s'applique aux charges foncières et aux servitudes. Le titulaire d'une **servitude affirmative** exerce son droit en utilisant l'immeuble grevé (p.ex. en passant sur le bien-fonds). Le titulaire d'une **servitude négative** (p. ex. une restriction du droit de bâtir) ou d'une **charge foncière** (p. ex. une livraison de bois), en s'opposant au non-respect du droit par la personne obligée. Les créances sont aussi concernées par l'art. 919 al. 2 CC. L'exercice d'une **créance** consiste en l'encaissement des intérêts ou de la somme ou en la cession de celle-ci (pour plus d'informations voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 118 ss ; STEINAUER droits réels I, nos 206 ss ; SUTTER-SOMM, nos 1186 ss). Enfin, la possession peut porter sur une chose mobilière ou **sur un immeuble** au sens de l'art. 655 al. 2 CC. Dans le dernier cas, le registre foncier est l'instrument de publicité et non de la possession (SUTTER-SOMM, no 1178).

48. **Possession originaires et dérivée (art. 920 CC).** La **possession dérivée** est celle qu'exerce celui à qui un possesseur a remis un bien pour lui transférer un droit (réel limité ou personnel) sur la chose, sans pour autant perdre sa qualité de possesseur. Dès lors, le **possesseur originaires est celui qui continue à exercer une possession sur la chose, bien que l'ayant remise**, par le transfert d'un droit à un tiers. Ainsi, le propriétaire est possesseur originaires et l'usufruitier, le titulaire d'un droit de gage, le locataire ou l'emprunteur, etc., est possesseur dérivé (art. 920 al. 2 CC). Selon la doctrine dominante, un possesseur dérivé peut à son tour accorder la possession dérivée à un tiers (un usufruitier prête la chose). Dans un tel cas, l'usufruitier devient possesseur originaires pour l'emprunteur (voir STEINAUER droits réels I, nos 242 s.).

49. **Possession médiate et immédiate.** Celui qui exerce une possession par le truchement d'un tiers (p.ex. le propriétaire qui a loué la chose) est aussi appelé le **possesseur médiat** alors que celui qui exerce directement la possession est appelé le **possesseur immédiat** (ici le locataire). Souvent, le possesseur originaire est un possesseur médiat alors que le possesseur dérivé est un possesseur immédiat, mais il ne s'agit pas de synonymes, car les deux notions se rapportent à des causes différentes.

50. **Possession individuelle et collective.** La **possession collective** doit être distinguée de la **possession individuelle**. Celui qui possède seul est un possesseur individuel. La possession collective peut être exercée par plusieurs personnes, soit de manière indépendante les uns des autres (**copossession** ; p. ex. cinq personnes possèdent un chalet et chacun d'entre eux peut utiliser l'un des cinq appartements indépendamment de la présence des autres), soit ensemble uniquement (**possession commune** ; la possession ne peut être exercée que si tous les possesseurs y contribuent, comme pour l'utilisation d'un PC où chaque possesseur disposerait d'un mot de passe séparé et que chaque mot de passe doit être introduit pour que le PC fonctionne).

3.1.3. Acquisition de la possession

51. **Modes d'acquisition.** En principe, l'acquisition de la possession intervient de manière originaire ou dérivée. Il faut relever un cas particulier lié au **droit successoral**, où l'acquisition intervient de plein droit : selon **l'art. 560 al. 2 CC** les héritiers sont saisis (donc acquièrent) « *des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt* ». Sans connaître le décès du *de cuius*, voire même sans en connaître l'existence, les héritiers deviennent immédiatement possesseurs des choses que celui-ci possédait (pour plus d'informations, voir aussi FUCHS, nos 57 ss ; SUTTER-SOMM, nos 1245 ss).

52. **Acquisition dérivée en général.** Selon l'art. 920 CC, l'acquisition dérivée de la possession se fait par la **remise de la chose, en vue de l'acquisition d'un droit** personnel ou d'un droit réel limité. Aux art. 922 ss CC, le législateur nuance lui-même ces propos. Ainsi, d'une part, il régit la question de la présence ou non des parties lors de la remise de la chose (art. 922 ss CC), d'autre part, il prévoit aussi l'acquisition de la possession sans remise de la chose (sans tradition ; art. 924 CC). Enfin, un régime

spécial est prévu pour des **papiers-valeurs représentant des marchandises** (art. 925 CC). Par la remise de tels papiers-valeurs, on transfère la possession dérivée des marchandises à l'acquéreur. Est toutefois réservée une possible acquisition de bonne des marchandises elles-mêmes (pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels I, nos 359 ss).

53. **Acquisition dérivée avec remise de la chose.** Cette manière d'acquérir la possession est la plus fréquente et suppose la **présence des deux parties** et la **remise effective de la chose** en question. Cela étant, l'art. 922 al. 1 CC permet aussi une remise de la possession entre présents, lorsque l'acquéreur de la possession dérivée reçoit les **moyens qui font passer la chose en sa puissance** (par exemple les clés d'une voiture qui se trouve dans un garage, à quelques kilomètres de là). La remise de la chose **entre absents** est aussi possible (art. 923 CC). Cela suppose qu'une des parties, voire les deux, soient représentées (notamment selon les art. 32 ss CO ; pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels I, nos 289 ss).

54. **Acquisition dérivée sans remise de la chose.** L'acquisition dérivée de la possession d'une chose sans sa remise semble violer le sens de l'art. 920 al. 1 CC. En vérité, l'art. 924 CC prévoit deux cas où une remise de la chose n'est pas nécessaire pour l'acquisition de la possession. Il existe encore d'autres cas que nous évoquons brièvement ci-dessous (pour plus d'informations, voir notamment SUTTER-SOMM, nos 1259 ss) :

- **Transfert de la possession sans tradition (art. 924 CC) :** Selon cette disposition, « la possession peut s'acquérir sans tradition, lorsqu'un tiers ou l'aliénateur lui-même demeure en possession de la chose à un titre spécial ». Lorsque c'est le **tiers qui reste possesseur** à un titre spécial, on parle de **délégation de possession**. Le cas le plus fréquent intervient lors de la **vente d'un objet loué** à un tiers. Si le vendeur (possesseur originaire et médiat) transfère la propriété à l'acheteur, sans que le bail en soit affecté, ce dernier prend la position du vendeur et le locataire reste possesseur dérivé et immédiat. Le locataire possède alors pour l'acquéreur et non plus pour l'aliénateur. Lorsque le **propriétaire** de la chose **reste possesseur**, on parle de **constitut possessoire**. Le constitut possessoire intervient souvent dans la situation où une chose vendue est encore utile pendant un certain temps à l'aliénateur, mais que l'acquéreur veut néanmoins immédiatement procéder à la conclusion du contrat. C'est par exemple le cas du propriétaire qui vend sa maison et qui continue d'y habiter en tant

que locataire. L'acquéreur devient propriétaire et possesseur originaire et médiat alors que le vendeur cède sa possession originaire pour conserver la possession immédiate et devenir possesseur dérivé.

· **Brevi manu traditio** : Il s'agit ici d'un mode d'acquisition de la possession, par lequel l'aliénateur vend une chose à un acquéreur qui détenant déjà la chose au moyen d'une possession dérivée. Ainsi, le vendeur est souvent le propriétaire (possesseur originaire et médiat) d'une chose qu'il a louée à l'acquéreur (possesseur dérivé et immédiat). Il n'y a donc plus besoin de la remise de la chose et au moment de la conclusion du contrat de vente, le vendeur perd la possession et l'acquéreur devient possesseur originaire et immédiat. Tel est le cas du propriétaire qui vend sa maison au locataire.

55. **Acquisition originaire.** L'acquisition originaire de la possession est **très rare** en pratique (sans disposer de statistiques, le soussigné s'avance à prétendre que 90% et plus des acquisitions de la possession interviennent de manière dérivée). En effet, l'acquisition originaire intervient, par exemple, lors de l'occupation d'une chose sans maître (principalement art. 718 CC), la prise de possession de choses ou d'animaux trouvés ainsi que de trésors ou d'objets avec une valeur scientifique (art. 720 ss CC). L'acquisition originaire de la possession peut **même** intervenir **sans l'acquisition d'un droit**. Ainsi, en vertu du principe de causalité, le voleur ne deviendra pas propriétaire de la chose volée, mais il en acquiert la possession de manière originaire.

3.1.4. Perte de la possession

56. **Perte passagère de la possession.** Selon l'art. 921 CC, la possession n'est pas perdue lorsque l'exercice en est empêché ou interrompu par des faits de **nature passagère** (SUTTER-SOMM, nos 1300 ss). Savoir si cela est le cas s'apprécie en fonction de **l'ensemble des circonstances** et selon **l'expérience de la vie**. Le possesseur ne peut, ainsi, invoquer l'art. 921 CC, lorsqu'il lâche un animal dans la nature, afin de le rendre à la vie sauvage et qu'ultérieurement il souhaite le récupérer (TF 4C.317/2002, cons. 4.2).

57. **Perte définitive.** L'empêchement **durable** de l'exercice de la possession y met fin. Il peut intervenir par un **abandon** (p.ex. déréliction), une **cession** de la chose (p.ex. vente) ou alors par la **perte** de la chose, voire son **vol**.

3.1.5. Effets de la possession

58. **Présomption de l'existence d'un droit (art. 930 s. CC).** La fonction de la possession, consiste à faire **présumer l'existence d'un droit** du possesseur. Il s'agit donc de l'objectif même du principe de **publicité**. Ci-après, il convient d'apporter certaines précisions relatives à cette présomption (voir aussi SUTTER-SOMM, nos 1354 ss) :

- **Droits présumés :** La loi permet d'invoquer sa propre **présomption de propriété** (art. 930 al. 1 CC ; possession originaire) ou la présomption de propriété de celui, dont il tient sa possession (art. 931 al. 1 CC ; possession dérivée). Enfin, l'art. 931 al. 2 CC permet aussi d'invoquer la présomption d'un autre droit que la propriété (usufruit, bail, etc.). Toutefois, cette dernière présomption ne peut pas être invoquée à l'encontre de celui dont le possesseur dérivé tient son droit de posséder (en principe le possesseur originaire). Vis-à-vis de lui, il doit prouver l'existence du droit déduit de la possession.
- **Présomption dans le temps :** Sur le plan **temporel**, le législateur prévoit même une extension de cette présomption, puisque même les **possesseurs antérieurs** à celui qui invoque son droit sont présumés avoir été propriétaires (art. 930 al. 2 CC).
- **Portée de la présomption :** En **principe, la présomption** déduite de la possession est **réfragable**. Un tiers peut donc apporter la preuve que le droit invoqué au travers de la possession n'appartient pas au possesseur, mais (en règle générale) à lui-même. Compte tenu du principe de causalité, cela peut être le cas d'une chose volée : le voleur ne peut pas transférer un droit acquis sans cause valable (sous réserve de la protection de la bonne foi de l'acquéreur).
- **Fictions :** Le législateur prévoit des exceptions, dans lesquelles, malgré la preuve du contraire, le droit présumé est tout de même maintenu. On parle alors d'une **fiction irréfragable**. Il s'agit des

cas où le possesseur actuel a acquis de bonne foi une **chose** d'un tiers à qui elle avait été **confiée** (art. 933 CC), voire où le possesseur actuel de bonne foi aurait acquis de la **monnaie** (ayant cours et non pas des pièces de collection) et des **titres au porteur** (art. 935 CC). Dans ces cas, le législateur a opéré une pesée d'intérêts penchant en faveur du possesseur actuel, soit parce que celui qui réclame la chose a contribué – par sa confiance – à la dépossession, soit parce que le commerce des choses concernées ne permet pas la restriction découlant des droits du demandeur (sécurité des transactions).

- **Prescription : L'écoulement du temps** restreint aussi la possibilité de l'ancien possesseur de récupérer son bien. Lorsqu'il agit en **protection de la possession** exclusivement (voir ci-dessous), il doit agir très vite (l'art. 926 CC dit « *aussitôt* » pour le droit de reprise ; le même « *aussitôt* » se trouve à l'art. 929 CC, mais n'a pas le même sens ; voir ci-après 3.1.6). Lorsqu'il veut **protéger son droit par le biais de la possession** (voir ci-dessous), le délai est plus long (de 5 à 30 ans, selon les situations et les choses concernées ; voir art. 934 al. 1 et 1^{bis} CC ; voir aussi art. 728 CC). Voir cependant l'art. 936 CC (l'usurpateur de mauvaise foi « *peut être contraint en tout temps* » de restituer la chose).
- **Solution intermédiaire (art. 934 al. 2 CC) :** Si une chose a été acquise dans des **circonstances particulières** (lors d'enchères publiques, dans un marché ou auprès d'un marchand d'objets de même espèce), il y a une présomption réfragable liée à la possession. En effet, l'ancien possesseur pouvant prouver que l'acquisition du possesseur actuel n'est pas valable peut récupérer la chose, à la seule condition de **rembourser le prix payé**. Ainsi, le législateur favorise financièrement l'acquéreur « *public* » tout en permettant à l'ancien possesseur de récupérer la chose.
- **Effet de l'inscription au registre foncier (art. 937 CC) :** Lorsque le bien considérée est un **immeuble, la personne inscrite** au registre foncier peut faire valoir la présomption et la protection de la possession.

59. **Protection de la possession.** Afin de permettre à la possession de jouer pleinement son rôle, le législateur a décidé de protéger celle-ci pour elle-même, **alors qu'elle ne constitue pas un droit** (voir ci-dessus 3.1.1). Il se justifie de consacrer un point séparé à cette question (ci-après 3.1.6).

Le demandeur qui invoque cette protection de la possession doit bien entendu **prouver sa possession** (art. 8 CC), notamment lorsqu'il a été dépossédé de la chose.

60. **Protection du droit présumé par le biais de la possession.** L'effet de la possession ne s'arrête cependant pas là. En effet, vu qu'elle fait présumer un droit, le législateur a décidé de permettre au **possesseur de protéger le droit présumé** simplement en invoquant sa possession. Là aussi, un point séparé est consacré à la question (ci-après 3.1.7). Le demandeur qui invoque cette protection du droit par le biais de la possession doit bien entendu **prouver sa possession** et non pas un quelconque droit (art. 8 CC), afin d'obtenir la protection judiciaire.

3.1.6. Protection de la possession

61. **Bases légales.** La protection de la possession fait l'objet des art. 926 à 929 CC. Bien entendu, la **procédure civile** s'applique aussi, lorsqu'il s'agit de faire valoir ses droits par la voie judiciaire. Dans ce contexte, les dispositions suivantes sont pertinentes :

- **Art. 29 ss CPC :** Le **for** se situe au tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le bien est situé.
- **Art. 257 CPC :** Pour agir contre la dépossession ou les troubles de la possession, le demandeur agit généralement par le biais de la **procédure sommaire**. Vu que les actions des art. 927 s. CC ne sont pas directement soumises à ce type de procédure, il convient de passer par l'art. 257 CPC et de prouver que **l'état de fait** n'est pas litigieux ou susceptible d'être immédiatement prouvé et que la **situation juridique** est claire (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.154).
- **Art. 258 CPC :** Afin de **prévenir un trouble** de la possession, le demandeur peut s'adresser à l'instance compétente pour demander une mise à ban.
- **Art. 261 CPC :** Dans la mesure où les conditions sont remplies, le demandeur peut aussi demander au juge de prendre des **mesures provisionnelles**, telles que la consignation de la chose (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.155 ; SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, no 251).

62. **Usurpation et trouble de la possession.** Le possesseur peut agir contre tout acte qui l'a **privé de la possession** de la chose (soustraction, vol, etc.). C'est dans ce sens qu'il faut comprendre le terme d'usurpation de la possession utilisée par le législateur (art. 927 al. 1 CC). Par trouble de la possession au sens de l'art. 928 al. 1 CC, il faut entendre **toute autre entrave à la possession** qui ne se solde pas par une dépossession, mais qui porte atteinte à la position du possesseur. Il peut s'agir d'une **atteinte matérielle** (le défendeur bloque régulièrement le vélo du demandeur au moyen d'un cadenas). Il peut exceptionnellement s'agir d'une **atteinte psychique** (menace grave de la part d'un tiers exprimée contre le possesseur s'il devait exercer son droit de possession, p.ex. sur une voiture ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 02.136 s.). Afin que le juge puisse intervenir, la dépossession ou le trouble de la possession doit être **illicite**. Tel n'est pas le cas si le défendeur dispose d'un droit (préférable) à posséder la chose. **Attention** : il faut examiner attentivement si et de quelle manière un tel droit peut être invoqué par le défendeur, car la protection de la possession n'a pas pour objet de juger sur le droit en tant que tel (à ce propos, voir art. 927 al. 1 *in fine* et 927 al. 2 CC). Elle tend à **conserver une situation de fait** (STEINAUER droits réels I, no 415). C'est ce dilemme que vise **l'art. 932 CC** qui permet à un éventuel acquéreur de se prévaloir de la présomption rattachée à sa possession contre l'ancien possesseur. A condition toutefois qu'on ne leur reproche pas des actes d'usurpation ou de trouble (voir ci-après 3.1.7).

63. **Moyens de droit accordés au possesseur.** Le législateur a prévu trois moyens distincts pour protéger la possession. D'une part, il lui accorde un **droit de défense** extrajudiciaire (art. 926 CC) et, d'autre part, il prévoit deux actions judiciaires distinctes, pour se prémunir contre la **dépossession** (art. 927 CC ; la réintégrande) ou le **trouble de la possession** (art. 928 CC). En outre, le législateur permet à la personne ayant subi une atteinte de faire valoir des créances dans la mesure où l'usurpateur, respectivement le trublion, doit **répondre d'un dommage** (art. 938 ss CC ; ci-après 3.1.8).

64. **Droit de défense (art. 926 CC).** L'art. 926 CC accorde un droit de défense au possesseur qui fait l'objet d'un acte d'usurpation ou de trouble de la possession. Ce droit de défense peut être exercé « *in situ* » et sans faire l'objet d'une procédure judiciaire.

- **L'art. 926 al. 1 CC** régit d'abord un droit de **légitime défense** pour le possesseur qui est **actuellement** confronté à un tel acte. Il

peut **repousser** l'usurpation ou le trouble de la possession avec la **force** (SUTTER-SOMM, nos 1326 s.).

L'**art. 926 al. 2 CC** va encore plus loin en accordant un **droit de reprise** au possesseur, lorsque l'acte d'usurpation s'est **déjà déroulé** et que le possesseur n'a pas pu empêcher la dépossession. Pour cela, la dépossession doit avoir eu lieu de manière **violente ou clandestine** et la tentative de reprise doit avoir eu lieu **aussitôt**. La portée de la notion « *aussitôt* » est controversée et la majorité de la doctrine semble admettre une action dans les heures, voire dans le jour qui suivent (voir notamment HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.107 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 228 ; STEINAUER droits réels I, no 426). Si le droit de reprise concerne une **chose mobilière**, le possesseur peut **l'arracher** au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite. S'il concerne un **immeuble**, le possesseur peut **expulser** l'usurpateur. L'exercice de ce droit de reprise est relativement délicat, surtout pour ce qui est de l'occupation illicite des immeubles et de l'exigence de l'action immédiate. Le squat des immeubles a notamment donné lieu à des réflexions qui tiennent autant de la politique citoyenne et sociale que du droit (pour une vue d'ensemble sur la question voir notamment : EGGER ROCHAT GWENDOLINE, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble, thèse Genève 2002). Pour un arrêt où le Tribunal fédéral analyse l'art. 926 CC sous l'angle de **l'exigence de l'ordre public** : TF 1P.109/2006, en particulier cons. 5.

L'emploi de la **force** est exceptionnel dans la mesure où l'État abandonne son monopole en question. Pour cette raison, le législateur précise que l'emploi de la force doit être **proportionnée aux circonstances** (art. 926 al. 3 CC ; SUTTER-SOMM, nos 1330 ss). Ainsi, la réaction du possesseur ne doit avoir en vue que la récupération de la chose, et ce, de la manière la moins violente possible. Il n'est légitime que si l'emploi de la force est indispensable (TF 6B_343/2016, cons. 4.1 ; une utilisation illégitime de la force peut avoir des suites pénales). Des comportements punitifs ou des attitudes vindicatives ne sont en aucun cas admissibles (STEINAUER droits réels I, no 422). Si l'usurpateur ou le perturbateur est un enfant, le possesseur doit en tenir compte dans l'usage de la force (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 229). Si le possesseur fait un usage légitime de la force, l'usurpateur ou le perturbateur ne peut pas invoquer, à son tour,

une légitimité à le repousser par la force (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.102).

- Dans la mesure où le possesseur dépossédé **n'a pas agi** « **aussitôt** » au sens de l'art. 926 al. 2 CC pour reprendre la chose, il peut invoquer la **réintégrande** dans le cadre d'une procédure judiciaire (art. 927 CC). Il n'est donc pas déchu de tous les droits (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.112). Dans ce cas, il devra agir aussitôt, au sens de l'art. 929 CC, ce qui lui laisse un peu plus de temps. Cette notion ne signifie pas la même chose, en fonction de la situation dans laquelle il se trouve.
- Le 2 septembre 2020, le département fédéral de justice et police a ouvert une procédure de consultation sur le droit de reprise suite à l'acceptation par le parlement de la **motion no 15.3531** du Conseiller national Olivier Feller (VD), ayant pour titre : « *Renforcer les moyens de défense contre les squatters en assouplissant les conditions d'application de l'article 926 du Code civil* ». L'issue de cette procédure reste ouverte.

65. **Réintégrande (art. 927 CC)**. La réintégrande est une action judiciaire qui a pour objet de permettre au possesseur dépossédé de **recupérer la possession** de la chose. Elle lui permet aussi de demander la **réparation d'un éventuel dommage** (art. 927 al. 3 CC) aux conditions des art. 41 et 60 CO. Elle vise principalement le **rétablissement de l'état de fait antérieur** (TF 5A_63/2019, cons. 5.2 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.121) et assure donc au demandeur une protection provisoire, sans décision sur l'existence ou non d'un droit réel (devant le Tribunal fédéral la réintégrande est considérée comme mesure provisionnelle au sens de l'art. 98 LTF ; ATF 133 III 638 = JdT 2009 I 151, cons. 2).

- La réintégrande est une action de nature **condamnatore** au sens de l'art. 84 CPC.
- Sur le plan matériel, l'action suppose un **acte d'usurpation illicite** et l'impossibilité pour le défendeur d'**établir un droit préférable** (droit liquide ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.126).

- **Parties au procès :** La qualité pour agir appartient à la personne dépossédée, alors que la qualité pour défendre appartient à l'usurpateur (FUCHS, nos 247 ss).
- Pour ce qui est du **for**, on applique les art. 29 s. CPC selon qu'un immeuble ou une chose mobilière soit concernée (SUTTER-SOMM, no 1351).

66. **Action en raison du trouble (art. 928 CC).** L'action en raison du trouble est une action judiciaire qui a pour objet de **faire cesser un trouble** subi par le possesseur. L'art. 928 al. 2 CC élargit l'objet de l'action en intégrant aussi l'interdiction de **causer le trouble** et la **réparation d'un éventuel dommage** subi. L'action en raison du trouble vise principalement à mettre un terme à l'atteinte en supprimant sa cause. De plus, on peut demander au juge d'interdire le trouble lorsque celui-ci s'est déjà produit et pourrait se reproduire, mais aussi lorsque la réalisation de celui-ci menace sérieusement.

- L'action en raison du trouble est une action de nature **condamnatoire** au sens de l'art. 84 CPC.
- Sur le plan matériel, l'action suppose un **trouble qui dure toujours** ou qui menace sérieusement de se reproduire.
- **Parties au procès :** La qualité pour agir appartient à la personne troublée dans sa possession, alors que la qualité pour défendre appartient à l'auteur du trouble (FUCHS, nos 258 ss).
- Pour ce qui est du **for**, on applique les art. 29 s. CPC selon qu'un immeuble ou une chose mobilière est concernée (SUTTER-SOMM, no 1351).

67. **Limites temporelles (art. 929 CC).** L'art. 929 CC fixe deux délais (pour une analyse approfondie, voir FUCHS, nos 365 ss) :

- Le demandeur doit tout d'abord agir (par une interpellation de l'usurpateur ou du perturbateur ou par l'introduction d'une action judiciaire ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 247) **aussitôt** après avoir connu le fait et l'auteur de l'atteinte. Dans un cas particulier, un délai de 7 semaines a été jugé comme conforme à cette incombance (SJ 1980 p. 92/94) alors que dans un autre cas, un délai de 12 semaines a été jugé excessif (RSJ 1997 p. 381). Il ne s'agit donc pas du même « *aussitôt* » qu'à l'art. 926 CC.

- Au plus tard, le demandeur doit cependant agir dans le **délai péremptoire d'un an** à partir du jour de l'atteinte (art. 929 al. 2 CC ; STEINAUER droits réels I, nos 445 s.), indépendamment du moment où le demandeur en a eu connaissance.

Si les délais de l'art. 929 CC ne sont pas respectés, le possesseur ne peut plus invoquer les actions possessoires. En revanche, il peut encore agir en **protection de son droit** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.146), notamment en invoquant l'art. 641 al. 2 CC (voir ci-après 4.5).

3.1.7. Protection judiciaire du droit

68. **Bases légales.** Le législateur prévoit aux art. 933 à 937 CC que le possesseur peut demander au juge de protéger le droit présumé par le biais de la possession. Comme pour la protection de la possession en tant que telle, le CPC a une importance capitale dans la mise en œuvre judiciaire du droit pour les actions ci-après (voir ci-dessus 3.1.6). Il est cependant vraisemblable que les parties seront plus facilement confrontées aux procédures ordinaires (art. 219 ss CPC) et simplifiée (art. 243 ss CPC) visant la protection d'un droit.

69. **Action mobilière en cas de dépossession (art. 934 CC).** L'objet de cette action réside dans la **restitution de la chose**, voire dans la **constatation du droit préférable** du possesseur.

- Il s'agit d'une action **condamnatoire** (art. 84 CPC).
- Sur le plan matériel, le possesseur doit avoir été **dépossédé contre sa volonté** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 02.234).
- **Cas spéciaux :** Lorsqu'il s'agit d'une **chose** qui a été **confiée par le possesseur** à une personne qui a constitué un droit réel limité ou qui l'a vendue à un **tiers de bonne foi**, elle ne peut plus être récupérée (art. 933 CC). Si la chose dont le possesseur est dessaisi consiste en de la **monnaie ou des titres au porteur**, elle ne peut pas être revendiquée à l'encontre de **l'acquéreur de bonne foi** (art. 935 CC ; SUTTER-SOMM, nos 1444 ss). Lorsque la chose a été **acquise par un tiers dans des enchères publiques, dans un marché ou auprès d'un marchand d'objets** de même espèce, la

restitution de la chose ne peut intervenir que contre le **remboursement du prix payé** (art. 934 al. 2 CC ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 02.250 ss).

- Suivant les arguments avancés par le défendeur, le demandeur devra établir son **droit préférable à posséder**.
- **Parties** : La qualité pour agir appartient à la personne dessaisie sans sa volonté. Toutefois, pour pouvoir agir, il doit être lui-même possesseur de bonne foi (art. 936 al. 2 CC). La qualité pour défendre revient à la personne qui a la possession au moment de l'ouverture de l'action.

70. **Mauvaise foi de l'acquéreur et action mobilière (art. 936 CC)**. Si le défendeur à l'action mobilière a acquis la possession de mauvaise foi, il ne bénéficie pas de la protection que lui procurerait la **prescription** (voir art. 934 al. 1 CC). Les exigences liées à l'absence de bonne foi peuvent varier en fonction des circonstances et de la chose considérée (p.ex. pour une œuvre d'art, voir l'art. 934 al. 1^{bis} CC et ATF 139 III 305 = JdT 2015 II 79, cons. 3).

3.1.8. Responsabilité du possesseur illégitime

71. **En général**. Lorsque quelqu'un possède une chose de manière illégitime, il doit, aux conditions décrites ci-dessus, restituer la chose. Selon la durée de sa propre possession, il peut avoir usé la chose, lui avoir occasionné un dommage ou avoir assumé des frais, afin de la réparer ou de l'entretenir (impenses). Toutes ces éventualités peuvent avoir des **conséquences patrimoniales pour le possesseur illégitime et/ou le possesseur qui récupère la chose**. Le législateur traite ces conséquences de manière nuancée, selon que le possesseur illégitime était de bonne foi ou non. En tout état de cause, l'application de ces normes présuppose que le possesseur illégitime soit **obligé de restituer la chose**. Si pour une raison quelconque, cette restitution n'est pas exigée, les art. 938 ss CC ne trouvent pas application. Pour une analyse approfondie de la responsabilité du possesseur illégitime voir aussi SUTTER-SOMM, nos 1473 ss.

72. **Possesseur illégitime de bonne foi (art. 938 s. CC)**. Lorsque le possesseur illégitime est de bonne foi, le législateur ne lui impose qu'une responsabilité restreinte.

- Tant que le possesseur illégitime de bonne foi a utilisé et disposé de la chose en conformité avec le droit qu’il croyait avoir acquis, il **ne doit aucune indemnité** à ce titre. Il ne doit donc même pas répondre de la perte ou la détérioration de la chose si, de bonne foi, il se croyait propriétaire (art. 938 CC).
- En revanche, il a le droit de réclamer les **impenses nécessaires** (au maintien de la valeur de la chose) **ou utiles** (à l’augmentation de la valeur de la chose) qu’il a eues dans le cadre de la gestion de la chose (art. 939 al. 1 CC). Si toutefois, il a pu **percevoir des fruits** (naturels ou civils) durant le temps où il a possédé la chose, il doit les déduire de la créance qu’il peut faire valoir à l’encontre du possesseur dépossédé.
- Si le possesseur illégitime a fait des **impenses somptuaires** (sans nécessité ou utilité au sens de ce qui précède), il n’a pas droit de les réclamer au possesseur dépossédé. En revanche, dans la mesure où il peut les séparer de la chose sans dommage, il peut récupérer les modifications faites. Le possesseur dépossédé peut toutefois les conserver en lui offrant la contre-valeur (art. 939 al. 2 CC). Ce droit d’enlèvement ne peut être exercé par le possesseur de bonne foi que s’il y a un intérêt (et non par pure chicane ; voir aussi STEINAUER droits réels I, nos 682 s.).

73. **Le possesseur illégitime de mauvaise foi (art. 940 CC).** Selon l’art. 940 al. 1 CC, le « *possesseur de mauvaise foi doit restituer la chose et indemniser l’ayant droit de tout le dommage résultant de l’indue détention, ainsi que des fruits qu’il a perçus ou négligé de percevoir.* » Tant qu’il ne sait pas à qui la chose doit être restituée, il ne répond que de sa **faute**. Dès le moment où il sait à qui il doit restituer la chose, la **responsabilité** devient **objective** et n’est pas liée à une faute (art. 940 al. 3 CC). Pour ce qui est des impenses, il ne peut les réclamer que si l’ayant droit avait **dû** les faire lui-même (ce qui exclut notamment les frais pour les impenses utiles).

3.2. Registre foncier

74. **Nécessité d’un registre.** Comme instrument de publicité, la possession est adaptée à la chose mobilière, puisqu’elle peut être

transportée d'un lieu à l'autre. En outre, au vu de sa définition, la chose mobilière peut être très hétéroclite et regroupe aussi bien un stylo à bille, une voiture de luxe ou un trombone. Vouloir tenir un registre pour inscrire tous les droits réels relatifs à toutes les choses mobilières relèverait de la pure folie bureaucratique. Pour cette raison, le législateur a décidé de limiter la tenue d'un registre aux immeubles. Aussi bien sur le plan patrimonial que sur celui de la durabilité des choses inscrites, il y a une nécessité d'obtenir la **plus grande sécurité juridique**. Se rapporter à un état de fait, comme peut l'être la possession, ne suffit pas à répondre au principe de publicité, cela d'autant plus que notre pays est caractérisé par le fait que nous sommes un **pays de locataires**, dès lors celui qui utilise quotidiennement un immeuble n'est pas forcément son propriétaire. En effet, selon le relevé structurel de l'Office fédéral de la statistique (statistique des bâtiments et des logements), en 2017 seuls **38% des logements étaient occupés par leur propriétaire** (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/construction-logement/logements/conditions-habitation/locataires-proprietaires.html>; consulté le 17 octobre 2020). Cela étant, dans des cas exceptionnels, le législateur a prévu la tenue d'un registre pour certaines choses mobilières particulières, notamment en raison de leur valeur. Les exigences et les effets de ces registres sont déterminés par des législations spéciales en fonction du type de chose : voir notamment loi fédérale sur le **registre des bateaux** du 28 septembre 1923 (RS 747.11) ou la loi fédérale sur le **registre des aéronefs** du 7 octobre 1959 (RS 748.217.1).

75. **Publicité et constitution.** La fonction du registre foncier ne s'épuise pas dans la mise en œuvre du principe de publicité. Vu le principe absolu de l'inscription – en vertu duquel un droit réel immobilier prend naissance, respectivement est transféré dès son inscription au registre foncier (art. 971 al. 1 CC) – celle-ci est fondamentale dans la **constitution et le transfert des droits réels** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.07). Ainsi, le registre foncier ne donne pas seulement des informations sur les droits réels, il est – à proprement dire – un instrument de **maïeutique des opérations immobilières**. L'inscription au registre foncier permet la naissance ou le transfert d'un droit réel.

76. **Citations utiles.** Le **professeur Roland Pfäffli** a consacré une grande partie de son existence à l'étude, à la gestion et à l'évolution du registre foncier. Il a été conservateur du registre foncier de l'Oberland bernois et, simultanément, pédagogue enthousiaste. Il a appris au soussigné quelques vérités fondamentales qu'il lui a permis de reproduire ici. Ce ne

sont pas des vérités scientifiques, mais des aphorismes qu’il tire de son expérience professionnelle :

- Le registre foncier est un registre d’inscriptions et non un registre de rejets. Cela signifie que le conservateur doit toujours voir son rôle dans le service public qu’il rend et non exclusivement dans le dogme qu’il défend.
- Le conservateur doit donc faire preuve d’une rigidité flexible.
- Un des principes fondamentaux de la tenue du registre foncier exige que toutes les conditions à l’inscription soient remplies au moment du dépôt de la réquisition au registre foncier.
- Le registre foncier est un instrument d’une valeur inestimable que beaucoup de pays nous envient. Véritable pilier de l’économie, il permet à tous les participants de bénéficier d’une sécurité juridique indispensable à la gestion et au maintien serein de la valeur du parc immobilier.

3.2.1. Notion et bases légales

77. **Notion.** Le terme de registre foncier peut avoir plusieurs significations. Il s’agit principalement d’un **service public** chargé de **donner l’état des droits en relation avec les immeubles** (art. 942 al. 1 CC). Dans le langage courant, lorsque certaines personnes parlent du registre foncier, elles entendent un **ensemble d’informations** tenues par une administration **dans un (voire plusieurs) document** (« *j’ai été consulter le registre foncier* », comme si on disait, « *j’ai été voir dans le dictionnaire* »). Enfin, parfois on parle du registre foncier et on entend **un lieu** où se trouve l’office qui détient les informations en question (« *hier, j’ai été au registre foncier* »). Pour plusieurs motifs, cette dernière signification tend à perdre de l’importance :

- Depuis 2012, presque toutes les opérations immobilières requièrent un acte authentique (voir art. 732 al. 1 CC qui a étendu cette exigence de forme aux servitudes). Dès lors, le public se rend plus rarement personnellement à l’office du registre foncier (voir aussi l’art. 963 al. 3 CC, selon lequel c’est le notaire qui, le plus souvent, formule les réquisitions à l’attention du registre foncier, sans se rendre sur place pour cela).

- Sur un plan géographique, on a assisté à une concentration des offices du registre foncier (voir notamment canton de Vaud, de Lucerne, etc.) ces dernières décennies, ce qui les éloigne d'autant plus de la population.
- Avec la tenue informatisée du registre foncier, le législateur permet d'autoriser des accès en ligne pour de la consultation du registre foncier (art. 27 ss ORF). Cela rend donc inutile une part importante de déplacements sur place.

78. **Bases légales dans le Code civil.** Le **Code civil** traite aux art. 942 à 977 CC du registre foncier. En outre, au vu de l'état actuel de l'introduction du registre foncier fédéral et des modifications intervenues dans la législation sur les droits réels, le **Titre final** du Code civil comporte aussi des normes importantes relatives au registre foncier (art. 17 à 38 T.f.).

79. **Législation d'exécution sur la tenue du registre foncier.** L'**ORF** comporte la législation de détail du Conseil fédéral, relative au sujet. Sur un plan purement technique, il convient également d'évoquer une source légale édictée par le département compétent, à savoir l'ordonnance technique du DFJP et du DDPS concernant le registre foncier du 28 décembre 2012 (RS 211.432.11 ; **OTRF**), dont l'objet porte principalement dans la définition des bases de données et la gestion des interactions entre bases de données (art. 1 : modèle de données pour le registre foncier, modèle de données pour l'échange des données entre le registre foncier et la mensuration officielle, interface permettant le prélèvement et l'échange des données du registre foncier, interface pour l'échange des données entre la mensuration officielle et le registre foncier, etc.).

80. **Législation sur la mensuration officielle.** L'introduction et la tenue du registre foncier, sont encore fortement conditionnées par la législation sur la mensuration officielle (**LGéo**, **OMO** et ordonnance technique du DDPS sur la mensuration officielle du 10 juin 1994 (RS 211.432.21, **OTEMO**). Ainsi, la « *mensuration officielle au sens de l'art. 950 CC désigne les mensurations approuvées par le canton et reconnues par la Confédération qui sont exécutées en vue de l'établissement et de la tenue du registre foncier* » (art. 1 al. 1 OMO). Voir aussi art. 7 OMO sur le plan du registre foncier, l'art. 25 OMO sur la mise à jour du registre foncier, etc.

81. **Législation cantonale.** Enfin, dans la mesure de la compétence attribuée par le législateur fédéral, les cantons ont légiféré en matière de registre foncier (notamment de l'organisation, des émoluments ou des effets de l'ancien cadastre, tant que le registre foncier fédéral n'est pas introduit partout). Pour une vue d'ensemble des législations cantonales en Suisse romande, voir notamment STEINAUER droits réels I, no 714.

3.2.2. Introduction à la tenue du registre foncier

82. **Cadastrés cantonaux.** Avant l'entrée en vigueur de la réglementation du registre foncier fédéral, dans le Code civil suisse, chaque **canton** avait **son propre instrument de publicité foncière**, avec ses propres règles. Dans la majorité des cas on parlait du **cadastre cantonal**. Les cantons romands étaient sous l'influence du droit français et du Code Napoléon et connaissaient, initialement un système de transcriptions uniquement pour certains actes translatifs de propriété. Toutefois, tous les cantons romands ont légiféré dans le courant du 19^e siècle et se sont plus ou moins rapprochés d'un véritable registre foncier, au moins avec la transcription ou homologation de tous les actes (pour une vue d'ensemble : ROUX, p. 21–70). Bien entendu, aussi longtemps que le registre foncier fédéral n'est pas introduit sur l'ensemble du territoire des cantons, le législateur a dû prévoir dans un **régime transitoire les effets de la publicité des anciens instruments de publicité cantonaux** (voir notamment l'art. 48 T.f. avec une compétence législative en la matière, accordée au droit cantonal). Pour certaines régions, ce régime est encore applicable à ce jour, le registre foncier fédéral n'étant pas encore entièrement introduit sur tout le territoire. Dans les cantons, où les anciens instruments cantonaux n'ont pas été jugés suffisants, cela a pour conséquence une **absence de la foi publique pour l'existence ou non des droits réels** (STEINAUER droits réels I, no 733). Selon un relevé publié en 2019, les cantons du Jura et de Vaud ont introduit le registre foncier dans toutes les communes. Pour les autres cantons, le niveau d'introduction dans l'ensemble des communes varie (92% à Berne, 88% à Genève, 54% à Fribourg, 44% à Neuchâtel et 39% en Valais, selon STEINAUER droits réels I, no 724). Pour le tout, voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 402 ss.

83. **Registre foncier fédéral et son introduction.** L'introduction du registre foncier fédéral suppose deux étapes distinctes et généralement séquentielles, à savoir, la mensuration officielle du sol dans un premier

temps et, ensuite, une procédure d'introduction du registre foncier fédéral (art. 40 al. 1 T.f.). « *Toutefois, et avec l'assentiment de la Confédération, le registre foncier pourra être introduit auparavant, s'il existe un état des immeubles suffisamment exact* » (art. 40 al. 2 T.f.). Les deux étapes peuvent intervenir successivement dans différentes parties du canton, voire dans différentes parties d'une commune (art. 41 al. 2 T.f.).

84. **Mensuration officielle du sol.** La mensuration officielle du sol couvre **l'intégralité du territoire suisse** (art. 30 LGéo). Elle est planifiée par la Confédération, sur la base de conventions-programmes pluriannuelles passées entre la Direction fédérale des mensurations cadastrales et les services cantonaux compétents (art. 31 al. 2 LGéo). Une fois effectuée, elle doit être approuvée par le service cantonal compétent (art. 32 al. 1 LGéo), sur la base des exigences techniques de la Confédération (voir notamment l'ordonnance sur la géoinformation du 21 mai 2008, RS 510.620). La **Confédération exerce dès lors la haute surveillance** de la mensuration officielle (art. 34 al. 1 lit. d LGéo) alors que celle-ci est **exécutée par les cantons** (art. 34 al. 2 lit. a LGéo). La mensuration officielle est le fait **d'ingénieurs géomètres** (art. 41 al. 1 LGéo ; voir aussi l'ordonnance concernant les ingénieurs géomètres du 21 mai 2008, RS 211.432.261). La Confédération et les cantons **assument en commun le financement** de la mensuration (art. 38 al. 1 LGéo). Pour plus d'informations, voir aussi HUSER, p. 1 ss ; mais aussi : HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 03.35 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 395 ss.

85. **Procédure d'introduction du registre foncier fédéral.** La procédure d'introduction du registre foncier fédéral suppose, en règle générale, que le conservateur du registre foncier **regroupe toutes les informations et tous les droits** qu'il connaît à l'aide de l'ancien système cadastral ou de registre foncier cantonal. Il **reporte d'office** dans les feuillets à immatriculer pour les immeubles du registre foncier **fédéral les droits réels inscrits dans les registres publics conformément à la loi ancienne**, à moins qu'ils ne soient incompatibles avec le Code civil (art. 43 al. 1 et al. 3 T.f.). Afin de ne pas oublier ou de ne pas perdre des droits, les intéressés seront, par **sommation publique**, appelés à faire connaître d'éventuels droits dont ils veulent se prévaloir et qui ne seraient pas encore inscrits dans l'instrument cantonal (art. 43 al. 2 T.f.). Les droits réels qui n'auront pas été inscrits n'en restent pas moins valables, mais ne peuvent être opposés aux tiers qui s'en sont remis de bonne foi aux énonciations du registre foncier (art. 44 al. 1 T.f.).

86. **Organisation du registre foncier.** Les art. 951 à 954 CC et les art. 4 ss ORF sont consacrés à la tenue du registre foncier. Or, selon l’art. 4 ORF, l’**organisation** des « *offices du registre foncier* » et la **tenue du registre foncier** incombent aux **cantons** (voir aussi art. 953 al. 1 CC). « *Ceux-ci veillent à ce que le registre foncier soit tenu de manière à répondre à des qualifications techniques élevées.* » La **Confédération**, quant à elle, exerce la **haute surveillance** sur le registre foncier, par l’office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (OFRF ; art. 6 al. 1 ORF). Sur un plan géographique, des **arrondissements** sont formés pour la tenue du registre foncier (art. 951 al. 1 CC). Cela ne signifie toutefois pas, qu’un canton soit obligé de constituer plusieurs arrondissements. Ainsi, les cantons de Genève et du Jura, notamment, n’ont qu’un seul arrondissement foncier (STEINAUER droits réels I, no 738). Voir, ci-après, une énumération des sujets que doit notamment régler un canton pour ce qui est de l’organisation du registre foncier (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 03.40 ss ; MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 48 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 428 ss) :

- le lieu de situation géographique de l’office du registre foncier à l’intérieur de l’arrondissement ;
- l’organisation de l’office du registre foncier, y compris les fonctions, les structures, les dotations budgétaires, etc. ;
- la nomination des collaborateurs ;
- les conditions de travail (droits, obligations, cahier des charges, salaire).

87. **Émoluments.** Selon l’art. 954 al. 1 CC, les « *cantons peuvent percevoir des émoluments pour les inscriptions au registre foncier et les travaux de mensuration qui s’y rattachent* », à l’exception des inscriptions déterminées par des améliorations du sol ou par des échanges de terrains faits en vue d’arrondir une exploitation agricole (art. 954 al. 2 CC). Les **principes de droit fiscal** sont applicables à ces émoluments. Leur perception exige l’existence d’une **base légale** (cantonale ; voir notamment, pour le canton de Neuchâtel, la loi concernant le tarif des émoluments du registre foncier du 25 janvier 1988, RSN 215.411.6). Ils doivent respecter les principes de proportionnalité, d’égalité de traitement (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 435), mais surtout **d’équivalence et de couverture des frais** (TF 2C_24/2012, cons. 5.3). En principe, l’ensemble des émoluments doit servir à couvrir l’ensemble des coûts de la tenue du

registre foncier. Hormis cela, la Confédération ne prévoit pas de prescriptions limitatives pour le canton (TF 2C_760/2016, cons. 2.3.2 ; TF 2C_1060/2012, cons. 3.1).

88. **Responsabilité pour la tenue du registre foncier.** Selon l'art. 955 al. 1 CC, les « cantons sont responsables de tout dommage résultant de la tenue du registre foncier ». Il ne s'agit pas d'une **responsabilité de l'État** (MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 33), **soumise partiellement à des normes de droit privé**, notamment pour les conditions et la prescription. En revanche, ce sont les normes de la responsabilité étatique cantonale qui s'appliquent à une procédure concrète (MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 50 ; STEINAUER droits réels I, no 817). Par ailleurs, le lésé doit **directement s'adresser à l'État** et non au conservateur du registre foncier. Il appartient à l'État de **se retourner**, cas échéant, contre le collaborateur fautif (art. 955 al. 2 CC). Pour se prémunir partiellement contre une perte, le canton peut exiger une garantie de ses employés (en principe seulement du conservateur et non pas des collaborateurs exécutants). En outre, il surveille la gestion de l'office du registre foncier (art. 956 al. 1 CC). L'art. 955 CC introduit une **responsabilité objective** qui ne suppose pas l'existence d'une faute (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.80). Les conditions de la responsabilité sont les suivantes (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 552 ss) :

- **Qualité pour agir** : La personne lésée (p.ex. qui a perdu un droit réel suite à l'acquisition de bonne foi par un tiers, selon l'art. 973 CC).
- **Qualité pour défendre** : Le canton sur le territoire duquel est situé l'immeuble en question.
- **Un dommage** : Il consiste en la diminution involontaire du patrimoine (voir TF 5A_707/2007, cons. 5 pour un cas où le TF a nié le dommage dans le cas de la violation du devoir d'annonce selon l'art. 969 CC).
- **Acte relevant de la tenue du registre foncier** : Le canton ne répond, par le biais de l'art. 955 CC, que de la tenue du registre foncier (peu importe qu'il s'agisse du registre foncier fédéral ou du cadastre cantonal ; STEINAUER droits réels I, nos 825 ss). Si le conservateur prend son vélo à l'issue d'une journée de travail et cause fautivement un accident de la route, l'art. 955 CC ne s'applique pas.

- **Illicéité** : L'acte relevant la tenue du registre foncier doit violer une norme liée à la tenue du registre foncier, destinée à protéger les intérêts du lésé.
- **Lien de causalité adéquate** : Il doit exister un lien de causalité adéquate entre le dommage et l'acte de la tenue du registre foncier
- **Prescription** : Les principes de l'art. 60 CO s'appliquent. Conformément à la teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, l'action se prescrit par **trois ans** à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par **dix ans** à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé.

89. **Documents du registre foncier.** Si les cantons disposent d'une certaine autonomie dans l'organisation du registre foncier (p.ex. dans la fixation des émoluments), ils sont tenus de structurer les documents qu'ils utilisent selon les **exigences du Code civil** et, accessoirement, des prescriptions techniques de l'office fédéral chargé du droit du registre foncier et du droit foncier (**ORF** ; voir notamment art. 41 al. 1 ORF ou art. 144 al. 2 ORF). Ainsi, les documents suivants composent le registre foncier (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 03.84 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 437 ss) :

- **Grand livre (art. 945 CC)** : Il est composé des feuillets des immeubles immatriculés au registre foncier (art. 946 CC).
- **Journal (art. 948 CC et art. 8 ORF)** : Il contient les réquisitions dans leur **ordre chronologique**, avec **l'heure et la date** de la transmission initiale (art. 48 al. 3 ORF).
- **Plan du registre foncier (art. 2 al. 2 ORF)** : Il s'agit du produit, sur plans, de la mensuration officielle du sol, selon l'art. 7 OMO.
- **Pièces justificatives (art. 948 CC)** : Les pièces justificatives accompagnent, en règle générale, les réquisitions. Elles ont pour objet de légitimer l'opération requise (art. 51 ORF). Il s'agit notamment des contrats, des procurations, des consentements ou des autorisations (art. 2 lit. g ORF).
- **Registres accessoires** : Il s'agit notamment du **registre des propriétaires** (art. 11 ORF) qui contient le nom des propriétaires inscrits par ordre alphabétique et la désignation des immeubles qui leur appartiennent, le **registre des créanciers hypothécaires**

(art.12 ORF). Les cantons peuvent tenir des registres accessoires supplémentaires (art. 8 al. 5 ORF).

90. **Tenue informatisée du registre foncier.** Durant des décennies, il était évident que la tenue du registre foncier devait avoir lieu sur papier. Avec l'évolution technologique, cette réalité s'est aussi modifiée. Avec **l'autorisation du département fédéral de justice et police**, les cantons **peuvent** passer à la tenue informatisée du registre foncier (art. 949a CC et art. 942 al. 3 CC et art. 160 ORF). Les cantons peuvent déléguer à des privés certaines activités en relation avec la tenue informatisée du registre foncier aux conditions de l'art. 949d CC. Le système informatisé doit permettre la lecture sous forme de chiffres et de lettres par des procédés techniques ou sous forme de plans (art. 942 al. 4 CC). Le registre foncier informatisé doit prévoir **la saisie des données du grand livre et du journal dans le même système**. Les données doivent être accessibles tant par la désignation des immeubles que par d'autres critères de recherche, tels que le nom d'une personne et, le cas échéant, les adresses d'immeubles ou les toponymes (art. 8 al. 2 ORF). Dans la tenue informatisée du registre foncier, **la sécurité est un enjeu capital**, vu le patrimoine concerné par les immeubles. Aussi, les données du registre foncier informatisé, y compris les pièces justificatives électroniques, doivent être maintenues et sauvegardées de telle manière que leur existence et leur qualité soient préservées. La sauvegarde des données s'effectue selon un concept cantonal répondant à des normes reconnues et correspondant à l'état actuel de la technique (art. 35 al. 1 ORF). Les **extraits sur papier du registre foncier informatisé** sont établis par impression des données figurant dans le système et délivrés par la personne compétente de l'office du registre foncier, munis de la date ainsi que de sa signature (art. 32 al. 1 ORF). A ce jour, une grande partie des cantons a introduit, du moins partiellement, le registre foncier informatisé. En Suisse, on connaît surtout deux programmes qui permettent une tenue informatisée du registre foncier, à savoir Capitastra (BE, FR, GE, JU, VD et VS) ainsi que Terris (NE) ; voir MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 45. Pour plus d'informations, voir notamment HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 03.20 ss ; MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 45 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 382 ss ; STEINAUER droits réels I, nos 765 ss.

3.2.3. Publicité du registre foncier

91. **Fonction.** Le registre foncier a pour fonction principale d'assurer le principe de publicité en matière foncière. À ce titre, il fait état des droits réels immobiliers qui existent sur le territoire de notre pays. C'est donc un **patrimoine important** qui dépend de la précision et de la sécurité du registre foncier. La publicité du registre foncier accorde un véritable droit d'accès aux données du registre foncier. Ce droit n'est toutefois pas illimité. Il est aménagé par la loi. Si le conservateur n'accorde pas l'accès aux données souhaitées au mépris des dispositions légales, il peut faire l'objet d'une action en justice selon l'art. 956a CC (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 03.72 s.).

92. **Portée exacte.** La publicité du registre foncier est régie par les art. 970 ss CC et art. 26 à 34 ORF. Il faut rappeler que selon le droit de la **protection des données** (art. 2 al. 2 lit. d de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, actuellement applicable et art. 2 al. 4 de la loi révisée adoptée le 25 septembre 2020 ; RS 235.1), celle-ci ne s'applique, en principe, pas au registre foncier. Le principe de publicité est régi par les règles principales suivantes :

- Toute personne peut obtenir certains renseignements du registre foncier même sans faire valoir d'intérêts (art. 970 al. 2 CC), à savoir : la désignation de l'immeuble et son descriptif, le nom et l'identité du propriétaire ainsi que le type de propriété et la date d'acquisition. En outre, conformément à la délégation contenue dans l'art. 970 al. 3 CC, le Conseil fédéral a ajouté à l'art. 26 al. 1 ORF les servitudes et les charges foncières ainsi que certaines mentions (voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.67).
- Celui qui **fait valoir un intérêt** peut **consulter** le registre foncier sur place ou **obtenir un véritable extrait** du registre foncier (art. 970 al. 1 CC) qui reproduit les données ayant des effets juridiques d'un immeuble déterminé (art. 31 al. 1 ORF, avec l'énumération des données accessibles à l'art. 31 al. 4 ORF). L'intérêt doit être invoqué de manière plausible (STEINAUER droits réels I, nos 788) et peut être de nature économique, scientifique ou autre (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.69). Il doit justifier la restriction du droit de la personnalité du propriétaire concerné, intervenant par le biais de la communication **d'informations plus sensibles** (p.ex. le

financement de l'immeuble par le biais des droits de gage immobiliers). La publicité du registre foncier peut aussi porter sur les indications figurant au **journal** ou dans les **pièces justificatives**, si les conditions de la loi sont remplies (art. 31 al. 5 ORF). De même, lorsqu'une **inscription est pendante au journal**, l'extrait du registre foncier l'indique (voir art. 82 ORF).

- Toutefois, les informations ne peuvent concerner **qu'un immeuble déterminé** afin d'empêcher des appels en série (art. 26 al. 2 et 27 al. 2 ORF).
- Les cantons peuvent prévoir la **publication des acquisitions immobilières**. Cependant, si celles-ci ont lieu par le biais de partage successoral, d'avancement d'hoirie, de contrat de mariage ou de liquidation du régime matrimonial, elles ne seront pas publiées (art. 970a CC). La publication peut intervenir en la forme électronique (art. 34 ORF).

93. **Accès en ligne.** Un accès en ligne était déjà prévu dans l'ancienne version de l'ORF. Avec la modification entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2020, le Conseil fédéral **a élargi l'accès en ligne** aux données du registre foncier. Les cantons peuvent prévoir de rendre accessible en ligne **les données du grand livre, du journal, des registres accessoires et des pièces justificatives** notamment aux personnes habilitées à dresser des actes authentiques, aux ingénieurs géomètres, aux autorités fiscales et à d'autres autorités fédérales, cantonales et communales, aux banques, aux caisses de pensions, aux assurances, aux avocats inscrits au registre des avocats, aux gérances immobilières, etc., dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs devoirs ou à l'exercice de leurs professions. Toutefois, les cantons doivent, dans un tel cas, **régler les modalités d'accès** en veillant notamment à la protection contre l'accès non autorisé aux données et en enregistrant automatiquement les consultations effectuées au moyen d'un accès étendu en ligne. Les enregistrements peuvent être consultés par les propriétaires des immeubles ayant fait l'objet d'une recherche (pour le tout voir l'art. 29 s. ORF).

94. **Conséquence de la publicité du registre foncier.** La conséquence de la publicité du registre foncier est indiquée à l'art. 970 al. 4 CC : « *Nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier* ». Dans la mesure où les conditions légales du droit d'accès sont réunies, il s'agit d'une **fiction** légale (STEINAUER droits réels I, no 796) et la preuve du contraire n'est donc pas possible.

95. **Protection du tiers de bonne foi (art. 973 CC).** Selon l'art. 973 al. 1 CC, celui « *qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du registre foncier, est maintenu dans son acquisition* ». Cela signifie non seulement que la personne en question peut **se fier à l'existence des droits** qui sont **inscrits** au registre foncier mais **aussi à l'absence de droits**, lorsque ceux-ci ne sont **pas inscrits** au registre foncier et qu'ils auraient dû l'être (art. 971 al. 1 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 569 ss). Les conditions de la protection offerte par le législateur sont les suivantes (voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 584 ss ; STEINAUER droits réels I, nos 1263 ss) :

- **Inscription illicite ou indument omise** : C'est à tort qu'un droit a été inscrit ou n'a justement pas été inscrit au registre foncier. Il s'agit donc d'une situation dans laquelle on est face à **une inscription indue** ou à **l'absence d'une inscription requise**. Une telle situation peut, par exemple, intervenir lorsqu'en violation du principe de causalité, une inscription se fonde sur une cause qui n'est pas valable (contrat comportant un vice ; voir art. 974 al. 2 CC).
- **Bonne foi** : La personne protégée a acquis un droit **en se fiant** à l'inscription indue ou à l'absence d'inscription. Cela signifie qu'elle devait être de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle ne connaissait et ne devait pas connaître l'irrégularité entachant la validité de l'inscription. Faute de quoi, elle ne mérite pas la protection légale (art. 974 CC). La bonne foi est présumée dans la mesure où elle est compatible avec les circonstances concrètes (art. 3 CC). Elle doit exister au moment de l'acquisition du droit.
- **Tiers** : La personne protégée doit être un tiers, en ce sens qu'elle ne doit pas elle-même avoir participé à l'opération problématique. Dans la mesure où un héritier est successeur à titre universel de celui qui a participé à l'opération, il n'est pas non plus considéré comme un tiers.
- **Acquisition d'un droit réel** : Il peut s'agir de la propriété ou d'un droit réel limité. La protection ne s'applique donc qu'aux droits réels et non pas à une mention (qui a une existence juridique propre, indépendamment de ce qui figure au registre foncier) ou à un droit personnel. Pour ce qui est d'un droit personnel annoté ou d'une créance liée à un droit de gage immobilier, voir STEINAUER droits réels I, nos 1279 ss. Attention : les limites des immeubles compris dans les territoires en mouvement permanent désignés

comme tels par les cantons ne bénéficient pas de la protection (art. 973 al. 2 CC).

· **Acquisition conforme à l'inscription** : Lorsqu'une personne est au bénéfice de la protection de sa bonne foi, elle acquiert son droit, **tel que cela ressort du registre foncier**. Un droit indument inscrit est acquis comme tel, un droit indument omis s'éteint par l'acquisition de bonne foi d'un tiers. Très souvent, la protection de la bonne foi du tiers se répercute aussi sur les droits d'une autre personne qui, elle, n'est pas ou plus protégée par le législateur, alors que très souvent, elle n'a rien fait de faux. C'est une **pesée d'intérêts** abstraite du législateur qui conduit à cette conséquence et la personne qui subit un dommage peut, dans la mesure où les conditions de l'art. 955 CC sont remplies, demander **réparation d'un éventuel dommage** résultant d'une mauvaise tenue du registre foncier (voir ci-dessus 3.2.2).

96. **Rectification du registre foncier**. Compte tenu du principe de causalité, une inscription indue au registre foncier ne devrait pas produire d'effet juridique, ni inquiéter qui que ce soit. Cependant, la personne lésée par l'inscription indue, risque réellement de perdre son droit, ne serait-ce – comme indiqué ci-devant – que par l'acquisition par un tiers de bonne foi. Il faut donc trouver un moyen, pour la personne lésée, de **corriger des fausses indications du registre foncier**. On parle alors de rectification de celui-ci. Cette action est régie par l'**art. 975 CC** et permet, à celui dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite ou par des inscriptions modifiées ou radiées sans cause légitime, d'en exiger la radiation ou la modification (al. 1 ; **inscription indue dès l'origine**). Demeurent cependant réservés les droits déjà acquis par des tiers de bonne foi, en vertu de l'art. 973 CC (art. 975 al. 2 CC). Cela étant, il ne s'agit pas du seul moyen de corriger une inscription. Lorsqu'une inscription **est devenue indue par la suite**, notamment par l'écoulement du temps ou par une opération de division ou de réunion d'immeubles, les art. 974a ss CC ainsi que les art. 976 ss CC offrent d'autres instruments pour obtenir une adaptation du registre foncier. Ils entrent dans le **cadre plus large du redressement du registre foncier** (STEINAUER droits réels I, nos 1305 ss) et seront étudiés ci-dessous (3.2.8).

97. **Particularités de l'action en rectification du registre foncier**. Pour ce qui est de la rectification du registre foncier selon l'art. 975 CC, il convient de préciser ce qui suit :

- L'action en rectification du registre foncier doit être dirigée **contre une opération indue qui ressort du registre foncier**. L'opération visée sera une inscription ou une annotation (STEINAUER droits réels I, no 1314). Le fait de ne pas avoir procédé à une opération ne constitue pas l'objet de cette action (TF 5C.275/2005, cons. 3.1). Si une inscription n'a pas été opérée, alors qu'il existe une cause valable, le propriétaire inscrit peut encore faire une réquisition. La partie, à qui la cause accorderait un droit, peut faire **recours contre un rejet injustifié** du conservateur du registre foncier (art. 956a s. CC) ou agir contre l'autre partie contractuelle, si celle-ci refuse de procéder à la réquisition, afin de constituer ou de se faire transférer le droit en question par jugement, en application de l'**art. 665 al. 1 CC** (avec les effets décrits à l'art. 656 al. 2 CC ; voir TF 5C.275/2005, cons. 3.2).
- L'action en rectification est une **affaire civile** (art. 72 al. 1 LTF) de nature **pécuniaire** (TF 5A_195/2012, cons. 1 ; TF 5A_134/2020, cons.1). Par ailleurs, l'action en rectification est une **action de nature constatatoire** qui vise, en première ligne, la confirmation d'une inscription indue. En règle générale, le demandeur y ajoute une injonction faite au registre foncier, afin que celui-ci corrige l'inscription indue (ATF 137 III 293 = JdT 2011 II 490, cons. 5.1). Le for est, sous réserve de cas exceptionnels, déterminé par l'art. 29 al. 1 lit. a CPC (STEINAUER droits réels I, nos 1366 s.).
- L'action en rectification peut concerner **l'existence d'une inscription** comme telle. Elle peut aussi se rapporter au **libellé (fallacieux) d'un droit** (notamment de l'inscription d'une servitude ; TF 5A_250/2018, cons. 3.3).
- La **qualité pour agir** appartient à celui qui est lésé dans un **droit réel**. Ainsi, une personne qui voudrait faire valoir la lésion d'un droit personnel ne dispose, en principe, pas de la qualité pour agir (ATF 137 III 293 = JdT 2011 II 490, cons. 3.1).
- La **qualité pour défendre** appartient à toute personne qui tire avantage de l'opération indue (STEINAUER droits réels I, nos 1360 ss). Si plusieurs personnes tirent avantage d'une inscription indue (p.ex. une servitude foncière au bénéfice de plusieurs propriétaires actuels d'un immeuble), l'action se dirige contre tous les bénéficiaires, faute de quoi le juge ne peut pas ordonner la radiation du droit au registre foncier.

- Sous réserve de l'acquisition de droit par un tiers de bonne foi (art. 975 al. 2 CC en relation avec l'art. 973 CC), l'action en rectification **ne se prescrit pas** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 622 ss).

3.2.4. Opérations au registre foncier

98. **En général.** Les opérations au registre foncier apportent la dynamique nécessaire à la publicité et à l'actualité du registre foncier. Elles permettent aux parties d'adapter les droits fonciers à leurs ententes. Ci-après, nous allons expliquer cinq opérations, à savoir l'**immatriculation** des immeubles, la **tenue du journal**, l'**inscription** des droits réels, l'**annotation** et la **mention**. Ces cinq opérations permettent au conservateur du registre foncier de le tenir à jour. Certains auteurs évoquent encore d'autres contenus du registre foncier comme **les observations** qui permettent de rendre apparentes des circonstances particulières ayant une portée juridique (art. 9 al. 1, art. 102 et art. 130 ORF ; pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels I, nos 1136 ss).

99. **Immatriculation des immeubles.** Si le conservateur du registre foncier et le géomètre sont les accoucheurs de droits réels, après que les parties contractuelles aient eu des pourparlers et des ententes fructueux, ils délivrent aussi l'**acte de naissance**, lorsqu'un nouvel immeuble voit le jour. Vu sa fonction, l'immatriculation est intervenue de manière très fréquente lors de l'introduction du registre foncier fédéral. Cela étant, même à ce jour, respectivement même après l'introduction du registre foncier fédéral, il **existe encore de nombreux cas d'immatriculation**. Les principaux sont les suivants **division d'un immeuble** avec création d'un nouvel immeuble, syndicat d'améliorations foncières (nouvel état), **constitution de propriétés par étages** (ou de copropriétés avec immatriculation ; voir art. 23 al. 1 ORF) ou **constitution d'un droit réel distinct et permanent** (art. 655 al. 2 ch. 2 CC).

100. **Particularités liées à l'immatriculation.** Ci-après quelques remarques relatives aux conditions et aux particularités liées à l'immatriculation et au déroulement concret du processus d'immatriculation (voir aussi STEINAUER droits réels I, nos 880 ss) :

- **Caractère impératif** : En principe, l'immatriculation d'un immeuble n'est pas une opération facultative. Elle doit intervenir selon les dispositions de la loi. Selon l'art. 943 al. 1 CC **tous les types d'immeubles** au sens juridique (biens-fonds, droits distincts et permanents, mines et parts de copropriété) font l'objet d'une immatriculation.
- **Exceptions** : Cependant, l'art. 23 al. 1 lit. a et al. 2 ORF restreint l'obligation de l'immatriculation d'une part de **copropriété ordinaire** d'un immeuble aux seuls cas où elle est grevée d'un gage immobilier, voire où cela sert à la clarté et à la précision des écritures. Un cas très fréquent est l'inscription des époux comme copropriétaires d'un logement de famille qui échappe en règle générale à l'obligation d'immatriculation (le gage immobilier grevant l'immeuble dans son entier et non pas la part de copropriété en tant que telle). Pour le reste, les détails de l'immatriculation sont régis par les art. 22 s. ORF.
- **Patrimoine administratif de l'État** : Les immeubles faisant partie du patrimoine administratif de l'État (servant à l'usage public) ne sont immatriculés que s'ils sont grevés de droits réels devant apparaître au registre foncier ou si l'immatriculation est prévue par la législation cantonale (art. 944 al. 1 CC ; voir aussi FASEL, nos 17 s. ad art. 17 ORF). À l'ancien art. 944 al. 3 CC, le législateur prévoyait un registre foncier spécial pour les immeubles des chemins de fer. Cette disposition est restée lettre morte et a été supprimée au 1^{er} janvier 1994. Aujourd'hui, les immeubles des chemins de fer sont souvent immatriculés, en particulier dans les zones urbaines, où ils ont une affectation commerciale.

101. **Exigences liées à l'immatriculation.** Selon l'art. 17 ORF, l'immatriculation suppose trois éléments : l'indication de son tracé au **plan du registre foncier**, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un immeuble sans représentation graphique (p. ex. une part de copropriété ordinaire), **l'ouverture d'un feuillet au grand livre** et **l'établissement d'un état descriptif** (FASEL, nos 14 ss ad art. 17 ORF). Pour la mise en œuvre concrète de l'immatriculation, il faut donc toujours la contribution du conservateur du registre foncier et, très souvent, l'intervention du géomètre qui établit, au préalable, un plan de mutation, faisant partie de l'acte authentique, base de l'immatriculation.

102. **Identification de l'immeuble.** Chaque immeuble immatriculé au registre foncier est désigné de telle manière qu'il puisse être **identifié de manière univoque** pour tout le pays (art. 18 al. 1 ORF). Le **feuille** ouvert pour l'immeuble porte, dès lors, un **numéro** qu'aucun autre immeuble ne se voit attribuer comme tel. Afin d'éviter de confondre des immeubles de plusieurs communes, on ajoute systématiquement au numéro du feuillet le nom de la commune concernée (p.ex. immeuble no 4763 / RF La Chaux-de-Fonds). Par souci de cohérence, cette désignation est aussi reprise comme telle sur le **plan du registre foncier** (art. 18 al. 3 ORF). Pour plus d'informations sur la désignation des immeubles au registre foncier, voir notamment les commentaires de FASEL ad art. 18 et 19 ORF.

103. **État descriptif.** L'état descriptif d'un immeuble peut comporter les indications suivantes (art. 20 ORF) : l'adresse de l'immeuble, la surface et la couverture du sol des biens-fonds, le cas échéant, l'extension de surface du droit en cas de droit distinct et permanent, les bâtiments et leurs numéros, le nombre de locaux et la situation des unités d'étages, la valeur fiscale et la valeur d'assurance-incendie. Ces données ne bénéficient toutefois pas de l'effet de publicité selon les art. 971 ss CC (art. 20 al. 2 ORF ; FASEL, no 10 ad art. 17 ORF).

104. **Tenue du journal.** La tenue du journal par le conservateur du registre foncier n'est pas une opération qui donne lieu à la constitution ou au transfert d'un droit foncier. Il s'agit d'une **condition préalable à des opérations au registre foncier**, raison pour laquelle il convient d'exposer les principes et les conditions de la tenue du journal, ci-après. Auparavant, il est important de préciser que c'est un **instrument nécessaire du registre foncier**, que les réquisitions y sont portées dans leur **ordre chronologique** (art. 948 al. 1 CC) et que cette opération a une **conséquence sur la fixation du principe de la priorité dans le temps** (art. 972 al. 2 CC) :

- Conformément à l'art. 2 lit. e ORF, le journal constitue le **procès-verbal chronologique du traitement des opérations du registre foncier**, notamment des réquisitions d'inscriptions, de modifications et de radiations dans le registre foncier, d'immatriculations et d'exmatriculations d'immeubles, de modifications de leurs limites ou d'inscriptions de créanciers gagistes.
- Selon l'art. 81 al. 1 lit. a ORF, les réquisitions **doivent être portées au journal dès qu'elles sont parvenues** à l'office du registre foncier.

- L'indication au journal comporte les **informations suivantes** (art.81 al. 2 ORF) : un numéro d'ordre continu suivant une série recommençant avec chaque année civile, la date et l'heure exacte de la réquisition ou de l'engagement de la procédure, le nom ou la raison sociale ainsi que le domicile ou le siège de la personne qui présente la réquisition, le contenu des écritures à faire au grand livre désignées par des mots-clés et la désignation des immeubles concernés ou la référence à la réquisition.
- Le conservateur du registre foncier n'a **pas à contrôler le contenu de la réquisition au moment de la porter au journal**. En effet, cet acte à lui seul ne déploie aucun effet juridique. Si elle n'est pas suivie d'une inscription, l'indication au journal reste sans conséquence. Ce n'est qu'au moment d'inscrire une opération dans le grand livre que ce contrôle du contenu doit avoir lieu (art.83 ORF). Même si le conservateur constate d'emblée qu'une réquisition est illicite, il doit d'abord la porter au journal, avant de pouvoir la rejeter (FASEL, no 21 ad art. 81 ORF).

105. **Inscription des droits réels.** L'inscription est une indication au registre foncier qui a **pour objet des droits réels** (propriété, servitudes, charges foncières, droits de gage ; art. 958 CC). Le principe général de la publicité du registre foncier a pour effet que les inscriptions sont nécessaires à l'existence d'un droit réel. On parle alors d'**inscriptions constitutives** (art. 963 al. 1 CC) selon le **principe absolu**. Exceptionnellement, une **inscription** peut être **déclarative**, en ce sens que l'existence du droit réel n'en dépend pas (art. 963 al. 2 CC). C'est notamment le cas, lorsque la constitution du droit réel se fonde sur la loi (p. ex. art. 808 al. 3 CC ou art. 836 CC), voire lorsqu'elle se fonde sur un jugement, une succession, une occupation, une expropriation, etc. (art. 656 al. 2 CC ainsi que l'art. 65 ORF pour une énumération plus détaillée ; voir aussi FASEL, nos 9 ss ad art. 65 ORF). Bien qu'il semble exister beaucoup de situations d'inscriptions déclaratives, celles-ci sont – en pratique – très rares et l'exemple le plus fréquent est constitué par la succession. Le fait qu'un droit réel ne nécessite pas l'inscription pour exister ne signifie pas qu'elle est inutile. En effet, selon l'art. 656 al. 2 CC, **le titulaire ne peut disposer d'un tel droit réel que lorsque son inscription aura été effectuée**. Cela découle notamment de l'exigence de se légitimer comme titulaire du droit, afin de pouvoir en disposer (art. 965 al. 1 CC). En outre, un tiers qui acquiert un droit réel ultérieurement à la naissance mais avant l'inscription déclarative d'un autre droit réel pourra se voir protégé dans sa

bonne foi, ce qui pourrait conduire à la perte du droit non inscrit (art. 973 al. 1 CC ; pour le tout, voir STEINAUER droits réels I, nos 931 ss).

106. **Remarques liées à la procédure d'inscription.** Ci-après, quelques remarques relatives à la procédure d'inscription au registre foncier qui obéit à des règles très rigides :

- **La procédure à suivre** pour l'inscription, la modification et la radiation des droits réels immobiliers est régie par l'**ORF** (voir art. 1 lit. d ORF). Avant de pouvoir être portées au grand livre du registre foncier, les réquisitions d'inscriptions doivent avoir été portées au **journal** (art. 2 lit. e et art. 46 ss ORF).
- L'office du registre foncier n'opère d'inscription au registre foncier **que sur réquisition** (art. 46 al. 1 ORF). Cela étant, le Code civil prévoit certaines situations où le conservateur du registre **peut agir d'office** (art. 46 al. 2 ORF ainsi que l'art. 976 ORF).
- Au registre foncier, **on distingue les rubriques** du propriétaire des servitudes et des charges foncières ainsi que la rubrique des droits de gage immobiliers (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 467).
- Une fois la réquisition déposée, la procédure d'inscription commence et intervient selon les conditions indiquées ci-dessous (3.2.5).

107. **Annotation.** L'annotation est une opération au registre foncier qui **renforce un droit personnel**, notamment dans son opposabilité aux tiers et/ou dans son rattachement à l'immeuble (art. 959 CC ; voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 475 ss), qui constate des restrictions relatives au **droit de disposer** d'un immeuble (art. 960 CC) ou indique qu'il existe des **droits réels dont l'existence est controversée** (inscription provisoire ; art. 961 CC). Peu importe le contenu et l'effet concret de l'annotation, elle **n'empêche pas l'inscription de droits de rang postérieur** (art. 961a CC). Ainsi, des annotations de restrictions du droit d'aliéner ne bloquent pas, à proprement parler, le feuillet concerné.

108. **Droits personnels.** Pour ce qui est de l'**art. 959 CC**, il est possible d'**annoter** des conventions relatives aux droits de préemption, d'emption et de réméré (voir aussi les chapitres 14 à 17), des contrats de baux à ferme et à loyer. Lorsque la loi prévoit des droits de préemption légaux, leur modification peut aussi être annotée dans la mesure prévue par la loi (voir

art. 681b al. 1 CC). D'autres dispositions légales prévoient aussi l'annotation de droits personnels. Ainsi, selon l'**art. 814 al. 3 CC**, le droit d'un créancier gagiste de profiter d'une case libre peut aussi être annoté. De même, les art. 650 al. 2, 712c al. 2, 740a al. 2 ou 779a/779b al. 2 CC prévoient des annotations en relation avec des droits personnels.

109. **Restrictions du droit d'aliéner.** Selon l'**art. 960 al. 1 CC**, les restrictions apportées au droit d'aliéner certains immeubles peuvent être **annotées**, lorsqu'elles résultent d'une décision officielle, rendue pour la conservation de droits litigieux ou de prétentions exécutoires (ch. 1), d'une saisie (ch. 2) ou d'actes juridiques dont la loi autorise l'annotation, tels que la substitution fidéicommissaire (ch. 3). Pour ce qui est du chiffre premier, le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est autorisé à acquérir un droit réel qui lui est par ailleurs refusé. Tel est par exemple le cas lorsqu'il est titulaire d'un droit de préemption et qu'il estime l'avoir valablement exercé, alors que le propriétaire obligé est d'avis qu'il y a un vice dans l'exercice du droit de préemption et qu'il convient de maintenir la vente.

110. **Inscriptions provisoires.** L'**art. 961 al. 1 CC**, prévoit **deux cas d'annotation** d'inscriptions provisoires, à savoir lorsqu'une personne allègue un droit réel (ch. 1) ou lorsqu'une personne a déposé une réquisition, sans avoir établi sa légitimation mais que la loi l'autorise à compléter celle-ci (ch. 2). Le premier cas vise à éviter qu'un **tiers** puisse **acquérir de bonne foi** un droit réel sur un immeuble durant le temps que le propriétaire et un acquéreur potentiel se disputent sur l'existence d'un droit ou sur le bien-fondé de la constitution d'un droit. Le deuxième cas permet au titulaire d'un droit de disposition d'établir celui-ci, lorsqu'il ne ressort pas directement de l'inscription au registre foncier. L'inscription provisoire la plus importante sur le plan pratique et économique intervient cependant dans le contexte de **l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs** (art. 839 ss CC). En effet, le bénéficiaire de cette hypothèque dispose de **4 mois** pour obtenir l'inscription de celle-ci (art. 839 al. 2 CC). Toutefois, pour pouvoir obtenir l'inscription, il faut établir le montant du droit de gage ou avoir la reconnaissance du propriétaire grevé de ce montant (art. 76 al. 1 et 2 ORF) ou encore le faire valider par un jugement (art. 839 al. 3 CC). Dès lors que la procédure menant au jugement risque de dépasser le **délai de péremption** de l'art. 839 al. 2 CC, le Conseil fédéral a prévu à l'art. 76 al. 3 ORF, que celui-ci est réputé sauvegardé par l'annotation d'une inscription provisoire destinée à garantir les droits de celui qui allègue un droit réel (art. 961 al. 1 ch. 1 CC). Ici, l'annotation a donc pour effet, non seulement de protéger le

demandeur contre l'acquisition d'un droit réel par un tiers de bonne foi, mais également de **sauvegarder** aussi **un délai péremptoire** imposé par la loi. Pour plus d'informations relatives à l'inscription provisoire dans le cadre de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, voir le point 13.6.2.

111. **Effets de l'annotation.** Selon les al. 2 des dispositions prévoyant les annotations (art. 959 ss CC), celles-ci ont pour effet de rendre le droit existant ou prétendu **opposable à tout droit acquis ultérieurement**. Ainsi, l'annotation produit l'effet d'une **priorité du droit annoté** (mais non inscrit) **sur le droit inscrit** ultérieurement (STEINAUER droits réels I, no 1076). Certaines annotations produisent un **effet de rattachement** qui entraîne qu'un contrat personnel n'est pas lié aux parties contractantes, mais à l'inscription au registre foncier. Ainsi, celui qui achète un immeuble, sur le feuillet duquel un droit d'emption a été annoté, doit souffrir que le bénéficiaire du droit d'emption l'exerce à son encontre. Pour une vue d'ensemble des effets des annotations, voir STEINAUER droits réels I, no 1095.

112. **Représentation et numerus clausus.** Il existe une **rubrique des annotations** dans le feuillet du registre foncier d'un immeuble. Pour ce qui est de la formulation des annotations au registre foncier, voir les art. 123 s. ORF. Comme les droits réels, les annotations sont soumises au **principe du numerus clausus** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.117 ; FASEL, no 7 ad art. 78 ORF). Pour pouvoir figurer au registre foncier, elles doivent donc se fonder sur une base légale (au sens formel ou matériel).

113. **Mention.** La mention indique un rapport juridique en relation avec l'immeuble, relevant du droit privé ou du droit public et existant de manière indépendante de la mention (STEINAUER droits réels I, no 1096). La mention a donc pour effet **d'informer le public**, mais elle ne produit pas d'effet juridique (en tout cas pas d'effet constitutif : FASEL, nos 11 ss ad art. 125 ORF ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 03.144).

114. **Mention de droit privé.** Le Code civil traite des mentions de **droit privé**. Ainsi, l'art. 962a CC, introduit en 2012, prévoit la possibilité de mentionner un certain nombre de **relations de représentation**, à savoir celle du représentant légal, de l'administrateur de la succession, du

représentant des héritiers, du liquidateur officiel ou de l'exécuteur testamentaire, du représentant d'un propriétaire, d'un créancier gagiste ou de l'ayant droit d'une servitude introuvable, du représentant d'une personne morale ou d'une autre entité en cas d'absence des organes prescrits et celle de l'administrateur de la communauté des propriétaires d'étages. Le Code civil prévoit en outre un certain nombre de **mentions en relation avec la copropriété et la propriété par étages**, comme la mention de l'ordre communautaire de la copropriété ou de la propriété par étages (art. 649a CC : le règlement d'utilisation et d'administration, les décisions administratives de l'assemblée des propriétaires d'étages ainsi que les décisions et ordonnances judiciaires), la mention de la constitution d'une propriété par étages avant la construction du bâtiment (art. 69 ORF) et la mention de droits de gages ou de charges foncières grevant la part de copropriété (art. 116 ORF). Peuvent notamment encore être mentionnés le lien de dépendance entre des immeubles (art. 95 al. 5 ORF), le début des travaux des artisans et entrepreneurs (art. 841 al. 3 CC), les accessoires des immeubles (art. 946 al. 2 CC). Pour plus de mentions, voir notamment les art. 125 ss ORF.

115. **Autres mentions.** L'art. 962 al. 1 CC impose à l'autorité publique de faire mentionner au registre foncier « *la restriction, fondée sur le droit public, de la propriété d'un immeuble déterminé qu'elle a décidée et qui a pour effet d'en entraver durablement l'utilisation, de restreindre durablement le pouvoir du propriétaire d'en disposer ou de créer une obligation déterminée durable à sa charge en relation avec l'immeuble.* » Par ailleurs, la Confédération et les cantons peuvent prévoir d'autres mentions (art. 962 al. 2 et 3 CC). Il peut s'agir ici de **mentions de droit public ou de droit privé**. Pour une énumération non exhaustive de mentions de restrictions de droit public, voir art. 129 ORF.

116. **Représentation et numerus clausus.** Il existe une **rubrique des mentions** sur le feuillet du grand-livre. Les mentions sont portées au feuillet du grand livre par un **mot-clé** avec la date ainsi que la référence à la pièce justificative (art. 125 al. 1 ORF). La mention n'est **pas soumise au principe du numerus clausus**. Le conservateur du registre foncier peut la faire figurer même sans base légale. C'était notamment le cas des noms et des adresses des administrateurs des propriétés par étages dans le canton du Valais, avant l'introduction de l'art. 962a ch. 5 CC en 2012. Cela nonobstant, le conservateur veille à ne pas faire figurer des mentions superflues au registre foncier, afin de respecter le principe de pertinence des informations.

3.2.5. Conditions d'immatriculation

117. **Immatriculation.** Les conditions d'immatriculation des immeubles au registre foncier peuvent varier en fonction du type d'immeuble concerné. Si l'immatriculation intervient à l'occasion de l'**introduction du registre foncier fédéral**, elle ne suppose pas de réquisition. Les démarches générales seront celles décrites ci-dessus (3.2.2).

118. **Immatriculation des biens-fonds.** Pour pouvoir être immatriculés, les biens-fonds doivent constituer des surfaces de terrain ayant des limites déterminées de façon suffisante (art. 2 lit. a ORF). Selon l'art. 7 al. 1 OMO, cela signifie notamment qu'ils doivent être partie du **plan du registre foncier** (art. 17 lit. a ORF ; FASEL, no 5 ad art. 17 ORF). Celui-ci est un produit graphique établissant, sous forme analogique ou numérique à partir des données de la mensuration officielle une délimitation des biens-fonds. Il est donc produit par le géomètre. Sous réserve des cas d'application de l'art. 944 al. 1 CC, les biens-fonds doivent être **immatriculés d'office** au registre foncier (FASEL, no 12 ad art. 17 ORF). En cas de **division** de biens-fonds, le feuillet primitif est, en règle générale, maintenu pour l'une des parcelles issues de la division (art. 153 al. 1 ORF). « *La date et la pièce justificative de la division sont indiquées pour tous les immeubles modifiés ou nouveaux* » (art. 153 al. 3 ORF). Selon les art. 154 ss CC, il faut procéder à une **épuración générale des droits réels limités, des annotations et des mentions**. Les servitudes doivent être épurées conformément aux art. 743 et 974a CC. Cela signifie que pour éviter la multiplication des servitudes liées à la législation ancienne, où l'on maintenait en principe toute servitude en droit et à la charge de tous les immeubles issus de la division, il faut analyser quels sont les nouveaux biens-fonds qui doivent vraiment bénéficier respectivement être grevés des servitudes et quels biens-fonds doivent être libérés (p.ex. lorsqu'une servitude de passage ne s'exerce que sur l'un des deux immeubles issus de la division, l'autre est libéré ; art. 743 al. 2 CC et art. 974a al. 3 CC). Le même principe s'applique aux annotations et aux mentions (art. 157 ORF). Les droits de gage immobiliers sont répartis conformément à la requête du propriétaire avec, très souvent la nécessité d'obtenir le consentement des créanciers gagistes (art. 155 al. 1 ORF ; voir aussi art. 833 CC). Si l'ancien immeuble était grevé d'une charge foncière, la valeur de la charge est répartie proportionnellement à la valeur des diverses parcelles. La **réunion** des biens-fonds ne donne, en règle générale, pas lieu à l'immatriculation d'un nouvel immeuble. En revanche, on assiste souvent à l'absorption d'un ou de plusieurs immeubles par un autre (art. 158 al. 2 ORF). Cela produit

des effets sur le descriptif de l'immeuble issu de la réunion ainsi que sur les droits réels, les annotations et les mentions des immeubles voués à être absorbés, raison pour laquelle le législateur a aussi prévu des exigences dans un cas pareil (art. 974b CC).

119. **Immatriculation des droits distincts et permanents.** « *Pour procéder à l'immatriculation, il y a lieu d'ouvrir un feuillet au grand livre et de dresser l'état descriptif en désignant l'immeuble grevé et en indiquant, le cas échéant, la durée du droit* » (art. 22 al. 2 ORF). Simultanément, le droit distinct et permanent doit être inscrit comme droit réel (dans la rubrique réservée à cet effet) sur le feuillet de l'immeuble grevé (cette inscription doit, toutefois, contenir l'indication qu'il s'agit d'un droit distinct et permanent ; art. 98 al. 2 lit. d ch. 2 ORF). Les droits distincts et permanents ne sont immatriculés que sur **demande écrite** (art. 22 al. 1 ORF ; STEINAUER droits réels I, no 905). C'est une des exceptions par rapport à l'art. 965 al. 1 CC, en ce sens que le bénéficiaire du droit distinct et permanent n'est pas encore inscrit comme titulaire du droit de disposition sur le nouvel immeuble. En revanche, il est inscrit comme titulaire de la servitude sur l'immeuble grevé ce qui, avec l'acte de disposition, le légitime à demander l'immatriculation.

120. **Immatriculation des mines.** Les mines sont également immatriculées sur **demande écrite de l'ayant droit** (art. 22 al. 1 lit. b ORF). Le requérant doit, en outre, prouver que les conditions légales liées au droit de mine sont réunies qu'elles soient de niveau fédéral ou cantonal, par exemple, par la **production de l'autorisation écrite de l'autorité concédante** (art. 71 ORF). L'art. 22 al. 2 ORF s'applique aussi aux mines, ce qui signifie que l'immatriculation intervient par l'ouverture d'un feuillet au grand livre. Le conservateur doit dresser l'état descriptif en désignant l'immeuble grevé par la concession et en indiquant, le cas échéant, la durée du droit.

121. **Immatriculation des parts de copropriété d'un immeuble.** Dans les cas où elle est prévue par la loi, l'immatriculation des parts de copropriété sur un immeuble **intervient d'office** (STEINAUER droits réels I, no 911). C'est le cas pour les parts d'étages, les parts de copropriété ordinaire grevées d'un droit de gage ou lorsque la clarté des inscriptions exige une telle immatriculation (art. 23 al. 1 et 2 ORF). Dans le feuillet de l'immeuble de base, le nom du propriétaire est supprimé dans la rubrique prévue à cet effet et est remplacé par les parts de copropriété sur l'immeuble (art. 23 al. 3 ORF). Pour chaque part de copropriété

immatriculée, il faut ouvrir un feuillet au grand livre. Le nouveau feuillet indique l'immeuble de base et la quote-part de copropriété sur celui-ci (voir encore l'art. 97 ORF pour de plus amples indications sur le contenu du feuillet de la part d'étage).

3.2.6. Conditions d'inscription

122. **Inscription constitutive.** L'inscription constitutive d'un droit réel intervient justement pour lui donner naissance ou pour le transférer. Elle suppose en principe **deux étapes distinctes**, à savoir **un titre d'acquisition et une opération d'acquisition**. À son tour, **l'opération d'acquisition est subdivisée en deux moments : l'acte de disposition et l'inscription** du droit au registre foncier.

123. **Titre d'acquisition.** Le titre d'acquisition est contenu soit dans un **acte juridique bi- ou plurilatéral** (contrat, convention, etc. ; voir art. 64 ORF pour une énumération de cas ; voir aussi FASEL, nos 14 ss ad art. 64 ORF), soit dans une **déclaration unilatérale** du propriétaire ou titulaire inscrit au registre foncier, soit dans la loi. Dans les deux premiers cas, il doit être reçu en **la forme authentique** (voir notamment art. art. 657 al. 1, 712a al. 3, 732 al. 1, 746 al. 1, 779a al. 1 et 799 al. 2 CC). Pour une analyse approfondie, voir FASEL, nos 120 ss ad art. 64 ORF ; LIECHTI, p. 93 ss et PFÄFFLI, p. 58 ss. Lorsque l'inscription intervient sur la base d'une **disposition légale**, l'inscription n'est constitutive que s'il s'agit d'une base indiquant les conditions à remplir, mais demandant au bénéficiaire de faire inscrire le droit (p.ex. les hypothèques légales indirectes, art. 837 ss CC). Les hypothèques légales directes prennent, quant à elles, naissance dès que les conditions en sont réunies et l'inscription ne produit qu'un effet déclaratif (voir aussi STEINAUER droits réels I, nos 940 ss).

124. **Acte de disposition.** L'acte de disposition consiste en la **réquisition d'inscription** au registre foncier. Celle-ci est, en règle générale, nécessaire pour que le conservateur du registre foncier puisse procéder à l'inscription (art. 46 al. 1 ORF). Selon l'art. 963 al. 1 CC elle intervient sur la **déclaration écrite** (voir aussi art. 48 al. 1 ORF) **du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte l'inscription** (pour ce qui est de la représentation, voir FASEL, nos 48 ss ad art. 64 ORF). En pratique, la réquisition est presque toujours déposée **par le notaire** qui rédige le contrat en la forme authentique, soit parce que les parties le mandatent (selon les

art. 32 ss CO), soit sur injonction du droit cantonal (art. 963 al. 3 CC). Lorsque la loi offre le titre d'acquisition, la déclaration écrite peut émaner du bénéficiaire du droit, si le propriétaire grevé n'est pas d'accord. Le contenu de la réquisition est notamment indiqué à l'art. 76 ORF. Selon l'art. 965 al. 1 CC, la réquisition suppose la **légitimation préalable du requérant** quant à son droit de disposition et au titre sur lequel se fonde l'opération. Les réquisitions doivent être formulées dans l'une des langues officielles de l'arrondissement du registre foncier dans lequel l'inscription doit s'opérer (art. 5 al. 2 ORF). La réquisition **ne peut être subordonnée à aucune condition, ni réserve**, elle ne peut être retirée sans le consentement des bénéficiaires et elle indique séparément chaque inscription à faire, lorsque – par exemple – un transfert de propriété et une constitution de servitude sont prévus dans le même titre d'acquisition (art. 47 ORF). La réquisition doit être accompagnée des pièces justificatives comme le titre d'acquisition et d'éventuels documents qui démontrent le pouvoir de représentation, respectivement le droit de disposer du requérant (art. 49 ss ORF).

125. **Date d'inscription.** L'inscription au registre foncier n'intervient qu'**après que la réquisition ait été portée au journal** et que le conservateur du registre foncier ait vérifié la forme et le contenu de la réquisition, respectivement du pouvoir de disposer du requérant (voir ci-après 3.2.9). Si toutes les conditions liées à l'inscription sont remplies, il procède à l'inscription qui **portera la date de la réquisition** (art. 972 al. 2 CC).

126. **Inscription déclarative.** Pour les cas d'inscriptions déclaratives, la procédure peut être différente que celle indiquée ci-dessus. En effet, dans de tels cas, la constitution ou le transfert d'un droit intervient **par le seul fait que des conditions légales soient réunies**. L'inscription subséquente n'a donc que pour effet **d'actualiser la teneur du registre foncier**. Ainsi, en cas de succession, le titre d'inscription de la communauté héréditaire (respectivement des héritiers) est délivré par « *un certificat constatant que les héritiers légaux et les héritiers institués sont reconnus comme seuls héritiers du défunt* » (art. 65 al. 1 lit. a ORF) et en cas de jugement attributif de propriété, par un jugement accompagné de l'attestation d'entrée en force (art. 65 al. 1 lit. e ORF), etc. En règle générale, l'inscription déclarative intervient **aussi sur réquisition**, mais celle-ci **émane des acquéreurs** (STEINAUER droits réels I, no 1007) et non de celui qui a le droit de disposer de l'immeuble (art. 963 al. 2 CC). Ceux-ci doivent naturellement aussi se légitimer.

3.2.7. Conditions d'annotation

127. **Annotation.** La doctrine distingue aussi entre annotations constitutives et annotations déclaratives (notamment art. 960 al. 1 ch. 2 et 3 CC ou 961 al. 1 ch. 1 CC ; STEINAUER droits réels I, nos 1052 s.). Comme pour l'inscription, l'annotation suppose l'existence d'un titre (d'annotation) et d'une opération, subdivisée en une réquisition et une opération d'annotation.

128. **Le titre d'annotation.** En cas d'annotation constitutive, il peut s'agir d'un **acte juridique** (contrat constitutif d'un droit de préemption ; art. 216a CO qui doit, dans la majorité des cas, revêtir la forme authentique ; art. 78 ORF), d'une **décision officielle** (art. 960 al. 1 ch. 1 CC et art. 79 lit. a ORF) ou de **la loi** (art. 961 al. 1 ch. 2 CC). Le titre d'annotation doit énoncer les conditions d'exercice du droit annoté et son éventuelle limitation dans le temps (art. 77 al. 1 ORF). L'annotation reposant sur un jugement (art. 960 al. 1 ch. 1 CC et 961 al. 1 CC) « *a pour justificatif le prononcé provisionnel exécutoire* » (art. 77 al. 3 ORF).

129. **Réquisition d'annotation.** Lorsque l'annotation est constitutive, la réquisition émane, en règle générale, du propriétaire dont l'immeuble est touché. Une des exceptions consiste en la réquisition par le bénéficiaire de l'annotation, lorsque celle-ci repose sur une décision officielle (art. 960 al. 1 ch. 1 CC). De même, pour les annotations déclaratives, la réquisition émane du bénéficiaire (art. 963 al. 2 CC). Pour le tout, voir STEINAUER droits réels I, nos 1059 ss.

130. **Date d'annotation.** Comme pour l'inscription, l'annotation au registre foncier n'intervient qu'une fois la réquisition portée au journal et que le conservateur du registre foncier a vérifié la forme et le contenu de la réquisition respectivement du pouvoir de disposer du requérant (voir ci-après 3.2.9). Si toutes les conditions liées à l'inscription sont remplies, il procède à l'annotation qui portera la date de la réquisition (art. 972 al. 2 CC). Cela peut avoir une importance capitale pour l'annotation d'une inscription provisoire d'un droit réel, comme l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 76 al. 3 CC).

3.2.8. Conditions de mention

131. **Réglementation légale.** La mention suppose aussi l'existence d'un titre. Très souvent, et en particulier avec des restrictions de droit public, ce titre est offert par la loi. Il existe toutefois aussi des mentions qui découlent d'un acte juridique (p.ex. une décision de l'assemblée des propriétaires d'étages ; art. 649a al. 2 CC). En principe et vu sa portée juridique très limitée, le titre de mention revêt la forme écrite, à moins que le législateur exige la forme authentique (art. 80 al. 1 ORF). Le règlement de copropriété doit être signé par tous les copropriétaires en cas de copropriété ordinaire alors que le procès-verbal de l'assemblée des propriétaires d'étages suffit en cas de propriété par étages (art. 80 al. 2 et 3 ORF). Lorsque le titre de mention repose sur la décision d'une autorité, cette décision exécutoire est un titre suffisant. En fonction du type de mention et du régime légal applicable, celle-ci peut intervenir d'office ou sur réquisition (STEINAUER droits réels I, nos 1126 ss).

3.2.9. Radiation ou modification

132. **En général.** Une **radiation** ou une **modification** d'une opération au registre foncier n'est généralement rien d'autre **qu'une nouvelle opération**. Dès lors, le Conseil fédéral a retenu de manière logique que les règles relatives à la réquisition d'une écriture sont également applicables à la réquisition de modification ou de radiation de celle-ci (art. 131 al. 1 ORF). La **date** de la modification ou de la radiation et la **référence à la pièce justificative** doivent être indiquées (art. 133 al. 3 ORF). Une radiation peut, toutefois, aussi intervenir par la simple demande écrite d'un propriétaire (déréliction ; ATF 129 III 216 = JdT 2003 I 219, cons. 3 ; FASEL, no 7 ad art. 131 ORF). Pour plus d'informations, il est donc renvoyé à l'exposé ci-dessus, notamment 3.2.5, concernant l'épuration des droits en cas de division ou de réunion d'immeubles (art. 974a ss CC). Pour ce qui est de la rectification de l'inscription indue (art. 975 CC) voir, ci-dessus, 3.2.3.

133. **Radiation ou modification facilitée.** Il existe des situations dans lesquelles la teneur du registre foncier n'est pas correcte, mais dans lesquelles une procédure de rectification paraît disproportionnée. Aussi, le législateur a introduit des simplifications de procédure qui doivent aussi bien tenir compte de l'exigence de l'actualité et de la précision des données

du registre foncier que des droits des personnes inscrites (art. 976 ss CC et ci-après 11.4.1) :

- **Simple erreurs d'écriture :** Les simples erreurs d'écriture sont rectifiées d'office (art. 977 al. 3 CC). La rectification ne doit toutefois pas toucher à la consistance même du droit ou à l'identification d'une personne (art. 141 ORF). Le législateur parle alors « *d'erreurs de plume* ».
- **Contenu indubitablement sans valeur juridique :** Le conservateur du registre foncier peut radier, sans accord des ayants droit, un contenu qui a perdu toute valeur juridique. Selon l'art. 976 CC cela concerne les cas suivants : une limite dans le temps est échu et le droit a perdu toute valeur juridique (p.ex. un droit d'emption), un droit ne peut ni être cédé, ni passer aux héritiers et le titulaire est décédé (p.ex. un droit d'habitation, art. 776 al. 2 CC), le droit ne peut pas concerner le fonds en question, compte tenu de sa localisation ou il concerne un fonds qui a disparu. Il s'agit d'une **énumération exhaustive** (STEINAUER droits réels I, no 1325).
- **Contenu très vraisemblablement sans valeur juridique :** Selon l'art. 976a al. 1 CC, lorsqu'une inscription est très vraisemblablement dépourvue de valeur juridique, en particulier parce que les pièces justificatives ou les circonstances indiquent qu'elle ne concerne pas l'immeuble en question, **toute personne grevée** peut en requérir la radiation. À la différence de l'art. 976 CC, ce n'est donc plus le conservateur qui agit spontanément (art. 46 al. 1 ORF). Par ailleurs, le degré de certitude de la disparition du droit est moindre (« *très vraisemblablement* »). C'est la raison pour laquelle le conservateur **doit informer l'ayant droit** avant de poursuivre la procédure (art. 976 al. 2 CC ; droit d'être entendu). Si l'ayant droit s'**oppose à la radiation dans les 30 jours** et que le conservateur du registre foncier estime néanmoins la radiation justifiée, il indique que le droit sera radié si l'ayant droit n'intente pas d'action dans les trois mois (art. 976b CC). Cette disposition pourrait être intéressante, si les registres fonciers ne se montraient pas **extrêmement frileux** dans son application. Le soussigné a très rarement entendu qu'une telle procédure n'ait conduit ne serait-ce qu'à l'information de l'ayant droit, les registres fonciers considérant très souvent que le droit n'est « *très vraisemblablement* » pas sans valeur juridique.

- Pour plus d'informations sur toutes les procédures, voir notamment STEINAUER droits réels I, nos 1321 ss.

3.2.10. Décision et voies de droit

134. **Pouvoir de contrôle du conservateur du registre foncier.** Le conservateur du registre foncier doit procéder à des opérations et veiller à la tenue correcte du registre foncier. Si la réquisition ne répond pas aux exigences légales et que le conservateur procède néanmoins à l'opération requise, la précision et la sécurité juridique en souffrent et une personne pourrait encourir un dommage. **Le conservateur doit contrôler la réquisition avant d'effectuer l'opération** dans le grand livre. En revanche, indépendamment des défauts qu'elle peut présenter, le conservateur portera la réquisition au journal (art. 81 al. 1 lit. a ORF). En effet, le journal ne produit pas un effet juridique matériel, mais a pour fonction de fixer la date d'inscription (art. 972 al. 2 CC), à condition que le conservateur procède réellement à l'inscription ultérieurement. La conception du pouvoir de contrôle du conservateur du registre foncier a évolué au fil du temps, dès lors qu'on parle aujourd'hui plutôt d'une « *obligation de contrôle* » (voir titre de l'art. 83 ORF ; voir aussi : DEILLON-SCHEGG BETTINA, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, thèse Zurich 1997). Ci-après, nous donnons seulement un bref aperçu de quelques questions. Pour approfondir le sujet, consulter notamment DEILLON-SCHEGG, p. 1 ss ; FASEL, nos 102 ss ad Einleitung ; MÜHLEMATTER/STUCKI, p. 185 ss ; PFÄFFLI, p. 43 ss.

135. **Contenu de la vérification.** Le conservateur du registre foncier vérifie principalement que les **conditions légales** de l'inscription au grand livre **sont réunies**, cela notamment quant :

- à la forme et au contenu de la réquisition ;
- à l'identité de la personne qui présente la réquisition ;
- au droit de disposer de la personne qui présente la réquisition (art. 84 ORF) ;
- aux pouvoirs de représentation d'un éventuel représentant ;
- à la capacité civile ;

- au fait que l'opération requise est susceptible de faire l'objet d'une inscription au registre foncier (« *Eintragungsfähigkeit* ») ;
- au titre d'acquisition (art. 64 ss ORF), en particulier quant à sa forme, quant au fait que les pièces justificatives accompagnant la réquisition sont complètes ;
- à la production des autorisations et des consentements nécessaires (art. 83 al. 2 ORF).

136. **Vérification essentiellement formelle.** Il s'agit donc d'une vérification essentiellement formelle de la réquisition. En revanche, le contrôle du conservateur ne porte que de manière **restreinte sur la portée matérielle du droit** constitué. Ainsi, il ne se met pas à la recherche d'une possible cause de nullité dans le contrat (STEINAUER droits réels I, no 1171), dans un règlement de copropriété, etc. Il n'a, en particulier, pas à veiller à l'équilibre économique des transactions et n'intervient que dans la mesure où, sur un plan matériel, il est confronté à une nullité évidente (FASEL, no 130 ad Einleitung).

137. **Décisions possibles.** Si toutes les conditions liées à l'opération requise sont réunies, le conservateur y procède. Dans le cas contraire, il rejette la réquisition (art. 87 al. 1 ORF). À certaines conditions, en cas de défaut réparable de la réquisition, il **suspend la procédure** pour donner la possibilité au requérant de compléter sa réquisition (voir 87 al. 2 ORF), respectivement pour attendre la production d'une éventuelle décision d'une autorité exigée par la loi (art. 88 ORF). Le **rejet de la réquisition** peut faire l'objet d'une procédure judiciaire de recours qui se déroule, en un premier temps, au niveau cantonal et puis, en cas de besoin, au niveau fédéral. Par ailleurs, il est toujours possible d'intenter une **plainte à l'autorité de surveillance**, si d'autres problèmes que le rejet d'une réquisition ou le déni de justice imposent cette démarche (il s'agit alors d'une procédure administrative relevant de la surveillance administrative cantonale ; art. 956 al. 1 CC).

138. **Voies de droit de niveau cantonal.** Ci-après, quelques remarques relatives aux voies de droit en cas de rejet de la réquisition :

- **Objet du recours :** La **décision de rejet** – voire toute décision équivalente (STEINAUER droits réels I, no 1200) – peut faire l'objet d'un recours (art. 956a al. 3 CC). En cas d'inscription indue, il faut procéder par d'autres moyens juridiques, notamment l'action en

rectification selon l’art. 975 CC. Le **déni de justice** ou le **retard injustifié** dans l’accomplissement d’un acte équivalent à des décisions de rejet et peuvent donc aussi faire l’objet d’un recours (art. 956a al. 1 CC).

- **Conditions matérielles** : Le refus de porter l’opération au registre foncier doit violer une norme juridique obligeant justement le conservateur à y procéder. Or, en règle générale, le conservateur du registre foncier doit procéder aux opérations pour lesquelles il a reçu une réquisition, dans la mesure où toutes les conditions légales sont remplies. Il n’y a pas à évaluer l’opportunité de l’opération.
- **Conditions personnelles** : **La qualité pour agir** revient d’abord à **toute personne atteinte de manière particulière** par une décision de l’office du registre foncier et ayant un intérêt digne de protection à ce qu’elle soit annulée ou modifiée (art. 956a al. 2 ch. 1 CC). À certaines conditions, des **autorités cantonales ou fédérales** peuvent aussi avoir la qualité pour agir (art. 956a al. 2 ch. 2 et 3 CC). Ont qualité pour défendre, l’office du registre foncier et, cas échéant, des personnes qui seraient directement touchées par une décision d’inscription (STEINAUER droits réels, no 1199).
- **Délai de recours** : Il est de 30 jours en cas de décision (art. 956b al. 1 CC). Il peut intervenir en tout temps en cas de déni de justice ou de retard injustifié (art. 956b al. 2 CC).
- **Deuxième instance cantonale** : Très souvent, le droit cantonal prévoit une deuxième instance cantonale qui jugerait les décisions de recours pris par la première instance (souvent : autorité de surveillance puis tribunal cantonal). C’est le droit cantonal qui régit la question, étant entendu qu’il s’agit, devant les deux instances, d’une procédure régie par le **droit administratif**.

139. **Voie de droit de niveau fédéral**. La décision de la dernière instance cantonale peut faire l’objet d’un **recours en matière civile** au Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 lit. b ch. 2 LTF). La procédure est régie par la loi sur le Tribunal fédéral.

Partie II Propriété

« On pourrait citer de nombreux exemples de dépenses inutiles. Les murs des cimetières : ceux qui sont dedans ne peuvent pas en sortir, et ceux qui sont à l'extérieur ne veulent pas y entrer. »

Mark Twain



Chapitre 4 Introduction

140. **Contexte et plan.** Ce premier chapitre consacré à la propriété présente l'institution comme telle. La propriété constitue l'archétype du droit auquel l'être humain semble aspirer. Sur un plan théorique, il s'agit d'une **forme parfaite, car totale, de la maîtrise humaine des choses**. Bien entendu, nous laissons de côté, ci-dessous, la question éthique que sous-tend cette affirmation pour ne nous préoccuper que de sa dimension juridique et technique. Il y a déjà beaucoup à dire. Dans un premier temps, il convient de définir la **notion de propriété et de trouver où le législateur en parle**, (4.1), puis il s'agit d'analyser son **contenu et sa protection** (4.2 et 4.5). L'**étendue** géographique du droit de propriété par rapport à la chose permet de lui donner un relief (4.3). Enfin, ce chapitre se termine par une réflexion portant sur le sujet bénéficiant du droit de la propriété, à savoir **la, le ou les propriétaire(s)** : comment le législateur a-t-il pensé la propriété collective (4.4) ?

4.1. Notion et bases légales

4.1.1. Notion

141. **Définition.** Selon la notion doctrinale bien établie, la propriété est « *le droit réel conférant à son titulaire la maîtrise totale et exclusive de la chose ou d'un animal* » (STEINAUER droits réels I, no 1384 ; définition similaire : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 646 ; pour une analyse approfondie de la notion voir SUTTER-SOMM, nos 8 ss). Le législateur est un peu moins affirmatif dans l'art. 641 al. 1 CC (ce que sont naturellement aussi les auteurs cités ci-dessus, voir notamment STEINAUER droits réels I, nos 29 s.), en affirmant simplement que le propriétaire a le droit de disposer de la chose, dans les limites de la loi.

142. **Éléments.** Les éléments suivants peuvent être déduits de la notion de propriété :

- **Droit réel** : La propriété fait partie des droits réels et constitue une catégorie à part, opposée aux droits réels limités (pour la notion du droit réel voir ci-dessus 1.2.1).

- **Conférant la maîtrise totale** : La propriété englobe donc tous les droits pouvant être conférés par les droits réels. En règle générale, ils sont classés en trois catégories : l'utilisation, la jouissance et le droit de disposer (« *usus, fructus, abusus* »).
- **Dans les limites de la loi** : Bien que la propriété fasse partie des droits absolus (« *erga omnes* »), son contenu n'est pas illimité.
- **Sur une chose ou un animal** : La propriété doit porter sur une chose ou un animal. Pour ce qui est de la notion de la chose, voir, ci-dessus, le point 2.1. Pour ce qui est de l'animal, voir aussi, ci-dessus, le point 2.3.

143. **Divers types de propriété.** Compte tenu du principe du *numerus clausus* des droits réels, ainsi que du principe de la fixation du type, la propriété n'existe que dans des formes déterminées par le législateur. Ainsi, le Code civil distingue :

- **En fonction du ou des titulaires** : La propriété individuelle de la propriété collective (voir les art. 646 ss CC et 712a ss CC ; voir ci-après le point 4.4 ainsi que les chapitres 5 à 7).
- **Selon l'objet de la propriété** : La propriété foncière (art. 655 à 712t CC ; ci-après chapitre 8) de la propriété mobilière (art. 713 à 729 CC).
- **Selon sa portée** : La propriété ordinaire ou la propriété dépendante (art. 655a, art. 670 CC, etc.).

4.1.2. Bases légales

144. **Dans le Code civil.** Selon ce qui précède, la propriété est régie principalement par les art. 646 à 729 CC qui sont, à leur tour, précédés de quelques dispositions générales (art. 641 à 645 CC). En outre, les dispositions étudiées ci-dessus au chapitre 3 relatives aux instruments de publicité (art. 919 à 977 CC) ont une influence directe sur la propriété. Enfin, le transfert du droit de propriété est largement conditionné par le droit successoral (art. 457 à 640 CC, notamment l'art. 560 CC pour ce qui est de l'universalité et de l'immédiateté de la saisine héréditaire), par le droit familial (art. 181 à 251 CC : les régimes matrimoniaux, etc.). Voir aussi les art. 17 ss T.f., en particulier les art. 20 à 20^{quater} T.f. La propriété

touche largement à tous les sujets de la vie civile, comme l'illustrent ces exemples.

145. **Dans le Code des obligations.** Le contrat de vente régit principalement le **transfert volontaire de la propriété** des biens (art. 184 à 236 CO). Dans l'étude de la propriété, les contrats de préemption, d'emption et de réméré ont une grande importance (voir ci-après chapitres 14 à 17 ; voir aussi les art. 216 à 216e CO).

146. **Dans l'ORF.** L'ordonnance du registre foncier régit la propriété dans un nombre important de dispositions. Il s'agit en particulier des art. 64 à 69 ORF, consacrés au titre d'acquisition en cas de transfert de propriété, ou des art. 94 à 97 ORF, concernant le contenu de l'inscription au feuillet du grand livre. Le titre des deux sections des dispositions précitées s'intitule d'ailleurs « *Propriété* ».

147. **Dans d'autres lois.** Comme cela a été affirmé pour les droits réels en général, la propriété est régie par un nombre important d'autres normes de droit privé ou de droit public, voire de droit fédéral ou de droit cantonal. Voir, ci-dessus, le point 1.2.2.

4.2. Contenu

4.2.1. En général

148. **Liberté présumée.** La propriété comporte trois dimensions : l'usage, la jouissance et le droit de disposer. En outre, il existe la **présomption** que le propriétaire est **libre dans l'exercice de son droit de propriété** (pour un exemple relevant du droit de la propriété par étages : ATF 144 III 19 = JdT 2018 II 265, cons. 4.1). En fait, cette liberté n'est qu'une expression de la liberté plus large existant dans le cadre du droit privé (art. 19 CO, pour ce qui est des contrats). Le contenu de la propriété (*usus, fructus et abusus*) nous vient du droit romain et semble largement établi en doctrine (STEINAUER droits réels I, no 30). Curieusement, la plupart des auteurs actuels omettent d'analyser cette question, probablement au vu de l'évidence de la réponse.

149. **Dans les limites de la loi.** La liberté dans l'exercice du droit de propriété n'est évidemment pas absolue. Le législateur lui-même la restreint, en affirmant, à l'art. 641 al. 1 CC, qu'elle n'existe que dans les limites de la loi (art. 19 al. 1 CO pour ce qui est des contrats). Les restrictions légales découlent aussi bien du **droit privé** que du **droit public**, en particulier dans le domaine des droits réels. Enfin, les restrictions législatives sont complétées par la possibilité offerte au propriétaire de limiter lui-même l'exercice de son droit de propriété en acceptant des restrictions volontaires (voir ci-dessous 4.2.5).

4.2.2. Usage

150. **Notion.** Tout acte matériel par lequel un propriétaire d'étages **se sert** de sa chose est considéré comme un acte d'usage (« *usus* » ; notamment dans ce sens : WERMELINGER ZK, no 18 ad art. 712a, pour la propriété par étages). Sont de tels actes d'utilisation le fait d'habiter dans des locaux d'habitation, d'exploiter un commerce, de fabriquer un produit dans une usine, etc. L'usage appartient au propriétaire qui peut donc l'exclure à tout autre tiers ou décider de le partager avec les membres de sa famille, ses employés, ses clients, etc. Il a également la possibilité de céder son droit d'utilisation au moyen d'un droit réel limité (usufruit, droit d'habitation) ou d'un contrat personnel (bail à loyer, prêt, etc.).

151. **Étendue du droit d'usage.** Comme pour les autres prérogatives de la propriété, la liberté est présumée dans l'usage d'une chose sur le plan **spatio-temporel**. D'un point de vue temporel, cela signifie que le propriétaire est en principe libre d'utiliser sa chose à n'importe quel moment du jour ou de l'année. Certaines restrictions peuvent cependant découler de normes de droit public ou privé (p. ex. les heures durant lesquelles il est interdit de pratiquer des instruments de musique bruyants ou de conduire un camion, etc.). Le propriétaire peut généralement utiliser la chose partout où il le veut. Là aussi, des exceptions peuvent être faites (p.ex. l'utilisation d'un véhicule automobile exclusivement sur des routes qui ne sont pas interdites à la circulation ou l'utilisation de certaines armes exclusivement dans un stand de tir). Sous l'angle de **l'intensité** du droit d'usage, le propriétaire est libre d'endommager ou de détruire sa chose (l'acte d'usage devient alors simultanément un acte de disposition). Bien entendu, certaines normes peuvent restreindre cet aspect du droit d'utilisation, en interdisant notamment de brûler des déchets ou de traiter des animaux de façon cruelle.

152. **Usage, destination et affectation.** Les choses peuvent avoir **une vocation naturelle**. Se pose alors la question de savoir si une utilisation contraire à cette vocation pose un problème sur le plan juridique ou non. Tel n'est généralement pas le cas (p. ex. rien ne m'empêche d'utiliser un tournevis pour enfoncer un clou). Il existe toutefois des situations particulières où cette affirmation doit être nuancée. Cela fait appel à deux autres notions du droit privé et du droit public. La **destination** d'une chose décrit la manière économique dont le propriétaire utilise naturellement celle-ci. Les destinations suivantes sont usuelles pour les immeubles : l'habitat (TF 5C.264/2006, cons. 2), l'exploitation hôtelière (ATF 130 III 441 = JdT 2004 I 177, cons. 2), le commerce, etc. Cette destination peut être un facteur de décision fondamental pour acquérir une chose en propriété individuelle ou collective. C'est la raison pour laquelle, dans certains cas, notamment lorsqu'on est en présence d'une copropriété (par étages), la destination est **protégée** par le législateur (art. 648 al. 2 CC). En droit public et en particulier en droit de l'aménagement du territoire, on parle plutôt de **l'affectation de l'immeuble**. Or, le droit public tend à protéger l'affectation d'un immeuble afin que l'on puisse aboutir à une utilisation rationnelle et coordonnée de l'espace habité par l'être humain (voir, pour le niveau fédéral, les art. 14 ss et 25 LAT pour les compétences cantonales en la matière). Ainsi, un changement d'affectation de l'immeuble peut être **interdit ou soumis à une procédure d'autorisation**.

4.2.3. Jouissance

153. **Notion.** La jouissance de la chose se définit habituellement comme la faculté d'en **percevoir les fruits** (« *fructus* » ; STEINAUER droits réels I, no 30). Selon l'art. 643 al. 2 CC, les fruits sont les **produits périodiques et tout ce que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination**. Cela signifie en définitive que le propriétaire peut tirer les avantages économiques liés à l'exploitation de la chose. La possibilité de la jouissance existe donc pour toute chose productive. Lorsqu'il s'agit d'un arbre qui porte des fruits, on parle de la perception des **fruits naturels**. Au vu de l'art. 643 al. 2 CC cela vaut également pour le lait qui est tiré des vaches ou des chèvres et du tabac qui est cueilli dans un champ (STEINAUER droits réels I, no 1474 ; SUTTER-SOMM, no 126 qui englobe aussi la progéniture des animaux d'élevage). Si le propriétaire loue sa chose (p.ex. une voiture), le loyer qu'il perçoit fait aussi partie des fruits qu'il tire de la chose (c'est aussi le cas pour des intérêts perçus en cas de

prêt d'une somme d'argent). Dans de tels cas, on parle de **fruits civils** (STEINAUER droits réels I, no 1478 ; SUTTER-SOMM, no 126).

154. **Statut juridique des fruits naturels.** Cette question est régie par l'art. 643 CC. À l'alinéa premier de la disposition, le législateur mentionne que le « *propriétaire d'une chose l'est également des fruits naturels de celle-ci* » (sur l'évidence de cette affirmation, voir SUTTER-SOMM, no 129). Le législateur le confirme de manière structurelle à l'art. 643 al. 3 CC, en indiquant que, **jusqu'à leur séparation** de la chose, les fruits naturels en **font partie intégrante** (voir ci-après 4.3.2). Partant, aussi longtemps qu'il existe un lien de rattachement entre la chose productive et le fruit naturel, ce dernier ne fait pas l'objet d'un droit réel distinct (SUTTER-SOMM, no 130 ; une nuance à ce principe est apportée par l'art. 756 al. 1 CC, selon lequel l'usufruitier acquiert la propriété des fruits devenus mûrs pendant la durée de l'usufruit). Cela engendre automatiquement la question du statut juridique des fruits naturels **après la séparation** de la chose. En vertu du principe de la spécialité (voir ci-dessus 1.3.5), le fruit séparé devient l'objet de droits réels distincts de la chose dont il émane. La propriété est acquise par le propriétaire de la chose productive (STEINAUER droits réels, nos 1482 s.). Toutefois, les art. 687 al. 2 CC et 699 al. 1 CC restreignent ce principe. Pour ce qui est du sort des fruits en cas de réalisation forcée d'un immeuble, voir les art. 14 et 22 ORFI.

4.2.4. Droit de disposer de la chose

155. **Notion.** Le droit de disposer de la chose permet à son propriétaire de **transformer**, voire de **détruire** la chose, ou de l'**aliéner** (STEINAUER droits réels I, no 30). Selon SUTTER-SOMM (no 33), la **consommation** de la chose (notamment d'un aliment ou d'une énergie) est aussi un acte de disposition. C'est la seule possibilité évoquée expressément par le législateur à l'art. 641 al. 1 CC.

156. **Étendue du droit de disposer de la chose.** Cette faculté offerte au propriétaire peut être qualifiée de faculté ultime, lui permettant même d'en abuser (d'où le terme « *abusus* »). Or, une telle conception de la liberté du propriétaire peut être qualifiée d'arbitraire et n'est d'ailleurs plus acceptable dans la société dans laquelle nous vivons. **L'utilisation rationnelle des ressources** interdit en effet certains actes de disposition,

lorsqu'ils sont néfastes, notamment pour l'environnement (voir en particulier les art. 30 ss LPE pour ce qui est du traitement des déchets). De même, **l'importance culturelle** d'une chose peut conduire à des restrictions d'aliénation de celle-ci (voir la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels du 20 juin 2003, RS 444.1). Un autre exemple réside dans le comportement que le propriétaire doit adopter vis-à-vis des animaux selon la législation sur la protection des animaux (voir les art. 4 ss de la loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005, RS 455). Même si ces restrictions ne peuvent pas conduire à affirmer que la propriété a été collectivisée (SUTTER-SOMM, no 37), force est de constater que le contexte social et la législation actuels imposent une **responsabilité sociale** au propriétaire, inconnue des auteurs du droit romain.

4.2.5. Limites de la loi et limites volontaires

157. **Catégories.** Il existe plusieurs types de restrictions de la propriété. Tout d'abord, il convient de distinguer les **restrictions légales** des **restrictions volontaires**. Parmi les restrictions légales, on distingue habituellement celles de **droit privé** et de **droit public** et au sein des restrictions de **droit privé**, les **restrictions générales** des **restrictions spéciales**. Enfin, les restrictions volontaires peuvent découler d'un **droit réel limité** (voir la partie III) ou d'un **droit à effet personnel**, soit un contrat (voir la partie IV).

158. **Restrictions légales de droit public.** Beaucoup de ces restrictions ont déjà été évoquées dans le présent ouvrage (en particulier, ci-dessus au point 4.2.4) et relèvent du droit de l'aménagement du territoire, du droit de l'environnement, du droit de la protection des animaux, du droit de la protection des biens culturels, du droit fiscal, etc. Il s'agit souvent de restrictions **impératives** qui sont couvertes par des **sanctions** de type administratif ou pénal (p.ex. les art. 26 ss de la loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005, RS 455).

159. **Restrictions légales de droit privé.** Les **restrictions générales** sont celles qui s'imposent **dans tout** le domaine du **droit privé** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 687), comme l'interdiction de l'abus de droit (ATF 131 III 459 = JdT 2005 I 588, cons. 5.3), la restriction de la liberté contractuelle (art. 20 CO), la protection la personnalité (art. 27 CC),

la responsabilité civile (art. 41 CO) ou le droit des successions (art. 560 CC ; STEINAUER droits réels I, no 1393). Les **restrictions légales spéciales** sont celles qui ont été spécifiquement conçues comme limites du droit de la propriété et qui découlent souvent du Code civil (p. ex. art. 680 al. 1 CC, 682 CC ou 694 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 688). Les restrictions de droit privé peuvent être de droit impératif (p. ex. art. 694 CC) **ou de droit dispositif** (p. ex. art. 681b CC) et leur violation n'entraîne, souvent, **pas de sanction automatique** : la personne lésée doit faire valoir ses droits (p. ex. art. 41 CO).

4.3. Étendue

4.3.1. En général

160. **Contenu.** La question de l'étendue de la propriété est fondamentale et touche plusieurs sujets. L'étendue de la propriété a une **composante temporelle**, le droit de propriété étant en principe illimité dans le temps. Il existe également une **dimension matérielle** qui a pour objet de définir la portée de la propriété sur les diverses parties d'une chose complexe ou composée (ci-après 4.3.2 et 4.3.3). Enfin, la thématique la plus importante que nous allons traiter est l'**étendue** du droit de propriété sur un immeuble **dans l'espace**, dès lors qu'elle concerne une valeur patrimoniale inestimable. Cette dimension intervient sur le plan horizontal (limites de l'immeuble ; ci-dessous 4.3.4) et vertical (propriété des constructions, principe d'accession ; ci-dessous 4.3.5).

161. **Dans le temps.** En principe, le droit de propriété est imprescriptible, dès lors qu'il se transfère même par succession universelle (art. 560 CC). Le décès d'une personne ne parvient pas à mettre fin à la propriété ; il a simplement pour effet d'en transférer la titularité du *de cuius* à ses héritiers. Ce principe connaît quelques exceptions :

- Une des exceptions réside dans la propriété que l'on peut avoir sur une construction située sur un fonds d'un tiers (droit de superficie, art. 655 al. 2 ch. 2 CC). Si ce **droit de superficie distinct et permanent** a été immatriculé comme immeuble au registre foncier (art. 779a ss CC), la propriété sur cette construction ne peut excéder 100 ans (art. 779l al. 1 CC). Toutefois, la durée peut sans

cesse être prolongée pour une nouvelle durée de 100 ans au plus (art. 779I al. 2 CC), de telle sorte qu'il n'est pas vraiment possible de parler d'une durée maximale.

- En fonction du droit cantonal, une limite de temps peut aussi s'imposer pour un **droit de mine** (art. 655 al. 2 ch. 3 CC). Cela étant, les deux limites temporelles qui précèdent ne concernent pas des immeubles au sens matériel du terme, mais des droits (servitude ou concession) qui ont été érigés en immeubles pour des motifs principalement financiers. La personne inscrite comme propriétaire de l'immeuble immatriculé est donc simultanément bénéficiaire d'une servitude.
- Enfin, il existe des choses soumises à une **péremption naturelle** (p.ex. des fleurs), voire des **choses consommables** (nourriture, énergie, etc.). Dès le moment où ces choses ont rempli leur fonction et ont disparu, elles ne peuvent plus faire l'objet d'un droit de propriété.
- Il n'est pas certain que le principe de la durée illimitée de la propriété soit acquis définitivement. Il n'est pas exclu que des enjeux sociétaux, environnementaux et autres puissent faire évoluer cette question à l'avenir.

4.3.2. Partie intégrante

162. **Notion.** Selon l'art. 642 al. 2 CC, fait partie intégrante d'une chose « *ce qui, d'après l'usage local, constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer* ».

163. **Éléments.** La notion de partie intégrante fait appel aux éléments suivants :

- La question d'une partie intégrante ne se pose qu'en présence d'une **chose complexe** composée de diverses parties. Une chose simple (p. ex. une pierre ou un clou) ne fait pas appel à la notion de partie intégrante.
- La partie intégrante d'une chose complexe doit être au service de celle-ci, par sa destination naturelle (SUTTER-SOMM, no 90). Il doit y avoir un **lien intellectuel** entre la partie intégrante et la chose

complexe. La suppression de la partie intégrante doit faire apparaître la chose complexe comme incomplète (p. ex. une voiture sans essuie-glaces), voire impropre à sa vocation.

- Les diverses parties de la chose complexe doivent être reliées entre elles par un **lien physique**. Le lien doit avoir une certaine intensité, de telle sorte que sa suppression produit un effet négatif sur la chose (p. ex. sa destruction, sa détérioration ou son altération).
- Le lien entre la partie intégrante et la chose complexe doit être **durable** et non purement temporaire et fortuit (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 04.63 ss).
- Pour s'assurer que les liens intellectuels et physiques existent bel et bien, il faut faire appel à l'**usage local**. Le critère de l'usage local n'est cependant que subsidiaire et subordonné au fait qu'il existe bel et bien un lien intellectuel et physique (STEINAUER droits réels I, no 1456 ; SUTTER-SOMM, no 93).

164. **Exemples.** La qualité de partie intégrante se vérifie généralement au cas par cas. Le **législateur** a toutefois édicté certaines dispositions mentionnant les parties intégrantes. Ainsi, les fruits naturels constituent des parties intégrantes avant leur séparation (art. 642 al. 3 CC). Il en est de même pour des matériaux utilisés pour la construction sur le bien-fonds d'autrui (art. 671 al. 1 CC), les constructions empiétant sur un fonds voisin (art. 674 al. 1 CC), les sources de droit privé (art. 704 al. 1 CC) et les constructions concernées par un droit superficiel au moment de l'extinction de ce droit (art. 779c CC). Par ailleurs, on peut parler de partie intégrante dans les situations suivantes :

- le moteur d'un camion ;
- le toit d'une maison ;
- les touches d'un piano, etc.

165. **Effets.** Selon l'art 642 al. 1 CC, **la partie intégrante partage le sort juridique** de la chose complexe. Cela vaut, en premier lieu, pour le **droit de propriété**. Cela est également valable pour d'autres droits réels (p. ex. les droits de gage immobiliers, art. 805 al. 1 CC ; pour une nuance en cas d'usufruit, voir art. 756 al. 3 CC et 771 CC). Si quelqu'un acquiert donc un droit réel sur une chose complexe, ce droit s'étend, en règle générale aussi à la partie intégrante. Tel est également le cas de la vente aux

enchères forcées (art. 11 al. 1 ORFI). Ce n'est qu'exceptionnellement et pour autant que le législateur le prévoit, que l'ancien propriétaire de la partie intégrante peut en **exiger l'enlèvement et la restitution** (voir p.ex. art. 671 al. 2 et 3 CC pour la construction avec des matériaux sur un fonds d'autrui).

4.3.3. Accessoire

166. **Notion.** Le législateur définit l'accessoire au sens juridique du terme comme suit : « *Sont des accessoires les objets mobiliers qui, d'après l'usage local ou la volonté clairement manifestée du propriétaire de la chose principale, sont affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance ou à la garde de celle-ci et qu'il y a joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose* » (art. 644 al. 2 CC).

167. **Éléments.** Les éléments suivants sont constitutifs de la notion d'accessoire (STEINAUER droits réels I, nos 1490 ss) :

- Seule une **chose mobilière distincte** de la chose principale peut être un accessoire.
- L'accessoire suppose l'existence d'une **chose principale** qui peut être un immeuble (cas le plus fréquent) ou une autre chose mobilière.
- Contrairement à ce qui prévaut pour la partie intégrante, il n'y a **pas la nécessité d'un lien physique** entre l'accessoire à la chose principale. La séparation de l'accessoire de la chose principale n'a ainsi pas d'effet négatif sur cette dernière (SUTTER-SOMM, no 100). Cela nonobstant, l'accessoire doit avoir été joint, adapté ou rattaché à la chose principale. Il doit donc exister **un rapport entre la chose principale et l'accessoire qui soit reconnaissable** qui peut être physique ou non. C'est notamment le cas, si – au bord d'un lac – il existe un hôtel et que sur la rive du lac, à quelques mètres de l'hôtel, sont attachés des pédalos sur lesquels l'enseigne de l'hôtel est peinte (SUTTER-SOMM, no 106). La rupture purement passagère de ce rapport ne supprime pas la qualité d'un accessoire (art. 644 al. 3 CC). Ainsi, si des vélos de location, avec l'enseigne du magasin de vélo, sont utilisés pour faire un tour, ils restent des accessoires du magasin, même lorsqu'ils en sont éloignés de plusieurs kilomètres.

- Il faut un **lien d'affectation durable** entre la chose principale et l'accessoire, de telle sorte que l'accessoire est **subordonné** à la chose principale. Ce rapport doit découler aussi bien de l'affectation de l'accessoire que de celle de la chose principale. L'accessoire sert donc à l'exploitation de la chose principale, comme c'est notamment le cas pour des machines agricoles dans une exploitation agricole.
- Enfin, il faut **une reconnaissance de la qualité d'accessoire**. Cette reconnaissance peut être offerte par l'**usage local**. Ainsi, le « *petit inventaire* » d'un hôtel ou d'un restaurant (portant sur des objets mobiliers tels les verres, les assiettes, voire les chaises, les tables, etc.) peut être considéré comme accessoire dans certaines régions et non dans d'autres (TF 5C.119/2002, cons. 1.1 ; voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO no 04.88 ; SUTTER-SOMM, no 109). La reconnaissance peut également découler de la **volonté clairement manifestée du propriétaire de la chose principale**. L'instrument le plus efficace pour ce qui est de la manifestation de la qualité d'accessoire réside dans la **mention d'accessoire** au registre foncier (art. 946 al. 2 CC). L'existence de cette manifestation de volonté peut toutefois être établie de toute autre manière (p.ex. dans le cadre d'une vente aux enchères volontaire d'un immeuble agricole, le propriétaire de la chose principale indique les machines agricoles comme faisant partie de la vente à titre d'accessoires).

168. **Exemples.** C'est **l'ensemble des circonstances et des conditions énoncées ci-dessus** qui permettent de déterminer la qualité d'accessoire d'une chose mobilière. Par conséquent, il n'existe pas de chose qui soit un accessoire par elle-même et d'office. La liste qui suit doit donc être lue avec réserve, en précisant que le Code civil lui-même nomme uniquement les machines ou le mobilier d'hôtel comme accessoires (art. 805 al. 2 CC) si les autres conditions légales sont remplies. D'autres exemples :

- les outils dans une usine ;
- les chaînes à neige d'une automobile ;
- l'archet d'un violon ;
- l'appareil à sécher les plantes dans un hangar à tabac, etc.

169. **Effets.** Selon l'art. 644 al. 1 CC, tout « *acte de disposition relatif à la chose principale s'étend aux accessoires, si le contraire n'a été réservé* ». Ainsi, si le propriétaire vend la chose principale, il vend automatiquement l'accessoire avec, même si cela n'est pas expressément indiqué dans le contrat. Cela vaut aussi pour la vente aux enchères forcées (art. 11 al. 1 ORFI). Cette conséquence ne s'étend toutefois pas uniquement au droit de propriété, il concerne aussi d'autres droits réels. Ainsi, le **gage immobilier** frappe l'immeuble avec ses accessoires (art. 805 al. 1 CC ; voir aussi art. 892 al. 1 CC).

4.3.4. Étendue horizontale de la propriété foncière

170. **Système légal.** La question de l'étendue horizontale ne se pose qu'en matière de propriété foncière et fait appel aux **limites d'un immeuble**. Or, l'art. 668 CC connaît deux types d'instruments fixant les limites, à savoir le **plan du registre foncier** et les **démarcations** sur le terrain. Il s'agit d'instruments qui existent de manière cumulative et qui, normalement, correspondent. Il peut toutefois arriver qu'il y ait contradiction entre les limites du plan et celles du terrain. Dans un tel cas, **l'exactitude du plan** du registre foncier **est présumée** (art. 668 al. 2 CC), à moins qu'il s'agisse de terrains mouvants désignés comme tels par les cantons (art. 668 al. 3 CC). Cette présomption se justifie par le fait que les limites sur le plan ne peuvent, en règle générale, pas faire l'objet d'une **manipulation**, alors que tel est le cas des démarcations sur le terrain (SUTTER-SOMM, no 628). Or, à l'époque du piratage informatique, le bien-fondé de cette présomption pourrait certainement faire l'objet d'une réflexion.

171. **Démarcations.** Les signes de démarcation sur le terrain (on parle aussi de bornes) font partie de la **mensuration officielle** (art. 5 lit. a OMO). Ils servent à l'abornement du terrain (art. 11 al. 1 OMO) et donc à la délimitation des biens-fonds et des droits distincts et permanents (art. 11 al. 2 OMO). « *Les signes de démarcation sont posés de telle sorte que les limites soient toujours reconnaissables sur le terrain ou puissent être retrouvées par des moyens simples.* » (art. 15 OMO). On peut renoncer à la pose de démarcations lorsque des éléments naturels ou artificiels, reconnaissables en tout temps, permettent d'établir clairement les limites d'un immeuble (art. 17 OMO ; il peut notamment s'agir de cours d'eau, voir SUTTER-SOMM, no 622). La manipulation d'une borne (à savoir sa

suppression, son déplacement, sa falsification, son placement à faux, etc.) peut constituer une **infraction pénale** en vertu de l'art. 256 CPS.

172. **Plan du registre foncier.** Selon l'art. 7 al. 1 OMO, le « *plan du registre foncier est un produit graphique établi sous forme analogique ou numérique à partir des données de la mensuration officielle et qui, en tant qu'élément constitutif du registre foncier, délimite les biens-fonds, ainsi que les droits distincts et permanents et les mines différenciés par la surface ; il acquiert la force juridique des inscriptions au registre foncier* ». Il comporte diverses couches d'information (art. 7 al. 2 OMO), notamment les biens-fonds, les conduites, les limites territoriales et les adresses de bâtiments. Le plan du registre foncier fait aussi partie de la mensuration officielle (art. 5 lit. c OMO). Contrairement aux autres types d'immeubles, les parts de copropriété (par étages) ne font, à ce jour, pas l'objet d'un plan du registre foncier. Le **plan de répartition délimitant les parts d'étages** (art. 712e al. 1 CC et art. 68 s. ORF) sont de simples plans sous seing privé qui ne produisent **pas l'effet du registre foncier** (art. 9 CC et 937 CC ; voir WERMELINGER ZK, nos 95 ss ad art. 712d, en particulier no 104). Un projet de l'Office fédéral de topographie (swisstopo) a toutefois pour objet de faire évoluer la question et notamment de représenter le droit exclusif dans un référentiel tridimensionnel auquel l'effet juridique du registre foncier serait accordé (WERMELINGER ZK, nos 111a ss ad art. 712d).

173. **Obligation tendant au bornage selon l'art. 669 CC.** Il peut arriver, notamment lorsque des démarcations sur le terrain ont disparu et que les indications du plan doivent être interprétées sur place, que les limites d'un immeuble soient incertaines. Dans un tel cas, l'art. 669 CC impose à chaque propriétaire, « *à la réquisition du voisin, de prêter son concours en vue de les fixer soit par la rectification du plan, soit par la démarcation sur le terrain* ». Il s'agit donc d'un cas où les voisins n'ont pas *a priori* une divergence de vue, mais où il convient de **compléter** ou de **préciser les instruments de la mensuration officielle** (SUTTER-SOMM, no 633). L'art. 669 CC institue alors une obligation du voisin de participer à la détermination de la limite incertaine. En cas d'accord, les deux propriétaires concluent un contrat fixant la limite incertaine (STEINAUER droits réels II, no 2230 ; SUTTER-SOMM, no 637). Il n'y a pas de prescription de forme pour ce contrat. Les parties n'ont en particulier pas besoin de recourir à la forme authentique. Cette **obligation de droit privé**, de participer à la mensuration officielle, est complétée par une **obligation de droit public**, d'assistance et de tolérance, de la part du propriétaire, en

cas de travaux sur son immeuble, ayant pour objet la mensuration officielle (art. 20 s. LGéo).

174. **Action en bornage.** L'action en bornage n'est pas explicitement régie par la loi, mais est admise en doctrine (voir notamment STEINAUER droits réels II, nos 2230 ss ; SUTTER-SOMM, no 638, avec renvoi à d'autres auteurs). Elle intervient lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la détermination matérielle des limites de l'immeuble, dans le cadre d'une action tendant au bornage et qu'aucune des deux ne parvient à prouver la délimitation de son fonds (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 883). Cette action permet à l'un des propriétaires voisins de demander au juge de fixer la limite controversée. Dans un tel cas, le jugement aura un **effet formateur** pour les limites de l'immeuble.

175. **Limites communes (art. 670 CC).** Selon l'art. 670 CC, « *les clôtures servant à la démarcation de deux immeubles, telles que murs, haies, barrières, qui se trouvent sur la limite, sont présumées appartenir en copropriété aux deux voisins* ». Il s'agit d'une copropriété ordinaire (art. 646 ss CC), **constituée par la loi**. C'est une **copropriété dépendante** (art. 655a CC), dans le sens où la qualité de propriétaire est liée à la propriété des immeubles séparés par la démarcation (STEINAUER droits réels II, no 2238 ; SUTTER-SOMM, no 681). La limite de l'immeuble étant un plan vertical infiniment mince (TSCHÜMPERLIN, p. 24 ss), le principe d'accession voudrait que, de part et d'autre, la démarcation appartienne (partiellement) en propriété individuelle au propriétaire foncier en fonction de la surface touchée de son côté. Cependant, une gestion individuelle – par chacun des deux voisins – de la démarcation, qui a une fonction unique, mettrait cette fonction en danger, raison pour laquelle le législateur a décidé d'imposer une copropriété.

4.3.5. Étendue verticale de la propriété foncière

176. **Principe de l'accession comme point de départ.** Le principe de l'accession nous vient du droit romain (*superficies solo cedit*, art. 667 al. 2 CC). L'idée est la suivante : la **propriété** d'un immeuble comprend **automatiquement** celle de **tout ce qui est relié au sol** (soit en-dessus, soit au-dessous). Ainsi, les actes juridiques qui se rapportent à l'immeuble sont également applicables aux arbres, aux constructions et aux autres éléments rattachés au sol même sans évocation expresse. Ce principe a un très grand

avantage : il n'y a pas besoin de se poser de questions relatives au droit de propriété de ces éléments rattachés au sol et, surtout, il n'y a aucune nécessité de les traiter séparément. Cela facilite les relations entre les parties contractuelles, la situation des tiers et surtout, cela augmente la **sécurité juridique**. Celui qui, au moyen de son inscription au registre foncier a établi ou est présumé (art. 937 CC) être propriétaire de l'immeuble n'a, en règle générale, **plus besoin de prouver sa propriété sur tout ce qui a été rattaché ou qui est naturellement rattaché au sol**. Le premier alinéa de l'art. 667 CC complète encore le principe de l'accession en indiquant la hauteur et la profondeur à partir du sol qui sont encore couverts par le droit de propriété (« *utiles à son exercice* » ; voir ci-dessous).

177. Hauteur de la profondeur du droit de propriété (art. 667 al. 1 CC). L'extension verticale de la propriété se détermine en fonction de **l'utilité de son exercice** pour le propriétaire. Celles et ceux qui s'attendent à une définition précise de la part du législateur vont être déçus (TF 5A_245/2017, cons. 3.1 ; voir aussi CARREL, no 35). En fait, selon le Tribunal fédéral, cette disposition ne **délimite** pas uniquement l'exercice du droit de la propriété, mais **l'immeuble en tant que tel** (ATF 119 Ia 390 = JdT 1995 I 388, cons. 5.c.bb). Au-delà de la limite indiquée par l'art. 667 al. 1 CC, il n'y a donc plus d'immeuble et le souterrain est régi par le droit cantonal (notamment le droit régalien régissant l'exploitation du sous-sol) et l'espace aérien par la législation sur l'aviation (STEINAUER droits réels II, no 2250). L'existence d'un intérêt à l'exercice du droit de la propriété et donc l'existence de l'immeuble est déterminée par le juge qui dispose d'un **pouvoir d'appréciation** (art. 4 CC ; voir ATF 132 III 353, cons. 2.2) et doit prendre en considération **les circonstances du cas concret** (TF 5A_245/2017, cons. 3.1). « *Encore faut-il que cet intérêt soit digne de protection (...). Un intérêt futur suffit, pour autant que sa réalisation dans un avenir prévisible apparaisse vraisemblable d'après le cours ordinaire des choses (...); à cet égard, il faut tenir compte de la situation et de la nature de l'immeuble, de l'utilisation envisagée, ainsi que des obstacles de nature technique ou juridique (...). Un intérêt digne de protection doit être également admis lorsque le propriétaire n'exploite pas lui-même le sous-sol, mais veut se défendre contre les activités de tiers qui pourraient se révéler préjudiciables à l'utilisation de son fonds, par exemple en provoquant un affaissement de terrain (...)* ». Pour plus d'informations, voir ATF 132 III 353, cons. 2.1 ; voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 06.28 ss ; SUTTER-SOMM, no 645. Afin de déterminer l'existence de cet intérêt, le juge peut notamment tenir compte du droit public de **l'aménagement du territoire** :

ainsi l'intérêt d'un agriculteur à exploiter le sous-sol pourrait porter sur une partie du sous-sol moins importante que l'intérêt d'un propriétaire foncier d'un centre urbain, dans la mesure où ce dernier aurait le droit de construire à plusieurs dizaines de mètres de profondeur (p.ex. un parking souterrain de plusieurs étages). Toujours est-il qu'un agriculteur a pu invoquer avec succès l'art. 667 al. 1 CC lorsque, dans le voisinage immédiat d'un aéroport privé (à Lommis/TG, en l'occurrence), le propriétaire de l'aéroport a voulu faire interdire une construction à vocation agricole de 12.45 mètres de haut (ATF 103 II 96 = JdT 1979 I 227, cons. 3).

178. **Éléments compris dans la propriété foncière (art. 667 al. 2 CC).** Selon la loi, sont compris dans la propriété foncière en vertu du principe de l'accession (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 888 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 2255 ss) :

- les **constructions**, à savoir ce qui est uni à l'immeuble par les moyens de la technique, soit au-dessus, soit au-dessous du sol (TF 5D_77/2017, cons. 3.3.1) ;
- les **plantations**, qui sont les végétaux poussant avec ou sans intervention humaine ;
- les **sources**, dans la mesure où elles jaillissent du sol sur la surface de l'immeuble (voir aussi art. 704 al. 1 CC) et ne sont pas soustraites au droit privé au vu de leur importance (ATF 122 III 49 = JdT 1997 I 590, cons. 2).

179. **Cas particuliers et exceptions.** Il convient de préciser tout d'abord que le **principe de l'accession** n'est pas **de droit dispositif** et ne peut, en règle générale, pas être supprimé par la simple volonté des parties, sauf si la loi le prévoit expressément. Des précisions, des nuances et un énoncé des exceptions à ce principe doivent être apportés :

- **Véritables exceptions** : Le **droit de superficie** permet, par le biais d'une servitude (foncière ou personnelle), de dissocier la propriété d'une construction de la propriété du sol (art. 779 al. 1 CC). Il déroge donc au principe de l'accession et ce, sous toutes ses formes possibles, à savoir le droit d'empiètement (art. 674 CC), le droit de superficie comme droit distinct et permanent (art. 779a ss CC) ou le droit de superficie comme servitude « *simple* » (foncière ou personnelle). Voir, ci-dessous, le point 11.5.1. Une forme particulière de la servitude de superficie est constituée par la

servitude de conduite (art. 691 ss CC) permettant donc au propriétaire de conduites d'en rester propriétaire lorsqu'elles passent sur le fonds d'autrui (art. 676 al. 1 CC ; voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 902 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 2333 ss). Il est aussi possible de constituer une servitude produisant l'effet d'un droit de superficie, pour des **plantes ou des plantations** (art. 678 al. 2 CC).

· **Exception quant au type particulier de constructions** : Les **constructions mobilières** sont régies par l'art. 677 CC comme suit : « *Les constructions légères, telles que chalets, boutiques, baraques, élevées sur le fonds d'autrui sans intention de les y établir à demeure, appartiennent aux propriétaires de ces choses* ». Lorsque les conditions légales sont remplies, à savoir que des constructions légères sont élevées sans intention de les établir sur le long terme, la conséquence légale s'applique et la construction n'appartient dès lors pas au propriétaire du terrain sur lequel elle est érigée. En outre, ni le propriétaire lui-même (TF 5D_77/2017, cons. 3), ni d'éventuelles parties contractuelles (ATF 92 II 227 = JdT 1967 I 264, cons. 2) ne peuvent y déroger. Les constructions suivantes ont, par exemple, été jugées de nature mobilière : un bâtiment transportable construit dans l'intention de l'enlever à la fin du bail, un réservoir posé dans le sous-sol d'un bâtiment, mais non des garages préfabriqués qui, une fois construits, ne se laissent que difficilement enlever (pour plus d'exemples, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 905 et STEINAUER droits réels, no 2271).

· **Exception possible dans des situations particulières** : Aux art. 671 à 673 CC, le législateur régit des situations particulières dans lesquelles une construction est réalisée avec des matériaux qui n'appartiennent pas au propriétaire foncier. En principe, même dans une telle situation, le principe d'accession est confirmé (art. 671 al. 1 CC). Si, toutefois, les matériaux ont été utilisés sans l'assentiment de leur propriétaire, celui-ci peut les revendiquer en les faisant séparer de l'immeuble, à condition qu'il n'en résulte pas un dommage excessif (art. 671 al. 2 CC). Le même droit d'enlèvement peut être invoqué par le propriétaire foncier si le propriétaire des matériaux a procédé à une construction sans l'assentiment du propriétaire foncier sur l'immeuble qui ne lui appartient pas (art. 671 al. 3 CC). Les mêmes principes s'appliquent aux plantes qui ont été mises dans le fonds d'autrui

(art. 678 al. 1 CC). Pour le tout, voir STEINAUER droits réels, nos 2275 ss ; SUTTER-SOMM, nos 658 ss.

- **Autres exceptions** : L'art. 670 CC institue une copropriété ordinaire sur une démarcation commune se situant sur deux immeubles. C'est un cas très particulier qui nuance aussi le principe de spécialité (voir aussi 4.3.4).
- **Pas de dérogation en cas de propriétés collectives** : Les formes de propriété collective, à savoir la propriété commune, la copropriété ordinaire et la propriété par étages, ne dérogent pas au principe de l'accession. En effet, elles n'accordent pas une propriété individuelle sur une partie de l'immeuble (p.ex. un bâtiment) au propriétaire collectif. Voir aussi, ci-après, le point 4.4.

4.4. Propriété individuelle et propriété collective

180. **Propriété individuelle.** Dans la grande majorité des cas, une chose appartient à une seule et même personne (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 714). On parle alors de propriété individuelle. La propriété individuelle fonctionne de la manière la **plus simple** possible, car elle ne suppose pas que plusieurs volontés s'accordent pour pouvoir l'exercer. **Le législateur donne un coup de main** pour favoriser la constitution de propriétés individuelles et ainsi contribuer à la suppression de situations particulières, compliquant l'exercice de la propriété. C'est la raison pour laquelle l'art. 682 CC introduit un droit de préemption légal en faveur des copropriétaires d'une chose, voire en faveur des superficiaires et superficiaires. Cela leur facilite le retour à une propriété individuelle.

181. **Propriété collective.** Selon le titre des art. 646 ss CC, la propriété collective est la « *propriété de plusieurs sur une chose* ». Le système juridique suisse met en lumière certaines caractéristiques liées à la propriété collective :

- La propriété collective est celle « *de plusieurs sur une chose* », ce qui signifie qu'en premier lieu les propriétaires ne constituent **pas une entité distincte sous la forme d'une personne morale** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 04.166). Même si, pour des motifs de gestion, les propriétaires

collectifs forment une communauté (communauté des copropriétaires ordinaires, communauté des propriétaires d'étages, communauté héréditaire, etc.), celle-ci n'a pas l'indépendance nécessaire pour se détacher complètement des membres qui la composent. Cela étant, dans le cadre de la propriété par étages, le législateur a été très loin dans l'indépendance accordée à la communauté, lui permettant d'acquérir des biens et d'agir en son nom dans certaines circonstances (art. 7121 CC).

- La chose est l'objet de la propriété collective. Elle reste, en ce sens, **unique et indivisible**. Il n'y a donc pas de droit de propriété individuelle de chaque membre sur une partie de la chose, même dans le cas de la propriété par étages où chaque membre de la communauté n'est titulaire que d'un droit exclusif d'utilisation, de gestion et d'aménagement intérieur sur des parties déterminées du bâtiment (art. 712a CC). Lorsque deux personnes sont copropriétaires d'une bicyclette, cela ne signifie pas que l'une peut se dire propriétaire des roues et l'autre propriétaire du cadre du vélo. Le droit de propriété collective porte sur la chose entière (STEINAUER droits réels I, no 1536). Ce principe juridique n'empêche pas les propriétaires collectifs de se partager la chose et de la consommer, lorsque telle est sa nature et sa vocation. Par un acte de disposition, les propriétaires en main commune ayant hérité d'un sac de 150 kilos de riz peuvent donc se le répartir en guise de partage successoral.
- Sur un **plan qualitatif**, le droit des différents propriétaires collectifs par rapport à la chose est identique (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 04.164 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 714). En revanche, sur un **plan quantitatif**, leur situation peut varier ; la participation quantitative à la chose en propriété collective dépend de la volonté des propriétaires (p.ex. art. 467 ss CC ou art. 712e al. 1 CC) ou de la loi (p. ex. art. 462 CC ou art. 646 al. 2 CC).

182. **Différents types de propriété collective.** Conformément au principe du *numerus clausus* des droits réels, il existe deux formes de propriété collective :

- la propriété commune (art. 652 ss CC ; ci-après chapitre 7) ; et
- la copropriété. Toutefois, cette dernière est à son tour subdivisée en deux catégories, à savoir la **copropriété ordinaire**

(art. 646 ss CC ; ci-après chapitre 5) et la (co)propriété par étages (art. 712a ss CC ; ci-après chapitre 6).

4.5. Protection

4.5.1. Système légal

183. **Florilège de moyens de protection.** Déjà dans la première disposition relative à la propriété (art. 641 al. 2 CC), le législateur prévoit une protection du droit de la propriété, respectivement du propriétaire, en lui permettant de revendiquer la chose « *contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation* ». Cette disposition s'applique à la **protection de droit privé du propriétaire**. En outre, pour les **choses mobilières**, le législateur prévoit d'autres moyens de protection du propriétaire, qui ont été évoqués ci-dessus, à savoir les **actions possessoires** (art. 926 à 929 CC ; point 3.1.6, ci-dessus) permettant de faire respecter la possession comme telle et les actions judiciaires découlant de la **présomption de la propriété** déduites de la possession (art. 930 à 936 CC ; 3.1.7). En **matière immobilière** on peut encore ajouter les art. 937 et 973 ss CC qui peuvent aboutir à la protection du propriétaire inscrit ou à inscrire au registre foncier. Enfin, le propriétaire foncier est aussi protégé par le droit de voisinage (art. 684 ss CC) en cas d'immissions causées par un voisin, voire par le droit de la responsabilité civile dans la mesure où les conditions y relatives sont réalisées (art. 679 CC, art. 41 ss CO, art. 58 CO, etc.). Cette protection de droit privé est complétée par la **garantie de la propriété**, comme droit fondamental constitutionnel (art. 26 Cst.), en particulier dans les relations entre le propriétaire et l'État. Par ailleurs, il convient de vérifier dans quelle mesure le droit de la protection de l'environnement, de l'aménagement du territoire ou de la protection des animaux, etc., peuvent être invoqués par un propriétaire pour se protéger contre des troubles causés par un tiers ou une autorité. Le choix entre l'une des voies de protection est souvent affaire d'opportunité liée à l'état de fait concret, à la réalisation des conditions d'application des diverses actions (notamment les conditions de temps et de procédure) ainsi qu'à la tactique adoptée (voir aussi STEINAUER droits réels I, nos 1414 ss et 1435). Cela peut limiter le champ d'application des actions tirées de l'art. 641 al. 2 CC.

184. **Actions tirées de l’art. 641 al. 2 CC.** Conformément au texte légal, le propriétaire peut soit revendiquer la chose contre quiconque la détient sans droit (action en revendication, ci-après 4.5.2), soit repousser toute usurpation (action négatoire, ci-après 4.5.3).

185. **Action en constatation de propriété.** Sans que cela ne soit expressément dit dans la disposition, il est admis que le propriétaire peut, dans des circonstances particulières, intenter une action en constatation de propriété (art. 88 CPC ; voir STEINAUER droits réels I, no 1399 ; SUTTER-SOMM, nos 74 ss). Cette action étant subsidiaire, le propriétaire doit faire valoir **un intérêt important et digne de protection** à la constatation immédiate de la situation de droit (ATF 135 III 378, cons. 2.2 ; pour un exposé sur les conditions générales liées aux actions de constatation de droit : TF 4A_464/2019, cons. 1). L’action en constatation de propriété peut permettre au demandeur d’intenter **dans un deuxième temps** l’action en revendication ou l’action négatoire (SUTTER-SOMM, no 74).

4.5.2. Action en revendication

186. **Condition matérielle.** Pour pouvoir faire valoir une action en revendication, le propriétaire doit avoir été **privé sans droit** de la chose. La privation de la chose est illicite, si le défendeur ne peut pas faire valoir de **droit préférable** à posséder la chose (p.ex. un contrat de bail ou un usufruit). En outre, la restitution de la chose ne doit pas être empêchée par une disposition légale, ayant notamment permis au **défendeur d’acquérir** à son tour **la propriété** de la chose (par prescription acquisitive ou par l’effet de la bonne foi ; art. 728, 933, 935, 973 CC, etc.).

187. **Questions formelles et de procédure.** Les points suivants peuvent être évoqués :

- L’action en revendication a un caractère **condamnatore** (art. 84 CPC), tendant à la restitution de la chose.
- La **qualité pour agir** appartient au propriétaire qui a été privé de la chose sans droit et la **qualité pour défendre** à celui qui possède la chose sans droit au moment de l’ouverture de l’action (TF 5A_583/2012, cons. 3.1.1).

- L'action en revendication est **imprescriptible**, sous réserve de l'acquisition de la propriété par un tiers en vertu de l'écoulement du temps.
- Le **for** est déterminé par les art. 29 et 30 CPC, selon qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'une chose mobilière.

4.5.3. Action négatoire

188. **Condition matérielle.** L'action négatoire permet au propriétaire de repousser toute « *usurpation* ». Le législateur fait preuve d'incohérence. En effet, à l'art. 926 al. 1 CC, le terme *usurpation* signifie une privation de la possession. À l'art. 641 al. 2 CC, il ne peut avoir la même signification, car alors il répèterait le contenu de l'action en revendication. En allemand, le législateur parle d'« *Einwirkung* » et en italien d'« *ingerenza* ». Ainsi, il aurait été plus judicieux d'utiliser le terme d'ingérence ou, comme à l'art. 926 al. 1 CC de **trouble** en français. C'est ce dernier terme que la doctrine a adopté. Afin qu'il soit retenu, le trouble doit répondre à un certain nombre de caractéristiques :

- Le trouble doit **limiter l'exercice du droit de la propriété** du demandeur, sans le priver totalement de la chose.
- Le trouble doit être **illicite**. Est illicite, tout trouble pour lequel le défendeur ne peut pas faire valoir un fait justificatif.
- Le trouble doit être **actuel** (il dure encore au moment de l'introduction de l'action) **ou imminent** (il risque sérieusement de se produire à brève échéance). En revanche, si le trouble est terminé et ne risque pas de se reproduire, il ne reste plus que la voie de l'action en dommages et intérêts (SUTTER-SOMM, no 73).
- La question de savoir si le trouble émanant de l'exploitation du fonds voisin peut être invoqué par le biais de l'art. 641 al. 2 CC ou si **le droit de voisinage** (art. 684 ss CC en relation avec l'art. 679 CC) constitue une *lex specialis* est délicate et controversée (dans ce sens, STEINAUER droits réels I, no 1426 ; plus nuancé ATF 131 III 505 = JdT 2006 I 27, cons. 5.3 s.).

189. **Questions formelles et de procédure.** Les points suivants peuvent être évoqués :

Partie II – Propriété

- L'action négatoire a un caractère **condamnatore** (art. 84 CPC), tendant à la suppression ou à la prévention du trouble, voire au rétablissement de l'état antérieur (TF 5A_732/2008, cons. 3.3.1).
- La **qualité pour agir** appartient au propriétaire qui, sans droit, a été troublé dans la maîtrise de la chose et la **qualité pour défendre** à celui qui cause directement le trouble, voire qui s'en accommode ou le favorise sans y avoir droit (TF 5A_353/2019, cons. 3.3).
- L'action négatoire est **imprescriptible** aussi longtemps que le trouble dure ou menace.
- Le **for** est déterminé par les art. 29 et 30 CPC, selon qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'une chose mobilière.

Chapitre 5 Copropriété ordinaire

190. **Contexte et plan.** Le droit de la copropriété ordinaire s'applique à un certain nombre de cas d'espèce, soit par le biais d'une disposition légale (p. ex. l'art. 200 al. 2 CC et l'art. 670 CC), soit par la volonté des parties. Selon nous, la plus grande partie des copropriétés ordinaires sont latentes et les parties concernées ne sont même pas conscientes de leur existence. C'est souvent le cas, lorsque des couples mariés ou vivant en partenariat enregistré ont acquis un objet sans qu'on puisse ultérieurement prouver qui l'a acheté et à quelle masse il appartient. De même, beaucoup de couples sont inscrits au registre foncier comme **copropriétaires pour moitié de leur logement**, sans que – dans la gestion quotidienne – ils s'organisent en copropriétaires et prennent des décisions selon les dispositions légales (p.ex. art. 647c à 647e CC). Néanmoins, il existe des situations, dans lesquelles les copropriétaires sont conscients de leur situation juridique et gèrent leur bien conformément au **peu d'instructions fournies par le législateur**. En effet, contrairement aux règles qu'il a établies pour la propriété par étages, le législateur ne s'occupe ni de la communauté (art. 712l à 712p CC concernant la propriété par étages), ni de l'administrateur de la copropriété ordinaire (art. 712q à 712r CC concernant la propriété par étages). L'aspect hétéroclite de la copropriété ordinaire (pouvant concerner aussi bien un crayon à papier qu'une usine) semble rendre difficile une réglementation aussi homogène que pour une copropriété spécialement aménagée exclusivement en lien avec des immeubles. Après une introduction concernant **l'objet et la structure** de la copropriété (5.1), nous allons – de manière classique – analyser sa **constitution** (5.2), ses **effets** (5.3) et son **extinction** (5.4). Un **large renvoi** à l'étude de la propriété par étages sera fait à la fin du chapitre (5.5), car il existe un bon nombre de dispositions de la copropriété ordinaire qui s'appliquent également à la propriété par étages. Vu l'enjeu économique de cette dernière, il paraît préférable de présenter les normes en question en relation avec la propriété par étages.

5.1. Notion, objet et structure

191. **Définition.** « *La copropriété est la forme de propriété collective qui n'exige pas l'existence d'une communauté antérieure entre les*

propriétaires collectifs et dans laquelle chaque titulaire a une part idéale de la chose ou de l'animal. » (STEINAUER droits réels I, no 1541).

192. **Éléments.** Les éléments suivants peuvent être tirés de la définition indiquée ci-dessus :

- La copropriété est une forme de **propriété**. À ce titre et dans les limites de la loi, elle confère aux copropriétaires la **maîtrise totale** de la chose en copropriété, y compris le droit d'en disposer (art. 641 al. 1 CC). En outre, les copropriétaires disposent des moyens de défense de la propriété (art. 641 al. 2 CC) ainsi que des moyens de défense possessoires (art. 926 ss CC).
- La copropriété **ne suppose pas l'existence d'une communauté antérieure**. En revanche, elle donne toujours lieu à une communauté des copropriétaires dont l'organisation est quasiment laissée à la libre appréciation des copropriétaires. Les art. 647 ss CC ne donnent que très peu d'indications, de telle sorte que des auteurs qualifient la législation de lacunaire dans ce contexte (voir notamment PERRUCHOU, nos 50 ss pour une étude approfondie).
- Les copropriétaires détiennent un droit de propriété unique dont ils sont tous titulaires. En revanche, ils détiennent individuellement une **quote-part** qui ne représente pas une partie matérielle de la chose, mais une part **idéale** de celle-ci. La quote-part exprime mathématiquement l'importance de la participation d'un copropriétaire aux droits et aux obligations.

193. **Objet.** La copropriété peut porter sur toute chose de droit privé au sens juridique du terme (voir ci-dessus 2.1.1). Elle peut être constituée sur une **chose mobilière ou sur un immeuble**, mais doit toujours être individualisée et ne peut donc pas porter sur un patrimoine (SUTTER-SOMM, no 149). La part de copropriété de cet immeuble représente alors elle-même un immeuble au sens juridique du terme (art. 655 al. 2 ch. 4 CC). Il n'existe pas de chose qui soit trop petite pour être détenue en copropriété (ni un crayon, ni une aiguille). La copropriété peut aussi porter sur **un animal** qui n'est pas considéré comme chose par le législateur (art. 641a al. 1 CC). Les règles applicables aux choses doivent, cependant, aussi trouver application pour un animal (art. 641a al. 2 CC), à moins que le législateur ne prévoie des normes spécifiques (notamment art. 651a CC). En règle générale, la copropriété concerne une chose indépendante. En

matière immobilière, le législateur prévoit toutefois expressément qu'un immeuble détenu en copropriété peut constituer **un immeuble dépendant au sens de l'art. 655a CC** (voir en particulier l'art. 655a al. 2 CC), avec quelques conséquences juridiques sur la gestion de la chose.

194. **Structure.** La copropriété est constituée par un droit de propriété unique exercé par plusieurs personnes (SUTTER-SOMM, no 149). Chaque propriétaire **exerce ce droit en concurrence avec les autres copropriétaires**. Il ne s'agit donc pas de différents droits de propriété partiels, mais d'un droit de propriété simultanément en mains de plusieurs personnes. La copropriété donne toujours lieu à **une communauté**. Il s'agit d'une sorte de société légale (STEINAUER droits réels, no 1543) qui prend naissance avec la copropriété et qui s'éteint avec celle-ci. Tant qu'une personne est copropriétaire, elle est toujours et nécessairement membre de la communauté. Le statut de membre de communauté ne peut se perdre qu'avec le droit de copropriété lui-même. Même en cas d'exclusion d'un copropriétaire (art. 649b CC), le statut de membre de la copropriété ne se perd pas avec le jugement, mais avec l'aliénation de la chose.

5.2. Constitution

195. **Plusieurs formes de constitution.** La copropriété ordinaire peut être constituée de diverses manières :

- La copropriété est constituée **par la loi**, notamment lorsque des époux (soumis au régime ordinaire ou à la séparation des biens) ou des partenaires enregistrés ne parviennent pas à prouver à qui appartient un bien qui a été acquis dans le passé (art. 200 al. 2 CC, art. 248 al. 2 CC et art. 19 LPart). En vertu de l'art. 670 CC, les démarcations communes délimitant des biens-fonds voisins sont détenues en copropriété, sauf preuve du contraire. Enfin, l'adjonction ou le mélange peut donner lieu à la constitution légale d'une copropriété (art. 727 CC).
- Une chose peut être attribuée en copropriété à plusieurs personnes **par un jugement ou par une décision d'une autorité**. Cela peut notamment intervenir dans le cadre d'une action en partage successoral ou dans les cas où un immeuble est attribué à plusieurs enchérisseurs (art. 59 ORFI).

- Le mode de constitution le plus fréquent est celui de l'**acte juridique entre plusieurs personnes**.

196. **Par acte juridique.** En règle générale, plusieurs personnes constituent une copropriété par un acte juridique, soit par voie contractuelle (cas le plus fréquent), soit par le biais d'un acte unilatéral du propriétaire individuel (voir notamment la constitution d'une propriété par étages, art. 712d al. 2 ch. 2 CC). Dans un tel cas, la constitution de la copropriété suppose :

- Un titre d'acquisition : il peut s'agir d'un contrat de vente, d'une donation ou d'un contrat de partage successoral. En fonction du bien concerné par la copropriété, le contrat est valable sans avoir à respecter une forme particulière (art. 11 CO ; chose mobilière) ou nécessite le respect de la forme authentique (immeuble) ;
- Une opération d'acquisition : il s'agit soit du transfert de la possession (chose mobilière), soit de l'inscription au registre foncier (immeuble) supposant elle-même une réquisition (acte de disposition) émanant du propriétaire inscrit (art. 963 al. 1 CC).

5.3. Effets

197. **Quelques exemples.** Les effets suivants peuvent notamment être évoqués lorsqu'on parle de copropriété ordinaire :

- La position des copropriétaires est exprimée par des **parts de copropriété** représentant le droit de chaque copropriétaire sur la chose en copropriété (STEINAUER droits réels I, nos 168 ss). Si rien de particulier n'a été convenu, ces parts sont **présumées égales** (art. 646 al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 733).
- Le législateur régit la **gestion** de la copropriété ordinaire aux **art. 646 ss CC**. Cela étant, les copropriétaires peuvent compléter, à l'unanimité, les normes légales avec un règlement d'utilisation et d'administration allant au-delà de la loi ou modifiant certaines solutions légales. L'**organisation** de la gestion de la copropriété ordinaire n'est réglée par le législateur que **de manière très ponctuelle**. Ainsi, lorsque l'objet de la copropriété revêt une certaine importance, il appartient aux copropriétaires de combler

les insuffisances législatives (voir à ce propos, PERRUCHOUD, nos 48 ss).

- Les copropriétaires participent aux **frais et charges** de la chose de manière proportionnelle à leurs parts de copropriété, à moins qu'ils n'en aient décidé autrement (art. 649 CC ; PERRUCHOUD, nos 228 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 762 ss ; SUTTER-SOMM, nos 214 ss).
- La copropriété ordinaire donne le droit à chaque copropriétaire **de jouir et d'user de la chose** dans une mesure compatible avec le droit des autres (art. 648 al. 1 CC). Néanmoins, les copropriétaires peuvent s'organiser différemment, notamment par le biais d'un règlement (art. 647 al. 1 CC), pouvant attribuer à certains d'entre eux des droits d'usages particuliers sur des parties de l'objet (p.ex. place de parc dans un garage).
- Chaque copropriétaire peut **veiller aux intérêts communs** (art. 648 al. 1 CC). Le copropriétaire peut donc faire valoir individuellement certains moyens de protection de la propriété (p.ex. art. 641 al. 2 ou art. 679 CC), surtout lorsqu'il s'agit de prétentions indivisibles (STEINAUER droits réels I, nos 1762 ss). À cela, il faut ajouter les prérogatives découlant de l'art. 647 al. 2 CC permettant à chaque propriétaire de s'adresser au juge, respectivement d'agir tout seul afin de protéger l'objet de la copropriété contre une perte de valeur.
- Les copropriétaires peuvent en principe **librement disposer de leur part** de copropriété (art. 646 al. 3 CC). Ils peuvent donc en tout temps l'aliéner, sous réserve de restrictions légales et conventionnelles (voir notamment le droit de préemption légal, selon l'art. 682 CC, ou le lien de dépendance, qui lie un immeuble pouvant être détenu en copropriété ordinaire à des immeubles principaux selon l'art. 655a CC et qui crée, de ce fait, un lien entre les deux objets ; voir aussi art. 201 al. 2 CC ; SUTTER-SOMM, no 172). Le copropriétaire peut également constituer des droits réels limités sur sa part de copropriété (notamment un droit de gage, art. 646 al. 3 CC) dans la mesure où la part de copropriété, de par sa nature, se prête au droit réel limité en question (ce n'est pas toujours le cas, notamment pour une servitude de passage ou pour une restriction de construction ; SUTTER-SOMM, no 178). Lorsque les copropriétaires veulent **disposer de la chose** elle-

même, il leur faut, en règle générale, **une convention unanime** (art. 648 al. 2 CC).

5.4. Extinction

198. **Distinctions.** Habituellement on distingue l'extinction relative de la copropriété de son extinction absolue. **L'extinction relative touche l'un des membres** de la copropriété qui perd cette qualité (aliénation, renonciation ou réalisation forcée de la part, voire exclusion de ce copropriétaire en vertu de l'art. 649b CC ; voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 781 ; STEINAUER droits réels I, nos 1611 ss ; PERRUCHOUD, nos 393 ss). **L'extinction absolue met fin à la communauté** de copropriété en tant que telle (PERRUCHOUD, no 398). Elle concerne donc tous les copropriétaires et intervient de diverses manières : extinction par acte juridique, réunion de toutes les parts en une main, réalisation forcée de la chose ou action en partage. Nous n'analyserons que les modes d'extinction absolue propre à la copropriété ordinaire, en renvoyant, pour le reste, à l'étude de la propriété par étages (voir ci-après 6.4).

199. Diverses formes d'extinction propres à la copropriété ordinaire :

- **Réunion de toutes les parts en une main** : Contrairement à la propriété par étages où la réunion de toutes les parts d'étages en main d'une seule personne fait subsister la propriété collective, en matière de copropriété ordinaire elle met, en règle générale, fin de plein droit à la propriété collective (PERRUCHOUD, no 399 ; SCHMID-HÜRLIMANN-KAUP, no 782 ; STEINAUER droits réels I, nos 1637 s. ; SUTTER-SOMM, no 247).
- **Action tendant au partage** : L'action tendant au partage permet à chaque copropriétaire d'exiger le partage, respectivement la dissolution de la copropriété ordinaire. Il s'agit d'un droit qui peut être exercé sans indiquer de motifs et qui intervient par une simple déclaration de volonté sujette à réception (SUTTER-SOMM, no 253). L'action peut toutefois être limitée par convention (au besoin annotée) des copropriétaires ordinaires (art. 650 al. 2 CC ; exclusion du partage pour, au maximum, 50 ans ; SUTTER-SOMM, nos 276 ss), par une affectation durable, respectivement par la

soumission d'un immeuble à un autre (art. 650 al. 1 CC respectivement copropriété dépendante, art. 655a al. 2 CC ; SUTTER-SOMM, nos 273 ss) et ne peut pas être exercée en temps inopportun (art. 650 al. 3 CC). L'action tendant au partage est **constatatoire** en ce qu'elle confirme le droit du demandeur d'obtenir un partage (art. 88 CPC) et son for est celui des art. 29 al. 2 et 30 CPC (STEINAUER droits réels I, no 1661).

· **Mode de partage** : Les copropriétaires peuvent choisir librement le mode de partage de la chose (l'art. 651 al. 1 CC ne fournit que quelques pistes ; SCHMID/HÜRLIMANN/KAUP, no 788 ; STEINAUER droits réels I, no 1662 ; SUTTER-SOMM, nos 256 s.). Si les copropriétaires ne s'entendent pas sur le mode de partage, chacun d'entre eux peut **intenter une action en partage** selon les modalités de l'art. 651 al. 2 et 3 CC, voire selon les modalités de l'art. 651a CC s'il s'agit d'un animal vivant en milieu domestique (application des critères appliqués en matière de protection des animaux, pour le « *bien de l'animal* » ; voir STEINAUER droits réels I, nos 1676 ss ; SUTTER-SOMM, nos 285 ss). Sont réservés les entreprises et les immeubles agricoles, pour lesquels la LDFR s'applique (art. 654a CC).

5.5. Renvoi

200. **Renvoi général à la propriété par étages.** L'étude de la copropriété ordinaire comporte encore un grand nombre de sujets qu'il convient de traiter et d'analyser. Ainsi, divers points doivent encore être exposés. Les droits et les obligations des copropriétaires, le fonctionnement de la communauté, la réglementation liée à la copropriété ordinaire ainsi que les droits et les obligations de la communauté en font partie. Toutefois, le présent abrégé n'a pas pour objectif de fournir au lecteur un ouvrage doctrinal répondant à toutes les questions pouvant se poser dans ce contexte. En outre, dans la mesure où la propriété par étages ne constituant qu'une forme de copropriété spécialement aménagée, beaucoup de normes de la copropriété ordinaire seront étudiées dans l'exposé relatif à la propriété par étages (voir notamment ci-après 6.3). Souvent, nous obligeant souvent à procéder à de lourdes répétitions. C'est la raison pour laquelle les lectrices et les lecteurs se reporteront à ces exposés et les transposeront, *mutatis mutandis*, au droit de la copropriété ordinaire. Cette

Partie II – Propriété

manière de faire se justifie d'autant plus que la copropriété ordinaire peut aussi bien porter sur un crayon, sur un bateau de plaisance ou sur une centrale nucléaire. **L'importance économique de la propriété par étages** justifie de consacrer une analyse plus approfondie des normes en question.

Chapitre 6 Propriété par étages (PPE)

201. **Contexte et plan.** La propriété par étages ne fait pas l'objet d'une étude statistique globale et approfondie. Selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique, on sait toutefois qu'à la fin de l'année 2016, 442'042 logements principaux, habités par leur propriétaire, étaient en propriété par étages. Si les appartements en propriété par étages loués à des tiers, les appartements secondaires, les locaux commerciaux en propriété par étages, les bureaux, etc. sont ajoutés, **plus d'un million de parts d'étages** existent, selon les estimations (voir notamment WERMELINGER ZK, no 14 ad Vorbemerkungen zu den Art. 712a-712t). Ces chiffres font état d'un développement impressionnant, lorsqu'on sait que les art. 712a ss CC ne sont entrés en vigueur que le 1^{er} janvier 1965. En un peu plus de 50 ans, la propriété par étages est donc devenue un **acteur incontournable de notre économie immobilière**. Compte tenu de l'évolution en matière d'aménagement du territoire (notamment au sujet de la nécessité d'une densification du milieu bâti, tels que l'attestent en particulier les art. 1 al. 2 let. b et 3 al. 3 let. a^{bis} LAT, entrés en vigueur le 1^{er} mai 2014), tout porte à croire que son expansion n'est pas encore terminée. Cela étant, la crise immobilière des années 2008 et suivantes a apporté un petit coup de frein à ce phénomène, dès lors que les exigences pour accéder à la propriété foncière ont été renforcées. Le présent chapitre commence avec une **introduction** (6.1) pour se consacrer ensuite à la **constitution** (6.2), aux **effets** (6.3) et à l'**extinction** (6.4) de la propriété par étages.

6.1. Introduction

202. **Définition.** La propriété par étages est une copropriété de type particulier, constituée sur un bien-fonds ou un droit de superficie distinct et permanent (art. 712d al. 2 ch. 2 CC ; ci-dessous 6.1.1), pour laquelle les prérogatives du propriétaire d'étages (art. 712a CC ; ci-dessous 6.1.2 et 6.1.3) et l'aspect corporatif (art. 712l ss CC ; ci-dessous 6.1.4) ont été spécialement aménagés par le législateur.

203. **Copropriété de type particulier.** Les principales différences entre la copropriété ordinaire et la propriété par étages sont les suivantes :

- La copropriété ordinaire est régie par les art. 646 ss CC, alors que la propriété par étages l'est par les art. 712a ss CC. Vu la structure de la loi, **les art. 646 ss CC s'appliquent toutefois également à la propriété par étages** dans tous les domaines où le législateur n'a pas prévu de disposition spéciale.
- La propriété par étages ne peut porter que sur un certain type d'immeubles, alors que la copropriété peut concerner toute chose.
- L'art. 712a CC confère de plein droit un **droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement certaines parties délimitées d'un bâtiment** au propriétaire d'étages. Contrairement à la copropriété ordinaire, la propriété par étages délimite donc l'objet du droit en plusieurs unités distinctes.
- La copropriété sur un immeuble offre un **droit de préemption légal** aux copropriétaires (art. 682 CC), alors que les propriétaires d'étages doivent constituer un tel droit dans l'acte constitutif ou par une convention ultérieure (art. 712c CC).
- Les art. 712l ss CC **règlent** de façon détaillée **l'organisation de la propriété par étages** alors que pour la copropriété ordinaire, les normes légales liées à son organisation sont très succinctes (PERRUCHOU, nos 50 ss).
- En vertu de l'art. 23 al. 1 lit. a, respectivement al. 2 ORF, le registre foncier ouvre un feuillet pour les parts de copropriété ordinaire que dans des situations particulières. En revanche, pour les parts d'étages, **l'ouverture d'un feuillet est obligatoire** (voir art. 23 al. 1 lit. b ORF ; ATF 126 III 462 = JdT 2001 I 178, cons. 2.a ; pour plus de détails, voir aussi FASEL, nos 9 ss ad art. 23 ORF).

6.1.1. Immeuble de base

204. **Structure.** La propriété par étages porte toujours sur un immeuble, soit sous forme de bien-fonds, soit sous forme de droit de superficie distinct et permanent. À cet immeuble (nommé immeuble de base) s'ajoutent au moins deux **parts d'étages**, afin qu'on puisse parler de propriété collective. Conformément à l'art. 655 al. 2 ch. 4 CC, ces parts d'étages

constituent à leur tour des immeubles. Cela signifie que **deux niveaux d'immeubles au moins existent** en cas de propriété par étages. Lorsque la propriété par étages porte sur un droit distinct et permanent (art. 655 al. 2 ch. 2 CC), on est même en présence de trois niveaux d'immeubles. Si, dans un tel cas, la part d'étage est encore détenue en copropriété ordinaire par un couple, un quatrième niveau d'immeuble est ajouté. Ce petit jeu illustre la **grande complexité** de la propriété par étages.

6.1.2. Matérialité des prérogatives

205. **Délimitation physique du droit exclusif.** Comme les autres formes de propriété collective, la propriété par étages ne subdivise pas la chose en plusieurs entités distinctes soumises à la propriété individuelle des divers membres de la communauté. Cela étant, le législateur introduit une matérialité dans le **droit exclusif**, lorsqu'il le rapporte à **des parties déterminées du bâtiment** (art. 712a al. 1 *in fine* CC). Ce n'est donc pas l'objet de la propriété qui est subdivisée, mais l'exercice du droit exclusif (voir ci-après 6.1.3 et 6.3.1). La propriété par étages se distingue dès lors aussi bien de la copropriété ordinaire, où l'introduction d'un **droit d'usage particulier** doit être prévue par les parties (art. 647 al. 1^{bis} CC), que de la propriété commune.

6.1.3 Droit commun et droit exclusif

206. **Délimitation de deux sphères de compétences.** Le législateur a constitué deux types d'éléments matériels pour l'immeuble en propriété par étages : les parties exclusives et les parties communes. Sur les **parties exclusives**, chaque propriétaire d'étages peut exercer un droit exclusif. En revanche, les **parties communes** sont, en principe, gérées par la communauté des propriétaires d'étages (droit commun). La subdivision en parties communes et en parties exclusives est **exhaustive**. Il n'existe pas de troisième catégorie de biens. Même si une partie commune doit être grevée d'un droit d'usage particulier (art. 712g al. 4 CC), elle reste commune (TF 5A_116/2011, cons. 5).

207. **Parties exclusives.** Selon l'art. 712b al. 1 CC, les parties exclusives doivent répondre aux exigences légales suivantes : elles doivent au moins comporter un local fermé, constituer un tout indépendant et être dotées

d'un accès propre. Le **local fermé** est une réalité matérielle tridimensionnelle qui peut être fermée de toutes parts aux moyens de murs, respectivement d'un plancher et d'un plafond (WIRZ, p. 45). Les matériaux utilisés pour construire le local sont secondaires tout, comme les moyens utilisés pour en assurer la fermeture. Il peut s'agir de portes, de murs, de vitres, de métaux ou de matériaux synthétiques (MEIER-HAYOZ/REY, no 48 ad art. 712b). Le local soumis au droit exclusif doit constituer un tout indépendant. Cela signifie qu'il doit avoir un certain **degré d'autonomie économique** (MEYER-HAYOZ/REY, no 46 ad art. 712b). Par ce biais, le législateur veut éviter que des unités manquant de l'indépendance nécessaire puissent créer des problèmes entre les propriétaires d'étages. En outre, il s'agit d'éviter une trop grande atomisation de la propriété par étages (HAAS NICOLA, no 255). L'art. 712b al. 1 CC exige un **accès propre** pour toute unité d'étage. Cette exigence ne fait que préciser celle de l'indépendance. L'accès propre est un accès direct sur une partie commune ou sur l'extérieur. **L'énumération** suivante ne constitue qu'une énumération exemplaire et alphabétique des parties exclusives les plus courantes, sans tenir compte de leur emplacement dans l'immeuble ou de leur importance concrète pour l'unité d'étage (pour plus d'informations voir MEIER-HAYOZ/REY, nos 68 ss ad art. 712b ; WERMELINGER ZK, nos 56 ss ad art. 712b) :

- l'appartement ;
- le balcon, la loggia et la véranda (uniquement la partie intérieure ; controversé, car certains auteurs les considèrent comme impérativement communs) ;
- la cave ;
- le chauffage individuel (concernant sa partie située dans l'unité d'étage) ;
- les conduites (depuis l'endroit où elles ne concernent plus que l'unité d'étage) ;
- les fenêtres (controversé ; voir LGVE 2011 I, no 10, cons. 2.2.1 ; MEIER-HAYOZ/REY, no 24 ad art. 712b) ;
- le grenier ;
- le local commercial ;
- les murs de séparation intérieurs non porteurs ;

- les portes intérieures ;
- etc.

208. **Parties communes en général.** L'art. 712b al. 2 CC désigne les éléments matériels de la propriété par étages qui sont **obligatoirement communs** et ne peuvent être soustraits à la maîtrise de la communauté des propriétaires d'étages (TF 5C.183/2005, cons. 3.1.2). Toute convention contraire est nulle et le conservateur du registre foncier doit rejeter une requête qui ne respecte pas la classification légale impérative. Par ce biais, le législateur tend à éviter qu'un membre de la communauté de la propriété par étages n'acquière une position dominante par rapport aux autres membres et qu'il puisse, par la maîtrise d'une partie importante de la propriété par étages, abuser de sa position. En outre, les propriétaires d'étages **peuvent convenir** de rendre communes des parties exclusives du bâtiment (art. 712b al. 3 CC ; p.ex. l'appartement du concierge). Le législateur distingue quatre catégories de parties obligatoirement communes.

209. **Bien-fonds.** L'immeuble de base est toujours commun. Son étendue géographique et juridique est régie par l'immatriculation au registre foncier ainsi que par les règles générales de la propriété foncière (art. 642 et 667 CC). Tout ce qui est rattaché au sol et qui ne constitue pas un local est impérativement commun. Il s'agit en particulier des plantes, des constructions (place de jeu, terrasse, piscine, murs ou haies, places de parc, chemins, cour intérieure, etc.) et du terrain naturel (THURNHERR, no 66). Dès lors qu'il est immatriculé au registre foncier, **le droit de superficie** remplit les mêmes fonctions qu'un bien-fonds.

210. **Parties importantes du bâtiment.** Conformément à l'art. 712b al. 2 ch. 2 CC, les parties importantes pour l'existence, la disposition et la solidité du bâtiment ou des locaux d'autres propriétaires d'étages sont impérativement communes. Il s'agit notamment des parties communes suivantes : les fondations, les matériaux d'isolation du bâtiment, les murs porteurs, les dalles de plafond et de sol (gros œuvre) ou le toit.

211. **Esthétique.** La loi vise à préserver une certaine unité esthétique du bâtiment (MEIER-HAYOZ/REY, no 19 ad art. 712b). Est donc impérativement commune toute partie du bâtiment ayant une influence importante sur celle-ci. Il s'agit notamment des parties extérieures du

balcon, de la véranda ou de la loggia, la façade, les murs extérieurs, la terrasse sur un toit ou la porte d'entrée du bâtiment.

212. **Ouvrages et installations communs.** L'art. 712b al. 2 ch. 3 CC précise que les « *ouvrages et installations qui servent aussi aux autres propriétaires d'étages pour l'usage de leurs locaux* » sont obligatoirement communs. Pour cela, il n'est pas nécessaire que l'installation serve à l'ensemble des propriétaires d'étages (voir WERMELINGER ZK, no 150 ad art. 712b). Une buanderie, par hypothèse inutile aux surfaces commerciales d'une propriété par étages mixte, n'en conserve pas moins son caractère commun pour les appartements. Tel est également le cas de l'abri de protection, de l'aération, de l'ascenseur, de la buanderie, du hall d'entrée, de la cage d'escalier, des conduites, des locaux de dépôt, des locaux techniques, etc.

6.1.4. Communauté des propriétaires d'étages

213. **Notion et nécessité.** La communauté des propriétaires d'étages est un élément corporatif légal de la propriété par étages qui regroupe tous les propriétaires d'étages et qui a pour fonction de gérer l'immeuble, dans la mesure où cette gestion relève de la sphère commune des propriétaires d'étages (voir STEINAUER droits réels I, no 1833). Une propriété par étages n'existe jamais sans une communauté correspondante. Il s'agit dès lors d'un **élément corporatif légal et impératif** de la propriété par étages. Elle ne suppose pas d'acte constitutif indépendant. Comme élément légal de la propriété par étages, elle dure aussi longtemps que la propriété par étages (MARTIN SOPHIE, § 121 parle « *d'association légale* »). Lorsque la propriété par étages est constituée avant l'achèvement du bâtiment (art. 69 ORF), la communauté prend naissance dès son inscription au registre foncier, même si les parties exclusives et les parties communes n'existent pas encore. Lorsque la propriété par étages est constituée par déclaration unilatérale du propriétaire d'un bien-fonds ou du bénéficiaire d'un droit de superficie, celui-ci est seul propriétaire d'étages avant l'aliénation de la première part d'étage. Néanmoins, la communauté des propriétaires d'étages naît avec l'inscription au registre foncier, même si elle mène une existence « *virtuelle* » dans un premier temps. Cette situation juridique liée à la nécessité d'une communauté révèle un sujet qui n'est pas anodin. En effet, la majorité des propriétaires d'étages acquiert une part d'étage (notamment un appartement) pour en jouir au quotidien. Or, avec le système légal prévu par le législateur, ils se voient pris de manière

impérative dans une gestion collective, qu'ils n'avaient peut-être pas en vue : ils deviennent **obligatoirement membres d'une communauté** qui a des **prestations positives à fournir dans le cadre de la gestion de l'immeuble** en propriété par étages.

214. **Statut et fonction.** La loi dote la communauté des propriétaires d'étages d'une certaine **autonomie juridique**. Cette autonomie est **restreinte** dans la mesure où elle n'existe que pour les questions relevant de la gestion de la sphère commune de l'immeuble et ne confère **pas la personnalité juridique** à la communauté des propriétaires d'étages (ATF 125 II 348 = RNRF 81/2000 p. 262). Ainsi, la communauté des propriétaires d'étages n'a pas l'exercice des droits civils s'agissant des acquisitions et de toutes les questions qui dépassent la gestion de la sphère commune de l'immeuble (voir en particulier RNRF 82/2001 p. 50 = Pra. 2000 p. 360, cons. 3.b.bb). Sa fonction réside et s'épuise donc dans la **gestion du bien commun**, en particulier des parties communes.

215. **Capacités juridiques et judiciaires.** Avec cette autonomie, l'art. 712l CC confère à la communauté une capacité restreinte pour l'acquisition de droits et d'obligations (al. 1) et un droit en cas de procédure judiciaire (al. 2). Cette autonomie juridique est restreinte dans la mesure où elle n'existe que pour les questions **relevant de la gestion de la sphère commune de l'immeuble**. Dans ce cadre, la communauté a la capacité d'ester en justice et d'être appelée en cause dans une procédure judiciaire.

6.2. Constitution

216. **Généralités.** La propriété par étages porte nécessairement sur une **réalité matérielle** (selon l'art. 712b CC, elle est composée de locaux, d'ouvrages et d'installations). Sans que le législateur ne le mentionne dans le Code civil, le Conseil fédéral a implicitement autorisé la constitution d'une propriété par étages **avant la construction du bâtiment** (art. 69 ORF). Cela a de grands avantages pratiques, notamment de permettre « *la vente sur plans* » et l'intégration de l'acquéreur dans la phase de construction. Pour l'investisseur, cela permet de faire participer les propriétaires d'étages directement au financement de la construction. Ce mode de constitution, devenu de loin le plus fréquent, pose toutefois des problèmes importants et fait courir des risques aux acquéreurs, raison

pour laquelle **ses bases légales doivent être renforcées**. Ainsi, durant la construction, l'inscription au registre foncier et la réalité sur le terrain divergent. Dans un projet réalisé par étapes, cet « *interrègne* » peut durer des années, voire des décennies, ce qui nuit au contenu du registre foncier.

217. **Inscription constitutive au registre foncier.** En vertu de l'art. 712d al. 1 CC, la propriété par étages est **constituée par une inscription au registre foncier**. En règle générale, l'inscription produit donc un effet constitutif. Cette inscription est toutefois nécessairement précédée par un certain nombre d'opérations analysées ci-dessous.

6.2.1. Titre d'acquisition : acte constitutif

218. **Acte constitutif.** L'inscription de la propriété par étages suppose un titre d'acquisition (voir art. 965 al. 3 CC) contenant notamment la déclaration de volonté du ou des propriétaire(s) et indiquant son (leur) intention de constituer une propriété par étages. Ce titre d'acquisition est également appelé acte constitutif (voir le libellé des art. 712c et 712e CC). Il peut prendre la forme d'un **contrat constitutif** adopté par les propriétaires d'étages, d'une **déclaration unilatérale** du propriétaire de l'immeuble constitué en propriété par étages ou d'une disposition pour cause de mort, respectivement d'un contrat de partage successoral.

219. **Contrat constitutif.** Le contrat constitutif peut être bilatéral ou multilatéral. Toutes les parties réunies par le contrat constitutif indiquent, par leur participation, être d'accord avec le contenu du contrat conclu. Bien que prévu par l'art. 712d al. 2 ch. 1 CC comme forme principale d'acte constitutif, il est toutefois **très rare en pratique**.

220. **Déclaration unilatérale.** La propriété par étages est régulièrement constituée suite à la déclaration unilatérale d'un promoteur devenu propriétaire du terrain ou ayant acquis le droit de superficie nécessaire et façonnant la propriété par étages selon les besoins de sa commercialisation. Vu qu'il peut décider seul de la structure de la future propriété par étages, ce promoteur dispose d'une **grande marge de manœuvre**. En pratique, il s'agit du **mode de constitution le plus fréquent** pour la propriété par étages. Comme son nom l'indique, la déclaration du propriétaire est une manifestation de volonté unilatérale. Pour valoir acte constitutif, elle doit

être formulée par un propriétaire pouvant valablement disposer de son immeuble.

6.2.2. Forme et contenu de l'acte constitutif

221. **Forme légale.** L'art. 712d al. 3 CC impose la **forme authentique** lorsque la constitution intervient par contrat constitutif ou par déclaration unilatérale. En revanche, le **droit successoral** dicte la forme de l'acte constitutif lorsque la constitution intervient par testament (art. 498 ss CC) ou par acte de partage successoral (art. 634 CC).

222. **Contenu obligatoire et contenu facultatif.** Le contenu du contrat constitutif est notamment régi par l'art. 712e al. 1 CC, selon lequel la **délimitation des parts d'étages et les quotes-parts** doit y être indiquée. Ce sont là deux éléments légaux obligatoires et essentiels du contrat constitutif. Le contrat constitutif doit aussi comprendre la **désignation de l'immeuble** de base constitué en propriété par étages. Il comprend, en outre, la **désignation des parts d'étages** (numéros d'immeuble). Cela suppose une prise de contact antérieure entre les parties au contrat et le registre foncier. Ce contact est, en principe, assuré par la personne qui instrumente l'acte authentique. La subdivision des unités d'étages se retrouve, en règle générale, dans un descriptif (formulé comme suit : « Immeuble no 367-8 avec une quote-part de 125/1000 : appartement 3 pièces no 21 au 2^e étage, avec cave no 7 au sous-sol »). Cette description renvoie généralement (mais pas obligatoirement) au **plan de répartition** (voir art. 68 ORF). Ensuite, le contrat constitutif doit comporter la **déclaration de volonté** selon laquelle une propriété par étages doit être constituée. Si les propriétaires d'étages envisagent simultanément la constitution de droits réels limités grevant l'immeuble de base, il peut être utile de les intégrer dans l'acte constitutif. Au pied de l'acte constitutif, les parties énoncent une à une toutes les réquisitions adressées au conservateur du registre foncier (art. 47 al. 2 ORF). Le contrat constitutif peut être accompagné de documents annexes adoptés par les propriétaires d'étages tels que le règlement d'administration et d'utilisation ou la formule de calcul des quotes-parts (pour de plus amples informations, voir notamment WERMELINGER ZK, nos 57 ss ad art. 712d).

6.2.3. Plan de répartition

223. **Nature juridique et fonction.** Le plan de répartition est une **représentation graphique et géométrique** de la répartition des locaux au sein de la propriété par étages (FASEL, no 4 ad art. 68 ORF). Le plan de répartition comprend, en règle générale, plusieurs documents (p. ex. un plan par niveau du bâtiment). Selon la doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral, le plan de répartition **est dépourvu de portée juridique, technique ou cadastrale** (MEIER-HAYOZ/REY, no 55 ad art. 712d ; ATF 132 III 9 = rés. JdT 2006 I 256, cons. 3.2.2). L'acquéreur d'une part d'étage n'est pas protégé dans sa croyance à l'exactitude figurant sur le plan (STEINAUER droits réels I, no 1595 ; TF non publié 5A_851/2010, cons. 4.1). Toutefois, le plan de répartition peut servir d'instrument aidant à **interpréter un acte constitutif** qui serait formulé de façon peu claire (ATF 132 III 9 = rés. JdT 2006 I 256, cons. 3.3). Conformément à l'art. 712e al. 1 CC ainsi qu'à l'art. 68 ORF, les propriétaires d'étages peuvent se contenter de ne désigner que les unités d'étages (p.ex. par coloration des unités d'étages). À l'intérieur d'une unité d'étage, il suffit de distinguer les parties exclusives d'éventuelles parties communes qui se situeraient dans l'unité d'étage (p. ex. murs porteurs, conduite centrale). Lorsque le bâtiment est déjà construit, le plan de répartition en constate la dimension, la situation et la forme. Il s'agit donc de la représentation graphique d'un bâtiment existant. Il est joint librement à l'acte constitutif. Dans certaines circonstances, sa production peut être exigée par le conservateur du registre foncier (art. 68 al. 2 ORF). En vertu de l'**art. 69 ORF**, une propriété par étages peut être constituée avant l'achèvement du bâtiment. Une telle constitution entraîne l'**obligation de produire un plan de répartition**. Par la force des choses, il s'agit cependant du plan relatif à un projet, le bâtiment n'étant pas achevé, ni même peut-être commencé (en cas de vente de parts d'étages sur plan). L'art. 69 al. 3 ORF prévoit que le plan de répartition doit éventuellement être rectifié à la fin des travaux.

6.2.4. Opération d'acquisition

224. **Acte de disposition.** L'acte de disposition est constitué par la **réquisition de l'inscription** de la propriété par étages au registre foncier (voir STEINAUER droits réels I, nos 139 ss). La réquisition d'inscription doit être adressée au registre foncier du lieu de situation de l'immeuble. Il s'agit d'une **manifestation de volonté** émanant du ou des constituants,

selon laquelle la propriété par étages doit être constituée en conformité avec l'acte constitutif. Le(s) requérant(s) doi(ven)t avoir le **pouvoir de disposer** relatif à l'inscription requise. Dans la pratique, la réquisition est régulièrement rédigée et adressée au registre foncier par l'officier ayant instrumenté l'acte authentique. Le(s) requérant(s) doi(ven)t alors produire un **titre d'acquisition valable** (voir aussi l'art. 965 al. 3 CC) et se légitimer (art. 965 al. 1 et 2 CC), ce qui signifie qu'ils doivent prouver son (leur) identité, sa (leur) qualité pour requérir et sa (leur) capacité civile (voir art. 83 ss ORF).

225. **Acte matériel.** L'opération d'acquisition se termine par l'inscription de la propriété par étages au registre foncier. L'inscription au grand livre doit intervenir selon les principes énoncés aux art. 89 ss ORF. Avant d'inscrire la propriété par étages, le conservateur du registre foncier doit notamment vérifier si les exigences légales de l'art. 712b CC sont respectées par l'acte constitutif. Si aucun plan de répartition n'est joint à l'acte constitutif et que la description n'est pas claire et précise, le conservateur du registre foncier exige la production d'un plan de répartition signé par tous les propriétaires d'étages et, cas échéant, la production d'une attestation cantonale officielle (art. 68 ORF). Lorsque la constitution de la propriété par étages a lieu avant la construction du bâtiment, il exige d'office la production d'un plan de répartition (art. 69 al. 1 ORF). En revanche, le conservateur du registre foncier n'a pas l'obligation (mais a le droit) de vérifier la conformité du règlement d'administration et d'utilisation avec les exigences légales.

6.3. Effets

226. **Principes liés à la gestion de la propriété par étages.** Une fois constituée, la propriété par étages doit être gérée. Là aussi, il convient de respecter les sphères de compétences des uns et des autres. En principe, le propriétaire d'étages est seul maître de la gestion de sa part d'étage alors que la gestion de l'immeuble de base et des parties communes est du ressort de la communauté. Il convient dès lors d'analyser, ci-dessous, le contenu du droit exclusif (6.3.1) avant de se consacrer à la communauté des propriétaires d'étages. Les sujets suivants sont présentés en lien avec la communauté des propriétaires d'étages : son organisation (6.3.2), sa réglementation (6.3.3), ses actes d'administration (6.3.4), les travaux de

construction (6.3.5), la répartition des frais et charges communs (6.3.6), la prise de décision (6.3.7) et la contestation de celle-ci (6.3.8).

6.3.1. Droit exclusif

227. **Notion.** Le droit exclusif est **un élément légal et nécessaire** de la propriété par étages. Il n'existe pas de propriété par étages, ni même de part d'étage, sans droit exclusif. Ce dernier est, en quelque sorte, un **attribut de la part d'étage** (STEINAUER droits réels I, no 1553). Si l'acte constitutif d'une propriété par étages prévoit une part d'étage démunie de tout droit exclusif, le conservateur du registre foncier est dans l'obligation de rejeter la réquisition de constitution de la propriété par étages. En effet, une telle propriété par étages contrevient au principe de la limitation des types de droits réels (fixation des types ; ci-dessous 1.3.1). Le droit exclusif est **clairement délimité dans l'espace** (art. 68 al. 1 ORF). Le droit exclusif est indissociable de la part d'étage (ATF 116 II 275/278 = JdT 1993 I 189). Il s'agit d'un droit dépendant qui n'a pas d'existence propre et qui ne peut être aliéné sans la part d'étage. Le droit exclusif n'est, de ce fait, **ni un droit de propriété** (voir, entre autres, SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1011), ni une servitude, **ni un quelconque droit réel limité** « *sui generis* ». En revanche, il n'est pas faux d'affirmer que le droit exclusif est une prérogative clé du propriétaire d'étages qui lui confère une position, en ce qui concerne ses parties exclusives, proche de celle d'un véritable propriétaire.

228. **Contenu.** Comme son nom et l'art. 712a CC l'indiquent, le droit exclusif est une prérogative qui permet au propriétaire d'étages d'exclure tout autre propriétaire d'étages ou tout tiers de **l'utilisation, de l'aménagement intérieur et de l'administration** de son unité d'étage.

229. **Utilisation.** Tout acte matériel par lequel un propriétaire d'étages se sert de ses parties exclusives est considéré comme un acte d'utilisation. Sont de tels actes d'utilisation : le fait d'habiter dans des locaux d'habitation, d'exploiter un commerce, de fabriquer un produit dans une usine, etc. Le **principe de la liberté d'utilisation** est applicable à la propriété par étages comme à la propriété au sens large. Ainsi, le propriétaire pourra utiliser ses parties exclusives comme bon lui semble. Cette liberté d'utilisation est présumée. Elle peut toutefois être restreinte par des dispositions légales ou conventionnelles (ATF 144 III 19,

cons. 4.1 ; TF non publié 5A_79/2017, cons. 5.2.1). La liberté d'utilisation existe d'abord dans l'espace géographique. Chaque propriétaire d'étages peut utiliser l'ensemble de ses parties exclusives, qu'elles soient principales ou annexes (au sens de l'art. 712b al. 1 CC), qu'elles soient visibles (p. ex. les fenêtres) ou non de l'extérieur. La liberté s'exprime aussi dans la dimension temporelle : le propriétaire d'étages est en principe libre d'utiliser son unité à n'importe quel moment du jour ou de l'année.

230. **Aménagement intérieur.** Le droit d'aménagement intérieur, tel qu'il est accordé aux propriétaires d'étages par l'art. 712a al. 1 CC, concerne les parties exclusives. Les parties communes sont, quant à elles, soumises à un régime particulier (art. 647c à e CC). Si une partie commune se situe à l'intérieur d'une unité d'étage (p. ex. un mur porteur), le droit d'aménagement intérieur ne s'étend pas à celle-ci (sous réserve d'un aménagement purement optique, sans déplacement ou détérioration de la partie commune ; p. ex. un changement de tapisserie du mur porteur intérieur). Le droit d'aménagement intérieur est, comme son nom l'indique, un droit qui concerne les parties « *intérieures* » de la part d'étage. Il existe des parties exclusives visibles depuis l'extérieur (p. ex. les fenêtres, la partie intérieure d'un balcon ou d'une loggia). Le droit d'aménagement intérieur ne concerne pas ces parties exclusives de manière identique, dans la mesure où elles participent à la forme extérieure et l'aspect du bâtiment (art. 712a al. 2 CC). Le droit d'aménagement intérieur permet au propriétaire d'étages de modifier les parties exclusives comme il le souhaite. Pour cela, il n'a **pas besoin d'obtenir une autorisation de l'assemblée des propriétaires** d'étages, aussi longtemps qu'il respecte les conditions de l'art. 712a al. 2 CC (ATF 132 III 9 = JdT 2006 I 256, cons. 4.3). En revanche, il doit respecter le droit public (notamment la police des constructions).

231. **Administration.** Tout acte visant à **conserver un objet conformément à son affectation, à l'entretenir ou à le modifier**, est considéré comme une mesure relevant de l'administration (dans ce sens MEIER-HAYOZ/REY, no 57 ad art. 712a). Contrairement à l'utilisation et à l'aménagement intérieur, la gestion ne suppose pas forcément une intervention matérielle sur les parties exclusives. Dans le cadre de son pouvoir de gestion, le propriétaire d'étages peut notamment constituer des droits réels limités sur sa part d'étage (un usufruit ou un droit d'habitation), accorder des droits personnels au moyen d'un contrat de bail et conclure des contrats d'entreprise concernant des aménagements intérieurs.

232. **Restrictions.** Les prérogatives du propriétaire d'étages ne peuvent s'exercer que dans le respect **de l'ordre juridique**. La propriété par étages est un type particulier de propriété foncière. Ainsi, toutes les restrictions légales imposées généralement au propriétaire foncier s'appliquent également au propriétaire d'étages. Ce dernier doit en outre tenir compte des restrictions particulières de la propriété par étages ou de la copropriété. Enfin, des restrictions conventionnelles du droit exclusif peuvent être convenues, comme :

- **Restrictions légales :** Le droit exclusif est restreint par les restrictions générales à la propriété (abus de droit, égalité de traitement, etc. ; ATF 131 III 459 = JdT 2005 I 588, cons. 5.3 s.). L'art. 712a al. 2 CC exige de chaque propriétaire d'étages de respecter le droit des autres propriétaires d'étages et l'intégrité de la chose dans l'exercice du droit exclusif. L'art. 712a al. 3 CC introduit, quant à lui, un devoir d'entretien pour les parties exclusives.
- **Restrictions de l'ordre communautaire :** L'ordre communautaire (6.3.3 ci-dessous) peut restreindre l'exercice du droit exclusif, notamment en fixant une destination restrictive de l'immeuble de base ou des parts d'étages ou en interdisant explicitement ou implicitement certaines activités ou immission (broyantes, polluantes, etc).
- **Restrictions volontaires :** Les propriétaires d'étages peuvent constituer des droits réels limités sur leurs parts d'étages. La liberté de constituer des droits réels limités sur une part d'étage peut à son tour être restreinte par l'acte constitutif, le règlement d'administration et d'utilisation ou par une convention (unanime et écrite) ultérieure (droit d'opposition ; art. 712c al. 2 CC). Sous réserve d'une telle restriction, les propriétaires d'étages peuvent conclure des contrats de bail à loyer (art. 253 ss CO), de bail à ferme (art. 275 ss CO) ou de prêt (art. 305 ss CO).

6.3.2. Organisation de la communauté des propriétaires d'étages

233. **Liberté conditionnelle.** Les propriétaires d'étages bénéficient d'une large **liberté dans l'organisation de la communauté** des propriétaires d'étages (MEIER-HAYOZ/REY, nos 9 s. ad art. 712m ;

WERMELINGER ZK, no 19 ad art. 712l). Ils peuvent donc largement s'organiser selon leurs besoins, qui diffèrent en fonction de la taille de la communauté, de la complexité de la construction ou du lieu de situation (centre urbain, site rural, etc.). Certains éléments ne peuvent toutefois pas être modifiés par les propriétaires d'étages. A titre d'exemple, la communauté doit impérativement organiser une **assemblée**. En revanche, la question de l'administration par un **administrateur** est plus ouverte, car il n'y a pas d'obligation absolue d'en nommer un. Cela étant, chaque propriétaire d'étages et certains tiers sont habilités, au besoin, à en faire nommer un par le juge. Il s'agit donc d'un organe semi-obligatoire. La communauté des propriétaires d'étages **peut également étoffer son organisation**, en nommant un organe de révision, un délégué, un comité, un groupe de travail, une sous-communauté, etc. Pour ce qui est de la notion, des fonctions et des capacités de la communauté, voir 6.1.4.

234. **Assemblée des propriétaires d'étages.** L'assemblée des propriétaires d'étages est le **pouvoir suprême** de la communauté des propriétaires d'étages (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1060). C'est elle, sous réserve de délégation, qui **adopte les décisions** que la loi ou les règlements attribuent à la communauté des propriétaires d'étages. Elle doit avoir lieu chaque année et ne peut être remplacée, notamment par une assemblée des délégués.

- **Composition** : L'assemblée des propriétaires d'étages est formée par la réunion physique des propriétaires d'étages. Tout propriétaire d'étages a le droit de participer à cette réunion (SIMONIUS/SUTTER, p. 541). Font exception les assemblées qui, en raison de la législation d'exception liée au covid-19 peuvent se tenir par écrit voire par la voie électronique (art. 27 Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 19 juin 2020, RS 818.101.24).
- **Représentation** : Le propriétaire d'étages peut participer lui-même à l'assemblée ou se faire représenter (art. 712p CC) par un autre propriétaire d'étages ou par un tiers (voir notamment MEIER-HAYOZ/REY, nos 77 ss ad art. 712m). Le tiers n'est, dans ce cas, pas considéré comme un propriétaire d'étages ; il peut néanmoins exercer tous les droits liés à ce statut, à savoir participer aux délibérations et exercer le droit de vote (voir TF 5D_98/2012, cons. 3.3).
- **Convocation** : L'art. 712n al. 1 CC confie la convocation de l'assemblée des propriétaires d'étages à l'**administrateur**. Celle-

ci intervient au moins une fois par année. L'art. 64 al. 3 CC, applicable en vertu du renvoi de l'art. 712m al. 2 CC, prévoit la convocation sur demande d'un cinquième des sociétaires. La loi ne prévoit **aucune exigence formelle** pour la convocation. Ainsi, sur un plan théorique, celle-ci peut même être orale (MEIER-HAYOZ/REY, no 22 ad art. 712n). Toutefois, la convocation doit lister les points à l'ordre du jour sur lesquels une décision est envisagée (art. 67 al. 3 CC). Pour une question de clarté et de preuve, il convient dès lors de passer par des convocations écrites (voir aussi TF 5A_198/2014, cons. 5.3.3). La loi ne prévoit **pas un délai minimal de convocation** pour l'assemblée des propriétaires d'étages. Ce délai doit permettre aux propriétaires d'étages de se rendre sans difficulté majeure à l'assemblée convoquée, compte tenu du lieu de situation de l'immeuble, de la nature et de la dimension de la propriété par étages, voire du domicile des propriétaires d'étages, et de se préparer de façon raisonnable aux points mis à l'ordre du jour. On parle d'assemblée universelle si l'assemblée des propriétaires d'étages réunit tous les membres de la communauté des propriétaires d'étages. Dans un tel cas, la question du délai de convocation ne se pose pas : tout propriétaire d'étages qui participe à une assemblée des propriétaires d'étages, sans formuler de réserve à ce propos, renonce à faire valoir l'argument d'une convocation tardive (voir MEIER-HAYOZ/REY, no 21 ad art. 712n). **L'heure, la date et le lieu** doivent être indiqués dans la convocation. La **formulation** des points de l'ordre du jour doit être **claire** et compréhensible, de telle sorte que les propriétaires d'étages puissent aisément comprendre sur quels points porteront les décisions (voir ATF 114 II 193 = JdT 1990 I 285, cons. 5.b). Si un propriétaire d'étages est d'avis que la formulation de l'ordre du jour n'était pas claire, il doit le manifester immédiatement lors de l'assemblée des propriétaires d'étages, faute de quoi il pourrait perdre son droit à faire valoir son point de vue lors d'une procédure judiciaire (ATF 136 III 174 = SJ 2010 I 429).

- **Présidence** : L'art. 712n al. 1 CC attribue la présidence de l'assemblée des propriétaires d'étages à l'**administrateur**. Cette disposition est toutefois de nature dispositive (« *si elle n'en a pas décidé autrement* »).
- **Procès-verbal** : Le procès-verbal est le document écrit où sont consignées les décisions prises lors de l'assemblée des propriétaires d'étages. Il est prévu par l'art. 712n al. 2 CC et doit

être conservé par l'administrateur ou le président. Selon le Tribunal fédéral (ATF 127 III 506 = JdT 2002 I 306), une décision faisant l'objet du procès-verbal vaut selon son libellé et une décision ne faisant pas l'objet d'un procès-verbal est, quant à elle, inexistante. Le procès-verbal a dès lors un **effet constitutif** (TF 5C.254/2006, cons. 3.1). Toute décision figurant au procès-verbal est censée avoir été adoptée par la communauté des propriétaires d'étages et produit les effets juridiques correspondants. A contrario, celle ne figurant pas au procès-verbal ne produit aucun effet juridique.

· **Attributions** : L'art. 712m al. 1 CC attribue certaines compétences à l'assemblée des propriétaires d'étages. Le législateur énumère six attributions légales de la communauté des propriétaires d'étages, à savoir régler les affaires administratives (art. 712m al. 1 ch. 1 CC), nommer l'administrateur et surveiller son activité (art. 712m al. 1 ch. 2 CC), désigner un comité ou un délégué (art. 712m al. 1 ch. 3 CC), approuver la comptabilité (art. 712m al. 1 ch. 4 CC), créer un fonds de rénovation (art. 712m al. 1 ch. 5 CC) et régler des questions relatives à l'assurance (art. 712m al. 1 ch. 6 CC). Celles-ci ne sont toutefois pas exhaustives (« *notamment* »). D'autres compétences figurent dans d'autres dispositions légales (art. 647c ss, art. 648 al. 2 et art. 649b al. 2 CC ; voir MEIER-HAYOZ/REY, no 19 ad art. 712m). Enfin, l'ordre communautaire peut compléter les attributions de l'assemblée des propriétaires d'étages ou procéder à une délégation de compétences. Cette dernière ne doit cependant pas porter atteinte au statut de l'assemblée des propriétaires d'étages comme pouvoir suprême.

235. **Administrateur**. L'administrateur est une personne physique ou morale nommée par l'assemblée des propriétaires d'étages ou par le juge (art. 712q CC), à laquelle sont attribuées des fonctions sur le plan de la **gestion interne** de l'immeuble et de la **représentation** de la communauté à l'égard de tiers. Il est considéré comme « *l'organe exécutif* » (le terme d'organe est utilisé dans un sens impropre, vu que la communauté n'est pas une personne morale) de la propriété par étages (STEINAUER droits réels I, no 1872). L'administrateur est un élément organisationnel **partiellement facultatif** de la communauté des propriétaires d'étages, dans la mesure où la loi ne contraint pas l'assemblée des propriétaires d'étages à en nommer un d'office. Toutefois, sa nomination peut être exigée par un propriétaire d'étages ou par certains tiers (voir art. 712q al. 2 CC). La communauté des

propriétaires d'étages et l'administrateur sont liés par une relation juridique unique et complexe, comprenant deux éléments distincts (MEIER-HAYOZ/REY, nos 34 ss ad art. 712q) : **un élément corporatif ainsi qu'un élément contractuel**. Voici quelques indications supplémentaires :

- **Nomination volontaire** : L'administrateur est nommé par l'assemblée des propriétaires d'étages. Cette compétence ne peut pas être déléguée, à tout le moins quant au principe même de nomination d'un administrateur (DONAUER, nos 134 s.). Le scrutin est généralement précédé de la proposition de nomination de l'administrateur. L'ordre du jour doit contenir le principe même de la nomination d'un administrateur, mais les candidats ne doivent pas forcément être nommément désignés (ATF 126 III 5 = JdT 2000 I 291, cons. 2.a).
- **Nomination judiciaire** : L'art. 712q CC indique la voie à suivre lorsqu'une nomination est souhaitée par l'un des propriétaires d'étages, mais ne parvient pas à être imposée lors de l'assemblée des propriétaires d'étages. Il s'agit d'une **disposition subsidiaire** (MEIER-HAYOZ/REY, no 102 ad art. 712q), applicable en cas d'échec d'une nomination ordinaire et permettant la nomination judiciaire de l'administrateur. La **qualité pour agir** appartient aussi bien aux propriétaires d'étages (voir art. 712q al. 1 CC) qu'à des tiers pouvant faire valoir un intérêt légitime (voir art. 712q al. 2 CC). Le droit d'exiger la nomination judiciaire d'un administrateur est un **droit inaliénable** de chaque propriétaire d'étages individuel. La qualité pour défendre appartient à la communauté des propriétaires d'étages, dès lors que l'action est dirigée contre un refus de l'assemblée des propriétaires d'étages (ATF 126 III 177 = JdT 2000 I 559). Les propriétaires d'étages peuvent exiger la nomination d'un administrateur même sans invoquer un quelconque intérêt. Leur droit est **inconditionnel** et n'est subordonné à aucun juste motif (ZR 94/1995 p. 140). La **procédure sommaire** s'applique à la nomination judiciaire de l'administrateur (art. 249 lit. d ch. 4 CPC). Les procédures contre la communauté des propriétaires d'étages se font **au lieu de situation de l'immeuble** (art. 29 al. 1 lit. b CPC).
- **Attributions** : Les attributions légales de l'administrateur sont énoncées à l'art. 712s CC. Les art. 712i al. 2, 712n et 712t CC le complètent en en énonçant d'autres. Ces normes sont de droit dispositif, raison pour laquelle les compétences de l'administrateur peuvent être complétées ou restreintes par des conventions

individuelles. Si les parties n'en ont pas décidé autrement, l'administrateur peut et doit se charger des fonctions énumérées par la loi (en allemand : « *Geschäftsführungspflicht* » ; voir MEIER-HAYOZ/REY, nos 17 ss ad art. 712s). Il doit donc **exécuter les décisions** de l'assemblée et se conformer à la loi. En vertu de l'art. 712s al. 1 CC, l'administrateur prend de son propre chef (mais au nom de la communauté) toutes **les mesures urgentes** requises pour empêcher ou réparer un dommage. Les mesures urgentes peuvent être de nature matérielle ou juridique (p. ex. éteindre un feu ou réparer une conduite d'eau ou de gaz, prendre des mesures de protection à l'annonce d'une tempête violente ou faire opposition à un commandement de payer injustifié ; voir MEIER-HAYOZ/REY, no 14 ad art. 712g). Les fonctions les plus importantes de l'administrateur se situent dans le domaine de la **gestion financière de la propriété par étages** (dans ce sens, ATF 126 III 177 = JdT 2000 I 559, cons. 2.c.bb). Elles font appel à des connaissances et une conscience professionnelle sans faille. La comptabilité comporte en principe un budget (l'obligation de présenter un budget découle de l'art. 712s al. 2 CC en relation avec l'art. 712m al. 1 ch. 4 CC ; voir ZR 89/1990 p. 69 ; MEIER-HAYOZ/REY, no 43 ad art. 712s), un bilan (valeurs mobilières de la communauté) ainsi qu'un compte annuel de résultat avec les revenus (p. ex. les contributions aux frais et charges communs, les loyers pour les parties communes, etc.) et des charges (p. ex. l'entretien, les travaux de construction, l'énergie, etc.). L'administrateur doit, en outre, formuler la proposition de répartition des charges à l'assemblée des propriétaires d'étages qui procède à son approbation (art. 712m al. 1 ch. 4 CC). Il paie et encaisse les factures pour le compte de la communauté des propriétaires d'étages. Enfin, conformément à l'art. 712s al. 2 CC *in fine*, l'administrateur gère et utilise correctement les fonds qu'il détient.

· **Révocation** : La révocation de l'administrateur est un acte formateur unilatéral (DONAUER, no 692 ; MEIER-HAYOZ/REY, no 11 ad art. 712r). Elle met fin (avec effet « *ex nunc* ») aux relations entre la communauté des propriétaires d'étages et l'administrateur. Elle ne peut être assortie de conditions et ne peut plus être retirée une fois prononcée (DONAUER, no 692). La continuation des relations juridiques entre la communauté des propriétaires d'étages et l'administrateur suppose la conclusion d'un nouveau contrat. Le **droit à la libre révocation est**

inaliénable. La **démission** est le pendant de la révocation, mais au bénéfice de l'administrateur. Comme la nomination de l'administrateur, sa révocation doit être décidée par l'assemblée des propriétaires d'étages. Cette décision est prise à la majorité simple (MEIER-HAYOZ/REY, no 8 ad art. 712r). Si la révocation est refusée en assemblée, il existe la possibilité de procéder à une **révocation judiciaire** (art. 712r al. 2 CC). Des propriétaires d'étages minorisés en assemblée des propriétaires d'étages peuvent se défendre contre une éventuelle décision de la majorité incorrecte à leurs yeux (MEIER-HAYOZ/REY, no 15 ad art. 712r). En cas de justes motifs, tout propriétaire d'étages doit pouvoir exiger qu'il soit mis fin aux relations avec l'administrateur. À l'instar de la nomination judiciaire (art. 712q al. 1 CC), l'art. 712r CC accorde aux propriétaires d'étages un droit individuel, mais subsidiaire (MEIER-HAYOZ/REY, no 15 ad art. 712r). La révocation judiciaire exige l'existence d'un **juste motif** (pour une analyse approfondie, voir DONAUER, nos 765 ss), car elle intervient contre une décision démocratique. Est un juste motif au sens de l'art. 712r al. 2 CC, tout événement ou comportement affectant la relation de confiance entre les parties au point de rendre intolérable une poursuite des relations contractuelles selon les règles de la bonne foi (voir ATF 127 III 534 = JdT 2002 I 559, cons. 3.a). Cette notion doit être interprétée conformément à l'art. 4 CC (TF 5C.204/2004, cons. 2.1). Le juste motif ne doit pas forcément concerner l'ensemble des propriétaires d'étages (DONAUER, no 768). Selon le Tribunal fédéral, le juste motif n'existe pas tant que le conflit d'intérêts demeure abstrait (TF 5A_795/2012, cons. 2.3 ; ATF 127 III 534 = JdT 2002 I 559). La **procédure sommaire** est applicable à la révocation judiciaire de l'administrateur (l'art. 249 lit. d ch. 4 CPC). Seuls les propriétaires d'étages ont la **qualité pour agir** en révocation de l'administrateur (DONAUER, no 776 ; MEIER-HAYOZ/REY, no 22 ad art. 712r). La **qualité pour défendre** appartient exclusivement à la communauté des propriétaires d'étages, car l'action est dirigée contre une décision de l'assemblée des propriétaires d'étages (TF 5A_616/2009, cons. 4). Le jugement peut produire des effets sur le contenu et la durée de la relation contractuelle entre les parties. La durée de la nomination judiciaire est **protégée par l'art. 712r al. 3 CC**. Ainsi, l'administrateur nommé par le juge ne peut pas être révoqué sans l'assentiment de celui-ci avant le terme qui a été fixé.

236. **Autres éléments organisationnels.** Le comité, le délégué, un groupe de travail, etc. sont des éléments organisationnels facultatifs de la communauté des propriétaires d'étages. Sous réserve d'une disposition réglementaire contraire, il n'existe, en principe, pas de possibilité d'imposer la constitution d'un comité ou la nomination d'un délégué. Il appartient à l'assemblée des propriétaires d'étages de déterminer les compétences et les fonctions du comité, du délégué ou d'autres éléments organisationnels.

6.3.3. Ordre communautaire

237. **Composition et effet juridique.** L'ordre communautaire est composé de toutes les normes volontaires dont la communauté des propriétaires d'étages s'est dotée. Il s'agit de l'**acte constitutif** (ci-dessus 6.2.1) et des modifications ultérieures de celui-ci, des **règlements** (d'administration et d'utilisation, de maison, d'installations particulières comme un spa, du fonds de rénovation, etc.) et des **décisions** prises par l'assemblée des propriétaires d'étages (voir ci-après 6.3.7). L'ordre communautaire jouit d'une **opposabilité renforcée**, puisqu'il peut être opposé aux membres de la communauté qui l'ont rejoint ultérieurement (art. 649a al. 1 CC). L'ordre communautaire peut faire l'objet d'une **mention** au registre foncier, afin d'en informer tout acquéreur potentiel (art. 649a al. 2 CC). Cette mention ne produit toutefois aucun effet juridique (voir ci-dessus 3.2.4).

238. **Règlement d'administration et d'utilisation.** Le règlement d'administration et d'utilisation est un document écrit comportant un ensemble de normes adoptées par la communauté des propriétaires d'étages. Il régit les droits et les obligations des propriétaires d'étages, de la communauté des propriétaires d'étages, de l'administrateur et d'autres éléments composant la communauté des propriétaires d'étages (p. ex. un comité, un délégué, etc.).

- **Nécessité relative** : Le règlement d'administration et d'utilisation n'est pas un élément impératif de l'ordre communautaire de la propriété par étages (STEINAUER RVJ, p. 306). Toutefois, chaque propriétaire d'étages peut en exiger l'adoption par **voie judiciaire** (art. 712g al. 3 CC).

- **Adoption, modification et suppression** : L'adoption, la modification et la suppression du règlement font partie des compétences impératives de l'assemblée des propriétaires d'étages (MEIER-HAYOZ/REY, no 59 s. ad art. 712m). Selon l'art. 712g al. 3 CC, la **majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts** suffit à l'adoption ou à la modification du règlement d'administration et d'utilisation. Cette exigence ne peut pas être aggravée de manière systématique (MEIER-HAYOZ/REY, no 88 ad art. 712g ; controversé et laissé ouvert par le Tribunal fédéral : ATF 130 III 450 = JdT 2004 I 177, cons. 4.2).
- **Adoption judiciaire** : Tout propriétaire d'étages peut demander au juge l'adoption d'un règlement d'administration et d'utilisation sans avoir à établir un intérêt particulier (art. 712g al. 3 CC), à condition que l'assemblée ait refusé une telle proposition (moyen subsidiaire). La demande doit être accompagnée du contenu (et de préférence de la formulation concrète) du règlement souhaité. La qualité pour défendre revient à la communauté des propriétaires d'étages.
- **Contenu** : Sous réserve d'un éventuel abus de droit, il n'existe **pas de contenu minimal** obligatoire pour le règlement. Un contenu minimal ne peut être prévu que dans le cadre de l'adoption du règlement d'administration et d'utilisation par décision judiciaire. Dans toutes les autres circonstances, l'assemblée des propriétaires d'étages est libre de prévoir un règlement concis ou au contraire étoffé. Dans la pratique, on rencontre aussi bien des règlements comptant quelques pages, rappelant uniquement le système légal, que des règlements s'étendant sur des dizaines de pages et renvoyant à plusieurs normes d'application (p. ex. règlement de maison, règlement de fonds de rénovation).
- **Interprétation** : L'interprétation du règlement d'administration et d'utilisation obéit aux principes de **l'interprétation du contrat**. Lorsque le sens d'une disposition n'est pas clair, il convient d'appliquer le principe de la confiance (TF 5A_521/2017, cons. 4.1) et de présumer que les parties souhaitaient convenir de solutions adéquates et raisonnables (voir TF 5A_865/2011, cons. 3.2 ; TF 5A_222/2007, cons. 3.3). Si le règlement d'administration et d'utilisation comporte une disposition qui peut déroger au droit dispositif, il faut qu'elle le fasse avec une clarté suffisante, faute de quoi le droit dispositif reste applicable (ATF 144 III 510, cons. 2.2.4).

239. **Règlement de maison.** Le règlement de maison est un ensemble de normes régissant la cohabitation quotidienne dans la propriété par étages, en particulier l'utilisation du bâtiment (des parties communes et exclusives). Il est considéré comme une norme conventionnelle d'exécution du règlement d'administration et d'utilisation (MEIER-HAYOZ/REY, no 99 ad art. 712g). Le règlement de maison peut notamment être adopté par l'assemblée des propriétaires d'étages. La loi ne régit pas la majorité nécessaire à un tel acte d'adoption. La doctrine le soumet habituellement à une décision de la **majorité des propriétaires d'étages** (voir TF 5C.252/2003, cons. 2.2). Le règlement de maison est une norme de valeur inférieure par rapport au règlement d'administration et d'utilisation, à l'acte constitutif ou aux conventions ultérieures. Il ne peut donc **pas contenir des dispositions qui s'y opposent** (voir MEIER-HAYOZ/REY, no 103 ad art. 712g).

6.3.4. Actes d'administration

240. **Compétences.** En règle générale, il appartient à la communauté d'effectuer des actes d'administration. Les art. 647 CC al. 2 et 647a CC attribuent **exceptionnellement** au **propriétaire d'étages** individuel le droit d'imposer ou de faire lui-même certains actes d'administration concernant l'immeuble de base ou des parties communes. Il s'agit de **compétences impératives** si elles découlent de l'art. **647 al. 2 CC**. L'art. **647a CC** est, quant à lui, de **droit dispositif** (voir en effet l'alinéa 2 présenté ci-dessous).

241. **Art. 647 al. 2 ch. 1 CC.** En vertu de l'art. 647 al. 2 ch. 1 CC, chaque propriétaire d'étages peut demander que les actes d'administration indispensables au maintien de la valeur et de l'utilité de la chose soient exécutés et, au besoin, ordonnés par le juge. Il peut s'agir de travaux de construction ou d'autres actes d'administration (p. ex. l'entretien, la réparation ou la réfection ; voir ATF 120 II 11 = JdT 1995 I 189). Contrairement à ce que l'on pourrait déduire de la loi, il suffit que l'acte en question soit indispensable au maintien de la valeur ou de l'utilité de la chose (conditions alternatives et non cumulatives). La procédure judiciaire concernant la décision de mesures à prendre en application de l'art. 647 al. 2 ch. 1 CC est sommaire (voir art. 249 lit. d ch. 1 CPC). L'application de l'art. 647 al. 2 ch. 1 CC est subsidiaire et suppose qu'il y ait eu une décision négative de la communauté des propriétaires d'étages (DC 2012 p. 96 no 214).

242. **Art. 647 al. 2 ch. 2 CC.** En vertu de l'art. 647 al. 2 ch. 2 CC, le propriétaire d'étages peut lui-même prendre (aux frais de la communauté des propriétaires d'étages), les mesures urgentes requises pour préserver la chose d'un dommage imminent ou s'aggravant.

243. **Art. 647a CC.** Cette disposition permet à chaque propriétaire d'étages de faire des actes d'administration courante, tels que des travaux d'entretien, des travaux de culture et de récolte, de garde et de surveillance de courte durée, la conclusion de contrats à cet effet, l'exercice des droits découlant de contrats de baux à loyer et à ferme ou de contrats d'entreprise, y compris l'encaissement ou le paiement des sommes d'argent pour l'ensemble des copropriétaires. Ces compétences peuvent être restreintes par décision prise à la majorité des propriétaires d'étages présents ou représentés à l'assemblée des propriétaires d'étages (art. 647a al. 2 CC). Dans la mesure où un administrateur peut agir, les pouvoirs correspondants de chaque propriétaire d'étages sont subsidiaires (voir MEIER-HAYOZ/REY, no 13 ad art. 712s).

244. **Art. 647b CC.** Les actes d'administration plus importants ne peuvent être décidés qu'à la double majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts, pour autant que les propriétaires d'étages n'aient pas fixé d'autres règles dans l'acte constitutif, le règlement d'administration et d'utilisation ou par convention unanime. Lorsque l'art. 647b CC traite des actes d'administration plus importants, il exclut les travaux de construction nécessaires au sens de l'art. 647c CC qui n'exigent qu'une majorité simple (art. 647b al. 2 CC). Quelques exemples d'actes d'administration importants peuvent être cités (voir aussi WEBER, p. 290 ss) : tenter une action judiciaire (controversé et question laissée ouverte par l'arrêt TF 5A_198/2014, cons. 6.1.2), acquérir des machines onéreuses (p. ex. une tondeuse à gazon, un tracteur, etc.) surtout dans des petites propriétés par étages ou effectuer un changement d'utilisation d'une partie commune.

6.3.5. Travaux de construction

245. **En général.** Les travaux de construction relatifs aux parties communes sont régis par les art. 647c à e CC (dans ce sens, ATF 135 III 212 = JdT 2011 II 529, cons. 3.2). La loi distingue les travaux de construction nécessaires, utiles ou somptuaires. La distinction entre ces trois catégories dépend de la **situation concrète**, de la nature de la

propriété par étages et de l'évolution de la technique (ATF 130 III 441 = JdT 2004 I 254, cons. 3.3). Il est possible que dans le cadre de travaux de construction complexes, certaines mesures soient nécessaires, certaines soient utiles et d'autres soient somptuaires au sens de la loi. Dans un tel cas, soit les travaux emportent l'approbation unanime des propriétaires d'étages et ils peuvent être adoptés en bloc, soit il n'est pas possible d'obtenir l'unanimité et chaque intervention doit alors être décidée en fonction des exigences de majorité prévues à cet effet (RtiD I 2012 p. 897, cons. 4.f avec les exigences de majorité en fonction des diverses parties du projet). Comme l'indique le Tribunal fédéral, les art. 647c ss CC s'appliquent à **tout ouvrage relié de façon fixe et durable**, au-dessus ou en dessous du sol (TF 5A_604/2008, cons. 5.2.3).

246. **Travaux nécessaires.** En vertu de l'art. 647c CC, des travaux de construction sont nécessaires s'ils **sont exigés pour le maintien de la valeur et de l'utilité de la chose**. Les travaux de construction nécessaires sont, en principe, adoptés à la majorité simple des propriétaires d'étages. Le mode de calcul de cette majorité est controversé (ATF 144 III 510, cons. 2.2.4). Le règlement d'administration et d'utilisation peut prévoir d'autres exigences de majorité. Les travaux de construction nécessaires sont notamment la prise de mesures de protection contre des éléments naturels (p. ex. un barrage ou des protections contre les avalanches) ou la réparation de parties communes défectueuses ou endommagées (p. ex. une fenêtre, une porte d'entrée, l'ascenseur, le toit).

247. **Travaux utiles.** En vertu de l'art. 647d CC, les travaux de construction **destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement ou son utilité**, sont qualifiés d'utiles. Ces trois hypothèses décrites par le législateur sont d'application alternative et non cumulative. Les travaux de construction utiles doivent être adoptés à la majorité qualifiée des propriétaires d'étages et des quotes-parts. La loi prévoit toutefois elle-même trois exceptions à cette condition de majorité, en accordant un droit de veto à certains propriétaires d'étages (ATF 136 III 261 = JdT 2010 I 415, cons. 3.2). Si les travaux envisagés ont pour effet de **gêner notablement et durablement** un des propriétaires d'étages dans l'usage (conforme à la destination) qu'il fait de la partie commune, ce propriétaire d'étages peut refuser les travaux envisagés (art. 647d al. 2 CC). Si les travaux envisagés **compromettent le rendement** de la chose pour l'un des propriétaires d'étages, ils ne peuvent être entrepris sans son accord (art. 647d al. 2 CC). Si les travaux envisagés entraînent pour l'un des propriétaires d'étages des **dépenses excessives** en regard de l'utilité qu'ils

ont pour lui ou de ses moyens financiers, ils ne peuvent être entrepris sans son accord que si les autres propriétaires d'étages se chargent de la partie excessive des frais (art. 647d al. 3 CC). Les exigences de majorité peuvent être modifiées par le règlement d'administration et d'utilisation, à condition que la modification soit adoptée à l'unanimité (art. 712g al. 2 CC). Les exceptions prévues aux al. 2 et 3 de l'art. 647d CC sont cependant de nature impérative (SUTTER-SOMM, no 204). Les exemples suivants constituent des travaux qualifiés d'utiles : l'amélioration d'une isolation thermique répondant aux exigences légales minimales, la rénovation du chauffage central, alors que celui-ci fonctionne encore (TF 5C.264/2006, cons. 5), l'aménagement d'une installation de décalcification de l'eau (TF 5A_1004/2018) ou l'aménagement d'une installation d'énergie photovoltaïque.

248. **Travaux somptuaires.** Les travaux destinés exclusivement à **embellir la chose** et à en améliorer l'aspect **ou à en rendre l'usage plus aisé** sont somptuaires au sens de l'art. 647e CC. Les travaux de construction somptuaires doivent être adoptés à l'unanimité des propriétaires d'étages. **L'art. 647e al. 2 CC** prévoit une exception à l'unanimité. Si les travaux envisagés n'entravent pas l'usage et la jouissance des opposants éventuels (cette entrave doit être objective) et que ceux-ci sont indemnisés pour d'éventuelles atteintes temporaires et qu'ils n'ont pas à assumer d'éventuels frais relatifs aux travaux envisagés, ils peuvent être décidés à la double majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts. Voici quelques exemples : la construction d'une piscine (DC 2018 p. 191), l'aménagement d'un jardin pour un montant de CHF 300'000.- (TF 5A_798/2010), la rénovation des escaliers de l'entrée en utilisant des matériaux luxueux, tels que du marbre, alors que le reste du bâtiment est d'un standing moyen, etc. Selon l'ATF 141 III 357 = JdT 2016 II 402, cons. 3.3 s., les travaux de construction portant sur des parties communes, mais décidés dans l'intérêt particulier d'un ou de plusieurs propriétaires d'étages doivent être qualifiés de travaux somptuaires.

6.3.6. Frais et charges communs

249. **Généralités.** Les frais et charges communs au sens de l'art. 712h al. 2 CC sont toutes les contributions financières (« dépenses ») liées aux parties communes de l'immeuble et à leur administration (voir notamment STEINAUER droits réels I, no 1893). L'obligation pour les propriétaires d'étages de contribuer aux frais et charges communs constitue une

obligation réelle (obligation *propter rem* ; MEIER-HAYOZ/REY, no 9 ad art. 712h CC). Le débiteur de l'obligation est désigné par le droit réel qu'il détient sur une chose.

250. **Énumération exemplaire (art. 712h al. 2 CC).** Le législateur énumère quatre catégories de frais et charges communs. En font notamment partie : la réparation et la réfection des parties communes au sens de l'art. 712b al. 2 CC, les frais administratifs de la propriété par étages (rémunération de l'administrateur, frais d'organisation de l'assemblée, etc.), les impôts et les contributions de droit public qui incombent à l'ensemble des propriétaires d'étages, les frais financiers et les annuités occasionnés par les droits de gage grevant l'immeuble de base ou par une dette solidaire de l'ensemble des propriétaires d'étages. Doivent y être ajoutés les frais d'exploitation des parties communes (frais d'énergie), l'éventuelle rente de superficie, etc.

251. **Répartition ordinaire (art. 712h al. 1 CC).** L'art. 712h al. 1 CC institue un principe d'égalité par la répartition des frais et charges en fonction des quotes-parts. La loi prévoit toutefois elle-même des nuances ou des dérogations au principe énoncé (art. 647d al. 3, art. 647e al. 2, art. 712h al. 3 ou art. 712m al. 1 ch. 6 CC). L'art. 712h al. 1 CC est de **nature dispositive** (MEIER-HAYOZ/REY, no 15 ad art. 712h ; STEINAUER droits réels I, no 1897). Ainsi, la répartition de frais et charges communs (tous ou certains) peut intervenir selon d'autres principes fixés dans un règlement ou dans une décision *ad hoc*.

252. **Répartition extraordinaire (art. 712h al. 3 CC).** L'art. 712h al. 3 CC règle la prise en compte de l'absence d'intérêt (objectif) de certains propriétaires d'étages pour certaines parties communes. Cette norme est de **droit impératif**, mais la jurisprudence a montré beaucoup de retenue dans l'application de la disposition (voir ATF 117 II 251 = JdT 1993 I 236, cons. 6.b) en exigeant une **inutilité objective** durant la période de calcul considérée. Cela signifie que l'inutilité ne dépend ni de la volonté, ni de la situation propre du propriétaire d'étages. En outre, dans une interprétation *contra legem*, l'application de l'art. 712h al. 3 CC ne semble admise que si une partie commune est **totalelement inutile** pour un propriétaire d'étages (dans ce sens LGVE 2019 I no 5, cons. 3.3.1).

253. **Fonds de rénovation.** Le fonds de rénovation est une provision, servant à financer des travaux de construction ou des investissements

futurs portant sur des parties communes de l'immeuble en propriété par étages (voir BLOCH, p. 17). Le fonds de rénovation est un **patrimoine particulier** de la communauté des propriétaires d'étages **affecté à un but déterminé** (TF 2C_652/2015, cons. 4.1). Le fonds de rénovation est un élément constitutif et facultatif du patrimoine de la communauté des propriétaires d'étages. Les versements au fonds de rénovation sont des contributions particulières (sous forme d'avances) aux frais et charges communs (BLOCH, p. 58 et 60). Une fois le fonds de rénovation constitué, les versements deviennent des **obligations propter rem** garanties par les instruments des art. 712i et 712k CC (TF 5A_102/2007, cons. 2.1 ; RtiD II 2009 p. 757, cons. 2.2).

254. **Garanties.** La communauté des propriétaires d'étages est au bénéfice d'une créance légale pour les frais et charges communs payés. Cette créance légale se dirige contre les propriétaires d'étages actuels (obligation *propter rem*). Afin de renforcer la position de la communauté des propriétaires d'étages, le législateur lui a accordé deux moyens coercitifs : **l'hypothèque légale** (art. 712i CC) et **le droit de rétention** (art. 712k CC).

6.3.7. Prise de décision

255. **Introduction.** La décision prise à l'occasion d'une assemblée des propriétaires d'étages constitue la forme ordinaire de **détermination de la volonté de la communauté** des propriétaires d'étages. Elle permet des discussions et des débats préalables et met en présence tous les avis exprimés par les propriétaires d'étages. Le droit de la propriété par étages ne prévoit pas expressément la possibilité de prendre une décision écrite. Une telle possibilité découle de l'art. 66 al. 2 CC, en application du renvoi de l'art. 712m al. 2 CC (ATF 127 III 506, cons. 3.a). Cette décision n'est valablement prise que lorsque tous les propriétaires d'étages y adhèrent. En dehors de la législation adoptée dans le cadre du covid19, une décision par correspondance, laissant la possibilité de voter à la majorité simple ou qualifiée (art. 880 CO par analogie), n'est pas admissible sur le plan juridique (controversé et question laissée ouverte par le Tribunal fédéral : TF 5A_198/2014, cons. 7.3).

256. **Principes.** Avec le renvoi au droit de l'association (art. 712m al. 2 CC), le législateur se fonde, en principe, sur un **vote par tête**. Chaque

propriétaire d'étages dispose d'une voix, même s'il détient plusieurs lots (MEIER-HAYOZ/REY, no 64 ad art. 712m CC). Cependant, la loi elle-même relativise ce principe, notamment lorsqu'elle introduit une majorité qualifiée, où **la quote-part** est un des éléments de la majorité à atteindre (p.ex. art. 647d al. 1 ou art. 712g al. 3 CC) ou lorsqu'elle prévoit que plusieurs propriétaires collectifs d'une part d'étage n'ont, ensemble, qu'une voix (art. 712o al. 1 CC). Les propriétaires d'étages peuvent également prévoir eux-mêmes de déroger au principe du vote par tête, en introduisant des majorités par quotes-parts ou des majorités par parts d'étages.

257. **Majorité simple.** Toutes les décisions pour lesquelles ni la loi, ni le règlement d'administration et d'utilisation ne prévoient une majorité qualifiée déterminée sont prises à la majorité simple des propriétaires d'étages présents ou représentés à l'assemblée des propriétaires d'étages. La majorité simple est obtenue lorsque **plus de la moitié des propriétaires d'étages présents ou représentés** s'expriment en faveur d'une décision. Cela signifie que les abstentions et les voix nulles doivent aussi être prises en compte dans le calcul. Le règlement peut imposer un autre mode de calcul, notamment en prévoyant la prise en compte uniquement des voix qui s'expriment ou d'une majorité par quotes-parts.

258. **Majorité qualifiée.** La loi soumet certaines décisions à la **double majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts**. Les dispositions suivantes prévoient des décisions soumises à ce type de majorité : art. 647b al. 1, art. 647d, art. 647e al. 2 et art. 712g al. 3 CC. Dans le calcul de la majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts, on ne fait qu'ajouter un élément supplémentaire au calcul de la majorité énoncé ci-dessus (ATF 144 III 510, cons. 2.2.4). La **valeur totale de l'immeuble** en propriété par étages sert de base de calcul pour déterminer la majorité des quotes-parts. Il est possible de déroger à la façon de calculer la majorité qualifiée, notamment par le biais d'une disposition réglementaire.

259. **Unanimité.** Il existe des décisions qui ne peuvent être adoptées au sein d'une communauté que si elles emportent **l'adhésion de tous ses membres**. Dans ces cas, une décision majoritaire ne peut pas trouver application en raison de l'importance et de la portée du sujet traité. Les dispositions suivantes exigent une décision unanime (voire une convention) des propriétaires d'étages : art. 647e al. 1, art. 648 al. 2, art. 712b al. 3 et art. 712c al. 1 et 2, art. 712d al. 2 ch. 1, art. 712f al. 2 et art. 712g al. 2 CC. Une décision adoptée par tous les propriétaires d'étages

inscrits au registre foncier remplit l'exigence de l'unanimité. La question est toutefois controversée (voir WERMELINGER ZK, nos 191 ss ad art. 712m CC).

6.3.8. Action en annulation

260. **Principe et conditions.** Selon l'art. 712m al. 2 CC et par renvoi à l'art. 75 CC, le droit des associations est applicable à la contestation des décisions de l'assemblée. Les conditions de l'action sont les suivantes :

- **Une décision** : En règle générale, il doit s'agir d'une décision de l'assemblée des propriétaires d'étages. Exceptionnellement, on pourra aussi agir contre une décision du comité, si aucun recours interne à l'assemblée n'est possible.
- **Violant la loi ou l'ordre communautaire** : Il faut donc une décision qui viole un principe de droit. Les tribunaux n'ont pas à évaluer l'opportunité des décisions.
- **Pas d'adhésion du demandeur** : Le demandeur doit s'être abstenu ou avoir voté autrement que la majorité, afin d'éviter qu'il ait une attitude contradictoire. Est réservée la tromperie qui l'aurait induit en erreur.
- **Dans le mois** : Le demandeur doit agir dans le mois (et non dans les 30 jours) depuis qu'il a eu connaissance de la décision. Ce délai court depuis l'assemblée pour les propriétaires d'étages présents ou représentés. Pour les autres, il court au plus tard depuis la remise du procès-verbal. Il s'agit d'un délai de péremption qui ne peut ni être ni prolongé, ni restitué.
- **Conditions personnelles** : Chaque propriétaire d'étages a la qualité pour agir dans la mesure où il n'a pas adhéré à la décision. La qualité pour défendre appartient à la communauté des propriétaires d'étages.

261. **Effets du jugement.** Le jugement annule la décision illicite avec **effet rétroactif** (comme si la décision n'avait jamais été prise). Tant que l'action en annulation n'a pas été admise, la décision est valable, sous réserve de nullité pour violation grave du droit ou de l'institution de la propriété par étages (p.ex. en cas de privation définitive du droit de vote

pour un propriétaire d'étages). Cela signifie donc qu'en l'absence d'une annulation judiciaire, une décision même illicite peut être applicable.

6.4. Extinction

262. **Problème.** La propriété par étages est une institution faite pour durer. Son extinction est donc d'une certaine manière antinomique. Pour cette raison, il n'existe pas un droit absolu à demander la dissolution (cpr art. 650 avec art. 712f al. 3 CC). Cela étant, rien n'est éternel et une propriété par étages peut aussi avoir une fin.

6.4.1. Extinction relative et extinction absolue

263. **Distinction.** L'extinction relative d'une propriété par étages se rapporte à tout acte par lequel un propriétaire d'étages perd cette qualité (voir STEINAUER droits réels I, nos 1610 ss). La propriété par étages en tant que telle continue d'exister. Les cas d'extinction relative sont : l'aliénation de la part d'étage, la renonciation à la part d'étage, la réalisation forcée de la part d'étage, l'exclusion de la propriété par étages et d'autres cas plus rares qui ne sont pas analysés ci-dessous (la suppression de la part d'étage ou son expropriation). L'extinction absolue met fin à la propriété par étages notamment par écoulement du temps (droit de superficie, art. 712d al. 2 ch. 2 CC) ou par la disparition de l'immeuble, etc.

6.4.2. Aliénation de la part d'étage

264. **Liberté.** La part d'étage peut être l'objet d'un acte d'aliénation. Les propriétaires d'étages sont libres dans la vente de leur part d'étage (art. 646 al. 3 CC), à moins qu'un droit de préemption ou qu'un droit d'opposition n'ait été introduit (art. 712c CC), ce qui est très rare en pratique. Les principes liés à la vente immobilière s'appliquent. L'acquéreur de la part d'étage doit se soumettre au règlement d'administration et d'utilisation adopté par la communauté des propriétaires d'étages ainsi qu'aux mesures administratives prises avant son arrivée. Il existe plusieurs formes d'aliénation d'une part d'étage : la vente, la donation, l'échange voire la

renonciation à la part. Il existe aussi des aliénations partielles, comme la réunion ou la division d'une part d'étage.

265. **Division de la part d'étage.** La division d'une part d'étage peut conduire à une aliénation partielle de la part d'étage initiale. Elle suppose l'accord de la communauté des propriétaires d'étages, car elle entraîne la modification des quotes-parts. Les deux nouvelles parts d'étages auront vraisemblablement ensemble la même quote-part que la part d'étage divisée. Il n'en demeure pas moins qu'elles donnent naissance à deux immeubles ayant chacun une quote-part distincte. Par conséquent, la division donne lieu à une augmentation du nombre des parts d'étages. Elle suppose l'**accord unanime** de la communauté des propriétaires d'étages et un acte authentique constatant l'étendue géographique des deux unités créées (controversé ; voir CdDR 2012, p. 16, cons. V.c).

266. **Déréliction.** Tout propriétaire d'étages peut en principe, renoncer à sa part d'étage (déréliction : voir ATF 129 III 216 = JdT 2003 I 219, cons. 3 ;). Dans ce cas, il doit formuler par écrit une réquisition de radiation au registre foncier (art. 964 CC).

267. **Réalisation forcée.** Comme tout bien patrimonial, la propriété par étages ne fait pas seulement l'objet d'aliénations volontaires. Elle peut être soumise à une exécution forcée à l'instar de n'importe quel autre immeuble. Bien entendu, des règles particulières à la copropriété lui sont applicables (art. 23 ss et 73 ss, art. 78a, art. 84a, art. 130a ss ORFI ; TF 5A_135/2011, cons. 3.1).

6.4.3. Exclusion du propriétaire d'étages

268. **Généralités.** L'exclusion d'un propriétaire d'étages est la mesure la plus extrême à disposition des autres propriétaires d'étages. Elle leur permet d'éloigner de la communauté un élément perturbateur de la propriété collective. Il s'agit d'une « *expropriation privée* » (PERRUCHOU, no 346 ; STRITTMATTER, p. 28) soumise à des conditions différentes de celles de l'expropriation de droit public.

269. **Violation d'une obligation.** L'exclusion d'un propriétaire d'étages fait suite à la violation d'une obligation qu'il a envers un ou plusieurs propriétaires d'étages. Cette obligation peut découler de la loi (art. 712a ss,

mais aussi art. 648 al. 1 CC) ou des règles internes de la propriété par étages (règlement d'administration et d'utilisation ou règlement de maison). La violation d'une obligation ne suppose pas forcément une faute de la part du défendeur (SUTTER-SOMM, nos 225 s.). Selon le Tribunal fédéral, le demandeur peut invoquer tout comportement du défendeur (même ultérieur à l'autorisation d'agir en exclusion), dans la mesure où il le fait correctement sur le plan de la procédure (TF 5A_447/2014, cons. 3).

270. **Violation rendant la vie commune insupportable.** Cette violation doit être grave. La mesure d'exclusion est exceptionnelle dans le contexte du droit privé. Elle ne peut intervenir qu'en dernier recours. Exceptionnellement, une violation ponctuelle peut suffire si elle rend son auteur insupportable pour le reste de la communauté des propriétaires d'étages (voir aussi AGVE 1990 p. 22). Le juge doit s'assurer que la cohabitation ne peut plus être exigée de bonne foi de la part du ou des demandeurs. L'exclusion doit être une sanction utilisable uniquement dans les cas où elle est totalement justifiée. La justice ne peut pas avoir pour fonction de protéger et privilégier unilatéralement les perturbateurs au sein d'une communauté.

271. **Décision d'autorisation.** Avant qu'un propriétaire d'étages puisse intenter une action en exclusion d'un autre propriétaire d'étages, la communauté doit prendre une décision dans ce sens. La décision doit être prise à la majorité des propriétaires d'étages présents ou représentés à l'assemblée des propriétaires d'étages, défendeur non compris. Si une propriété par étages ne comporte que deux parts d'étages, chaque propriétaire d'étages peut intenter une action en exclusion, sans l'accord de l'autre (art. 649b al. 2 CC).

272. **Qualité pour agir.** Une fois la décision de la communauté prise, il appartient au propriétaire d'étages lésé d'intenter l'action (TF 5A_735/2019, cons. 3.3.1 ; sur un plan tactique, il peut être utile que plusieurs personnes agissent ensemble, car cela peut constituer un indice pour le juge saisi). Ni la communauté des propriétaires d'étages, ni l'administrateur et encore moins le titulaire d'un droit réel limité ou d'un droit personnel ne peuvent ouvrir une telle action en exclusion.

273. **Qualité pour défendre.** La qualité pour défendre appartient au propriétaire d'étages perturbateur (voir notamment SIMONIUS/SUTTER, p. 501 s.). En vertu de l'art. 649c CC, l'usufruitier ou le titulaire d'un bail

à ferme annoté, voire d'un contrat de bail annoté, peuvent aussi être exclus (si le droit personnel n'est pas annoté, la qualité pour défendre appartient au propriétaire d'étages qui répond du comportement de l'utilisateur ; SUTTER-SOMM, no 232).

274. **For et conditions de temps.** En vertu de l'art. 29 al. 2 CPC, le for se trouve au lieu de domicile du défendeur ou au lieu de situation de l'immeuble. L'action en exclusion est imprescriptible, elle peut être intentée tant que dure la situation insupportable au sein de la propriété par étages. Toutefois, si le propriétaire d'étages lésé tarde trop à ouvrir son action, il pourrait se voir opposer un abus de droit. En effet, le tribunal pourrait considérer que s'il est parvenu à tolérer une telle situation pendant une longue durée, c'est la preuve que celle-ci n'est pas insupportable.

275. **Jugement condamnatore.** Le jugement d'exclusion est de nature condamnatore pour un propriétaire d'étages (TF 5A_735/2019, cons. 9.2). Il fait suite à l'ouverture d'une action condamnatore en application de l'art. 84 CPC. Il ne lui fait pas perdre la titularité de la part d'étages (TF 5A_447/2014, cons. 2), mais l'oblige à la vendre. Le juge doit accorder au propriétaire d'étages exclu un délai pour aliéner sa part d'étage. La durée de ce délai doit tenir compte de la situation concrète du propriétaire d'étages exclu, mais aussi de celle au sein de la propriété par étages.

6.4.4. Fin de la propriété par étages par convention

276. **Convention.** La convention de dissolution doit comporter la volonté de mettre fin à la propriété par étages. Elle peut également régler les conséquences financières et la nouvelle structure juridique adoptée par les parties (copropriété, propriété commune ou propriété individuelle). La convention doit traiter des inscriptions ou des radiations au registre foncier, notamment concernant les feuillets principaux des parts d'étages. La fin de la propriété par étages par convention suppose que **tous les propriétaires d'étages y consentent**. Une décision majoritaire n'est pas suffisante (MEIER-HAYOZ/REY, no 28 ad art. 712f CC).

277. **Forme de la convention.** Un acte authentique est exigé, sauf si les propriétaires d'étages décident de transformer la propriété par étages en copropriété ordinaire sans modifier les parts de copropriété sur le plan

quantitatif et sans aliéner de part d'étage (RNRF 85/2004 = JdT 2002 III 197, cons. 3 ; STEINAUER droits réels I, no 1635).

278. **Consentement de tiers.** La fin de la propriété par étages peut entraîner la disparition d'immeubles (parts d'étages) ou la transformation de ceux-ci en simples parts de copropriété. Une telle opération n'est pas sans conséquence sur les titulaires de droits réels limités. L'art. 712f al. 2 CC exige le consentement de tous les titulaires de droits réels ne pouvant être transférés sans inconvénient sur l'immeuble entier. Selon certains auteurs, le consentement doit être apporté en la forme écrite (MEIER-HAYOZ/REY, no 40 ad art. 712f CC).

279. **Radiation au registre foncier.** La convention en tant que telle ne produit aucun effet juridique sur la propriété par étages. Ce n'est qu'après la réquisition au registre foncier et la radiation (constitutive) au grand livre que la propriété par étages prend fin, avec effet au jour de l'inscription de l'opération au journal (art. 972 al. 2 CC). La réquisition au registre foncier doit être accompagnée de la convention (écrite ou en la forme authentique) et du consentement des titulaires des droits réels limités désavantagés.

6.4.5. Action en dissolution

280. **Système légal.** L'art. 712f al. 3 CC permet à chaque propriétaire d'étages d'exiger individuellement la dissolution de la propriété par étages (par action en dissolution). Les autres propriétaires d'étages peuvent cependant maintenir la propriété par étages à certaines conditions (art. 712f al. 4 CC).

281. **Art. 712f al. 3 ch. 1 CC.** L'art. 712f al. 3 ch. 1 CC exige la réalisation de trois conditions matérielles cumulatives : le bâtiment doit être **détruit pour plus de la moitié de sa valeur**, la reconstruction constituerait une **charge difficile à supporter** pour le demandeur et **les autres propriétaires d'étages ne sont pas disposés à désintéresser le demandeur**. L'application de l'art. 712f al. 3 CC suppose la destruction du bâtiment. La destruction découle d'un événement soudain et extraordinaire. Selon la loi, le bâtiment doit être détruit pour plus de la moitié de sa valeur. Afin de déterminer si la moitié de la valeur du bâtiment est détruite, il faut procéder, *ex post*, à une estimation de celui-ci. L'estimation doit se faire à la « *valeur réelle* » (qui tient compte de la

valeur de rendement et de la valeur intrinsèque du bâtiment). C'est au demandeur de prouver que plus de la moitié de la valeur ainsi déterminée a été détruite (art. 8 CC). En outre, la charge de la reconstruction doit être difficile à supporter pour le demandeur. Afin de déterminer le poids de la charge, il faut tenir compte de tous les éléments financiers en jeu. D'autres éléments (émotionnels, psychologiques, etc.) ne doivent pas influencer cette évaluation.

282. **Art. 712f al. 3 ch. 2 CC.** L'art. 712f al. 3 ch. 2 CC énonce trois conditions cumulatives pour cette action en dissolution : **l'état physique du bâtiment doit être mauvais** (« *dégradation* »), de ce fait **l'utilisation du bâtiment selon sa destination** ne doit plus être possible et la propriété par étages doit **exister depuis plus de 50 ans**.

283. **Art. 712f al. 4 CC.** Les autres propriétaires d'étages peuvent éviter la dissolution de la propriété par étages s'ils « *désintéressent* » le ou les demandeurs. L'art. 712f al. 4 CC protège la majorité des propriétaires d'étages. Il permet d'empêcher qu'un seul propriétaire d'étages puisse mettre fin à la propriété par étages alors même qu'il est possible de trouver une solution acceptable pour lui.

6.4.6. Autres types d'extinction

284. **Exemples.** L'extinction peut encore intervenir par l'écoulement du temps, lorsque la propriété par étages se fonde sur un droit de superficie distinct et permanent immatriculé au registre foncier (art. 712d al. 2 ch. 2 CC), ou par la transformation forcée en copropriété ordinaire (art. 69 al. 4 ORF), par la réunion de toutes les parts d'étages en mains d'un seul propriétaire qui fait une réquisition de radiation ou encore par la perte totale du bien-fonds.

Chapitre 7 Propriété commune

285. **Contexte et plan.** La propriété commune est une forme de propriété collective qui, contrairement à la copropriété ou à la propriété individuelle, fait grandement appel à des normes situées en dehors des art. 641 à 977 CC. En effet, les communautés concernées ont un poids très important dans la réglementation de cette forme de propriété collective. Dès lors, l'exposé qui suit doit se contenter d'être une présentation succincte des normes supplétives du Code civil, livre 4. La présentation de toutes les communautés concernées et des particularités qui y sont liées dépasserait largement le présent ouvrage. Dès lors, la lectrice et le lecteur doivent accepter la présentation incomplète de l'institution et se documenter par rapport à la communauté concrète concernée pour compléter leur compréhension de cette forme de propriété. Ainsi, après une brève introduction (7.1), nous aborderons la constitution (7.2), les effets (7.3) et l'extinction (7.4) de la propriété commune, en nous contentant de larges renvois au droit applicable en dehors du livre 4 du Code civil.

7.1. Introduction

286. **Notion.** Selon l'art. 652 al. 1 CC, la propriété commune suppose l'existence préalable d'un lien personnel entre les communistes. L'exercice du droit de propriété ne peut se faire en principe qu'au travers de la communauté formée par les communistes (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 791 ; STEINAUER droits réels I, no 1926 ; SUTTER-SOMM, no 405). Contrairement à la copropriété, cette forme de propriété collective n'attribue pas à chaque membre de la communauté une part dont il pourrait disposer séparément. Cela n'empêche pas qu'à un moment donné (notamment lors de la liquidation de la communauté), il soit nécessaire de définir l'ensemble des droits et des devoirs de chaque communiste sur le patrimoine commun (notamment par la conclusion d'une convention de partage, art. 634 CC). Toutefois, jusqu'à ce moment précis, les parts des communistes ne leur permettent pas d'acquérir une position individuelle vis-à-vis des objets de la propriété commune.

287. **Communauté à composition en principe fixe.** Les communistes ne peuvent pas disposer séparément de leur part à la propriété commune. Ils ne peuvent donc pas non plus contribuer sans autre à la modification personnelle de la composition de la communauté. Dès lors, cette composition est en principe fixe. La possibilité de modifier cette composition de la communauté varie en fonction de la communauté concernée. Ainsi, pour la communauté des époux une telle modification est d'emblée exclue, pour la communauté héréditaire elle suppose en principe le décès de l'un des héritiers et pour les sociétés concernées par la propriété commune, elle peut intervenir selon les normes légales ou conventionnelles applicables (voir notamment les art. 542 et 569 CO).

288. **Numerus clausus des communautés concernées.** La propriété commune n'existe qu'au travers d'un nombre limité de communautés prévues par le législateur (STEINAUER droits réels I, nos 1931 s. ; SUTTER-SOMM, no 403) :

- la communauté de biens entre époux (art. 221 ss CC) ;
- l'indivision (art. 336 ss CC) ;
- la communauté héréditaire (art. 602 ss CC) ;
- la société simple (art. 530 ss CO), sous réserve du contrat de société ;
- la société en nom collectif (art. 552 ss CO) ;
- la société en commandite (art. 594 ss CO) ;
- les communautés auxquelles le droit cantonal attribuerait ce type de propriété collective (MEIER-HAYOZ Allgemeine Bestimmungen, nos 41 s. ad art. 652).

7.2. Constitution

289. **Naissance de la communauté.** Contrairement à la copropriété, pour laquelle la constitution intervient directement en lien avec une chose déterminée, la constitution de la propriété commune intervient lors de la naissance de la communauté en question. L'objet de la propriété commune n'est pas le patrimoine de la communauté comme tel, mais chaque objet du

patrimoine acquis individuellement par la communauté (principe de la spécialité des droits réels ; voir aussi STEINAUER droits réels I, no 1930 ; SUTTER-SOMM, no 411).

7.3. Effets

290. **En général.** La propriété commune existe en relation avec des communautés très disparates. Dès lors, le législateur a décidé de privilégier les règles des communautés individuelles par rapport à d'éventuelles règles uniformes liées à cette forme de propriété collective (art. 653 al. 1 CC). Il n'a donc édicté que deux normes explicites, l'art. 653 al. 1 et al. 2 CC dont la première ne s'applique que de manière subsidiaire et dispositives. Vu l'objectif du présent abrégé, il va de soi que nous n'étudierons pas ici les diverses normes des communautés concernées. La lectrice et le lecteur intéressés se rapporteront aux ouvrages qui en traitent.

291. **Principe de l'unanimité.** La propriété commune n'attribue pas à chaque communiste une position individuelle à par rapport à l'objet de la propriété collective. Les droits et les obligations s'exercent au travers de la communauté. Pour cette raison, il paraît logique que le législateur institue comme règle supplétive, le principe de la décision unanime en relation avec la propriété commune (art. 653 al. 2 CC). Cela vaut pour tout type d'acte, même s'il s'agit uniquement d'une administration courante (p.ex. changement de l'ampoule d'une voiture). Il s'applique aussi dans le contexte des procédures judiciaires. Bien entendu, vis-à-vis de tiers, ce principe rend les relations très compliquées, car il suppose toujours une unité de vue des communistes, ce qui peut être plus facilement atteint, lorsqu'on est en face d'une communauté librement choisie et ayant un objectif commun (société commerciale) que lorsqu'on est en face d'une communauté imposée par la loi (p.ex. une communauté héréditaire).

292. **Représentation de la communauté.** Le fait de devoir décider à l'unanimité impose souvent aussi la nécessité d'agir ensemble (en main commune). Dans certaines communautés, le législateur a voulu faciliter les contacts avec les tiers en permettant de nommer un des communistes comme représentant de la communauté (art. 602 al. 3 CC ; voir aussi les art. 517 et 518 CC pour ce qui est des exécuteurs testamentaires institués par le *de cuius*).

293. **Responsabilité des communistes.** Pour la majorité des communautés et au vu des exigences de la protection des tiers, les normes régissant les communautés individuelles ont institué le principe de la responsabilité solidaire des communistes (voir notamment art. 342 al. 2 et 603 al. 1 CC, art. 544 al. 3 et 568 al. 1 CO) pour des dettes relatives à des biens en propriété commune (STEINAUER droits réels I, no 1952 ; SUTTER-SOMM, nos 413 ss).

7.4. Extinction

294. **Cas.** L'extinction de la propriété commune peut intervenir dans deux cas (art. 654 al. 1 CC). Tout d'abord, avec l'aliénation de la chose concernée. S'il s'agit d'une aliénation à titre onéreux, la propriété commune se reporte en principe sur la chose acquise en échange (subrogation patrimoniale). En second lieu, l'extinction de la propriété commune intervient aussi avec la fin de la communauté, mais elle subsiste jusqu'au moment de la liquidation de celle-ci lorsqu'une telle liquidation intervient après la fin de la communauté (STEINAUER droits réels I, nos 1938 ss). Sauf disposition ou convention contraire, la liquidation intervient selon les règles du partage de la copropriété (voir art. 654 al. 2 CC et supra 5.4). Si l'objet de la propriété commune est constitué par une entreprise ou un immeuble agricole, la LDFR s'applique (art. 654a CC).

Chapitre 8 Propriété foncière

295. **Contexte et plan.** La propriété foncière ne se résume pas à une question juridique ou économique. Tout d’abord, il s’agit d’un enjeu **éminemment politique**. Cela est particulièrement vrai pour la Suisse qui connaît depuis des décennies des outils régulateurs ayant pour objet de canaliser l’acquisition des immeubles dans des contextes particuliers. Ainsi, un souci majeur de domination étrangère (« *Ausverkauf der Heimat* ») a conduit le législateur à **réglementer de manière stricte**, la possibilité de ventes immobilières à **des personnes à l’étranger** (LFAIE et OFAIE). De même, dans une législation à laquelle on pourrait trouver une connotation marxiste, le législateur a voulu maintenir, autant que faire se peut, la propriété des **immeubles agricoles** (comme moyens de production) en mains des **travailleurs de la terre** (LDFR). Ce ne sont que deux exemples – certes importants et dotés d’une grande valeur symbolique – qui montrent la valeur émotionnelle et politique de la propriété foncière. En outre, le législateur a essayé d’ouvrir l’accès à la propriété foncière à la population par l’introduction dans le Code civil de la propriété par étages, le 1^{er} janvier 1965 (voir ci-dessus chapitre 6). On parle donc d’un enjeu sociétal majeur. S’ajoute à cela que le droit foncier privé doit être mis en accord avec le droit foncier public, notamment dans le domaine des constructions, mais aussi dans le domaine de **l’exploitation des ressources souterraines** (voir, à ce propos, CARREL, nos 246 ss). Ci-après, nous allons aborder la **notion et l’objet** de la propriété foncière, son **acquisition**, ses **effets** et son **extinction**.

8.1. Notion et objet

8.1.1. Notion

296. **Définition.** La propriété foncière a pour objet un immeuble au sens juridique du terme (art. 655 al. 2 CC). Cette définition indique donc que l’immeuble est une **notion technique** définie par le législateur. Il s’agit d’une **fiction légale** (TF 5A_341/2019, cons. 3.5).

297. **Bases légales.** Dans le Code civil, la propriété foncière est spécifiquement régie par les art. 655 à 712t CC ainsi que par les art. 942 à 977 CC (registre foncier). De plus, comme cela vient d'être indiqué dans l'introduction à ce chapitre, la LFAIE, la LDFR sont autant de lois qui se répercutent sur les actes de disposition concernant les immeubles. Sur un plan plus technique, il convient de rappeler l'ORF, l'OMO et la LGéo qui ont leur importance dans les actes d'acquisition ainsi que la représentation graphique des immeubles.

8.1.2. Objet de la propriété foncière

298. **Immeubles.** L'art. 655 al. 2 CC mentionne les immeubles au sens juridique du terme. Les quatre catégories légales d'immeubles sont décrites ci-dessus au point 2.2. Par ailleurs, la part de copropriété sur un immeuble fait l'objet d'une analyse approfondie aux chapitres 5 (copropriété ordinaire) et 6 (propriété par étages). Enfin, au point 11.5.1, la servitude de superficie, notamment comme droit distinct et permanent, fait l'objet de quelques réflexions juridiques. Pour éviter d'inutiles répétitions, il est renvoyé à ces parties de l'ouvrage. Ci-dessous, nous ne ferons que quelques remarques complémentaires par rapport aux exposés relatifs à l'immeuble.

299. **Droits distincts et permanents.** Les droits distincts et permanents immatriculés comme des immeubles (art. 655 al. 2 ch. 2 CC et, par exemple, art. 779a ss CC) doivent être des servitudes personnelles irrégulières (cessibles et transmissibles) et constituées pour 30 ans au moins, voire pour une durée indéterminée (art. 655 al. 3 CC). Ils ont donc une **double nature** : d'une part, ils constituent des servitudes inscrites dans le feuillet du registre foncier de l'immeuble grevé à la rubrique des servitudes. D'autre part, ils sont des immeubles disposant d'un propre feuillet au registre foncier. Les normes qui régissent les servitudes s'appliquent aux relations entre les parties notamment avec le propriétaire de l'immeuble grevé. Toutefois, il faut préciser que pour le droit de superficie distinct et permanent, le législateur a prévu des normes particulières qui tiennent compte du fait que le bénéficiaire n'est pas seulement un titulaire d'une servitude, mais également une personne qui souhaite construire ou acquérir la propriété d'un bâtiment (art. 779c s. CC). Ces deux niveaux d'existence juridique sont interdépendants. Si, pour une raison quelconque, la servitude venait à être radiée (notamment par la suite de l'expiration du temps pour laquelle elle a été constituée), l'immeuble

cesserait automatiquement d'exister et devrait être supprimé au registre foncier (SUTTER-SOMM, no 448). Compte tenu de sa double nature, il n'est pas toujours facile à déterminer les normes applicables au droit distinct et permanent. Le Tribunal fédéral a, dans une jurisprudence récente, clairement défini les domaines où les normes relatives à l'immeuble s'appliquent au droit distinct et permanent et les domaines où l'absence de réalité physique empêche une telle application (TF 5A_341/2019, cons. 3.5 ss). Ainsi, il a notamment indiqué qu'un droit de superficie distinct et permanent **peut faire l'objet d'une division immobilière** (TF 5A_341/2019, cons. 4.5).

300. **Mines.** Comme indiqué plus haut (2.2), les mines au sens du Code civil ne sont pas des réalités matérielles. Ce sont des concessions de droit public, en principe accordées par le canton, en vertu de son droit régalien (art. 664 CC). Il s'agit généralement d'un droit d'exploitation des ressources du sous-sol, droit qui revient à l'origine au canton (STEINAUER droits réels II, no 2028). Comme pour le droit distinct et permanent, la mine présente une **double nature** en étant un immeuble au sens juridique du terme et en tant que concession soumise au droit cantonal. Cela produit des effets sur le régime juridique. La mine est soumise en tant qu'immeuble aux normes du Code civil. Le statut juridique relatif à la concession peut quant à lui **varier en fonction du droit cantonal et du contenu concret du libellé de la concession** (CARREL, no 290). Pour une vue d'ensemble de la question, voir aussi CARREL, nos 249 ss qui distingue différentes phases de l'exploitation minière, notamment la phase de prospection de la phase d'exploitation proprement dite. La concession minière doit régler un certain nombre de questions. Il s'agit notamment de la détermination des droits et obligations du concessionnaire et, cas échéant, sa relation avec le propriétaire foncier ainsi que les limites matérielles, territoriales et temporelles.

301. **Parts de copropriété sur un immeuble.** Pour ce qui est de ce type d'immeubles et les effets qui en découlent, voir notamment les points 5.3 concernant la copropriété ordinaire et 6.3 concernant la propriété par étages.

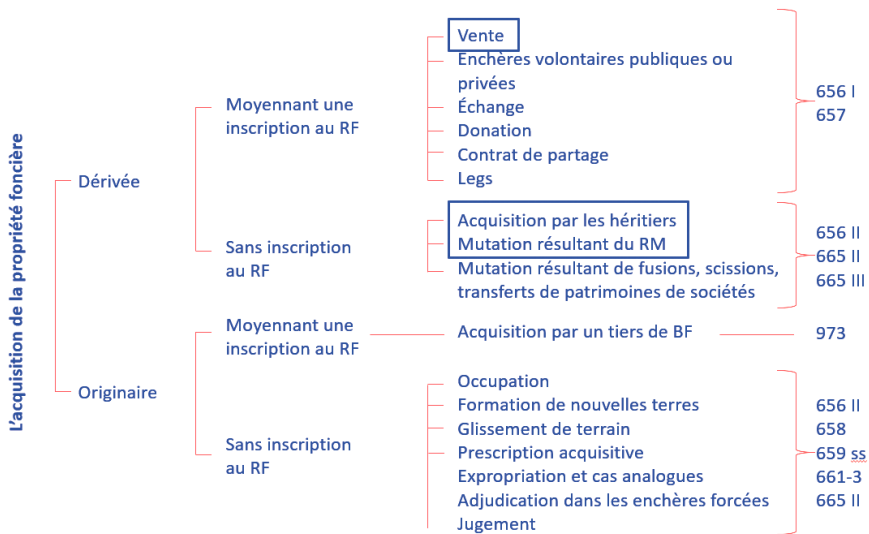
302. **Immeubles (partiellement) soustraits au droit privé.** L'État peut être propriétaire d'immeubles entrant dans son patrimoine administratif (routes, écoles, etc.). Il s'agit de par affectation en application de l'art. 664 al. 1 CC. L'art. 664 al.3 CC en mentionne d'ailleurs certains. Il existe également des immeubles qui font partie des éléments du domaine public

naturel (**choses sans maître**, selon l'art. 664 al. 1 et 2 CC : rochers, glaciers, eaux publiques, etc.). **Ces biens échappent à la propriété privée.** Le droit public fédéral ou cantonal détermine le régime juridique de ces immeubles et dans quelle mesure ils sont soumis au droit privé. Dans un tel contexte, il convient d'être toujours attentif, afin de déterminer les règles légales applicables. Il n'est pas d'emblée exclu que le droit privé ait une importance, le droit administratif comportant des renvois au droit privé, il conviendra toujours d'en faire une analyse précise. En principe, ces immeubles peuvent très souvent correspondre à des biens-fonds selon l'art. 655 al. 2 ch. 1 CC et ne constituent donc pas forcément une catégorie supplémentaire d'immeubles. Toutefois, il n'est pas certain qu'ils remplissent tous les **critères des biens-fonds de droit privé** (notamment art. 2 lit. a ORF, détermination suffisante des limites) et leur immatriculation au registre foncier ne dépend pas exclusivement du Code civil (art. 944 al. 1 CC). Pour plus d'informations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 815 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 2051 ss et SUTTER-SOMM, nos 462 ss.

303. **Propriété dépendante d'un immeuble.** Le législateur a introduit l'art. 655a CC le 1^{er} janvier 2012. Cette nouvelle disposition régit la relation entre immeubles dépendants et immeubles principaux. Il ne s'agit **pas d'une nouvelle catégorie d'immeubles** mais d'une catégorie particulière de propriété foncière. Selon l'art. 655 al. 2 CC, les immeubles peuvent être pris dans une relation de dépendance qui produit des effets au niveau du droit de disposition. Cette possibilité de lier des immeubles entre eux est donc étudiée dans le cadre des restrictions volontaires à la propriété foncière (ci-après point 8.3.6).

8.2. Acquisition

304. **Principe.** Il existe beaucoup de modes d'acquisition de la propriété foncière. On peut les présenter comme suit dans un tableau (voir aussi STEINAUER droits réels II, nos 2084) :



305. **Objet de la présentation.** Dans le tableau, trois modes d'acquisition sont encadrés. Il s'agit de la vente, l'acquisition par les héritiers et des mutations résultant du régime matrimonial. Ils constituent des modes d'acquisition dérivée de la propriété foncière. Sans pouvoir en apporter la preuve par des statistiques, l'expérience montre qu'il s'agit – et de loin – des modes d'acquisition les plus fréquents. Nous allons donc axer l'exposé sur les modes d'acquisition dérivée. Les modes d'**acquisition** originnaire de la propriété foncière sont certes intéressants sur un plan dogmatique, mais n'ont qu'une **importance pratique très relative**. Par ailleurs, après une brève présentation de la différence des modes d'acquisition originnaire et dérivée, nous allons focaliser l'exposé sur le **mécanisme ordinaire d'acquisition dérivée intervenant par inscription** au registre foncier.

8.2.1. Système légal

306. **Types d'acquisition.** Selon le tableau figurant ci-dessus, il existe deux catégories principales d'acquisition de la propriété (foncière) qui se retrouvent aussi – *mutatis mutandis* – dans le cadre de l'acquisition des droits réels limités, à savoir :

- l'acquisition originnaire ou dérivée ;
- l'acquisition avec ou sans inscription au registre foncier.

307. **Acquisition originaire ou dérivée.** Il y a **acquisition dérivée** lorsque l'**acquéreur tient son droit** sur la chose du droit de propriété **du propriétaire précédent**. Il y a **acquisition originaire** de la propriété lorsque l'acquéreur ne tient pas sa propriété du propriétaire précédent, mais **d'une autre cause juridique** lui ayant permis d'acquérir valablement la propriété (voir notamment HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 06.89 ss). L'art. 657 CC évoque un cas d'acquisition dérivée, alors que les art. 658 à 663 CC évoquent plusieurs cas d'acquisition originaire.

308. **Acquisition avec ou sans inscription.** Selon le principe absolu de l'inscription (voir ci-dessus 3.2.4), l'acquisition de la propriété foncière exige en règle générale une telle opération au registre foncier (art. 656 al. 1 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 835). C'est donc le **mode d'acquisition moyennant une inscription (constitutive) au registre foncier qui constitue la règle** retenue par le législateur en matière d'acquisition de la propriété foncière (STEINAUER droits réels II, no 2086). Dans certains cas, la propriété passe avant l'inscription au registre foncier et celle-ci, n'a alors plus qu'une portée déclarative (notamment en cas de succession universelle pour cause de mort ; art. 560 CC ; voir art. 65 ORF pour ce qui est du titre d'acquisition nécessaire à l'inscription déclarative du transfert de propriété).

309. **Modes d'acquisition originaire.** Le législateur prévoit dans le Code civil (art. 658 à 663 CC ; art. 973 CC) un grand nombre de cas constituant une acquisition originaire de la propriété foncière. Il en existe également en dehors du Code civil. C'est le cas de l'expropriation ou de l'adjudication aux enchères forcées. Il s'agit néanmoins de cas exceptionnels qui n'ont dans la pratique que très **peu de cas d'application concrets**, du moins pour les cas prévus par les art. 658 à 663 CC (occupation, prescription acquisitive, glissement de terrains, formation de nouvelles terres). Dès lors, nous nous contentons de renvoyer, ci-dessus, au point 3.2.3 pour l'acquisition de bonne foi (art. 973 CC) qui intervient suite à une inscription au registre foncier et à la littérature spécialisée pour les autres cas, intervenant sans inscription au registre foncier (STEINAUER droits réels II, nos 2127 ss ; SUTTER-SOMM, nos 510 ss).

310. **Modes d'acquisition dérivée sans inscription.** Les principaux modes d'acquisition dérivée sans inscription sont présentés ci-dessous. Une inscription au registre foncier peut toutefois être requise mais son effet

sera uniquement déclaratif et non constitutif du transfert de la propriété foncière.

311. **Acquisition par les héritiers.** À la mort du *de cuius*, les héritiers acquièrent immédiatement la possession et la propriété de toute la masse successorale (succession universelle ; art. 560 CC). Il s'agit d'un mode d'**acquisition dérivée** de la propriété foncière **sans inscription**. Les héritiers forment alors une communauté héréditaire qui peut disposer des immeubles de la masse successorale par la voie d'un **contrat de partage successoral**, passé en la **forme écrite** (art. 634 al. 2 CC et art. 64 al. 1 lit. B ORF). Bien que la communauté héréditaire soit déjà propriétaire avant même qu'elle soit inscrite en tant que telle au registre foncier, son droit de disposer dans le registre foncier pourra toutefois être exercé uniquement lorsque l'inscription (déclarative) est effectuée (art. 656 al. 2 CC : une « *formalité* » fondamentale). Celle-ci ne peut intervenir que sur la base d'une légitimation suffisante de la communauté héréditaire. Pour cela, les héritiers doivent remettre au conservateur du registre foncier **un certificat d'héritiers** constatant que les héritiers légaux et les héritiers institués sont reconnus comme seuls héritiers du défunt (art. 65 al. 1 lit. a ORF). Ce certificat (d'héritiers) est délivré par l'autorité compétente désignée par le droit cantonal.

312. **Mutation du registre matrimonial.** La signature d'un contrat de mariage entre les époux (art. 182 ss CC) peut avoir une répercussion de plein droit sur la propriété des biens appartenant aux époux. Dès lors, si les époux choisissent le régime de la communauté de biens, un immeuble peut passer de la propriété individuelle d'un époux à la propriété commune des deux. Dans un tel cas, l'acquisition de l'immeuble intervient de par la loi et une inscription subséquente au registre foncier peut intervenir sur réquisition d'un des deux époux (art. 665 al. 3 CC). Il s'agit donc d'un mode d'**acquisition dérivée** de la propriété foncière **sans inscription**.

313. **Modes d'acquisition dérivée moyennant une inscription.** Le mécanisme général de l'acquisition dérivée moyennant une inscription au registre foncier suppose toujours deux étapes, à savoir un **titre d'acquisition et une opération d'acquisition**. Cette dernière est aussi, à son tour, divisée en deux séquences distinctes, à savoir **l'acte de disposition et un acte matériel qui consiste en l'inscription au grand livre**. Ci-après, le mode d'acquisition dérivée avec inscription au registre foncier est présenté de manière plus approfondie (point 8.2.2 ss).

8.2.2. Titre d'acquisition

314. **Fonction et justificatifs.** La cause de l'inscription d'un transfert de propriété au registre foncier repose sur la validité de l'acte juridique qui forme le titre d'acquisition. Or, au vu du **principe de causalité** (voir ci-dessus 1.3), toute procédure visant le transfert de la propriété foncière nécessite une cause valable (art. 965 al. 1 *in fine* et art. 965 al. 3 CC). L'art. 64 ORF cite les divers titres d'acquisition à fournir en cas d'inscription d'un nouveau propriétaire, respectivement les pièces justificatives qui en témoignent. Les art. 66 et 67 ORF énoncent encore des cas particuliers liés à la fusion de sociétés ou à des trusts. Le titre d'acquisition le plus fréquent est constitué par le **contrat** (art. 64 al. 1 lit. A ORF) qui peut être conclu en cas **de vente**, de donation, d'échange, etc. (voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 841). Il peut toutefois aussi s'agir d'une déclaration unilatérale, en cas de droit d'emption, de réméré ou de préemption (s'agissant alors des justificatifs à produire voir notamment l'art. 64 al. 1 lit. c et d ORF).

315. **Forme.** Sous réserve de dérogation dans le droit fédéral, le titre d'acquisition doit revêtir la **forme authentique** (art. 64 al. 1 lit. a ORF). Il s'agit d'une forme contractuelle solennelle, ayant pour objet de bien informer les parties contractuelles et de les protéger de décisions prises à la légère. Le droit cantonal fixe les modalités de la forme authentique (art. 55 s. T.f.). Elle exige l'intervention d'un officier public (très souvent un notaire) autorisé par le droit cantonal à instrumenter des actes authentiques (pour plus d'informations sur la procédure d'instrumentation voir notamment MOOSER droit notarial, nos 579 ss ; voir aussi SUTTER-SOMM, nos 487 ss).

316. **Contenu.** L'acte authentique doit comporter **tous les points objectivement essentiels** ainsi que les **points subjectivement essentiels entrant naturellement dans le cadre du contrat en cause** (MOOSER droit notarial, nos 518 ss). Pour la vente, il s'agit en particulier de la désignation de l'immeuble concerné, des parties contractuelles et de leurs éventuels représentants, de l'engagement du vendeur de transférer l'immeuble et de la contre-prestation de l'acheteur (ici, il faut prendre en compte toute sorte de contre-prestations, qu'elles soient de nature financière ou autre, tant qu'elles sont liées au contrat de vente ; voir MOOSER droit notarial, nos 526 ss). Il existe encore un certain nombre **d'indications formelles** que le droit cantonal impose régulièrement aux officiers publics instrumentant l'acte authentique, telles que : l'identification de l'officier

public, le lieu de l'étude et de l'instrumentation, la date, l'identification des parties faite par l'officier public, les rapports de représentation, la signature de l'acte, les formalités d'instrumentation, etc. (MOOSER droit notarial, nos 543 ss).

8.2.3. Acte de disposition

317. **Réquisition au registre foncier.** La signature de l'acte de disposition est en principe nécessaire à l'acquisition de la propriété foncière mais elle ne sera pas pour autant suffisante. Afin que le conservateur du registre foncier puisse procéder à l'inscription de la volonté contractuelle, il lui faut en règle générale un acte de disposition sous la forme d'une réquisition (art. 46 al. 1 ORF). La réquisition est l'acte de disposition par lequel le **vendeur inscrit comme propriétaire au registre foncier** exécute son obligation – découlant du titre d'acquisition – de transférer la propriété foncière (voir STEINAUER droits réels I, no 948).

318. **Forme et contenu.** Sous réserve des cas contraires prévus par la loi (voir notamment les cas d'urgence énoncés à l'art. 48 al. 2 ORF), la réquisition doit se faire **par écrit** (art. 48 al. 1 ORF). Cette exigence ne s'étend pas seulement à la réquisition comme telle, mais aussi aux pièces justificatives qui l'accompagnent (FASEL, no 15 ad art. 48 ORF). La réquisition ne peut être subordonnée à **aucune condition ni réserve** (art. 47 al. 1 ORF) et elle doit **indiquer séparément chaque inscription à faire** (art. 47 al. 2 ORF). Si, en plus du transfert de la propriété foncière, des nouveaux droits réels doivent être constitués ou des droits réels existants doivent être radiés (p.ex. des droits de gage immobiliers), cela doit être indiqué dans la réquisition. Il en va de même d'un éventuel ordre ou d'une éventuelle interdépendance entre les inscriptions (art. 47 al. 3 et 4 ORF).

319. **Auteur.** En principe, la réquisition émane de la **personne inscrite comme propriétaire au registre foncier** (art. 963 al. 1 CC). Celle-ci doit pouvoir se légitimer quant à son **pouvoir de disposition** (art. 965 al. 1 CC). Il se peut que le législateur cantonal charge l'**officier public** ayant dressé l'acte authentique de requérir les actes qu'ils ont dressés (art. 963 al. 3 CC). Il s'agit alors d'une véritable obligation légale qui supprime l'exigence d'un pouvoir de représentation pour l'officier public (MOOSER droit

notarial, nos 260 ss). Enfin, la réquisition peut être déposée par un **représentant** (art. 49 ss ORF).

320. **Retrait de la réquisition.** Une fois faite, la réquisition ne peut pas être retirée **sans le consentement des bénéficiaires**, en l'occurrence, sans celui de l'acquéreur à qui elle doit conférer la propriété foncière (art. 47 al. 1 ORF ; STEINAUER droits réels I, nos 949 ss). Si la réquisition émane de l'**officier public**, celui-ci ne peut la retirer qu'avec le consentement des deux parties, voire de toutes les parties contractuelles (MOOSER droit notarial, no 263).

321. **Inexécution.** La signature du contrat ne confère donc pas encore la propriété à l'acheteur. Celle-ci suppose une inscription au registre foncier et, donc, une réquisition de la part du propriétaire inscrit (art. 963 al. 1 CC et art. 46 ORF). Que se passe-t-il, si – après la signature du contrat de vente – le vendeur refuse de requérir l'inscription au registre foncier et que l'officier public n'en est ni chargé par le droit cantonal, ni mandaté par les parties contractuelles ? Si ce refus intervient sans droit, l'acheteur peut **agir en attribution judiciaire de la propriété** (art. 665 al. 1 CC ; STEINAUER droits réels II, no 2102 : action en exécution du transfert de la propriété ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 894a). Afin de ne pas risquer l'acquisition de la propriété par un tiers de bonne foi durant la procédure, le demandeur a intérêt à faire annoter une restriction du pouvoir de disposer selon l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC. Le jugement a alors un effet formateur et la propriété passe à l'acheteur, même avant l'inscription au registre foncier (art. 656 al. 2 CC). Pour pouvoir disposer de son immeuble et pour éviter qu'un tiers de bonne foi puisse acquérir la propriété contre son gré, il doit néanmoins requérir son inscription au registre foncier en tant que propriétaire de l'immeuble. Comme pièce justificative, il devra joindre le jugement avec l'attestation de son entrée en force (art. 65 al. 1 lit. e ORF) à sa réquisition (pour le tout voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 849a ss ; SUTTER-SOMM, nos 505 ss).

8.2.4. Opération d'acquisition

322. **Dernière étape.** Avec la réquisition d'inscription au registre foncier, les parties contractuelles ont tout fait pour transférer la propriété foncière à l'acquéreur. Cela nonobstant, la propriété ne passe pas encore avec cet acte. Certes, en règle générale, il aboutit à une indication au journal et fixe

ainsi le moment du transfert de la propriété (art. 972 CC), mais seulement à condition que le transfert de propriété soit, finalement, inscrit au grand livre du registre foncier.

323. **Contrôle du conservateur du registre foncier.** Selon ce qui a été indiqué ci-dessus au point no 3.2.6, le conservateur du registre foncier doit procéder à un contrôle (essentiellement formel) de la réquisition et du contrat de vente, avant de pouvoir procéder à l'inscription du nouveau propriétaire au registre foncier.

8.3. Effets

324. **Renvoi général.** La propriété foncière est un type particulier de propriété et les art. 641 à 654 CC s'y appliquent tout comme à la propriété mobilière. Dès lors, il convient de renvoyer au point 4.2 pour ce qui est du contenu général de la propriété foncière et surtout au point 4.3 pour ce qui est de l'étendue de la propriété foncière, plus particulièrement pour **l'étendue horizontale et verticale selon l'art. 667 CC**. En outre, la copropriété ordinaire et, surtout, la propriété par étages peuvent aussi porter sur des immeubles. Pour cette raison, les affirmations faites aux points 5.3 et 6.3 ci-dessus s'appliquent à la propriété foncière dans de tels cas. Ci-dessous, nous allons donc uniquement compléter ces exposés.

8.3.1. Droits et obligations

325. **Droits.** En dehors des normes liées à l'étendue de la propriété foncière (art. 667 à 679a CC), le Code civil ne régit **pas** – à première vue – **de manière spécifique les droits rattachés à la propriété foncière**. Dès l'art. 680 CC et jusqu'à l'art. 712 CC, il se consacre d'ailleurs de manière très étendue à la restriction de la propriété foncière. Toutefois, avec l'introduction, au chapitre 3 (art. 712a à 712t CC), à la fin de la réglementation liée à la propriété foncière, l'institution de la propriété par étages a été insérée dans le titre 19^e de la loi, qui régit aussi bien des droits et des obligations (à ce propos, voir ci-dessus chapitre 6). En outre, la **systematique légale n'est pas aussi rigide** qu'elle n'y paraît à première vue. Ainsi, le **droit de voisinage** précise certains droits qu'un propriétaire foncier peut faire valoir dans des situations particulières (p.ex. art. 687 CC,

le droit de couper et de garder des branches avançant sur son fonds et lui portant préjudice, ainsi que le droit de garder des fruits ; p.ex. art. 693 al. 1 CC, le droit d'exiger le déplacement de conduites à certaines conditions ; p.ex. art. 694 CC, le droit d'exiger un droit de passage nécessaire ; p. ex. art. 710 CC, le droit à une fontaine nécessaire, etc.). Le législateur lui attribue aussi des **créances en indemnisation ou dédommagement** à certaines conditions (notamment aux art. 679a, 694 al. 1, 701 al. 2 et 706 s. CC).

326. **Obligations.** La loi régleme les obligations du propriétaire foncier de manière plus explicite que ses droits (voir ci-dessus). Ces obligations font notamment l'objet des art. 680 ss CC, en relation avec les restrictions liées au droit de voisinage. Ainsi, les art. 679 et 679a CC introduisent un type particulier de **responsabilité civile** du propriétaire foncier causant des immissions pour l'immeuble voisin. Il s'agit-là de normes générales qui trouvent écho plus loin dans la loi (art. 694 al. 1 CC, 701 al. 2 CC, 706 s. CC). En outre, le législateur impose aussi des **obligations d'abstention** dans le cadre du droit de voisinage (p.ex. art. 685 al. 1 CC, interdiction de nuire au voisin par des travaux de construction sur son propre terrain). Enfin, en dehors du Code civil, le propriétaire foncier peut aussi être confronté à des obligations, compte tenu de son statut particulier. Ainsi, lorsque son bien-fonds comporte un ouvrage, le **propriétaire de l'ouvrage** – qui est souvent le propriétaire foncier (art. 667 al. 2 CC) – assume une **responsabilité civile objective** en cas de dommage provoqué par ledit ouvrage.

327. **Obligations propter rem.** Le statut de propriétaire foncier donne parfois lieu à des obligations *propter rem*, à savoir dont le **débiteur ou l'obligé est désigné par le droit de propriété qu'il peut avoir sur un immeuble**. Ainsi, le propriétaire actuel d'une part d'étage est débiteur d'une contribution légale aux frais et charges communs de la propriété par étages (art. 712h al. 1 CC). Une obligation *propter rem* peut aussi naître par le biais d'une convention contractuelle, opposable à tout propriétaire ultérieur d'une relation juridique (p.ex. art. 730 al. 2 CC, obligation accessoire qui ressort de l'inscription au registre foncier ; voir SUTTER-SOMM, no 50). Une obligation *propter rem* peut avoir divers contenus, tels qu'une contribution financière ou une obligation de faire, de s'abstenir, etc. Pour plus d'informations voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 21 ss ; STEINAUER droits réels I, nos 53 ss ; SUTTER-SOMM, nos 48 ss.

8.3.2. Restrictions de droit public et de droit privé

328. **Ordre juridique.** Notre ordre juridique comporte des restrictions qui s'imposent à la propriété foncière. Elles peuvent découler du droit privé ou du droit public, du **droit fédéral, voire même du droit cantonal ou communal** (voir art. 702 CC). Ces restrictions limitent le droit d'utiliser la chose ou le droit d'en disposer. Il est impossible de vouloir présenter une liste complète de telles restrictions (pour une présentation plus systématique, voir STEINAUER droits réels II, nos 2851 ss). Ainsi, nous nous contentons d'apporter ci-dessous quelques exemples contenus dans diverses lois, avant de consacrer notre analyse aux restrictions de la propriété foncière découlant spécifiquement du Code civil (et partiellement du Code des obligations) :

- restrictions liées à la **construction ou l'affectation de l'immeuble** : au niveau fédéral, la LAT et, au niveau cantonal, les lois sur l'aménagement du territoire et relatives aux constructions (voir, pour le canton de Neuchâtel, la loi cantonale sur l'aménagement du territoire, du 2 octobre 1991, RSN 700.1 ; la loi sur les constructions, du 25 mars 1996, RSN 720.0) ;
- restrictions liées au **droit de disposition** : au niveau fédéral, la LFAIE et la LDFR ou au niveau cantonal pour Neuchâtel, la loi limitant la mise en vente d'appartements loués, du 22 mars 1989, RSN 846.0 ;
- divers : la législation fédérale ou cantonale sur l'**expropriation** (la loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930, RS 711 et, pour le canton de Neuchâtel, la loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, du 26 janvier 1987, RSN 710), la législation sur l'**environnement** (la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, RS 814.01 et, pour le canton de Neuchâtel, la loi sur la protection de la nature, du 22 juin 1994, RSN 461.10), la législation sur la **protection des animaux** (la loi fédérale sur la protection des animaux du 16 décembre 2005, RS 455 ainsi que, pour le canton de Neuchâtel, la loi d'introduction de la législation fédérale sur la protection des animaux, du 24 janvier 2012, RSN 465.0), la législation sur les **améliorations foncières** (art. 703 CC ; STEINAUER droits réels II, nos 2869 ss ; pour le canton de Neuchâtel, la loi sur les

améliorations structurelles dans l'agriculture, du 10 novembre 1999, RSN 913.1) ;

· etc.

329. **Validité sans inscription.** L'art. 680 CC contient des affirmations qui semblent aller de soi. Selon cette disposition légale, les restrictions légales ne sont pas soumises au principe d'inscription au registre foncier. Elles existent de manière indépendante du registre foncier, même s'il n'est pas exclu de les y insérer sous la forme d'une **mention** (voir notamment art. 53 ORF). Dans un tel cas, la mention n'a qu'un effet informatif et n'est donc pas constitutive de la restriction en question. Par ailleurs, l'art. 680 al. 2 et 3 CC exclut la modification de restrictions légales dans l'intérêt public (SUTTER-SOMM, no 696) et soumet à la forme authentique une éventuelle modification d'autres restrictions légales (voir aussi art. 681b al. 1 CC). Il convient également de distinguer les **restrictions légales directes et indirectes**. Les premières s'appliquent de plein droit aux propriétaires et sont opposables à tous, même aux acquéreurs ultérieurs. Les secondes supposent souvent une procédure d'acquisition pour leur permettre de prendre naissance (voir notamment les hypothèques légales indirectes). Dès lors, sans inscription au registre foncier et réquisition de leur bénéficiaire, elles n'existent pas. **L'art. 680 al. 1 CC s'applique donc aux restrictions légales directes mais pas aux restrictions légales indirectes.** Pour un exposé approfondi, voir notamment STEINAUER droits réels II, nos 2528 ss.

8.3.3. Restrictions légales au droit de disposition

330. **Droits de préemption légaux.** Les art. 681 ss CC prévoient un droit de préemption légal en cas de copropriété ordinaire ou de droit de superficie. De plus, l'art. 682a CC contient un renvoi particulier aux droits de préemption légaux liés au droit foncier rural. Ces droits de préemption, tout comme le droit d'emption et le droit de réméré, sont des droits personnels qui restreignent la liberté de disposer d'un propriétaire foncier. Il est toutefois erroné de vouloir réduire le droit de préemption à une restriction légale de la propriété foncière. Bien au contraire, les **droits de préemption ainsi que les droits d'emption ou de réméré** existent principalement comme **restrictions volontaires et contractuelles** du droit de disposer. Ils apparaissent également ailleurs dans le Code civil (art. 712c CC, art. 959 CC) et même dans le Code des obligations

(art. 216 ss CO). Ils constituent une **restriction** de la propriété foncière **de nature personnelle et non réelle**, ce qui les distingue clairement des droits réels. Pour toutes ces raisons, dans le présent ouvrage, on réserve une place particulière au droit de préemption (chapitre 15), d'emption (chapitre 16) et de réméré (chapitre 17), afin de mieux les comprendre dans leur globalité. L'exposé sur le droit de préemption inclut aussi celui sur le droit de préemption légal.

8.3.4. Droit de voisinage

331. **Notion.** Le droit de voisinage est un ensemble de normes ayant pour objectif de faciliter la **coexistence pacifique** entre les voisins et de permettre une **exploitation optimale du sol** et de ses ressources (voir aussi STEINAUER droits réels II, no 2601 ; SUTTER-SOMM, no 725). Sur un plan strictement systématique, il est régi au sous-titre III de la partie consacrée aux restrictions de la propriété foncière (art. 684 à 698 CC). La mise en œuvre du droit de voisinage est prévue aux art. 679 s. CC (responsabilité du propriétaire). En outre, les autres restrictions prévues dans la partie précitée du Code civil sont liées au **droit des sources** (art. 704 à 712 CC) et comportent aussi des restrictions du droit de propriété. C'est la raison pour laquelle on en dira quelques mots, ci-après.

332. **Devoir de tolérance comme pierre angulaire.** L'utilisation d'un immeuble cause très souvent des immissions ressenties, en premier lieu, sur l'immeuble lui-même. Ainsi, le fait d'habiter une maison entourée d'une certaine surface de terrain et clôturée par des haies vis-à-vis des propriétés voisines peut passer inaperçu pour les voisins. Cela étant, le fait d'exploiter un bien immobilier peut aussi avoir des influences sur un immeuble voisin. Or, **de telles influences doivent en règle générale être tolérées entre voisins** (STEINAUER droits réels II, no 2603), d'une part, afin de permettre aux immeubles de remplir la fonction qui leur est attribuée par la société, d'autre part, pour respecter la liberté liée au statut de propriétaire (voir ci-dessus 4.2.1 et ATF 144 III 19 = JdT 2018 II 265, cons. 4.1). Les relations entre propriétaires voisins ne sont donc, en principe, pas soumises à un devoir de retenue, comme peuvent l'être les relations découlant d'une servitude (art. 737 al. 2 CC).

333. **Immission excessive comme exception.** Tout d'abord, il convient de préciser que des immissions sont des **conséquences indirectes que**

L'exercice de la propriété peut avoir sur d'autres immeubles (STEINAUER droits réels II, no 2606). Le législateur vise aussi bien les immissions **positives** (pollution de l'air, mauvaises odeurs, tremblements, bruit, etc.) que les immissions **négatives** (privation de lumière, de vue ou d'ensoleillement, etc. ; voir art. 684 al. 2 CC et ATF 138 III 49, cons. 4.4.1). Cela étant, l'immission n'est sanctionnée que si elle est excessive au sens de l'art. 684 al. 1 CC. Dans la délimitation entre les immissions licites et celles qui sont illicites parce qu'excessives, le facteur déterminant est **l'intensité de l'effet dommageable**, qui doit être appréciée d'après **des critères objectifs**. Le juge doit procéder à une **pesée objective et concrète des intérêts** en présence, en prenant comme référence la sensibilité d'un homme ordinaire se trouvant dans la même situation (TF 5A_23/2008, cons. 6.1). Les autres critères d'évaluation du caractère excessif de l'immission découlent directement de l'art. 684 al. 2 CC : il faut tenir compte des **usages locaux, de la situation et de la nature des immeubles** impliqués (STEINAUER droits réels II, nos 2616 ss).

334. **Voisin dans le droit de voisinage.** Selon le libellé de l'art. 684 al. 1 CC, la « *propriété du voisin* » est protégée. Or, cette locution ne doit pas être prise au pied de la lettre. En effet, d'une part, le législateur ne protège pas seulement la propriété du voisin mais aussi les titulaires de **droits réels limités ou de droits contractuels** (notamment les locataires). D'autre part, le législateur ne protège pas uniquement les immeubles adjacents. Par propriété du voisin, il faut comprendre tout immeuble qui subit une immission par le biais de l'exploitation d'un autre immeuble, peu importe que les deux immeubles soient **voisins immédiats** ou qu'ils soient **plus éloignés** l'un de l'autre (voir STEINAUER droits réels II, no 2606 ; SUTTER-SOMM, no 727). Selon le Tribunal fédéral et en fonction du domaine du droit de voisinage concerné, les voisins peuvent même se trouver à **plusieurs kilomètres** l'un de l'autre (ATF 143 III 242, cons. 3.3). Le droit du voisinage s'applique aussi **entre propriétaires d'étages** (KOHLER, nos 391 ss ; PICCININ, nos 158 ss ; WERMELINGER ZK, nos 197 ss ad art. 712a).

335. **Art. 684 CC comme norme générale.** L'art. 684 CC prévoit une norme d'application générale qui donne de façon abstraite, un standard à respecter dans les relations entre voisins. Le législateur prévoit ensuite un certain nombre de situations particulières, pour lesquelles il institue des règles spéciales et des conditions plus détaillées. Nous allons les aborder brièvement ci-dessous.

336. **Autres domaines du droit de voisinage.** Ci-dessous, les domaines qui font l'objet d'une attention particulière de la part du législateur :

- Les art. 685 et 686 CC régissent les **règles relatives aux constructions** entre voisins. Le législateur interdit au propriétaire qui fait des fouilles ou des constructions de « *nuire à ses voisins en ébranlant leur terrain, en l'exposant à un dommage ou en compromettant les ouvrages qui s'y trouvent* » (art. 685 al. 1 CC). L'art. 686 CC constitue une **réserve proprement dite en faveur des cantons**, ceux-ci étant habilités à régler l'ensemble du droit privé des constructions. Selon le Tribunal fédéral même le droit cantonal public doit être pris en compte. Ainsi, « *lorsqu'un projet de construction correspond aux normes déterminantes du droit public sur la distance entre les constructions, qui ont été promulguées dans le cadre d'un règlement des constructions et des zones détaillé, conforme aux buts et aux principes de la planification définis par le droit de l'aménagement du territoire, il n'y a en règle générale pas d'immissions excessives au sens de l'art. 684 CC* » (ATF 138 III 49, cons. 4.4.2). Pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels II, nos 2623 ss ; SUTTER-SOMM, nos 777 ss.
- Les art. 687 et 688 CC sont consacrés aux **plantes**. L'art. 688 CC réserve aussi la **législation cantonale** pour les règles sur les distances concernant les plantes, car les habitudes locales ou régionales peuvent avoir une importance (pour le canton de Neuchâtel, voir art. 67 de la loi concernant l'introduction du Code civil suisse du 22 mars 1910, RSN 211.1 qui se réfère aux anciennes normes du Code civil neuchâtelois !). L'art. 687 CC régit les droits du propriétaire foncier qui subit **l'avancement de plantes voisines** sur son sol.
- Les art. 689 et 690 CC régissent le **flux des eaux** entre voisins. La première norme institue une obligation de recevoir sur le fonds inférieur les eaux qui **s'écoulent naturellement** depuis le fonds supérieur. En principe, aucun des voisins n'a le droit de modifier l'écoulement naturel des eaux au détriment de l'autre. L'art. 690 CC précise que le principe de la réception des eaux du fonds supérieur est aussi applicable en cas de **drainage**, si l'écoulement naturel existait déjà. Si toutefois le drainage cause un dommage au fonds inférieur, son propriétaire peut demander du propriétaire du fonds supérieur qu'il établisse, à ses frais, une conduite à travers le fonds inférieur (art. 690 al. 2 CC).

- Les art. 691 à 693 CC sont consacrés aux **conduites traversant un bien-fonds**. Selon l’art. 691 al. 1 CC, « tout propriétaire est tenu, contre réparation intégrale du dommage, de permettre l’établissement à travers son fonds des lignes ou des conduites de desserte et d’évacuation permettant de viabiliser un autre fonds s’il est impossible ou excessivement coûteux d’équiper celui-ci autrement. » Dans l’exercice de ce droit, le bénéficiaire doit **prendre équitablement en compte les intérêts du propriétaire obligé** (art. 692 CC). Ainsi, aux conditions de l’art. 693 CC, il peut même demander le **déplacement des conduites**, en principe, aux frais du bénéficiaire du droit. Le propriétaire bénéficiaire de ce droit de conduite peut exiger à ses frais, son inscription au registre foncier au titre de **servitude** (art. 691 al. 3 CC).
- Les art. 694 à 696 CC règlent les **droits de passage** découlant du droit de voisinage. Dans ce contexte, on relève le **passage nécessaire** permettant au propriétaire foncier ne disposant pas d’une issue suffisante sur la voie publique d’obtenir, contre **pleine indemnité** (pour le calcul, voir TF 5A_942/2019, cons. 3.3.2), une servitude de passage sur le fonds voisin. L’art. 694 al. 2 CC institue un ordre de priorité entre les voisins devant accepter le passage nécessaire (TF 5A_174/2007, cons. 3). Avec le droit sur l’aménagement du territoire et les exigences liées à l’équipement d’un terrain à bâtir (art. 15 al. 4 lit. b et 19 LAT ; voir aussi l’art. 22 al. 2 lit. b LAT pour ce qui est du permis de construire), cette disposition trouve de moins en moins application, notamment parce que le Tribunal fédéral **privilégie les instruments de planification** (notamment des procédures d’amélioration foncière) pour accorder un tel droit de passage (TF 1P.559/2000, cons. 2.b). Par ailleurs, le passage nécessaire ne peut être invoqué qu’en cas de véritable nécessité (TF 5A_629/2009, cons. 3.2.1). L’art. 695 CC réserve le droit cantonal pour d’autres **droits de passage légaux** dans des circonstances bien particulières (pour le canton de Neuchâtel, voir art. 68 de la loi concernant l’introduction du Code civil suisse du 22 mars 1910, RSN 211.1 qui se réfère aux anciennes normes du Code civil neuchâtelois ainsi que du code rural !).
- Etc.

337. **Sources.** La dernière partie de la réglementation de la propriété foncière dans le Code civil (art. 704 à 712 CC) est consacrée aux sources.

Il ne s'agit pas directement d'un sujet de droit de voisinage, mais il est très proche de celui-ci. Dans une Suisse rurale et non équipée d'une desserte d'eau généralisée du début du 20^e siècle, ce sujet était **primordial**, sans atteindre, peut-être l'importance que la littérature lui a fait acquérir dans des romans situés dans le Midi de la France (Jean de Florette et Manon des sources de Marcel Pagnol). Aujourd'hui, où nous sommes presque tous reliés au réseau de distribution des eaux publiques, la question n'a **plus du tout la même portée**. Nous renonçons dès lors à un exposé plus approfondi de la question, tout en renvoyant aux ouvrages de la doctrine, dont STEINAUER droits réels II, nos 2722 ss et SUTTER-SOMM, nos 876 ss.

338. **Mise en œuvre du droit de voisinage (art. 679 s. CC)**. Le propriétaire victime d'immissions excessives au sens de l'art. 684 ss CC peut agir en **cessation ou prévention du trouble** ainsi qu'en **réparation du dommage** (art. 679 CC ; ATF 138 III 49, cons. 4.4.1). Selon la doctrine, on peut y ajouter, lorsque les conditions sont remplies, l'action en constatation de droit (voir SUTTER-SOMM, nos 757 ss). Comme l'affirme le Tribunal fédéral (ATF 143 III 242, cons. 4.5), la responsabilité instituée par l'art. 679 al. 1 CC est une responsabilité causale, **indépendante de toute faute** du propriétaire à l'origine de l'atteinte. Ainsi, la responsabilité du propriétaire recherché « *suppose la réalisation de trois conditions : un excès du propriétaire dans l'utilisation de son fonds ; une atteinte (actuelle ou menaçante) aux droits du voisin ; enfin, un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'excès et l'atteinte* » (ATF 143 III 242, cons. 3.1). La **qualité pour agir** appartient à toute personne qui est propriétaire ou titulaire d'un droit réel limité respectivement d'un droit personnel (locataire ou fermier) d'un immeuble touché par l'immission excessive (SUTTER-SOMM, no 766). Le **propriétaire foncier a qualité pour défendre** à une action fondée sur l'art. 679 CC lorsqu'il cause lui-même le dommage ou lorsque celui-ci est le fait d'une tierce personne qui utilise directement l'immeuble avec son autorisation. Le propriétaire peut ainsi être recherché **pour le fait d'un tiers** (locataire ou fermier). Cela étant, le Tribunal fédéral a traité la question de la qualité pour défendre, en l'attribuant aussi au titulaire d'un droit réel limité qui a l'usage du fonds ou encore au titulaire d'un droit personnel permettant d'utiliser le fonds (locataire, fermier ; pour le tout : ATF 143 III 242, cons. 3.4). Le **for** se trouve au lieu de situation de l'immeuble atteint par l'immission excessive, à moins que le demandeur ne réclame des dommages et intérêts. Dans un tel cas, le for du domicile du défendeur est aussi ouvert (voir SUTTER-SOMM, no 765). La délimitation entre l'action découlant de l'art. 679 CC et les autres moyens du propriétaire atteint peut être délicate (ATF 131 III

505 = JdT 2006 I 27, cons. 5.3 s. ; pour une vue d'ensemble : SUTTER-SOMM, nos 770 ss).

8.3.5. Restrictions volontaires

339. **Liberté du propriétaire foncier.** Le propriétaire foncier peut restreindre son droit de propriété, en limitant son droit d'utilisation (p.ex. en constituant une servitude respectivement en concluant un bail à loyer) ou son droit à la libre disposition (p.ex. en concluant des droits de préemption, d'emption ou de réméré). Bien entendu, cette liberté n'existe que dans le cadre de l'ordre juridique et le respect d'éventuelles dispositions de forme.

8.3.6. Immeubles dépendants (art. 655a CC)

340. **Situation typique.** Il existe des situations, dans lesquelles un propriétaire foncier ne parvient pas à couvrir tous ses besoins infrastructurels sur la surface de son propre bien-fonds (accès, chauffage, place de jeu, places de parc, etc.). Dans de telles situations, le législateur offre la solution des servitudes et des charges foncières, afin de lui **permettre de prolonger ses droits au-delà de la surface de son immeuble**. Très souvent, ces instruments suffisent à assurer un équipement et une exploitation optimale du bien-fonds. Toutefois, surtout dans des zones urbaines ou d'agglomération, il peut arriver que ces droits réels limités ne permettent pas de trouver une solution adéquate. Le législateur a alors offert à l'art. 655a CC la possibilité de relier deux immeubles entre eux, de telle manière que l'un d'entre eux (immeuble dépendant) soit entièrement destiné et mis à disposition de l'exploitation de l'autre (immeuble principal). Il crée donc un **lien de subordination entre les deux immeubles**, afin de permettre de résoudre un problème d'infrastructure (en allemand on utilise la locution de « *subjektiv dingliche Verknüpfung* » pour désigner le lien de dépendance ; FASEL, nos 8 et 21 ad art. 95 ORF ; SUTTER-SOMM, no 459). En outre, l'immeuble dépendant peut n'être au service que d'un seul ou de **plusieurs immeubles principaux**. On parle alors de **copropriété dépendante**, lorsque, par exemple, une surface de circulation piétonne et de loisirs doit desservir tout un lotissement (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 04.205 ; SUTTER-SOMM, no 170).

341. **Création du lien de dépendance.** Le lien de dépendance doit être créé par le ou les propriétaires du fonds dépendant. Il n'intervient pas automatiquement, par l'effet de la loi. Afin de créer ce lien, plusieurs conditions doivent être réalisées :

- Le propriétaire de l'immeuble dépendant et de l'immeuble principal doit être **identique**. Si l'immeuble dépendant est détenu en copropriété (ordinaire), cette identité tombe au profit des copropriétaires.
- Le propriétaire individuel – ou les copropriétaires (à l'unanimité ; art. 95 al. 2 ORF) – doivent remettre une **réquisition au registre foncier**, afin que ce lien de dépendance soit indiqué au registre foncier.
- L'information intervient de deux manières. D'une part, il convient de remplacer la désignation du propriétaire dans la **rubrique « propriété » du feuillet** du grand livre de l'immeuble dépendant par la **désignation de l'immeuble principal** (art. 95 al. 1 ORF). Cela indique, pour l'immeuble dépendant, que sa propriété n'est pas liée à une personne déterminée, mais au propriétaire actuel de l'immeuble principal. Bien entendu, lorsque l'immeuble dépendant sert les propriétaires de plusieurs immeubles principaux qui le détiennent en copropriété, ces immeubles sont tous indiqués dans la rubrique « *propriété* » de l'immeuble dépendant. En outre, le lien de dépendance est indiqué **dans l'état descriptif ou dans la rubrique « mentions »** du feuillet du grand livre de **l'immeuble principal** (art. 95 al. 5 ORF), afin que les acquéreurs potentiels de celui-ci soient informés de « *ce prolongement* » de l'immeuble principal. Ainsi, le lien dépendant est simultanément **inscrit** sur le feuillet de l'immeuble dépendant **et mentionné** sur le feuillet de l'immeuble principal (aussi, en allemand on parle de « *Anmerkungsgrundstück* » pour parler de l'immeuble dépendant ; voir FASEL, no 6 ad art. 95 ORF). Pour plus d'informations voir FASEL, nos 21 ss ad art. 95 ORF.
- La création du lien de dépendance exige que l'immeuble dépendant **ne soit grevé d'aucun gage immobilier ni de charge foncière** (art. 95 al. 3 ORF). Si un tel droit réel limité devait exister, le lien de dépendance ne peut être créé qu'après avoir radié ces charges, en les reportant, si besoin, sur l'immeuble principal.

342. **Effets restrictifs.** Selon l'art. 655a al. 1, 2^e phrase CC, **l'immeuble dépendant partage le sort juridique de l'immeuble principal.** Il ne peut donc être ni aliéné, ni mis en gage, ni grevé d'un autre droit réel séparément. Dans cette mesure, le lien de dépendance donne lieu à une restriction du droit de disposer librement de l'immeuble dépendant, par le lien qu'il crée entre celui-ci et l'immeuble principal. Ce principe est confirmé, pour le cas d'une copropriété dépendante, par l'art. 655a al. 2 CC. En effet, dans une telle situation, le droit de préemption légal des copropriétaires (art. 681 ss CC) et le droit d'exiger le partage (art. 650 ss CC) ne peuvent pas être invoqués lorsque la chose a été affectée à un but durable. Pour plus d'informations sur l'effet général du lien de dépendance entre deux immeubles, voir aussi STEINAUER droits réels II, nos 2042 ss.

8.4. Extinction

343. **Base légale.** Seul l'art. 666 CC est expressément consacré à la perte de la propriété foncière. Or, celui-ci est relativement bref et ne prévoit que ce qui suit, à son premier alinéa : « *La propriété foncière s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble.* » L'alinéa 2 est tout aussi particulier, en prévoyant qu'en cas d'expropriation, l'extinction intervient selon les lois applicables au droit d'expropriation. Avec tout le respect dû au législateur, cette réglementation n'est ni complète, ni bien structurée. Comme indiqué, ci-dessus (5.4 et 6.4.1), dans le cadre de l'extinction de la propriété collective, il convient de distinguer l'extinction relative et l'extinction absolue. Ensuite, nous aborderons brièvement quelques cas d'extinction.

8.4.1. Extinction relative et extinction absolue

344. **Distinction.** Ci-dessus, aux points 5.4 et 6.4.1 nous avons déjà distingué l'extinction relative de l'extinction absolue de la copropriété, respectivement de la propriété par étages. Par analogie, une **extinction relative n'intervient que pour le propriétaire actuellement inscrit au registre foncier alors que l'extinction absolue de la propriété foncière intervient pour toute personne** (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/

GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 06.169 ; SUTTER-SOMM, nos 593 ss). Ci-après, quelques exemples :

- **Cas d'extinction relative** : le transfert de gré à gré de l'immeuble (vente, échange ou donation), la succession universelle (art. 560 CC), la réalisation forcée de l'immeuble, le jugement, l'acquisition par un tiers de bonne foi, la déréliction, etc.
- **Cas d'extinction absolue** : la perte totale de l'immeuble, l'expropriation, dans la mesure où l'immatriculation de l'immeuble est radiée ultérieurement (art. 944 CC), etc.

8.4.2. Remarques sur quelques cas d'extinction

345. **Effet miroir.** Certains des cas d'extinction indiqués ci-dessus ont déjà fait l'objet d'une analyse dans le cadre de l'acquisition de la propriété foncière. Il s'agit particulièrement du transfert de gré à gré de l'immeuble, de la succession universelle ou du jugement. Il n'est pas nécessaire de reprendre ces exemples liés principalement à l'**extinction relative** de la propriété foncière. En effet, si on a compris comment se déroule l'acquisition de la propriété foncière, on a automatiquement compris comment se déroule l'extinction pour le propriétaire inscrit. En effet, cela se déroule **de la même manière**, sous réserve du fait qu'il n'a pas le rôle d'acquéreur, mais celui **de la personne qui perd la propriété foncière**.

346. **Perte totale de l'immeuble.** Il ne faut **pas confondre** la perte totale de l'immeuble avec la destruction d'une éventuelle construction qui s'y trouve (incendie, tremblement de terre, etc.). La perte totale de l'immeuble suppose une **disparition physique** de celui-ci et donc en principe **de la surface de terrain** qu'il concerne. Cela pourrait, par exemple, être le cas si un lac avance définitivement sur la rive, notamment par l'effet d'un affaissement du terrain. Des auteurs soutiennent qu'une telle perte totale de l'immeuble n'est pas possible (voir notamment Genna Gian Sandro, *Der Untergang von Grundeigentum durch Naturereignisse*, RNRf 89/2008, p. 65 ss).

347. **Déréliction.** La déréliction est l'acte par lequel une personne renonce définitivement à la propriété foncière, sans pour autant transférer son droit à un successeur en droit (voir aussi STEINAUER droits réels II, no 2196). Une telle déréliction d'un immeuble suppose une **réquisition**

(écrite) du propriétaire inscrit au registre foncier, par laquelle il demande sa radiation dans la rubrique correspondante (SUTTER-SOMM, no 595). Il peut ainsi échapper à **certaines obligations** (surtout futures) liées à son **statut de propriétaire**, mais pas à toutes (notamment en cas de droit de gage garantissant une dette pour laquelle il répond aussi personnellement ou pour une pollution, pour laquelle il peut être recherché, selon le droit de l'environnement, en tant qu'ancien propriétaire ; voir aussi SUTTER-SOMM, no 599). Une fois la déréliction faite, l'immeuble peut notamment être acquis par la voie de l'**occupation** (art. 658 CC). Cela ne vaut toutefois pas, si l'immeuble abandonné est une part de **copropriété** ou une part d'étage. Dans un tel cas, pour des motifs liés à la structure juridique de la copropriété, les autres copropriétaires acquièrent la part de copropriété abandonnée (ATF 129 III 216 = JdT 2003 I 219, cons. 3).

348. **Clôture du feuillet.** Afin que l'extinction absolue de la propriété foncière soit aussi signalée au registre foncier, il faut non seulement radier l'inscription, comme le suggère l'art. 666 al. 1 CC, mais procéder à la clôture du feuillet au grand livre du registre foncier. Une telle clôture est envisagée à l'**art. 25 ORF**. Elle peut avoir plusieurs causes, dont la réunion de plusieurs immeubles en un ou la transformation d'un immeuble soumis au Code civil en un immeuble appartenant au domaine public non soumis à l'immatriculation (art. 944 CC ; FASEL, nos 5 et 9 ad art. 25 ORF). Dans les cas d'extinction absolue de la propriété foncière, cette clôture n'a qu'un effet déclaratif (art. 666 al. 2 CC).

Chapitre 9 Propriété mobilière

349. **Contexte et plan.** Même sans disposer de statistique précise, il est possible d'affirmer que la propriété mobilière est **le droit réel le plus répandu**. En effet, qui d'entre nous n'acquiert pas toutes les semaines, si ce n'est quotidiennement, un grand nombre de choses mobilières, à commencer par la nourriture que nous consommons, par les biens courants (articles d'hygiène, matériel de bureau) ou par les biens culturels (livres, disques vinyle, etc.) ? La **dématérialisation constante de certains biens de consommation** rend superflue l'acquisition de supports matériels, lorsque ceux-ci peuvent être téléchargés (qu'il s'agisse de films, de séries, de musique ou autres). Or, en principe, on n'acquiert pas de droits réels sur des téléchargements ou des accès en ligne. Ainsi, nous assistons vraisemblablement à la multiplication des lois et des domaines juridiques touchant à la propriété « *au sens commun du terme* » comme le droit de la propriété immatérielle, le droit des médias électroniques et le droit de la protection des données. Cela nonobstant, la majorité de ce qui nous entoure est encore matériel et la détention de biens dématérialisés ne rend donc pas superflue la propriété mobilière. Les droits réels garderont une importance primordiale dans l'ordre juridique et la société, aussi longtemps du moins, que l'être humain continue à vivre, totalement ou en partie, dans un monde matériel. Après quelques **généralités**, nous allons consacrer notre étude à **l'acquisition de la propriété mobilière**, à ses **effets** et son **extinction**.

9.1. Notion et objet

9.1.1. Notion

350. **Définition.** La propriété mobilière est la forme de propriété ayant pour objet les choses mobilières (art. 713 al. 1 CC) ainsi que les animaux et les forces naturelles.

351. **Bases légales.** La propriété mobilière est soumise aux art. 713 à 729 CC. Par ailleurs, le régime légal de la possession joue un rôle important dans le domaine de la propriété mobilière (art. 919 à 941 CC ; voir ci-

dessus le point 3.1). La possession est en effet l'instrument de publicité pour les transactions relatives aux choses mobilières. Enfin, il existe des législations propres à certains types de choses mobilières, qui – dans le cadre de leur champ d'application – **peuvent primer les normes du Code civil** (voir notamment la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923, RS 747.11 ; ou la loi fédérale sur le registre des aéronefs du 7 octobre 1959, RS 748.217.1 ; la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121 ; la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels du 20 juin 2003, RS 444.1).

9.1.2. Objet

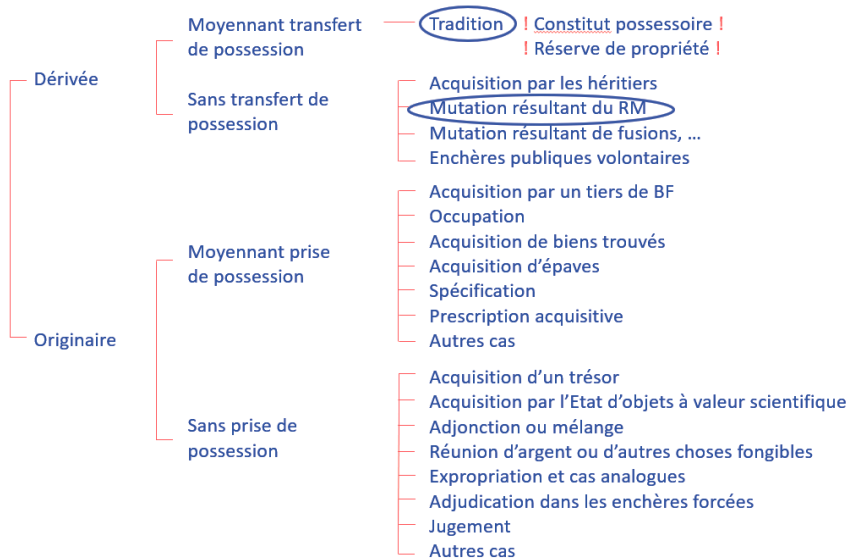
352. **Renvoi général.** Les choses, notamment les choses mobilières ainsi que les autres objets de droits réels ont été présentés, ci-dessus, au chapitre 2 du présent ouvrage. Afin d'éviter des répétitions inutiles, nous y renvoyons.

353. **Particularités.** Comme indiqué plus haut (point 2.1), il existe des choses remplissant toutes les caractéristiques de choses mobilières mais qui sont **totalemment ou partiellement soustraites aux règles du Code civil**. C'est notamment le cas des organes en vue d'une transplantation, des stupéfiants et de certains biens culturels. En présence d'une chose mobilière, il peut donc être prudent de se demander, si seul le Code civil est applicable ou si d'autres normes doivent aussi être consultées.

9.2. Acquisition

9.2.1. Système légal

354. **Principe.** Il existe beaucoup de modes d'acquisition de la propriété mobilière. On peut présenter cela comme suit dans un tableau (voir aussi STEINAUER droits réels II, no 2951) :



355. **Objet de la présentation.** Dans le tableau, le mode d'acquisition dérivée de la propriété mobilière moyennant transfert de la possession (tradition) est le plus usuel et fréquent. L'analyse, ci-dessous, est donc principalement axée sur ce mode d'acquisition (ci-après 9.2.2) non sans évoquer brièvement certains autres modes d'acquisition (ci-après 9.2.3).

356. **Acquisition originnaire ou dérivée.** Il y a **acquisition dérivée** lorsque le droit de l'**acquéreur** sur la chose dépend de la validité du droit de propriété **du propriétaire précédent** (transfert de la propriété). Il y a **acquisition originnaire**, lorsque la validité du droit de l'acquéreur ne dépend pas du droit de propriété du propriétaire précédent, mais **d'une autre cause juridique** qui lui a permis d'acquérir valablement la propriété (p. ex. acquisition par un tiers de bonne foi). Les art. 714 à 717 CC sont consacrés à l'acquisition dérivée de la propriété mobilière alors que les art. 718 à 728 CC mentionnent plusieurs cas d'acquisition originnaire.

357. **Acquisition avec ou sans transfert de la possession.** Selon l'art. 714 al. 1 CC, la **mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière**. Il s'agit là du principe général qui n'empêche pas exceptionnellement que la propriété puisse passer à l'acquéreur, sans que la possession ne lui soit transférée.

9.2.2. Modes d'acquisition dérivée

358. **Acquisition dérivée avec transfert de la possession.** Le **mécanisme ordinaire** d'acquisition de la propriété mobilière est celui de l'acquisition dérivée avec transfert de la possession. Ce mécanisme ressemble à celui de l'acquisition dérivée de la propriété foncière. Toutefois, l'inscription au registre foncier est remplacée par le transfert de la possession. Il suppose donc un titre d'acquisition, un acte de disposition et le transfert de la possession (voir ci-dessus 8.2.2 ss).

359. **Titre d'acquisition.** Le titre d'acquisition est un acte juridique qui a pour effet d'obliger le propriétaire actuel à transférer la propriété de la chose à l'acquéreur. Vu le principe de la liberté contractuelle et de la forme (art. 11 CO), ce titre d'acquisition n'est en règle générale **pas soumis à une forme particulière** (cependant, voir notamment l'art. 243 CO). Le transfert de la propriété mobilière diverge donc du transfert de la propriété foncière (art. 657 al. 1 CC). Cela étant et sous réserve des modes d'acquisition originaire de la propriété foncière (en particulier l'acquisition par un tiers de bonne foi, art. 714 al. 2, 933 et 935 CC ou par occupation, art. 728 CC), **le titre doit être valable pour pouvoir aboutir au transfert de la propriété** (principe de causalité ; SUTTER-SOMM, no 948). Le titre d'acquisition est très souvent un contrat régi par le Code des obligations tel que la vente, l'échange, la donation, l'apport en société, etc. Il peut aussi être représenté par une disposition individuelle pour cause de mort (le legs ; pour le tout, voir STEINAUER droits réels II, nos 2955 ss).

360. **Acte de disposition.** Selon la doctrine dominante (voir l'énumération dans l'ouvrage STEINAUER droits réels II, no 2961), l'acte de disposition consiste en un **contrat réel par lequel l'aliénateur et l'acquéreur manifestent leur volonté de transférer la propriété de la chose en exécution du titre d'acquisition**. Ainsi, l'acte de disposition a la même fonction que la réquisition d'inscription au registre foncier lors de l'acquisition d'un immeuble. Cette théorie ne se retrouve pas de façon expresse dans la loi et elle est contestée par la doctrine minoritaire (voir notamment SUTTER-SOMM, nos 945 ss). Sans vouloir trancher la controverse, force est de constater que si cet acte de disposition, tel qu'il est décrit par la doctrine dominante, devait exister et être nécessaire, il n'est que très rarement constaté de manière consciente par les parties contractuelles en pratique. C'est une raison de plus pour la doctrine minoritaire (SUTTER-SOMM, no 945) de qualifier la notion d'acte de disposition comme une théorie abstraite de peu d'importance.

361. **Transfert de la possession.** La propriété ne passe qu'au moment où l'acquéreur est en possession de la chose. Tous les types de transfert de la possession consacrés aux art. 922 ss CC sont valables (voir ci-dessus 3.1.3). Par conséquent, le constitut possessoire (sur les effets particuliers voir cependant STEINAUER droits réels II, nos 2967 ss) et la *brevi manu traditio* constituent des modes d'acquisition de la possession valables et permettent donc le transfert de la propriété.

362. **Réserve de propriété comme condition suspensive au transfert de propriété.** Il existe des situations, dans la vie commerciale, où un propriétaire vend une chose contre un **paiement échelonné du prix de vente** (vente à crédit). Dans un tel cas, il lui arrive de vouloir garder la propriété de la chose jusqu'au paiement intégral du prix de vente, alors que la remise de la chose intervient bien avant. Une telle aspiration répond à un intérêt légitime du vendeur et le législateur a voulu en tenir compte (art. 715 s. CC, sous réserve du commerce de bétail, art. 715 al. 2 CC, celui-ci étant régi par l'art. 885 CC), tout **en encadrant le pacte de réserve de propriété afin d'éviter des abus** vis-à-vis de tiers créanciers de l'acquéreur ou de tiers acquéreurs ultérieurs de la chose. En effet, ceux-ci ne sont pas censés connaître le détail des ententes entre les parties et peuvent présumer que l'acquéreur est devenu propriétaire de la chose dès qu'il en a acquis la possession. Or, le pacte de réserve de propriété constitue une condition suspensive qui soumet le transfert de la propriété au paiement du prix (STEINAUER droits réel II, no 2983 ; SUTTER-SOMM, no 982). Le pacte de réserve de propriété **produit ainsi ses effets uniquement après son inscription** (constitutive) **dans le registre public tenu par l'office des poursuites** (art. 715 al. 1 CC ; pour plus d'informations voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 05.70 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1095 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 2988 ss ; SUTTER-SOMM, nos 982 ss ; Ordonnance concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété du 19 décembre 1910, RS 211.413.1).

9.2.3. Modes d'acquisition originaire

363. **Acquisition par le tiers de bonne foi.** Si la chose mobilière a été **confiée** par le possesseur à une personne qui a constitué un droit réel limité ou qui l'a vendue et que, dans les deux cas de figure si l'acquéreur est de bonne foi, ce dernier est protégé malgré l'invalidité de la cause du transfert (art. 933 CC). La même règle s'applique **à la monnaie ou à des titres au**

porteur (art. 935 CC). Pour le tout, voir ci-dessus 3.1.7 et STEINAUER droits réels II, nos 3052 ss ; SUTTER-SOMM, nos 958 ss.

364. **Occupation.** Selon l'art. 718 CC, celui « *qui prend possession d'une chose sans maître, avec la volonté d'en devenir propriétaire en acquiert la propriété* ». Vu le système de la loi, il doit s'agir **d'une chose mobilière sans maître** (au vu de l'existence du registre foncier, il est plus fréquent d'être confronté à une chose mobilière sans maître qu'à un immeuble sans maître ; art. 658 CC). A l'art. 719 CC, le législateur institue un régime spécial pour l'occupation des **animaux** (voir art. 641a al. 2 CC en distinguant les animaux captifs échappés, les animaux apprivoisés retournés définitivement à la nature sauvage ou les essaims d'abeilles. Les deux premières catégories d'animaux peuvent faire l'objet d'une acquisition par « *occupation* », alors que l'essaim d'abeilles ne devient pas sans maître par le seul fait de quitter sa ruche et de pénétrer sur un fonds voisin. Pour les autres animaux, celui qui en trouve un doit en informer son propriétaire (art. 720a CC).

365. **Chose ou animal trouvé.** Les art. 720 à 724 CC sont consacrés aux choses et aux animaux trouvés. En premier lieu, celui qui trouve une chose ou un animal est obligé d'en informer son propriétaire. S'il ne le connaît pas, il **doit entreprendre les recherches** commandées par les circonstances. Lorsque la chose a une valeur manifestement supérieure à 10 francs, il doit s'adresser à la **police ou à l'autorité compétente** désignée par le droit cantonal (en cas d'animal ; art. 720a CC), s'il ne trouve pas le propriétaire (art. 720 al. 2 CC). Durant ce temps et sous réserve de dispositions légales particulières, la personne qui a trouvé la chose doit la garder avec le soin nécessaire (art. 721 al. 1 CC). Si les recherches n'aboutissent pas, elle en **acquiert la propriété après cinq ans** (art. 722 al. 1 CC), voire après **deux mois** s'il s'agit d'un **animal** domestique qui n'est pas gardé pour des motifs financiers (art. 722 al. 1^{bis} CC ; voir aussi art. 722 al. 1^{ter} CC si l'animal a été confié à un refuge). Si, en revanche, le propriétaire est trouvé dans ces délais, la personne qui a trouvé la chose doit la **restituer au propriétaire**, mais a le droit au **remboursement des frais et à une gratification équitable** aux conditions de l'art. 722 al. 2 et 3 CC.

366. **Renvoi.** Pour ce qui est **des trésors, des objets ayant une valeur scientifique et des épaves**, voir les art. 723 à 725 CC.

9.3. Effets

9.3.1. Contenu

367. **En général.** Le Code civil ne comporte **pas de dispositions légales** qui régissent spécifiquement les effets ou le contenu de la propriété mobilière. Ainsi, les effets décrits de manière introductive au chapitre 4 du présent ouvrage (notamment aux points 4.2 à 4.4) s'appliquent à la propriété mobilière. Voir aussi les points 5.3 et 7.3 lorsqu'une chose mobilière est l'objet d'une copropriété ou d'une propriété commune.

9.3.2. Restrictions

368. **Restrictions légales.** Comme indiqué ci-dessus (9.1.1), il existe un nombre important de normes – essentiellement de droit public – pouvant restreindre les droits du propriétaire, à condition qu'une propriété privée puisse être acquise par rapport à la chose en question. Il s'agit en particulier de la législation sur les stupéfiants, sur le transfert international des biens culturels mais aussi sur la protection des animaux, sur les armes, sur les explosifs, etc. (voir aussi SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1147).

369. **Restrictions volontaires.** Comme un immeuble, une chose mobilière peut faire l'objet de restrictions volontaires. Bien entendu, vu la nature de la chose mobilière, les restrictions ne sont pas en tous points identiques à celles relatives aux immeubles. Le propriétaire peut grever la chose de **droits réels limités**, notamment de certaines servitudes ou de droits de gage sous réserve du principe du *numerus clausus*. Une chose mobilière peut aussi faire l'objet d'un contrat conférant un **droit personnel** à l'une des parties (bail, prêt, etc.). Les normes de protection du bail (art. 253a s. CO) ne s'appliquent pas. À noter que la législation sur les aéronefs et sur les bateaux (ci-dessus 9.1.1) prévoit des conditions particulières pour certains actes juridiques que les parties devront respecter.

9.4. Extinction

370. **Base légale.** L'art. 729 CC est expressément consacré à la perte de la propriété mobilière. Or, de manière un peu paradoxale, cette disposition indique **un cas où la propriété mobilière n'est pas automatiquement perdue**. Il s'agit de la **perte de la possession** sans que le propriétaire n'ait pas fait abandon de son droit ou qu'un tiers n'ait pas acquis la chose (notamment par voie de la bonne foi, art. 714 al. 2, 933 ou 935 CC, voire par prescription acquisitive selon l'art. 728 CC).

9.4.1. Extinction relative et extinction absolue

371. **Distinction.** Ci-dessus, aux points 5.4 et 6.4.1, nous avons déjà distingué l'extinction relative de l'extinction absolue de la copropriété respectivement de la propriété par étages. Cette distinction est également pertinente dans le cadre de l'extinction de la propriété mobilière. Une **extinction relative n'intervient que pour le propriétaire alors que l'extinction absolue de la propriété foncière intervient pour toute personne** (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 06.169 ; SUTTER-SOMM, nos 593 ss). Ci-après, quelques exemples :

- **Cas d'extinction relative** : le transfert de gré à gré de la chose (vente, échange ou donation), la succession universelle (art. 560 CC), la réalisation forcée de la chose, le jugement, l'acquisition par un tiers de bonne foi, la déréliction, etc.
- **Cas d'extinction absolue** : la perte totale de la chose, notamment par voie de consommation (nourriture, énergie, etc.) ou par sa destruction.

9.4.2. Remarques sur quelques cas d'extinction

372. **Effet miroir.** Certains cas d'extinction indiqués ci-dessus ont déjà fait l'objet d'une analyse dans le cadre de l'acquisition de la propriété mobilière. Il s'agit particulièrement du transfert de gré à gré et de la succession universelle. Il n'est pas nécessaire de reprendre ces exemples

liés principalement à l'**extinction relative** de la propriété mobilière. En effet, si on a compris comment se déroule l'acquisition de la propriété mobilière, on a automatiquement compris comment se déroule l'extinction pour le propriétaire qui perd la chose. Le mécanisme est identique, sous réserve que la personne concernée n'a pas le **rôle** d'acquéreur, mais celui **de la personne qui perd la propriété mobilière**.

373. **Déréliction.** La déréliction est l'acte par lequel une personne **renonce définitivement à la propriété mobilière** de la chose, **sans pour autant transférer son droit à un successeur en droit** (voir aussi STEINAUER droits réels II, no 3209). Alors que d'aucuns considèrent la déréliction comme cause d'extinction absolue (notamment STEINAUER droits réels II, nos 3209 ss), l'avis inverse se soutient aussi. En effet, la déréliction ne devrait pas être confondue avec la destruction de la chose, car la propriété sur la chose abandonnée peut renaître (p.ex. par occupation). Vis-à-vis de l'extérieur, la déréliction se manifeste par l'abandon de la chose. Ce n'est toutefois pas suffisant, car, afin d'éviter d'appliquer l'art. 729 CC, le propriétaire doit également avoir **la volonté d'abandonner son droit** sur la chose. Sur le plan des droits réels, la déréliction est licite et ne suppose pas la réalisation d'autres conditions. Sur le plan du droit public, notamment du droit de l'environnement, la déréliction peut constituer un **comportement pénalement répréhensible** (art. 7 al. 6, 30 ss et 61 al. 1 lit. i LPE).

374. **Perte totale de l'animal.** Les normes relatives à la propriété mobilière sont aussi applicables à un animal (art. 641 a al. 2 CC). Toutefois, des normes spéciales sont réservées. Hormis les dispositions relatives au Code civil (notamment art. 720a, 728 al. 1bis, etc.), la **fin de vie d'un animal** est encadrée par d'autres normes légales, dont il convient de tenir compte (notamment la législation sur la protection des animaux, la législation sur l'élevage des animaux, la législation sur les épizooties, etc.). Or, ces normes restreignent la liberté du propriétaire (détenteur) en ce qu'elles veillent, au moins dans une certaine mesure, au respect de l'animal, de son bien-être et de sa dignité.



Partie III Droits réels limités

« Le puritanisme est la crainte épouvantable que quelqu'un puisse être heureux quelque part. »

H. L. Mencken



Chapitre 10 Généralités

375. **Contexte et plan.** Alors que la notion de propriété est connue de toutes et tous, le **concept de droits réels limités reste flou** pour la majorité de la population. En effet, hormis les propriétaires immobiliers, peu de personnes ont entendu parler de servitudes, de droits de gages ou de charges foncières. Cette méconnaissance n'est en rien révélatrice du manque d'importance de ces droits. Si on devait se servir d'une métaphore, on pourrait dire que le **droit réel limité est l'huile dans le rouage** quelque peu rigide et parfois erratique **de la propriété**. L'absence des droits réels limités changerait la face de l'économie, notamment immobilière. Ainsi, tout immeuble devrait pouvoir se suffire à lui-même, si les servitudes et les charges foncières n'existaient pas. L'acquisition des immeubles devrait, en règle générale, être entièrement financée par les fonds propres des acquéreurs, si les droits de gage n'existaient pas. Or, pendant longtemps, l'économie (notamment bancaire) se contentait d'un apport de fonds propres de la part de l'acheteur à hauteur de 10% du prix d'achat de l'immeuble. Il arrivait même des situations dans lesquelles la banque n'exigeait pas un apport minimal de fonds propres. Aujourd'hui, on semble être confronté à des exigences complètement disproportionnées en exigeant des fonds propres à hauteur de 20% du prix d'achat. Bien entendu, toutes ces contingences n'empêcheraient pas le monde immobilier de fonctionner, mais à coup sûr il « *tournerait* » différemment. Dès lors, il est d'une importance capitale de présenter, aux chapitres 11 à 13 les trois types de droits réels limités que connaît notre ordre juridique. Auparavant, nous allons nous concentrer sur la **notion** (ci-après 10.1 à 10.3), la **présentation** des différents **types de droits réels limités** (ci-après 10.4), **des divers principes de priorité** (ci-après 10.5) et, d'une particularité surprenante, la possibilité (relativement généralisée) **de grever la chose du propriétaire de droits réels limités en sa propre faveur** (ci-après 10.6).

10.1. Notion

376. **Définition.** Les droits réels limités sont des droits réels qui confèrent une maîtrise partielle sur une chose ou un animal. Cette maîtrise partielle permet à leur titulaire d'exercer un droit d'usage et/ou de jouissance, voire

de profiter de la garantie représentée par la valeur de la chose (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 07.02 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 3215 ss).

377. **Éléments.** Les éléments suivants sont constitutifs de cette définition :

- **Droits réels** : Les droits réels limités sont des droits réels à part entière et produisent donc un effet *erga omnes* (voir ci-dessus 1.2.1). Ils sont **opposables à toute autre** personne, même au propriétaire de la chose (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1154).
- **Maîtrise partielle** : Ce n'est donc pas l'effet réel du droit qui est limité, mais le « *quantitatif* » des prérogatives pouvant être accordées au titulaire. Cette limitation trouve notamment son expression dans le principe de la **limitation de la charge**, selon lequel il n'est pas possible de vider – par le biais d'un droit réel limité – toute la substance du droit de propriété (p.ex. sur le plan des servitudes : TF 5A_499/2010, cons. 8.2.1 ; TF 5C.168/2003, cons. 4.2.1 ; GALLAND, nos 394 ss ; ci-après 11.3.1).
- **Objet du droit réel limité** : En principe, toute chose, même les animaux ainsi que certains droits (notamment les droits distincts et permanents immatriculés comme des immeubles au sens de l'art. 655 al. 2 ch. 2 CC) peuvent être grevés de droits réels limités (STEINAUER droits réels II, no 3218). Cela étant, toute chose n'est pas adaptée à tout type de droits réels limités. Ainsi, il faut contrôler sur quel objet peut porter le **droit réel limité en question** au vu du principe du *numerus clausus*. Par exemple, une chose mobilière et/ou un animal ne peuvent être grevés ni d'une charge foncière, ni d'un droit de gage immobilier. Un immeuble ne peut pas non plus être grevé d'un droit de gage mobilier.
- **Diverses prérogatives** : Un droit réel limité peut avoir une répercussion sur l'une ou sur plusieurs prérogatives découlant du droit de propriété. Le contenu du droit réel limité porte donc sur l'*usus*, le *fructus* ou l'*abusus* (pour ce qui est de l'*abusus*, on pense au droit de gage ou à la charge foncière qui peuvent – à certaines conditions – obliger le propriétaire à souffrir l'aliénation forcée de la chose). En revanche, tout droit réel limité n'intervient pas dans les mêmes prérogatives et le principe de la **fixation des types** (ci-dessus, point 1.3.1) ne permet pas, aux parties, de déterminer librement le contenu du droit réel limité. Ainsi, un droit de gage

immobilier n'a, en principe, pas d'effet sur l'utilisation de l'immeuble. La servitude ne permet pas d'exiger une prestation principale de la part du propriétaire grevé (art. 730 al. 2 CC).

10.2. Élasticité de la propriété

378. **Théorie de la charge.** Lorsqu'une chose est grevée d'un ou plusieurs droits réels limités, la question de l'effet que cela produit sur le droit de propriété sur celle-ci se pose. Faut-il s'imaginer cette charge comme un **démembrement** (partiel) des droits du propriétaire ? La doctrine largement dominante répond par la négative à la question. L'avis défendu est qu'un droit réel limité comprime l'extension naturelle de la propriété, **comme un corps étranger peut comprimer un ballon**. Il y a donc une propension de la propriété à occuper à nouveau tout son volume, dès que le droit réel limité disparaît. De ce fait, les facultés cédées par le propriétaire n'ont nul besoin d'être « réintégrées » ; celui-ci les retrouve automatiquement au moment de l'extinction d'un droit réel limité. Un tel effet est d'ailleurs expressément concrétisé à l'art. 779c CC, selon lequel les constructions du superficiaire retournent (de plein droit) au propriétaire du bien-fonds à l'expiration du droit de superficie. De ce point de vue, on parle donc d'élasticité du droit de propriété qui s'adapte à la situation des charges réelles pesant sur lui (dans le cadre des servitudes voir, ci-dessous, le point 11.1 ; voir également HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 07.09 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1155 ; STEINAUER droits réels II, nos 3225 ss).

10.3. Bases légales

379. **Dans le Code civil.** Les droits réels limités font l'objet de la deuxième partie du Code civil constituée des art. 730 à art. 915 CC. La loi est consacrée aux servitudes (art. 730 à 781 CC) pour ensuite régir les charges foncières (art. 782 à 792 CC) et les droits de gage (art. 793 à 915 CC). Aux art. 21 ss, le **Titre final** du Code civil comporte des normes relatives aux servitudes foncières (art. 21 T.f.) et aux droits de gage (art. 22 à 36 T.f.) dont l'art. 33a T.f. qui règle notamment l'effet juridique des lettres de rente constituées avant le 1^{er} janvier 2012.

380. **Dans d'autres lois et ordonnances.** L'ORF comporte un nombre important de normes relatives aux droits réels limités portant sur un immeuble (p.ex. art. 9, 22, 70 ss, 98 ss, 144 ss, etc.). La législation sur le **bétail, les aéronefs, les bateaux et les chemins de fer** comporte également des normes relatives aux droits réels limités, notamment quant à la mise en gage de ces animaux ou choses (ordonnance sur l'engagement du bétail du 30 octobre 1917, RS 211.423.1 ; loi fédérale concernant la constitution de gages sur les entreprises de chemins de fer et de navigation et la liquidation forcée de ces entreprises du 25 septembre 1917, RS 742.211 ; art. 26 ss de la loi fédérale sur le registre des aéronefs du 7 octobre 1959, RS 748.217.1, etc.). Le droit de **gage mobilier** connaît aussi diverses bases légales en dehors du Code civil (loi sur l'émission de lettres de gage du 25 juin 1930, RS 211.423.4, etc.).

10.4. Types de droits réels limités

381. **Numerus clausus.** Selon le principe du *numerus clausus* des droits réels, il existe fondamentalement trois types principaux de droits réels :

- **Servitudes** : la servitude est un droit réel limité qui, d'une part, confère à son titulaire l'usage et/ou la jouissance d'un bien et, d'autre part, comporte une obligation de tolérance ou d'abstention pour le propriétaire du bien.
- **Charge foncière** : la charge foncière est un droit réel limité qui procure à son titulaire la faculté d'exiger de la personne grevée, qui est propriétaire d'un immeuble, une prestation positive que celui-ci accomplit à l'aide de son immeuble et dont il répond avec son immeuble.
- **Droit de gage** : le droit de gage est un droit réel limité qui assujettit l'objet du droit à la garantie d'une créance.

382. **Subdivisions subséquentes.** Chacun de ces droits réels limités comporte encore des subdivisions internes, dont il sera question plus loin, dès le chapitre 11. Ici nous nous contentons de les survoler :

- **Servitudes** : la servitude peut porter sur un immeuble (servitude immobilière) ou sur une chose mobilière (servitude mobilière). Si elle porte sur un immeuble, il peut s'agir d'une servitude foncière

ou d'une servitude personnelle. Les servitudes personnelles peuvent être incessibles/intransmissibles (servitudes personnelles proprement dites : usufruit et droit d'habitation). Elles peuvent être cessibles/transmissibles (servitudes personnelles improprement dites : p.ex. droit distinct et permanent). Selon leur titre d'acquisition, il faut également distinguer les servitudes conventionnelles des servitudes légales (p.ex. passage nécessaire, art. 694 CC).

- **Charge foncière** : la charge foncière peut avoir sa source dans le droit public ou dans le droit privé. Les charges foncières de droit privé sont subdivisées en charges foncières réelles et charges foncières personnelles.
- **Droit de gage** : le droit de gage est principalement subdivisé en droit de gage mobilier et immobilier. On connaît plusieurs espèces de **droits de gage immobiliers**. Selon leur titre d'acquisition, une distinction doit être faite entre les hypothèques légales et les droits de gage conventionnels. Les hypothèques légales peuvent être directes ou indirectes, selon qu'elles naissent par effet de la loi ou par inscription. Les droits de gage conventionnels existent sous la forme d'hypothèques et de cédules hypothécaires. Les cédules hypothécaires peuvent simplement être inscrites au registre foncier (cédule de registre) ou un papier-valeur peut avoir été produit (cédule sur papier). Enfin, dans les **droits de gage mobiliers** on distingue en particulier le nantissement, le droit de rétention et les hypothèques mobilières (qui portent sur le bétail, les aéronefs, les bateaux, etc.).

10.5. Priorité entre des droits réels incompatibles

10.5.1. Généralités

383. **Diverses priorités.** En règle générale, la doctrine parle spécialement du principe de la **priorité dans le temps** entre certains droits réels limités (notamment les servitudes) ou de la **priorité selon le rang** (entre droits de gage). On oublie cependant parfois que le premier principe de priorité consiste en la **priorité des droits réels limités sur la propriété**.

384. **Portée et problématique.** Une chose peut, en règle générale, faire simultanément l'objet de **plusieurs droits réels**. Elle peut donc être à la fois l'objet d'un droit de propriété et celui de plusieurs droits réels limités. Tant que ces droits peuvent s'exercer correctement, **sans entrer en conflit** les uns avec les autres, cette construction juridique ne soulève pas de problématiques. Si, en revanche, l'exercice de l'un des droits exclut (du moins partiellement) l'exercice de l'autre ou si les titulaires des droits ne parviennent pas à s'entendre sur l'exercice pacifique et coordonné de leurs droits, il faut se poser la question de la priorité de l'un sur l'autre ou sur les autres (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 07.27 ss ; STEINAUER droits réels II, no 3231 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1166 ss). Or, la question doit être analysée, non pas de manière unitaire, mais en fonction des droits qui sont en concurrence.

10.5.2. **Priorité des droits réels limités sur la propriété**

385. **Contenu du principe.** La propriété est le droit réel qui confère la maîtrise totale sur la chose, alors que le droit réel limité ne confère qu'une maîtrise partielle sur celle-ci. On pourrait en déduire que – vu son contenu plus large – la propriété est « *plus forte* » que le droit réel limité. Or, l'inverse est vrai. Dès le moment où le propriétaire a décidé de limiter sa maîtrise sur l'objet en accordant un droit réel limité, il doit tolérer l'exercice de ce droit de la part du bénéficiaire conformément aux prérogatives qu'il a cédées (droit *erga omnes* ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 07.26). En règle générale, le droit accordé par le propriétaire de la chose ne peut plus être repris ou annulé de manière unilatérale par celui-ci. Seule une extinction en bonne et due forme du droit réel limité permet au propriétaire de la chose de récupérer la faculté cédée. Bien entendu, ce principe ne vaut que **par rapport au contenu du droit réel limité** comme tel. Les prérogatives conservées par le propriétaire (p.ex. le droit de disposition en cas de servitude ou le droit d'utilisation en cas de droit de gage immobilier) ne sont, en principe, pas touchées par l'existence du droit réel limité et le titulaire de celui-ci ne peut pas s'opposer à ce que le propriétaire exerce son droit **dans les limites de l'ordre juridique** (ainsi, un propriétaire n'a pas le droit de procéder à des actes dommageables pour la valeur de la chose qu'il a grevée d'un droit de gage immobilier ; art. 808 al. 1 CC).

10.5.3. Priorité dans le temps

386. **Contenu du principe.** Le principe de la priorité dans le temps détermine le rang de droits réels limités de telle sorte que le premier constitué prime sur le ou les suivants. Ce principe s'applique indépendamment de la nature mobilière ou immobilière de l'objet du droit (STEINAUER droits réels II, no 3233). Pour **fixer le moment déterminant de la constitution du droit réel limité**, il faut se référer au mécanisme d'acquisition du droit réel limité en question par rapport à l'objet du droit et à l'acte juridique conclu (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1171). En cas de servitudes foncières, c'est en principe l'inscription dans le grand livre du registre foncier, dont l'effet remonte à la date de la réquisition d'inscription inscrite dans le journal, qui est déterminante (art. 972 CC). Pour la vente d'un journal dans un kiosque, c'est la remise de la chose à l'acheteur qui fait foi.

387. **Droits réels limités concernés.** Le principe de la priorité dans le temps ne s'applique que si certains droits réels limités sont en concurrence. Dans un conflit **entre plusieurs servitudes**, ce principe doit être appliqué. Cela vaut aussi en cas de conflit **entre une servitude et un droit de gage** sur la chose (sous réserve de l'accord du créancier gagiste à la constitution ultérieure d'une servitude ; art. 812 al. 2 CC). Enfin le principe s'applique aussi en cas de conflits **entre des servitudes et des charges foncières**, voire des conflits **entre plusieurs charges foncières**. Un conflit entre un droit de gage immobilier et une servitude constituée par la suite se constate au moment de la vente aux enchères forcées. Si le produit de la vente permet de désintéresser le créancier gagiste, il n'y a pas de véritable conflit. En revanche, si un prix inférieur au droit de gage est obtenu, il se peut que la servitude en soit la cause. Dans un tel cas, l'immeuble est donc mis une deuxième fois en vente aux enchères, mais cette fois sans la servitude. Si aucune offre supérieure n'est obtenue, la servitude n'entre pas en conflit avec le droit de gage antérieur et on la maintient. Si la nouvelle offre est supérieure, il y a conflit et la servitude est radiée (art. 812 al. 2 CC et art. 142 al. 3 LP). On parle **de double mise à prix de l'immeuble** (art. 56 ss ORFI ; pour le tout, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1175 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 3241 ss).

388. **Exception.** Les **servitudes légales** (droit de passage nécessaire, etc.) ont la priorité sur les autres servitudes (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1183).

10.5.4. Priorité selon le rang

389. **Contenu du principe.** Contrairement au principe de la priorité dans le temps, le principe de la priorité selon le rang permet aux parties de **déterminer elles-mêmes la priorité entre plusieurs droits réels limités**. C'est donc la volonté des parties qui est déterminante. Il faut toutefois que leur volonté respecte les conditions et les effets énoncés aux art. 813 à 815 CC (notamment l'indication du montant réservé au rang antérieur en cas de constitution d'un droit de gage d'un rang ultérieur ; art. 813 al. 2 CC). Pour plus d'informations sur cette question, voir notamment, ci-après, le point 13.1.6.

390. **Droits réels limités concernés.** Le principe de la priorité selon le rang s'applique **entre les droits de gage immobiliers**.

391. **Exceptions.** D'une part, les parties peuvent elles-mêmes déroger aux rangs constitués, notamment si le créancier gagiste **accepte de postposer son droit de gage** immobilier à un autre (p.ex. dans le cas de l'art. 648 al. 3 CC, lorsqu'on veut constituer ultérieurement un droit de gage sur l'immeuble de base, alors que les parts d'étages sont déjà engagées). Les **hypothèques légales** prennent rang selon la loi. En particulier, les hypothèques légales directes sont souvent positionnées devant tout autre droit de gage immobilier (voir notamment art. 808 al. 3 CC).

10.6. Droits réels limités en faveur du propriétaire de la chose

392. **Paradoxe apparent.** Le propriétaire d'une chose exerce la maîtrise totale sur celle-ci, alors que le titulaire d'un droit réel limité n'a qu'une maîtrise partielle sur la chose. Dès lors, la constitution d'un droit réel limité sur la chose en faveur de son propriétaire peut sembler être un non-sens à proscrire par la loi (STEINAUER droits réels II, no 3255). C'est toutefois le contraire qui s'applique dans notre système juridique, en tout cas dans certaines situations déterminées.

393. **Cas d'application.** Un propriétaire de deux fonds distincts peut en tout temps demander l'inscription d'une **servitude** foncière à charge de l'un des deux immeubles et en faveur de l'autre (art. 733 CC). Cela lui permet, par exemple, de préparer la vente de l'un des deux fonds, tout en se réservant déjà un droit (p.ex. de passage) utile à l'exercice du droit de propriété qu'il conserve sur l'autre fonds. Un autre cas de figure dans lequel le propriétaire du fonds grevé de la servitude est le même que le titulaire de ce droit est celui du titulaire d'une servitude (p.ex. de parcage) qui acquiert ultérieurement l'immeuble grevé. Or, aussi longtemps que le nouveau propriétaire, bénéficiaire de la servitude, ne demande pas la radiation de celle-ci, elle continue à grever l'immeuble acquis (voir art. 735 CC). La même situation pourrait intervenir en cas de **droit de gage** immobilier, si le créancier gagiste acquiert ultérieurement l'immeuble grevé pour une créance qu'il avait à l'encontre de l'ancien propriétaire ou dans le cas où le propriétaire acquiert la créance du créancier gagiste (voir art. 853 ch. 2 CC). Si la radiation du droit de gage n'est pas demandée, celui-ci continue à exister (art. 801 al. 1 CC) et peut être réutilisé en cas d'aliénation ultérieure de l'immeuble ou de cession de la créance. Enfin, comme pour la servitude (art. 733 CC), le propriétaire peut grever son propre immeuble d'un droit de gage immobilier à son nom qu'il n'utilisera qu'en cas de besoin ultérieur (p.ex. nécessité d'obtention d'un crédit). C'est expressément prévu pour la cédula hypothécaire (art. 857 al. 2 et 860 al. 2 CC). Le droit de gage étant déjà constitué, les démarches bancaires pourraient en être facilitées le jour où le crédit se discute. Pour plus d'informations voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 07.58 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1190 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 3259 ss.



Chapitre 11 Servitudes

394. **Contexte et plan.** L'institution de la servitude a perduré de l'époque romaine jusqu'à l'époque contemporaine. La raison fondamentale de sa présence au travers du temps est l'importance du rôle qu'elle joue dans la société. Elle remplit une **fonction primordiale**, non seulement en matière d'**aménagement du sol** (servitudes de passage, d'empiètement, etc.), mais également dans les **relations de voisinage** (p. ex. servitudes de moquette visant à diminuer les immissions sonores). Les **enjeux** en relation avec une servitude peuvent également être **d'ordre économique et financier** (p. ex. servitudes de concurrence). Elle règle également la manière dont un propriétaire peut comprimer l'exercice des prérogatives de son droit de propriété. En constituant un droit d'habitation ou un usufruit, le propriétaire renonce temporairement à exercer son droit de jouissance et/ou son droit d'usage sur son bien. Les servitudes sont en général constituées pour **des durées indéterminées**. Leur utilité est telle que le droit public en matière d'aménagement du territoire légifère pour pouvoir les modifier, voire même les supprimer, lorsqu'un intérêt public prépondérant existe. La servitude est donc un instrument important touchant à de nombreux enjeux. Le législateur a laissé une marge de manœuvre dans la détermination du type de servitudes et de son contenu afin que la servitude soit un **outil pragmatique et flexible**, qui s'adapte facilement à une situation concrète. Nous commencerons par définir la notion de la servitude (11.1), ses différents modes de constitution (11.2), ses effets (11.3) et ses modes d'extinction (11.4), pour ensuite se pencher sur quelques servitudes particulières (11.5).

11.1. Notion et bases légales

11.1.1. Notion

395. **Définition de la servitude.** Le Code civil ne définit pas la notion de la servitude « *au sens large* ». Il faut dès lors se référer à la doctrine et la jurisprudence. La servitude est un **droit réel limité** qui confère à son titulaire **l'usage et/ou la jouissance** d'une chose, d'un animal ou d'un droit

et comporte une obligation de **tolérance** ou d'**abstention** pour le propriétaire du bien (GROSSEN, p. 89 s. ; STEINAUER droits réels II, no 3282). La servitude « *au sens large* » englobe deux grandes catégories de servitudes qui sont les servitudes foncières et les servitudes personnelles, toutes deux définies ci-dessous.

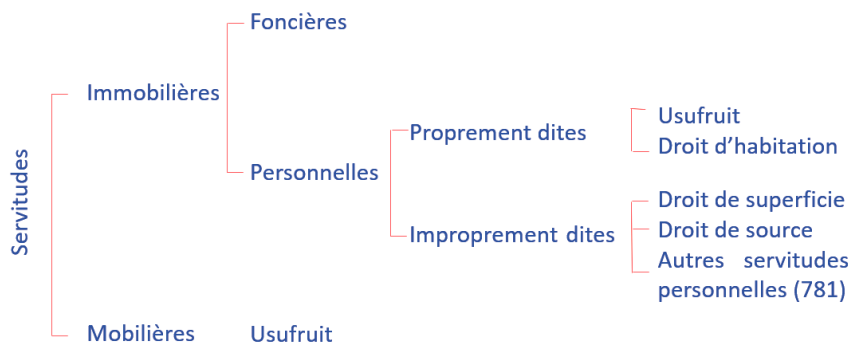
396. **Éléments.** Les éléments clés de la notion sont les suivants :

- **Droit réel** : En tant que droit réel, la servitude est un droit absolu qui existe *erga omnes* (GALLAND, nos 26 s.). Tout le monde est tenu de respecter le droit découlant de la servitude.
- **Droit réel limité** : En tant que droit réel limité, la servitude se distingue de la propriété. Le droit réel limité confère **une maîtrise partielle** sur une chose (LIVER Dienstbarkeiten, no 6 ad art. 730). La doctrine explique la construction qui rend possible la coexistence de la propriété, droit absolu et illimité, et des droits réels limités en se basant sur la **théorie de la charge** (en allemand : « *Belastungstheorie* »). Selon cette théorie, un droit réel limité représente **une restriction à la propriété** qui la limite « *de l'extérieur* ». Autrement dit, la propriété n'est pas touchée dans son essence, car elle ne s'est pas séparée de ses facultés. Celles-ci font toujours partie intégrante de la propriété. Les prérogatives découlant du droit de propriété sont simplement comprimées par le droit réel limité (« *élasticité de la propriété* » : STEINAUER droits réels II, no 3228). C'est **uniquement l'exercice de la propriété qui est limité**. Le droit réel limité ne divise ainsi pas le droit de propriété. Une chose peut dès lors simultanément faire l'objet d'un droit de propriété ainsi que de plusieurs droits réels limités. La servitude en tant que droit réel limité, est ainsi un moyen de restreindre la propriété sans pour autant la vider de tout son contenu.
- **Usage et/ou jouissance** : La maîtrise partielle comporte le droit d'user de la chose et/ou d'en jouir (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.01). La servitude contient un « *côté actif* » puisque le bénéficiaire du droit peut se servir de la chose (STEINAUER droits réels II, no 3282). En outre, le droit conféré par la servitude peut également consister en la possibilité d'empêcher que certains actes aient lieu sur la propriété grevée de la servitude (« *côté passif* » ; GROSSEN, p. 89).

- **Bien** : La servitude peut porter sur une chose mobilière ou immobilière (au sens de l'art. 655 CC). Les animaux peuvent également être l'objet d'une servitude (art. 641a al. 2 CC) tout comme certains droits. En principe, l'objet de la servitude appartient à autrui (sauf l'exception prévue à l'art. 733 CC).
- **Obligation de tolérance ou d'abstention** : La servitude comporte un « *côté passif* », puisque le propriétaire doit tolérer qu'un autre se serve de son bien ou doit omettre de réaliser certains actes (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.03 ; LIVER Dienstbarkeiten, nos 4 et 106 ad art. 730). Il peut s'agir de tolérer l'exercice du droit conféré par la servitude à son bénéficiaire (p.ex. le passage du voisin sur son fonds, la récolte des fruits du pommier de son propre jardin, etc.), ou de soi-même s'abstenir d'un certain comportement ou de certains actes (restriction du droit de bâtir, ne pas obstruer la vue du voisin, etc.). En revanche, il ne doit pas s'agir d'une obligation de faire quelque chose (l'obligation pour le propriétaire de tondre son gazon, de repeindre tous les ans sa façade, etc.). Une obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à la servitude (art. 730 al. 2 CC ; ARGUL, no 11 ad art. 730 ; PETITPIERRE, nos 15 et 24 ad art. 730).

397. **Types de servitude.** Les servitudes peuvent porter aussi bien sur des biens immobiliers (servitudes immobilières) que sur des biens mobiliers (servitudes mobilières). Il existe **deux grands types** de servitudes immobilières qui sont les **servitudes foncières** et les **servitudes personnelles** (KÄHR, no 4 ad art. 730). Les servitudes personnelles se divisent en deux sous-catégories. La première catégorie est celle des servitudes personnelles **proprement dites**. Elles confèrent un droit qui est « *indissolublement* » lié à une personne déterminée (STEINAUER droits réels II, no 3287). Le rattachement de la servitude à cette personne est tel que la servitude ne peut être ni cédée, ni héritée (GROSSEN, p. 90). La deuxième catégorie est celle des servitudes **improprement dites ou irrégulières**. Elles confèrent un droit lié à une personne déterminée. Toutefois, ce lien est moins fort que dans le cas des servitudes proprement dites, car il est possible de le céder ou d'en hériter (GROSSEN, p. 90). L'art. 781 CC prévoit d'« *autres servitudes* » en tant que servitudes personnelles supplémentaires (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 8.137). Leur contenu peut être similaire à celui d'une servitude foncière mais en faveur d'une personne déterminée (p.ex. un droit de passage personnel ; STEINAUER droits réels II, no 3288).

L’art. 781 al. 2 CC précise que les servitudes supplémentaires sont incessibles, sauf convention contraire (les servitudes supplémentaires peuvent ainsi être proprement dites ou irrégulières).



398. **Numerus clausus.** Les types de servitudes régis par la loi sont très importants. En vertu des **principes du numerus clausus et de la fixation des types** de droits réels, les parties ne sont pas totalement libres de déterminer le type et le contenu de la servitude. Il n’est en effet pas admissible de constituer une servitude foncière sous la forme d’une servitude personnelle et vice versa (p.ex. un usufruit d’une durée illimitée sous la forme d’une servitude foncière ; pour d’autres exemples, voir PETITPIERRE, nos 4 et 8 ad art. 730 ou encore KÄHR, no 5 ad art. 730).

399. **Autres classifications.** La classification des servitudes telle qu’elle vient d’être présentée est dictée par le choix du législateur et donc par la structure de la loi (GROSSEN, p. 90). Les servitudes peuvent être catégorisées encore autrement, selon différents critères qui permettent de mieux comprendre leur fonctionnement et de les délimiter les unes des autres (GROSSEN, p. 90).

400. **Selon le titre d’acquisition.** Les **servitudes légales** reposent sur la loi. Il s’agit du droit à un empiètement (art. 674 al. 3 CC), à la conduite nécessaire (art. 691 à 693 CC), au passage nécessaire (art. 694 CC) et à la fontaine nécessaire (art. 710 CC). Elles se distinguent des **servitudes conventionnelles** qui reposent sur un accord entre les deux parties et un acte constitutif qui en témoigne.

401. **Selon le pouvoir conféré.** La restriction imposée par la servitude au propriétaire du fonds grevé consiste soit en la tolérance des actes de l'ayant droit légitimés par la servitude en présence d'une **servitude affirmative ou positive**, soit en l'abstention de réaliser des actes qui ne sont plus autorisés en raison de la charge imposée, s'il s'agit d'une **servitude négative** (ARGUL, no 2 ad art. 730 ; LIVER Dienstbarkeiten, nos 4 et 106 ad art. 730 ; PETITPIERRE, nos 17 s. ad art. 730).

402. **Selon la titularité.** Selon le titulaire de la servitude, les **servitudes foncières et les servitudes personnelles** sont distinguées. Les titulaires des premières sont des immeubles, respectivement les propriétaires actuels des immeubles grevés. Les titulaires des secondes sont des personnes déterminées (voir les définitions des servitudes foncières et personnelles présentées ci-dessous ; KÄHR, no 5 ad art. 730).

403. **Définition des servitudes foncières.** La servitude foncière est un **droit réel limité** qui confère au propriétaire actuel d'un immeuble, appelé **fonds dominant**, le droit de « *se servir* » d'un autre immeuble, appelé **fonds servant**. La servitude foncière met donc en relation deux immeubles afin d'**équilibrer le manque** de l'un avec l'**abondance** de l'autre.

404. **Dans le Code civil.** Le Code civil définit expressément la notion de servitude foncière à l'**art. 730**. La doctrine propose des analyses étendues sur la notion de la servitude foncière. Pour approfondir la définition donnée ci-dessus, voir notamment : LIVER Dienstbarkeiten, nos 1 s. ad art. 730 ; GROSSEN, p. 91 ; PETITPIERRE, no 1 ad art. 730 ; STEINAUER droits réels II, no 3290.

405. **Éléments.** Les éléments essentiels constitutifs de la notion de servitude foncière sont les mêmes que ceux de la servitude « *au sens large* » avec les particularités suivantes :

- **Droit réel limité** : Les servitudes foncières confèrent une **maîtrise partielle** sur un immeuble et un droit absolu qui existe *erga omnes* (KÄHR, no 12 ad art. 730). Elles se distinguent d'une simple autorisation à bien plaire ou d'un droit personnel qui ne serait pas opposable à tous. Le propriétaire d'un immeuble grevé d'une servitude foncière est limité dans l'usage de son bien ou de manière cumulative dans la jouissance de ce dernier. En revanche, il ne peut pas être limité dans son pouvoir de disposer (ARGUL, no 8 ad art. 730). La particularité des servitudes foncières est celle de

conférer uniquement un **droit d'usage partiel**, tel que prévu à l'art. 730 al. 1 CC (« *certaines aces d'usage* » ; contrairement à l'usufruit qui confère le plein usage et l'entier de la jouissance d'un bien ; ARGUL, no 8 ad art. 730). En effet, la servitude foncière est, en principe, constituée pour durer et il serait trop contraignant de faire peser une restriction de cette ampleur sur la propriété du fonds servant pour une durée indéterminée (contrairement à l'usufruit et au droit de superficie ; STEINAUER droits réels II, no 3309).

- **Immeuble** : Tout immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC peut être grevé d'une servitude (LIVER Dienstbarkeiten, no 16 ad art. 730 ; PETITPIERRE, no 3 ad art. 730). L'objet de la charge ne peut être que la propriété dans son ensemble au sens du registre foncier (LIVER Dienstbarkeiten, no 24 ad art. 730 ; PETITPIERRE, no 3 ad art. 730). Une servitude ne saurait grever uniquement une partie d'un immeuble. Seul son exercice peut être limité géographiquement (TF 5A_873/2018, cons. 4.5 : le Tribunal fédéral rappelle ce principe en lien avec un droit de passage dont l'exercice est limité géographiquement sur le bien-fonds grevé ; GALLAND, no 39 ; LIVER Dienstbarkeiten, nos 24 ss ad art. 730 ; PETITPIERRE, no 3 ad art. 730).
- **Droit *propter rem*** : La différence principale avec les servitudes personnelles est que la servitude foncière est rattachée à deux immeubles, le fonds servant et le fonds dominant. La servitude foncière **relie le droit** du bénéficiaire de la servitude, non pas à sa personne mais à **l'immeuble**, respectivement au droit de propriété qu'elle a actuellement sur cet immeuble (ARGUL, no 3 ad art. 730). Il n'est donc pas possible de transférer ce droit sans le fonds dominant qui y est rattaché (KÄHR, no 13 ad art. 730). Bien que le droit soit rattaché à l'immeuble, c'est, *de facto*, le propriétaire actuel de cet immeuble qui en bénéficie. Il peut s'agir d'une personne physique ou morale, d'une collectivité publique ou de plusieurs personnes en cas de propriété collective sur l'immeuble (ARGUL, no 5 ad art. 730 ; KÄHR, no 11 ad art. 730). Il peut également s'agir d'une servitude accordée à plusieurs immeubles. Dans cette situation plusieurs titulaires bénéficient d'une servitude de même rang et de même contenu (p.ex. un droit de passage au bénéfice de plusieurs parcelles voisines ; art. 740a CC : dans ce cas de figure, les règles de la copropriété s'appliquent par analogie). Toutefois, l'exercice de la servitude foncière peut également être effectué par ceux qui acquièrent des droits sur le fond dominant,

tels que des locataires et des superficiaires (ARGUL, no 5 ad art. 730 ; KÄHR, no 11 ad art. 730).

- **Charge propter rem** : La charge peut être qualifiée de « *réelle* », car **ses effets sont permanents sur le fonds servant**. D'une part, elle grève ce fonds peu importe qui en est le propriétaire et continuera donc d'exister même en cas de changement de propriétaire (ARGUL, no 3 ad art. 730 ; PETITPIERRE, nos 9 s. ad art. 730). D'autre part, le propriétaire du fonds servant est soumis en permanence aux règles qu'elle implique. La restriction imposée par la servitude se fait ressentir pour le propriétaire grevé, soit **en tolérant** les actes de l'ayant droit (**servitude affirmative ou positive**), soit **en s'abstenant** de réaliser des actes qui ne sont plus autorisés à cause de la charge que lui impose la servitude (**servitude négative** ; KÄHR, nos 16 s. ad art. 730 ; LIVER Dienstbarkeiten, nos 4 et 106 ad art. 730 ; PETITPIERRE, nos 17 s. ad art. 730).
- **Durée** : La loi ne limite pas la durée des servitudes foncières. Elles sont, en principe, constituées pour **une durée indéterminée** (GROSSEN, p. 92 : « *vocation à la perpétuité* » ; LIVER Dienstbarkeiten, no 62 ad art. 730). Elles peuvent également être de durée limitée. Dans ce cas, une durée est fixée et à l'échéance celle-ci, la servitude prend fin. Cette **durée** doit être **certaine et déterminée** pour garantir la clarté des inscriptions du registre foncier (LIVER Dienstbarkeiten, no 63 ad art. 730). Des requêtes en vue de l'inscription d'une servitude dont la durée n'est pas claire sont rejetées par le conservateur.
- **En principe non sujette à conditions** (pour plus de détails : ARGUL, no 6 ad art. 730).

406. **Définition des servitudes personnelles**. La servitude personnelle est un **droit réel limité** qui grève une chose (si c'est un immeuble : le fonds servant), un animal ou un droit au profit d'une **personne déterminée** (GALLAND, no 410 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 60 ; STEINAUER droits réels II, no 3287).

407. **Éléments**. Les éléments essentiels constitutifs de la notion de servitude personnelle sont les mêmes que ceux de la servitude « *au sens large* » avec les particularités suivantes :

- **Droit réel limité** : Les servitudes personnelles confèrent une **maîtrise partielle** sur une chose et un droit absolu qui existe *erga omnes*. La maîtrise partielle comporte le droit d’user de la chose et/ou d’en jouir. Les trois principaux types de servitudes personnelles (usufruit, droit d’habitation et droit de superficie) permettent de limiter dans une large mesure le droit d’usage du propriétaire. Ils confèrent ainsi un **droit d’usage et/ou de jouissance quasi complet, voire même complet** en faveur du titulaire de la servitude (GALLAND, no 411 ; STEINAUER droits réels II, no 3309).
- **Personne déterminée** : Le titulaire du droit est une personne déterminée. Le droit lui appartient en tant que personne (et non en tant que propriétaire d’un immeuble comme c’est le cas pour les servitudes foncières). Il y a donc un fonds servant ou un bien mobilier grevé (mais non plus un fonds dominant comme pour les servitudes foncières ; STEINAUER droits réels II, no 3286).
- **Bien** : Les servitudes personnelles peuvent porter sur un **bien mobilier ou immobilier** (fonds servant), selon le type de servitudes personnelles concerné. Elles peuvent également porter sur un animal (art. 641a CC) ou un droit (p. une créance dans le cadre d’un usufruit).
- **Durée** : Les servitudes personnelles pouvant fortement restreindre le propriétaire du bien grevé dans son droit d’usage, le législateur les a **limitées dans la durée**. Il s’agit d’une protection du droit de propriété afin qu’il ne soit pas vidé de toute sa substance (GALLAND, no 411).

11.1.2. Bases légales

408. **En général.** Les servitudes sont **principalement régies par le Code civil** aux art. 730 à 781a. Toutefois, les servitudes légales se trouvent dans des dispositions précédant cette partie et spécifiquement consacrée aux servitudes (droit à un empiètement à l’art. 674 al. 3 CC, à la conduite nécessaire aux art. 691 à 693 CC, au passage nécessaire à l’art. 694 CC et à la fontaine nécessaire à l’art. 710 CC). Le législateur a renoncé à structurer la loi en établissant une partie générale pour toutes les servitudes (KÄHR, no 6 ad art. 730). Il a instauré **deux grandes divisions, celle des servitudes foncières et celle des servitudes personnelles**. D’autres

dispositions du Code civil concernent indirectement le domaine des servitudes, telles que notamment l'art. 655 CC qui définit la notion d'immeuble. En outre, en tant que restrictions à la propriété, les servitudes touchent également aux normes relatives au droit de propriété (art. 641 ss CC). En matière d'extinction des servitudes les art. 976 ss CC jouent un rôle primordial et les art. 661, 662 et 663 CC qui concernent la prescription ordinaire et extraordinaire de la propriété foncière, s'appliquent par analogie aux servitudes. S'agissant de la protection du droit conféré par la servitude, les dispositions légales concernant la propriété s'appliquent également aux servitudes (p.ex. art. 937 CC), tout comme celles qui figurent dans la partie du Code civil consacrée à la possession (p.ex. art. 679, 926 à 929 CC). L'art. 21 du **Titre final** du Code civil est consacré aux servitudes foncières.

409. **Ordonnance sur le registre foncier.** L'ORF joue un rôle important en matière de servitudes. Les art. 70 s. et 98 s. ORF règlementent certaines modalités de l'inscription des servitudes au registre foncier.

410. **Autres normes de droit privé.** D'autres bases légales de droit privé concernent le domaine des servitudes. C'est notamment le cas du Code des obligations (p.ex. l'art. 19 CO s'agissant de la détermination du contenu des servitudes). Enfin, des dispositions légales de **droit cantonal** s'appliquent en matière de servitudes, notamment lorsque le Code civil lui réserve expressément des compétences, comme c'est le cas à l'art. 740 CC.

411. **Droit public.** En outre, le **droit public** a un impact important sur le régime juridique des servitudes et, en particulier, sur leurs modes d'extinction. La loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (RS 700) et la loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930 (RS 711) interfèrent tout particulièrement avec l'institution des servitudes foncières.

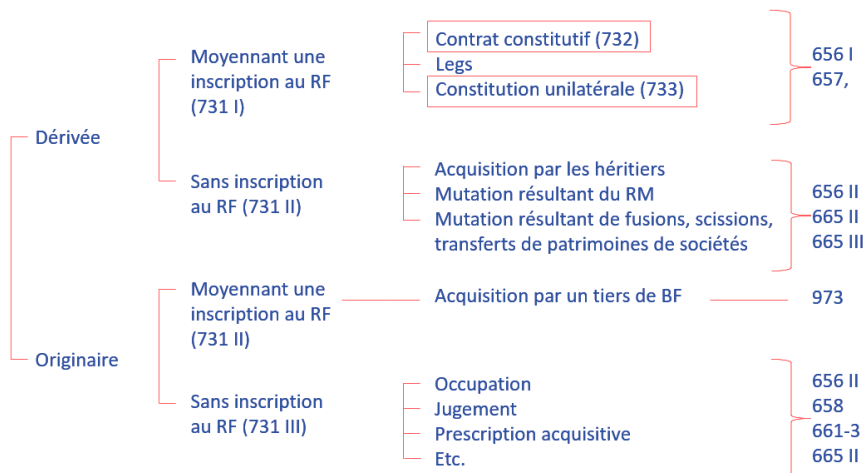
412. **Servitudes foncières.** Les articles 730 à 743 CC concernent expressément les servitudes foncières mais **s'appliquent en fait *mutatis mutandis* aux servitudes personnelles** (sous réserve de dispositions particulières ; KÄHR, no 6 ad art. 730). L'art. 781 al. 3 CC règlemente les « *autres servitudes* » et renvoie aux dispositions régissant les servitudes foncières. Il s'agit donc en réalité d'une **partie générale pour toutes les servitudes** (KÄHR, no 6 ad art. 730). Ainsi, par exemple, la constitution et

les modes d’extinction des servitudes en générale sont règlementés par les dispositions légales qui se trouvent dans la section des servitudes foncières.

413. **Servitudes personnelles.** Elles sont régies par les art. 745 à 781a CC. Toutefois, il faut rappeler que la séparation entre la catégorie des servitudes foncières et celle des servitudes personnelles dans la structure de la loi n’est pas absolue. L’**usufruit** est régi par les art. 745 ss CC, le **droit d’habitation** aux art. 776 ss CC, le **droit de superficie** aux art. 779 ss CC, le **droit de source** à l’art. 780 CC et les « *autres servitudes* » à l’art. 781 CC.

11.2. Constitution

414. **Système légal.** Le Code civil ne règle que partiellement la constitution des servitudes aux art. 731 à 733. Pour le surplus, l’art. 731 al. 2 CC renvoie en particulier aux dispositions régissant l’acquisition de la propriété foncière (art. 656 ss CC). Les modes de constitution des servitudes peuvent être distingués **selon que l’acquisition soit originaire ou dérivée et selon la nécessité d’une inscription au registre foncier.**



415. **Cas les plus fréquents.** La constitution de servitudes en vertu d'un acte juridique en faveur d'un tiers est le mode de constitution le plus fréquent. Il en va de même de la constitution des servitudes sur requête unilatérale du propriétaire. Cet ouvrage se penche donc uniquement sur ces deux modes étant donné l'objectif poursuivi de ne donner qu'un aperçu de la matière.

11.2.1. Acte constitutif

416. **Contenu.** La servitude, en tant que droit réel limité, est soumise au **principe de causalité**. Autrement dit, sa constitution est liée à une cause juridique. Lorsque la servitude est constituée par un acte juridique (et non de par la loi), la cause juridique est le titre d'acquisition, soit un contrat constitutif de servitude, soit une disposition pour cause de mort (JEANDIN, p. 111). Dans la suite de ce chapitre, nous nous concentrerons principalement sur le contrat constitutif de servitude.

417. **Forme.** Selon la teneur de l'art. 732 al. 1 CC, l'acte constitutif d'une servitude doit revêtir la **forme authentique**. Le principal but recherché est la diminution des conflits liés à l'interprétation du contrat constitutif de servitude (PFÄFFLI ROLAND, Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten, in Wolf Stephan [édit.], Dienstbarkeiten im Wandel – von « Weg und Steg » zum Energie-Contracting, INR 16, Berne 2014, p. 8). En effet, plus la servitude est ancienne, plus il est difficile de se rendre compte de ce que voulaient vraiment les parties contractuelles. La forme authentique sert à apporter plus de précisions lors de la constitution, ce qui aidera dans l'interprétation future du contenu de la servitude. Le rôle du notaire est donc important.

418. **Exceptions.** Les exceptions à l'exigence de la forme authentique se comptent au nombre de trois :

- En vertu de l'art. 70 al. 2 ORF, « *lorsque le droit d'inscrire découle directement de la loi et que cela est établi par le justificatif relatif au titre, il suffit que ce dernier revête la forme écrite* ». Cette disposition concerne les servitudes légales. Il s'agit des situations dans lesquelles le contrat constitutif de servitude reconnaît l'existence d'un titre légal.

- Conformément à l’art. 634 al. 3 CC, un contrat de partage successoral doit revêtir la forme écrite. Les servitudes constituées dans un tel contrat peuvent être constituées avec la même règle, soit en la forme écrite.
- S’agissant des servitudes constituées par une disposition pour cause de mort (pacte successoral), elles doivent revêtir la même forme que celle qui est prescrite pour ces dispositions (STEINAUER droits réels II, no 3345).

419. **Plan du registre foncier.** L’art. 732 CC exige la production d’un plan à certaines conditions : un plan du registre foncier doit être produit si l’exercice de la servitude **est limité à une partie de l’immeuble ou si le lieu où elle s’exerce n’est pas décrit avec suffisamment de précision**. Cette exigence vise à améliorer la précision de la publicité du registre foncier et à éviter des litiges sur l’interprétation du contenu de servitudes dans des cas concrets (PFÄFFLI ROLAND, Errichtung, Auslegung und Löschung von Dienstbarkeiten, in Wolf Stephan [édit.], Dienstbarkeiten im Wandel – von « Weg und Steg » zum Energie-Contracting, INR 16, Berne 2014, p. 48). L’**art. 7 OMO** donne une définition du plan du registre foncier. Un plan privé, en particulier un plan dressé par un architecte, ne constitue pas un extrait de plan du registre foncier au sens de l’art. 732 al. 2 CC. En revanche, un extrait de plan du registre foncier sur lequel les parties reporteraient le tracé de la servitude serait suffisant (pour de plus amples informations, voir ATF 138 III 742/745, cons. 2 = SJ 2013 I 551/553).

420. **Servitude sur son propre immeuble.** Un propriétaire peut décider de constituer une servitude sur son propre immeuble et donc de manière unilatérale (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 07.51 ss). À titre d’illustration, le propriétaire d’un immeuble constitue une propriété par étages. Il décide de grever d’une servitude de moquette le deuxième étage en vue de la vente de cette part d’étage à un tiers. Souhaitant habiter le premier étage, il anticipe d’éventuelles immissions sonores que le futur propriétaire pourrait lui faire subir. La constitution de la servitude dite « *du propriétaire* » a pour spécificité que la servitude est constituée **sans** qu’un **contrat constitutif** ou une disposition pour cause de mort ne soit nécessaire (JEANDIN, p. 111). La **réquisition d’inscription** du propriétaire au registre foncier (en la forme authentique ; art. 732 al. 1 CC), représente une **déclaration unilatérale** qui suffit à constituer valablement la servitude (JEANDIN, p. 111). Il s’agit donc d’un **acte unilatéral**, le titre

d'acquisition consistant en la volonté même du propriétaire (STEINAUER droits réels II, no 3353).

11.2.2. Procédure de constitution

421. **Titre d'acquisition.** Le titre d'acquisition, sur lequel nous nous penchons plus en détail dans le cadre de cet ouvrage, est le contrat constitutif de servitude. Afin d'en analyser les caractéristiques, le juriste doit se pencher sur le **droit des obligations**. Le contrat est soumis aux conditions des art. 1 ss CO (JEANDIN, p. 112). Les clauses essentielles doivent figurer dans le contrat et faire l'objet d'un échange de manifestation de volonté au sens de l'art. 1 CO. Il s'agit en particulier des éléments suivants : la désignation de l'objet grevé et du bénéficiaire, la description du contenu de la servitude et la volonté d'octroyer un caractère réel au droit à constituer (JEANDIN, p. 113 ss). Le contrat s'interprète selon les règles définies à l'art. 18 CO ainsi que par la jurisprudence (JEANDIN, p. 117).

422. **Dérogation au droit dispositif de la répartition des charges.** Une précision importante s'impose lorsque les parties modifient le mode de répartition de la charge d'entretien de la servitude prévu à l'art. 741 CC. Cette modification doit impérativement figurer dans le contrat constitutif de servitude qui fera partie des pièces justificatives au registre foncier (art. 741 al. 2 CC ; JEANDIN, p. 122 s.). Si tel n'était pas le cas, cette modification ne déploiera pas un effet *propter rem*, conformément à ce qui est énoncé à l'art. 741 al. 2 CC.

423. **Effet du titre d'acquisition.** Le contrat constitutif de servitude confère à son titulaire une **créance en vue de la constitution de la servitude** (JEANDIN, p. 112). Celle-ci n'est donc pas encore constituée à ce stade. Le droit à l'exercice de la servitude n'est pas tiré du contrat mais de la servitude elle-même (JEANDIN, p. 112). Il sera donc possible pour son ayant droit de le faire valoir qu'une fois la servitude valablement constituée (voir ci-dessous). Plusieurs étapes sont donc encore nécessaires pour la constitution d'une servitude.

424. **Opération d'acquisition.** L'opération d'acquisition se divise en deux étapes : l'acte de disposition et l'inscription au registre foncier.

- **L'acte de disposition** consiste en la **réquisition d'inscription de la servitude au registre foncier** (art. 963 al. 1 CC). La personne qui en fait la requête doit avoir le pouvoir de disposer. Néanmoins, si tel n'était pas le cas mais que le constituant est tout de même inscrit en tant que propriétaire dans le registre foncier, l'acquéreur de bonne foi est protégé en vertu de l'art. 973 CC (STEINAUER droits réels II, no 3347).
- **L'inscription au registre foncier** de la servitude **au feuillet du fonds servant**, conformément à l'art. 968 CC, est l'acte qui **constitue la servitude** (art. 98 al. 1 ORF ; JEANDIN, p. 112 ; STEINAUER droits réels II, no 3349). Cet acte trouve son fondement dans le contrat constitutif de servitude. La servitude doit également être inscrite au feuillet du fonds dominant (art. 968 CC et 98 al. 1 ORF). Toutefois, cette inscription est une simple prescription d'ordre (STEINAUER droits réels II, no 3349). À noter qu'en vertu de l'art. 730 al. 2 CC, les **obligations accessoires** à la servitude (obligations de faire) doivent **ressortir de l'inscription du registre foncier**, faute de quoi, elles ne produiront pas un effet *propter rem* (ATF 124 III 289, cons. 1c = JdT 1999 I 170, p. 172 s.). Les successeurs en droit des parties ne seraient dès lors pas tenus d'exécuter la prestation. Pour ce qui est d'une dérogation à la répartition des charges d'entretien selon l'**art. 741 al. 2 CC**, il suffit que celle-ci figure dans l'**acte constitutif** (titre d'acquisition). Il n'y a pas besoin de l'insérer dans le libellé de l'inscription.

11.3. Effets

11.3.1. Contenus possibles

425. **Principe de la libre détermination.** Dans le cadre des principes **du numerus clausus et de la fixation des types**, les parties qui constituent une servitude sont **libres de déterminer son contenu** (art. 19 CO ; KÄHR, no 19 ad art. 730 ; STEINAUER droits réels II, no 3311 : ainsi, à titre d'illustration, il n'est pas possible de constituer un droit d'habitation, qui est une servitude personnelle proprement dite de par la loi, sous la forme d'une servitude foncière). Elles pourront aménager le contenu de la servitude en fonction de la situation concrète. La libre détermination du

contenu par les parties permet de perpétuer une fonction essentielle de la servitude qui est de répondre aux besoins concrets de la société et, à cet effet, de constituer un instrument flexible et facilement adaptable.

426. **Limites.** La **liberté** pour les parties de déterminer le contenu de la servitude est également **limitée par quatre critères** que celles-ci sont tenues d'observer : (1) **un contenu licite**, (2) **un intérêt pour l'ayant droit**, (3) **une restriction de la propriété**, (4) **l'absence de prestation principale positive**.

427. **Contenu licite.** Le contenu de la servitude **ne doit pas être impossible, illicite ou contraire à l'ordre public** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.14 ; PIOTET, no 112). Si tel est le cas, le **contrat de servitude** est **nul** (art. 20 CO ; ARGUL, no 9 ad art. 730). La liberté de déterminer le contenu de la servitude se voit restreinte par de plus en plus de règles de droit public en matière d'aménagement du territoire et de droit privé (REY Die Grundlagen, nos 28 et 30). L'art. 680 al. 3 CC prévoit d'ailleurs qu'une servitude ne saurait modifier ou supprimer les restrictions établies dans l'intérêt public. L'exigence d'un contenu licite vise notamment la **protection du droit**. Si la servitude est illicite ou impossible, le droit ne saurait être protégé.

428. **Intérêt pour l'ayant droit.** La servitude doit représenter un intérêt pour le titulaire du droit. Le Tribunal fédéral fait souvent référence dans sa jurisprudence au « *principe général selon lequel une servitude doit présenter un intérêt raisonnable pour l'ayant droit* » (dans le cadre d'une servitude personnelle : TF 5C.126/2004, cons. 2.2 ; ATF 121 III 52, cons. 2.a). Les raisons fondamentales de cette condition sont **d'éviter que des inscriptions futiles surchargent le contenu du registre foncier et de justifier la création d'un droit *erga omnes*, opposable à tous** (KÄHR, no 12 ad art. 730 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 90 ad art. 730). La servitude ne peut exister matériellement que si, dès le départ, l'intérêt pour le bénéficiaire de la servitude fait défaut (KÄHR, no 23 ad art. 730). Dans le cas d'une éventuelle inscription au registre foncier, elle a uniquement acquis un effet formel et le propriétaire de l'objet grevé peut en exiger la radiation (KÄHR, no 23 ad art. 730).

429. **Intérêt du propriétaire du fonds dominant.** L'**art. 730 al. 1 CC s'applique en particulier aux servitudes foncières**. Il énonce d'ailleurs

« en faveur d'un autre immeuble » (dans sa version allemande : « *Vorteil eines andern Grundstück* » et italienne : « *l'uno a favore dell'altro* »). La disposition légale ne formule donc pas expressément l'exigence de « l'utilité » de la servitude foncière. La doctrine majoritaire est d'avis que la constitution d'une servitude foncière pour les **besoins personnels et particuliers du propriétaire actuel** du fonds dominant est autorisée (GALLAND, no 188 ; PIOTET, no 101 ; STEINAUER droits réels II, no 3316). L'utilité de la servitude foncière ne consiste donc pas nécessairement en un avantage en lien avec l'utilisation du bien-fonds (PETITPIERRE, no 12 ad art. 730). **La doctrine n'a pas arrêté de définition de l'intérêt requis** qui est une **notion juridique indéterminée** (KÄHR, nos 14 et 22 ad art. 730 ; STEINAUER droits réels II, no 3318).

- **Intérêt qualifié** : Il existe une **controverse doctrinale** sur la nature que doit revêtir l'intérêt. **Le Tribunal fédéral** ainsi qu'une **partie de la doctrine** avancent que **l'intérêt doit être « raisonnable »** (ATF 123 III 337, cons. 4 ; ATF 121 III 52, cons. 2.a ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.21 ; PIOTET, no 102 ; STEINAUER droits réels II, no 3317). La doctrine énonce des critères afin de déterminer si cet intérêt peut être qualifié de « *raisonnable* ». L'intérêt concerne l'exercice de la servitude foncière, il est de nature à justifier la constitution d'un droit opposable à tous et il ne représente pas « *une pure lubie* » qui viendrait inutilement encombrer le registre foncier (STEINAUER droits réels II, no 3317 ; dans le même sens : KÄHR, no 22 ad art. 730). La manière d'apprécier le caractère « *raisonnable* » de l'intérêt est controversée (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.21 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 87 ad art. 730 ; STEINAUER droits réels II, no 3317 : selon ces auteurs, l'intérêt s'apprécie non pas en fonction de l'opinion commune et générale mais de manière subjective alors qu'une partie de la doctrine et la jurisprudence, dans le cadre de la procédure de l'art. 736 CC, penchent, au contraire, pour une appréciation objective : TF 5A_691/2019, cons. 3.3.1 ; ATF 130 III 554, cons. 2). **Une autre partie de la doctrine** estime qu'un **intérêt subjectivement relevant pour le propriétaire du fonds dominant en lien avec l'exercice de la servitude foncière est suffisant** (ARGUL, no 16 ad art. 730 ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 280 ; GALLAND, nos 193 ss). En tout état de cause, il en résulte qu'un simple hobby peut être considéré comme un intérêt raisonnable (LIVER Dienstbarkeiten, no 87 ad art. 730).

- **Deux sous-critères** ont été développés par la doctrine et la jurisprudence afin de déterminer si le droit est digne d'une inscription au registre foncier. **Premièrement**, en principe **une action ponctuelle**, respectivement « *un acte d'utilisation unique du fonds grevé* », **ne nécessite pas la protection offerte par l'institution de la servitude foncière** (KÄHR, no 31 ad art. 730 ; plus nuancé : ARGUL no 17 ad art. 730 ainsi que PIOTET, no 102). La servitude foncière est, de par sa nature, un instrument qui vise la protection des droits justifiés sur le long terme (KÄHR, no 31 ad art. 730 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 91 ad art. 730). **Deuxièmement**, l'ayant droit n'a en principe **pas d'intérêt à acquérir ou à garantir un droit auquel il est déjà clairement habilité par la loi** (restrictions légales à la propriété de droit privé ou de droit public ; ARGUL, no 9 ad art. 730 ; PETITPIERRE, no 21 ad art. 730). Les cas où la portée de la disposition légale serait incertaine et celui où l'on peut raisonnablement s'attendre à un changement de la législation ou de la situation de fait sont réservés, car ils pourraient représenter des situations dans lesquelles l'ayant droit à un intérêt à sécuriser sa situation juridique (ARGUL, no 17 ad art. 730 ; GALLAND, no 239).

430. **Restriction de la propriété du fonds servant.** La charge imposée par la servitude (art. 730 al. 1 et 781 al. 1 CC) doit être en lien étroit avec les facultés du propriétaire qu'il exerce dans le cadre de sa maîtrise sur son fonds (ARGUL, nos 8 et 14 ad art. 730 ; GALLAND, nos 70 et 244 ss pour plus de détails ; PETITPIERRE, no 14 ad art. 730 ; PIOTET, no 98). 4.4 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 140 ad art. 730 ; PETITPIERRE, no 19 ad art. 730). Ainsi, une servitude ne peut pas empêcher le propriétaire de vendre son terrain ou de ne pas le grever d'autres servitudes. En outre, une servitude interdisant toute utilisation du fonds servant autre que celle, unique, déterminée par la servitude viole le principe de la **limitation de la charge** (découlant de l'art. 730 al. 1 CC). Le critère primordial est celui du **rattachement de la charge à l'immeuble**. Ainsi, **toute activité personnelle est exclue** du champ d'application des servitudes (LIVER Dienstbarkeiten, no 107 ad art. 730). Cette condition est particulièrement importante en matière de servitudes négatives impliquant une abstention de la part du propriétaire du fonds servant. En d'autres termes, la servitude doit avoir une portée sur toute **activité qui détermine l'apparence extérieure et l'état physique de l'immeuble ainsi que son caractère économique et social visible pour le monde extérieur** (LIVER Dienstbarkeiten, nos 110, 131 et 138 ad art. 730 : à titre d'illustration, le contenu d'une servitude peut porter sur l'interdiction, pour un restaurant,

de servir de l'alcool, car il en résulterait un changement du caractère social et économique de l'immeuble, la clientèle pourrait se manifester en étant ivre et créer des nuisances extérieures telles que du bruit ; de même, le contenu de la servitude pourrait être le suivant : « *l'église existant sur ce terrain ne peut être utilisée que pour le culte selon la confession catholique* », car cela donne au bâtiment son caractère particulier en termes d'équipement et d'utilisation visibles pour le monde extérieur ; dans le même sens voir notamment ARGUL, no 15 ad art. 730 ; PETITPIERRE, nos 19 ss ad art. 730 ; PIOTET, no 98). Des **restrictions du droit de disposer** du propriétaire de son fonds (servant) sont en revanche **exclues** (TF 5A_134/2020, cons.1 CC) et ne sont donc pas admissibles (LIVER Dienstbarkeiten, no 15 ad art 730).

431. **Absence de prestation principale positive.** L'**art. 730 al. 1 CC** prévoit que le propriétaire doit « *s'abstenir* » ou « *tolérer* » dans le cadre de la charge qui lui est imposée par la servitude. La charge ne peut pas consister en une action, respectivement en un devoir de faire quelque chose (GROSSEN, p. 89). Une servitude ne peut imposer au propriétaire du fonds servant qu'une **attitude passive** (ARGUL, no 10 ad art. 730 ; GALLAND, no 78 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.16 s. ; PETITPIERRE, no 23 ad art. 730). Toutefois, l'**art. 730 al. 2 CC** prévoit qu'une **obligation de faire peut être rattachée de manière accessoire à une servitude**. Pour plus de détails au sujet de l'art. 730 al. 2 CC, se référer, ci-dessous, au point 11.3.5.

11.3.2. Exercice de la servitude

432. **Nature juridique du lien entre les parties à la servitude.** Le titulaire de la servitude **exerce son droit directement sur l'objet grevé**, c'est-à-dire **sans le concours du propriétaire de cet objet** (LIVER Dienstbarkeiten, no 5 ad art. 737 ; STEINAUER droits réels II, no 3433 : « *maîtrise directe* »). À l'exception d'éventuelles obligations accessoires au sens de l'art. 730 al. 2 CC ou de charges d'entretien qui dérogeraient à l'art. 741 al. 2 CC, il n'y a **pas de rapport d'obligation** entre les parties à la servitude (STEINAUER droits réels II, no 3433). Leur relation est soumise au **respect des règles de la bonne foi** (art. 2 CC ; STEINAUER droits réels II, no 3433). Ces règles jouent en particulier un rôle dans la manière de l'ayant droit d'exercer son droit et dans le respect de la part du propriétaire de l'objet grevé du droit conféré par la servitude et de son exercice.

433. **Mesures nécessaires pour en user.** En vertu de l'**art. 737 al. 1 CC**, « celui à qui la servitude est due peut prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver et pour en user ». Ainsi, à titre d'exemple, le titulaire d'un droit de passage est autorisé à dégager le chemin en défrichant et en taillant des arbustes (LIVER Dienstbarkeiten, no 13 ad art. 737). En revanche, le stationnement ne fait pas partie du contenu d'un droit de passage à un lieu de résidence et n'est donc pas nécessaire à son usage (LIVER Dienstbarkeiten, no 12 ad art. 737).

434. **Protection de la possession.** Les actions protégeant la possession de la servitude sont les mêmes que celles déjà présentées dans le cadre général de la protection de la possession et ne seront donc pas étudiées en détail ici. Les **art. 926 à 929 CC** (voir ci-dessus 3.1.6) s'appliquent aussi bien aux servitudes affirmatives ou positives qui confèrent à leur titulaire une maîtrise effective sur le fonds, qu'aux servitudes négatives (STEINAUER droits réels II, nos 3476 ss). S'agissant de ces dernières, l'**art. 919 al. 2 CC** prévoit que « *la possession consiste dans l'exercice effectif du droit* ». Le titulaire de la servitude dispose donc du droit de défense (art. 926 CC), de la réintégrande (art. 927 CC) et de l'action à raison du trouble (art. 928 CC). L'action peut être complétée par une **action en dommages-intérêts** aux conditions des art. 41 ss CO et 679 CC.

435. **Protection du droit.** L'**art. 737 al. 1 CC** prévoit que le titulaire de la servitude peut « *prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver et pour en user* ». Cette affirmation signifie notamment que le bénéficiaire de la servitude peut agir par voie judiciaire pour protéger son droit. Le **Code civil** ne prévoit **pas de règles spéciales** à ce sujet. L'**action confessoire** est analogue à l'action négatoire du propriétaire (l'action confessoire est développée par la jurisprudence et la doctrine ; STEINAUER droits réels II, no 3481). Elle vise la cessation et/ou l'interdiction de nouveaux troubles. Ces troubles consistent en des comportements illicites gênant l'exercice de la servitude (p.ex. ATF 113 II 151, cons. 5 : installation par le propriétaire du fonds servant sur l'assiette de la servitude d'une barrière s'ouvrant par un portail gênant l'exercice de la servitude ; PIOTET, no 362). L'action peut également être dirigée contre un tiers qui fait valoir un droit incompatible avec la servitude (STEINAUER droits réels II, no 3481). Si le propriétaire est totalement empêché d'exercer son droit, il pourra intenter une **action en revendication de la servitude** (STEINAUER droits réels II, no 3480 : p. ex. si le propriétaire du fonds servant refuse que les travaux soient exécutés en vue de l'ouverture d'un chemin permettant l'exercice d'un droit de passage). Ces deux actions sont

dirigées contre le perturbateur qui peut être le propriétaire du fonds grevé, une personne ayant acquis un droit réel ou personnel sur le fonds voire même contre un tiers (TF 5A_47/2019, cons. 2.1 ; PIOTET, no 362). Chacune de ses deux actions peut être complétée par une **action en dommages-intérêts** aux conditions des art. 41 ss CO et 679 CC. En outre, comme pour la propriété, **l'action en constatation de droit et l'action en rectification du registre foncier** (art. 975 CC) existent pour les servitudes (PIOTET, no 365).

436. **Bonne foi.** Conformément à l'**art. 737 al. 2 CC**, le titulaire de la servitude « *est tenu d'exercer son droit de la manière la moins dommageable* ». Cette disposition légale rappelle donc le respect du principe de la bonne foi (art. 2 CC ; *servitus civiliter exercenda* ; PIOTET, no 346).

437. **Exercice par un tiers des facultés conférées par la servitude.** Les prérogatives conférées par la **servitude foncière** sont principalement exercées par le titulaire de la servitude. Toutefois, elles peuvent également être exercées par **ceux qui acquièrent des droits** sur le fond dominant, tels que des locataires et des superficiaires, ainsi que par les personnes **qui en permettent l'exploitation** (p.ex. fournisseurs, entrepreneurs ; ARGUL, no 5 ad art. 730). La raison est que la servitude est présumée **couvrir l'ensemble des besoins du fonds dominant** (PIOTET, nos 358 s.; STEINAUER droits réels II, no 3439). Cette thématique n'est pas aussi évidente en matière de servitudes personnelles, car elles sont fortement liées, de par leur nature, à une personne déterminée. Il convient d'analyser la question en fonction du type de servitude concerné (p. un droit d'habitation ne saurait être exercé par un tiers).

11.3.3. Obligations du propriétaire grevé

438. **Devoir de tolérance ou d'omission.** Conformément à l'**art. 737 al. 3 CC**, « *le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude* ». Pour déterminer quels sont les actes du titulaire de la servitude qui ne doivent pas être gênés ou empêchés par le propriétaire grevé, il faut se référer à l'**art. 737 al. 1 CC**. Ce sont tous les actes auxquels le bénéficiaire a droit en vertu de cette disposition légale (LIVER Dienstbarkeiten, no 73 ad art. 737). En outre, selon l'**art. 730 al. 1 CC**, le propriétaire grevé a un devoir soit de tolérance,

soit d'omission. Une fois le droit du titulaire de la servitude déterminé, le propriétaire grevé doit s'abstenir d'en empêcher ou d'en gêner l'exercice (p. ex. TF 5A_640/2016, cons. 5 = RNRF 2018 120 : suite aux travaux du propriétaire grevé, le chemin n'est plus accessible pour des chaises roulantes).

439. **Principe « *servitus civiliter exercenda* ».** Le principe « *servitus civiliter exercenda* », qui découle du principe de la **bonne foi**, permet au propriétaire du fonds grevé d'imposer à l'ayant droit certaines inconvénients qui ne gênent pas sensiblement l'exercice de la servitude et qui sont de nature à réduire ou supprimer les effets dommageables de la servitude (dans le même ordre d'idée : art. 742 CC ; STEINAUER droits réels II, no 3450). Une **pesée des intérêts** en présence devra être effectuée.

11.3.4. Interprétation du contenu

440. **Ordre impératif.** Par interprétation, il faut entendre « *la détermination du contenu d'une servitude dans un cas concret* » (PIOTET, no 313). Un ordre impératif des moyens d'interprétation du contenu d'une servitude a été fixé par l'**art. 738 CC** (TF 5A_134/2020, cons. 3 ; TF 5A_691/2019, cons. 3.3.2 ; TF 5A_458/2019, cons. 3.3 ; TF 5A_47/2019, cons. 3.1 ; PIOTET, no 323) :

- en **priorité**, il faut se référer à l'**inscription au registre foncier** tel qu'énoncé à l'art. 738 al. 1 CC ;
- **si celle-ci n'est pas claire**, en vertu de l'art. 738 al. 2 CC, les moyens d'interprétation suivants doivent être analysés dans l'ordre : l'origine de la servitude, la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi (TF 5A_691/2019, cons. 3.3.2 ; TF 5A_134/2020, cons. 3 ; TF 5A_458/2019, cons. 3.3 ; TF 5A_47/2019, cons. 3.1) ;
- l'**art. 740 CC** apporte un moyen d'interprétation supplémentaire à ceux de l'art. 738 al. 1 et 2 CC. Si les critères précédents n'ont pas pu aboutir à un résultat concluant, il est encore possible de se référer au **droit cantonal** et à l'**usage des lieux** ;
- du moment que le contenu de la servitude est déterminé, il ne s'agit pas d'analyser les autres moyens d'interprétation qui succèdent dans l'**ordre légal impératif** (PIOTET, no 323). Les moyens

d'interprétation réservés à l'art. 738 al. 2 CC ne doivent, en tout état de cause, pas modifier la nature de la servitude telle qu'elle ressort de l'inscription au registre foncier (TF 5A_691/2019, cons. 3.3.3). L'interprétation ne doit pas conduire à une restriction des droits du titulaire de la servitude dans une mesure non compatible avec l'exercice de son droit. Le contenu des servitudes doit être **interprété restrictivement** (STEINAUER droits réels II, no 3459).

441. **Selon l'inscription au registre foncier.** Conformément à l'art. 738 al. 1 CC, l'inscription au registre foncier **fait règle si elle est claire**. D'autres moyens d'interprétation sont alors exclus. C'est l'inscription au grand livre, respectivement au **feuilleton du fonds servant**, qui est déterminante et **subsidièrement les pièces justificatives** (TF 5A_691/2019, cons. 3.3.3 ; PIOTET, no 323). L'inscription au registre foncier est très succincte. Elle désigne la servitude par des mots clés tels que « *droit de passage* » et « *usufruit en faveur de X* » de sorte qu'il est parfois nécessaire de se référer à d'autres moyens d'interprétation pour déterminer le contenu de la servitude plus en détail.

442. **Selon l'origine de la servitude.** L'art. 738 al. 2 CC énonce, en premier, l'origine de la servitude. Ce critère tend à déterminer le but de la servitude lors de sa constitution, car elle ne saurait être maintenue dans un but différent de celui-ci (« *principe de l'identité de la servitude* » ; ATF 117 II 536, cons. 5 = JdT 1993 I 333, cons. 5 : la servitude garantissant un accès pour engranger du foin correspond à un besoin agricole qui, de par son origine, ne saurait être étendu à un droit de passage pour une habitation ; PIOTET, no 326). C'est le **titre d'acquisition**, en général le **contrat constitutif**, qui est déposé comme pièce justificative au registre foncier qui permet de déterminer l'identité de la servitude de par son origine (STEINAUER droits réels II, no 3461). La **volonté réelle des parties** doit être recherchée et s'il n'est pas possible de la déterminer, le titre d'acquisition doit alors être interprété conformément au **principe de la confiance** (art. 18 CO ; TF 5A_691/2019, cons. 3.3.3 : l'arrêt porte sur un litige au sujet de l'interprétation d'une servitude d'empiètement, les recourants estiment que le principe de la confiance a été violé par l'autorité inférieure). Il faut tenir compte du but poursuivi par les parties lors de la constitution de la servitude (TF 5A_691/2019, cons. 3.3.3). Toutefois, quand il ne s'agit plus des mêmes parties que lors de la constitution de la servitude, l'interprétation du contrat est limitée par la **protection de la bonne foi** (art. 973 CC ; TF 5A_691/2019, cons. 3.3.3 et TF 5A_873/2018,

cons. 2.1 : le Tribunal fédéral précise que les circonstances lors de la conclusion du contrat peuvent être prises en compte dans l'interprétation de l'étendue de la servitude que lorsque les effets sont reconnaissables pour les tiers).

443. **Selon la manière d'utiliser la servitude pendant longtemps.** Le deuxième critère d'interprétation énoncé à l'art. 738 al. 2 CC est « *la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi* ». L'art. 738 al. 2 CC ne précise **pas de durée minimale**. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence avancent qu'un usage de **quelques années** n'est **pas suffisant** (TF 5A_473/2017, cons. 5 ; PIOTET no 331 : l'auteur fixe une durée qui se situe entre dix et trente ans au moins et plaide pour la prise en compte d'une plus longue durée selon qu'il s'agisse de préciser ou de compléter la servitude par l'interprétation). À noter que ce critère est peu relevant pour les servitudes négatives.

444. **Selon le droit cantonal et l'usage des lieux.** Au vu de la réserve en faveur du droit cantonal de l'art. 740 CC et, à défaut d'avoir pu interpréter l'étendue de la servitude avec les critères édictés à l'art. 738 CC, il sied de se référer au **droit cantonal** ou à l'usage des lieux (PIOTET, no 333). Cette clé d'interprétation est toutefois **propre aux droits de passage**, tel que prévu par l'art. 740 CC. En dernier recours, **l'usage des lieux** peut servir à l'interprétation du contenu de la servitude. Les usages locaux ont l'avantage de représenter une clé d'interprétation pour **d'autres servitudes que des droits de passage** (art. 5 al. 2 CC ; PIOTET, no 335).

445. **Fardeau de la preuve.** Si les clés d'interprétation des art. 738 et 740 CC ne sont pas suffisantes pour interpréter l'étendue de la servitude, la **méthode générale** pour tout droit subjectif contesté s'appliquera (PIOTET, no 336). En vertu de l'**art. 8 CC**, « *chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit* ». C'est **au titulaire de la servitude de démontrer l'étendue de son droit**.

446. **Besoins nouveaux du fonds dominant.** Ce cas de figure est rencontré dans le cadre de servitudes foncières comme en témoigne la notion de « *fonds dominant* ». Il ne suffit pas que le but pour lequel a été constitué la servitude foncière demeure, il faut également que l'exercice du droit ne dépasse pas ce qui est autorisé par l'interprétation du droit conféré par la servitude foncière (TF 5A_737/2019, cons. 4.2 : au sujet de

l'aggravation de la servitude foncière dans le cadre d'une réunion parcellaire ; PIOTET, no 339). C'est dans cet objectif que l'**art. 739 CC** prévoit : « *les besoins nouveaux du fonds dominant n'entraînent aucune aggravation de la servitude* ». Avec le temps, il est normal que de nouveaux besoins relatifs au fonds dominant se créent (p. ex. un besoin de passer à pied non plus seulement pour une personne mais pour toute la famille). Toutefois, ces derniers ne doivent pas conduire à un exercice du droit qui entraînerait une aggravation de la servitude foncière.

- Par **aggravation**, il faut entendre « *une augmentation notable de la charge résultant de la servitude* » (STEINAUER droits réels II, no 3465). Par exemple, dans un cas concret d'une servitude de canalisation des eaux usées dans le cadre d'une réunion parcellaire, au vu des critères suivants, le Tribunal fédéral a retenu qu'il ne s'agissait pas d'une aggravation notable : la servitude est clairement localisée et son assiette reste identique après la réunion, la réunion n'entraîne aucun coût supplémentaire, la répartition initiale des frais reste de mise, les canalisations existantes peuvent supporter le projet des intimés et le développement prévu par les intimés fait partie de l'évolution naturelle des choses compte tenu de la densification voulue par le législateur dans cette zone (TF 5A_737/2019, cons. 4.3).
- Pour qu'il y ait aggravation, **les circonstances** qui modifient l'exercice de la servitude foncière **ne devaient raisonnablement pas pouvoir être prises en compte** par les parties **lors de la constitution** de la servitude. Le Tribunal fédéral rappelle ainsi dans un arrêt récent que c'est dans ce même ordre d'idée que le législateur a prévu à l'art. 974b al. 3 CC que lorsque le conservateur du registre foncier procède à une réunion parcellaire, il doit soit avoir le consentement du propriétaire du fonds servant, soit il doit n'en résulter aucune aggravation de la charge (TF 5A_737/2019, cons. 4.2). Il est en principe impossible de prendre en considération, lors de la constitution de la servitude foncière, un tel changement de circonstances. L'intérêt des parties (**volonté hypothétique**) ne pouvait donc pas correspondre à l'intérêt actuel (**volonté actuelle**) du propriétaire du fonds dominant (TF 5A_737/2019, cons. 4.2). L'intérêt actuel doit s'apprécier sur la base de **données objectives** (STEINAUER droits réels II, no 3466).

11.3.5. Obligations accessoires et répartition des frais

447. **Obligations accessoires.** L'« *acquéreur du fonds dominant* » est mentionné à l'**art. 730 al. 2 CC** qui se réfère donc expressément à l'institution de la servitude foncière. En vertu de l'**art. 730 al. 2 CC**, une obligation d'accomplir certains actes est admise **uniquement si l'acte à réaliser est secondaire par rapport à l'obligation résultant de la servitude foncière** (ATF 106 II 315, cons. 2 : l'obligation ponctuelle de faire recouvrir le sol d'une moquette par opposition à l'obligation permanente de s'abstenir de recouvrir le sol avec du carrelage afin d'éviter des immissions sonores [résonnances]; ARGUL, no 11 ad art. 730 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.18 ss; LIVER Dienstbarkeiten, no 195 ad art. 730). L'acte secondaire sert en principe à faciliter l'exercice de la servitude foncière ou à prévenir ses effets dommageables pour des tiers (KÄHR, no 32 ad art. 730 ; LIVER Dienstbarkeiten, no 203 ad art. 730 ; PIOTET, no 134). En général, la prestation positive est liée à l'entretien des installations nécessaires à l'exercice de la servitude (p.ex. entretenir un chemin). Il serait contraignant pour les parties de devoir constituer pour ce faire une charge foncière. L'**art. 730 al. 2 CC** vise ainsi à faciliter la constitution de prestations positives accessoires (STEINAUER droits réels II, no 3324). Afin de déterminer si l'obligation accessoire de faire est admissible, il faut examiner **chaque cas concret précisément** (LIVER Dienstbarkeiten, no 207 ad art. 730 ; PIOTET, no 123). La servitude ne peut pas être invalidée parce qu'elle est associée à une obligation accessoire de faire non admissible (LIVER Dienstbarkeiten, no 211 ad art. 730). En vertu de l'**art. 730 al. 2 CC**, les **obligations accessoires** à la servitude foncière doivent **ressortir de l'inscription au registre foncier**, faute de quoi, elles ne produisent pas un effet *propter rem* (ATF 124 III 289, cons. 1c = JdT 1999 I 170, p. 172 s.). Dans ce cas, les successeurs en droits des parties ne seraient pas tenus d'exécuter la prestation.

448. **Répartition des frais.** L'**art. 741 CC** traite de la répartition des frais d'entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice d'une servitude foncière. Le « *propriétaire du fonds dominant* » est mentionné dans la disposition qui se réfère donc expressément à l'institution de la servitude foncière. Des installations, telles que par exemple une infrastructure routière (droit de passage avec une voiture) ou une installation de chauffage, sont souvent liées à l'exercice du droit conféré par la servitude foncière.

- **Règles dispositives** : L'**art. 741 al. 1 CC** prévoit que « *le propriétaire du fonds dominant entretient les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude* ». Le **propriétaire du fonds dominant bénéficie de l'utilisation** de la servitude foncière et il a donc le **devoir d'entretenir les ouvrages** y relatifs. Il arrive néanmoins que le propriétaire du fonds servant bénéficie également de l'installation (p.ex. il utilise aussi la route qui fait l'objet du droit de passage). L'**art. 741 al. 2 CC** règle cette question en prévoyant que « *si ces ouvrages sont également utiles au propriétaire grevé, la charge de l'entretien incombe aux deux parties, en proportion de leur intérêt* ». Ces deux règles sont de **droit dispositif** (STEINAUER droits réels II, no 3447). Les parties peuvent donc y déroger.
- **Conventions d'entretien** : Selon le Conseil fédéral, l'**art. 741 al. 2 CC in fine** « *a pour effet de transformer les conventions d'entretien dérogeant au régime légal en obligations réelles légales lorsqu'elles figurent parmi les pièces justificatives* » (cette règle est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012 : FF 2007 5044). En d'autres termes, une **convention d'entretien dérogeant au régime légal** lie les successeurs en droit des parties et produit donc un **effet propter rem** pour autant qu'elle figure dans l'**acte constitutif** (titre d'acquisition). Il n'y a pas besoin de l'insérer dans le libellé de l'inscription.

11.3.6. Plusieurs bénéficiaires d'une même servitude

449. **Plusieurs bénéficiaires**. L'**art. 740a CC** règle les situations dans lesquelles **plusieurs personnes** bénéficient d'une **servitude de même rang et de même contenu**. Les **règles de la copropriété s'appliquent par analogie**, sauf convention contraire, conformément à l'**art. 740a al. 1 CC**. Il s'agit donc des cas de figure où l'objet grevé l'est en faveur de plusieurs titulaires différents, qui ne sont pas liés par une relation de propriété collective (p.ex. un droit de passage au bénéfice de plusieurs parcelles voisines). Ces cas doivent être distingués de ceux dans lesquels les titulaires de la servitude sont multiples en vertu d'une propriété collective.

450. **Exclusion du droit de quitter la communauté**. En vertu de l'**art. 740a al. 2 CC**, il est possible d'**exclure le droit de quitter la communauté pour une durée de trente ans au plus**. Le but recherché est

de garantir l'amortissement des installations nouvellement construites et la protection des bénéficiaires qui se retrouvent seuls à assumer les frais lors du départ d'autres propriétaires (FF 2007 5043). Le terme « *installation* » sous-entend que la constitution d'une servitude peut devoir conduire à investir dans des installations et le terme d'« *amortissement* » vient confirmer qu'il s'agit d'installations non négligeables et réalisées en vue d'une certaine durée (p.ex. une infrastructure routière pour un droit de passage).

11.4. Extinction

11.4.1. Divers modes d'extinction

451. **Régime légal.** Les **modes d'extinction** des servitudes sont prévus par le Code civil et sont **limités** (PIOTET, no 232). Il faut toutefois relever que le droit public peut également prévoir d'autres causes d'extinction des servitudes (p.ex. dans le cadre d'améliorations foncières et d'expropriation ; PIOTET, no 232). La présentation qui suit s'intéresse uniquement au droit privé. Le Code civil règle l'extinction des servitudes aux art. **734 à 736 CC**. D'autres dispositions éparées du Code civil viennent s'ajouter à la thématique et concernent plus particulièrement l'extinction de la servitude par le biais de la radiation au registre foncier (p.ex. art. 743 al. 3 et 976 ss CC). Le droit suisse ne prévoit **ni prescription acquisitive** de la servitude (c'est-à-dire en cas de non-usage de l'ayant droit), **ni usucapio libertatis** (soit lorsque le propriétaire du fonds servant accomplit des actes en contradiction avec la servitude durant un certain temps ; STEINAUER droits réels II, no 3380). Dans le cadre du présent ouvrage, seules les causes d'extinction des servitudes inscrites au registre foncier sont examinées. Ces causes sont également valables pour les servitudes existant matériellement sans inscription au registre foncier. Les causes d'extinction qui leur sont spécifiques ne seront pas présentées. Ces cas de figure sont rares et ne sont pas examinés dans cette contribution dont le but est d'étudier les fondamentaux de la matière. Seuls les principaux modes d'extinction sont donc présentés ci-dessous.

452. **Libération judiciaire en général.** L'art. 736 CC prévoit la possibilité pour le propriétaire du fonds grevé de requérir du tribunal l'extinction de la servitude pour laquelle le propriétaire du fonds dominant

n'a plus d'intérêt. La disposition légale s'applique **aussi bien aux servitudes foncières qu'aux servitudes personnelles par analogie** (TF 5C.126/2004, cons. 2.2 : un cas relatif à une servitude de superficie pour des installations de distribution de carburant qui permettent à son bénéficiaire d'aménager et d'exploiter lesdites installations sur le fonds servant ; en outre une servitude de passage à pied et pour tous les véhicules permet l'exploitation normale des installations de distribution en question ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 680 ; PIOTET, no 267). Dans le cadre du présent ouvrage, la disposition légale est présentée sous l'angle des servitudes foncières uniquement. Tel que précédemment évoqué, une des conditions pour constituer valablement une servitude foncière est que le propriétaire du fonds dominant doit avoir un intérêt (art. 730 al. 1 CC). Il arrive cependant que cet intérêt disparaisse par la suite. Afin de **rester cohérent avec les conditions consacrées à la constitution de la servitude**, l'art. 736 CC prévoit que, d'une part, « *le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant* » (al. 1) et, d'autre part, « *il peut obtenir la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité réduite, hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant* » (al. 2). Les principes sous-jacents du contenu de l'art. 736 CC sont **l'interdiction de l'abus de droit** (art. 2 al. 2 CC), **la clausula rebus sic standibus** et **la protection du droit de propriété** (en libérant la propriété de charges devenues inutiles). À relever que le propriétaire grevé pourra également agir par la voie de la requête en radiation au sens de l'art. 976a CC si la servitude a manifestement perdu toute utilité. La procédure est alors différente. Elle sera moins coûteuse et plus rapide.

453. **Perte de toute utilité pour le fonds dominant.** La libération judiciaire s'applique, en vertu de l'**art. 736 al. 1 CC**, dans les situations où la servitude a perdu toute utilité pour le fonds dominant. La formulation est trompeuse, car c'est l'intérêt du propriétaire du fonds qui est à considérer (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 688 ; GALLAND, no 1508 ; STEINAUER droits réels II, no 3417). Il s'agit donc d'apprécier un éventuel **intérêt relevant pour le propriétaire actuel** du fonds dominant (GALLAND, no 1508 ; voir la controverse au sujet de la notion d'intérêt présentée, ci-dessus au point 11.3.1, en lien avec les limites de la libre détermination du contenu).

- **La formulation « perdu toute utilité »** : Elle signifie que le propriétaire n'a plus aucun intérêt au maintien de la servitude (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 691 ss et 228 ;

contra STEINAUER droits réels II, no 3417 : l'auteur estime que le propriétaire ne doit avoir plus aucun intérêt « *raisonnable* »). Lorsque la servitude **ne présente plus aucun intérêt** pour le propriétaire du fonds dominant **ou que l'intérêt qu'elle représente ne correspond pas à son but initial**, sa perte d'utilité doit être reconnue. Ainsi, en vertu du principe de l'identité de la servitude, l'examen se fait en fonction du but pour lequel la servitude a été constituée (au moyen des art. 738 et 739 CC ; TF 5A_691/2019, cons. 3.3 ; ATF 130 III 554, cons. 2 ; PIOTET, no 274 ; pour de plus amples analyses : ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 742 ss). L'absence d'intérêt est évaluée, selon **une partie de la doctrine**, sur la base de **critères subjectifs**, c'est-à-dire propres au propriétaire actuel du fonds dominant. Selon **une autre partie de la doctrine ainsi que pour le Tribunal fédéral**, il faut se baser sur des **critères objectifs** (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 688 ss ; *contra* TF 5A_691/2019, cons. 3.3.1 ; ATF 130 III 554, cons. 2 ; ATF 121 III 52, cons. 3a ; TF 5A_698/2017, cons. 4 ; STEINAUER droits réels II, no 3417). L'intérêt doit avoir **définitivement disparu** (PIOTET, no 269). La jurisprudence est restrictive quant à l'admission de la perte de toute utilité (PIOTET, no 272).

Jugement : Il a un **effet déclaratif** (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 531 ; STEINAUER droits réels II, no 3424 ; la nature du jugement est controversée). La servitude n'ayant plus aucune utilité est **matériellement éteinte** (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 774). L'inscription au registre foncier est dès lors erronée. L'art. 736 al. 1 CC est un moyen pour faire concorder les aspects matériel et formel du droit (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 774). La radiation au registre foncier sera effectuée à la suite du jugement conformément à l'art. 963 al. 2 CC. L'extinction de la servitude peut être partielle et ne porter que sur la partie qui a perdu son utilité (PIOTET, no 276). Le propriétaire du fonds dominant n'a **pas droit à une indemnité** puisque la servitude n'existe déjà plus matériellement. À noter que les parties peuvent s'entendre sur l'extinction de la servitude et ne pas nécessairement recourir à un jugement.

454. **Conserve une utilité réduite pour le fonds dominant.** L'**art. 736 al. 2 CC** règle, quant à lui, les cas dans lesquels la servitude n'a plus qu'une **utilité réduite**.

- **L'intérêt au maintien** de la servitude doit être **disproportionné** par rapport à la charge qui en résulte et son peu d'utilité (art. 738 et 739 CC ; en fonction du but lors de sa constitution ; TF 5A_361/2017, cons. 4.5 : la disproportion ne doit pas provenir de faits imputables au propriétaire du fonds grevé ; pour plus de détails sur la notion « *hors de proportion* » voir ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 532 ss et PIOTET nos 285 ss). Contrairement aux conditions relatives à l'art. 736 al. 1 CC, la perte d'utilité **ne doit pas être définitive**. Il suffit que les **faits** en faveur de son inutilité soient **postérieurs à la constitution** de la servitude.
- **Jugement** : Il a un **effet formateur** (PIOTET, nos 295 s. ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 544 ss ; *contra* STEINAUER droits réels II, no 3432 qui est d'avis que le jugement a un effet déclaratif ; la nature du jugement est donc controversée). Contrairement à l'art 736 al. 1 CC qui vise les cas de figure dans lesquels la servitude a perdu toute utilité et n'existe dès lors plus matériellement, la servitude a encore une certaine utilité et existe donc toujours (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 545 et 773 ss). Le jugement a donc un effet formateur puisqu'il éteint une servitude existante. L'extinction de la servitude peut être partielle et ainsi ne porter que sur la partie qui a perdu son utilité (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 540 ss). Le propriétaire du fonds dominant a **droit à une indemnisation** (mentionnée à l'art. 736 al. 2 CC uniquement dans ses versions allemandes et italiennes ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 539 : le montant de l'indemnité correspond à la valeur de l'intérêt que représentait encore la servitude pour son titulaire ; PIOTET, nos 293 s. : l'auteur utilise les termes de « *forme d'expropriation privée* »).

455. **Suppression par le registre foncier**. Les art. 976 ss CC règlementent de manière générale les cas dans lesquels le conservateur du registre foncier peut radier une inscription (voir aussi ci-dessus 3.2.5). Ces dispositions légales **s'appliquent donc également à l'épuration des servitudes**. Étant donné que les procédures des art. 976 et 976a CC ont déjà été présentées dans le présent ouvrage au chapitre sur le registre foncier, elles sont uniquement mentionnées ci-dessous.

- **Radiation d'office** : L'art. 976 CC énumère exhaustivement les situations dans lesquelles le conservateur est autorisé à radier

d'office l'inscription. Ainsi, à titre d'illustration, en vertu de l'art. 976 ch. 3 CC, il peut radier d'office une inscription si la servitude ne peut pas concerner l'une des nouvelles parcelles, en raison de sa localisation (souvent lors de réunions ou de divisions parcellaires).

- **Radiation sur requête du propriétaire** : Dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 976a CC, « *lorsqu'une servitude est très vraisemblablement dépourvue de valeur juridique* », c'est au propriétaire de faire la demande de radiation de la servitude.
- **Procédure d'épuration publique pour des périmètres déterminés** : La procédure d'épuration prévue à l'art. 976c CC vise les situations dans lesquelles **un grand nombre d'inscriptions** sont **devenues caduques**. C'est le cas notamment lors d'un changement d'affectation d'une zone suite à des modifications apportées par l'aménagement du territoire (FF 2007 5071). Le législateur a pensé aux anciennes servitudes datant de l'époque de l'utilisation agricole, telles que des droits de passage, de source ou d'abreuvoir, qui ont depuis longtemps perdu toute portée (HÜRLIMANN-KAUP Dienstbarkeitsrecht, p. 56).

456. **Division et réunion d'immeubles.** La division et la réunion d'immeubles ont très souvent un impact sur l'état des charges d'un immeuble. Ci-après, quelques remarques à ce propos :

- **Obligation du propriétaire du fonds à diviser** : La division d'un fonds est régie par l'art. 743 CC. En vertu de l'alinéa 1, lors de la division, la servitude subsiste sur toutes les parcelles (TF 5A_702/2019, cons. 2.7 : le Tribunal fédéral rappelle ce principe et invalide l'interprétation de l'instance inférieure qui n'a pas pris en compte toutes les parcelles concernées par la servitude suite à la division d'immeubles). En vue d'une épuration plus efficace du registre foncier dans l'intérêt de la publicité foncière, l'**art. 974a al. 2 CC**, énonce l'obligation pour le propriétaire d'un immeuble à diviser **d'indiquer au registre foncier les inscriptions qui doivent être radiées** (en écho à la règle contenue à l'art. 743 al. 2 CC ; FF 2007 5017, 5025 et 5029). À défaut, le conservateur du registre foncier refuse l'inscription (art. 974 al. 2 CC *in fine*). Pour ce qui est de la procédure qui suit la requête du propriétaire, l'**art. 743 al. 3 CC** traite de la division parcellaire et **renvoie** aux dispositions sur la radiation et la modification des

inscriptions au registre foncier, respectivement **aux art. 976 ss CC**.

- **Obligation du propriétaire en cas de réunion parcellaire** : La réunion des fonds est régie par l'**art. 735 CC**. Dans ce cas de figure, il arrive que le fonds servant et le fonds dominant soient réunis et qu'ainsi la servitude ne concerne plus qu'un seul fonds. Le propriétaire peut alors requérir la radiation de la servitude au registre foncier (art. 735 al. 2 CC). À défaut, la servitude subsiste sur le fonds (art. 735 al. 3 CC). L'**art. 974b al. 4 CC renvoie** aux dispositions relatives à l'épuration des servitudes en cas de division de l'immeuble. Les **art. 976 ss CC** sont donc applicables à la réunion parcellaire. L'obligation d'épurer les servitudes englobe également la réunion parcellaire. Les règles de l'**art. 974a CC s'appliquent par analogie** (FF 2007 5067 s.). Le propriétaire a donc l'obligation d'indiquer dans sa réquisition au registre foncier la manière dont doivent être épurées d'éventuelles servitudes.

11.4.2. Modalités d'extinction

457. **Extinction moyennant la radiation au registre foncier**. En vertu de l'**art. 734 CC**, la servitude s'éteint par sa radiation au registre foncier.

- **Titre d'extinction** : En écho à l'art. 974 al. 2 CC, l'extinction de la servitude doit reposer sur **un titre valable** (système causal des écritures au registre foncier ; PIOTET, no 237). Le titre d'extinction consiste en un **acte juridique générateur d'obligation** (il existe une controverse doctrinale sur le fait de déterminer si la volonté unilatérale du titulaire du droit de supprimer la servitude constitue un titre d'acquisition ; en faveur de cette théorie : ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 431 ss ; *contra* STEINAUER droits réels II, nos 3410 s.). L'acte juridique qui engendre l'obligation d'éteindre la servitude peut être un acte juridique entre vifs, un **contrat** par lequel l'ayant droit s'oblige à faire radier la servitude ou un **acte juridique pour cause de mort (legs)** comportant l'obligation de faire supprimer la servitude (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 383 s.). Dans les deux cas, l'acte juridique ne confère **qu'une créance tendant à l'extinction de la servitude** à son bénéficiaire (c'est donc lors de la requête en radiation au registre foncier que le débiteur

exécute son obligation ; à défaut, le propriétaire grevé pourra agir en justice selon l'art. 665 al. 1 CC ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 396 et 525). Le **contrat** n'est soumis à **aucune forme** (art. 115 CO par analogie ; toutefois pour des raisons probatoires de l'écriture au registre foncier, la forme écrite est exigée : PIOTET, nos 238 s.). Si le contrat n'est pas valable, la requête en radiation est sans effet (p.ex. capacité civile active des parties manquantes ou vices de la volonté ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 385 ; PIOTET, no 238). L'acte juridique pour cause de mort (**legs**) doit respecter les **formes prescrites** en la matière aux art. 498 ss CC.

· **Opération d'extinction : Deux phases** font partie de l'opération d'extinction : **l'acte de disposition et la radiation**. Premièrement, l'acte de disposition consiste en **la requête en radiation** adressée au registre foncier par le titulaire du droit (art. 963 CC ; ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 394 et 395). Les éventuels titulaires de droits réels postérieurs à la constitution de la servitude, auxquels l'inscription confère des droits, **doivent consentir** à la radiation (art. 964 CC ; PIOTET, nos 241 ss). Deuxièmement, **la radiation au registre foncier éteint simultanément matériellement et formellement la servitude** (art. 734 CC ; contrairement aux causes d'extinction indépendantes de la radiation ; pour plus de détails voir : ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, nos 429 ss et STEINAUER droits réels II, no 3408). En vertu de l'art. 968 CC, les servitudes sont radiées aux feuillets du fonds dominant et du fonds servant. Cependant, seule **la radiation au feuillet du fonds servant est décisive**, celle sur le feuillet du fonds dominant étant perçue comme une simple prescription d'ordre (ARGUL GROSSRIEDER les causes d'extinction, no 428).

458. **Extinction indépendamment d'une radiation au registre foncier.**

Certaines servitudes s'éteignent de par la loi. Il s'agit notamment des causes suivantes :

· **Le maintien de l'inscription au registre foncier ne produit plus aucun effet** : La servitude s'est éteinte de par la loi et une « *reconstitution* » de la servitude au motif d'une acquisition de bonne foi est exclue. Il s'agit des cas suivants : la disparition de l'objet de la servitude (art. 734 CC *in fine* et, excepté l'art. 750 CC, un substitut de l'objet ne peut faire l'objet de la servitude),

l’extinction du titre de la servitude (titre légal : p.ex. art. 694 CC si un nouvel accès est dès lors disponible ; titre conventionnel : p.ex. la condition résolutoire est survenue), l’impossibilité d’exercer la servitude, la déréliction du fonds dominant et l’expiration du temps pour lequel la servitude a été constituée conformément à l’art. 976 ch. 1 CC (pour plus de détails : PIOTET, nos 252 ss et STEINAUER droits réels II, nos 3390 ss).

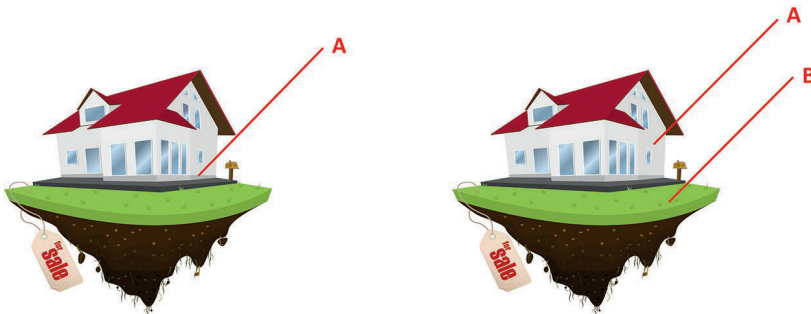
· **Le maintien de l’inscription au registre foncier pourrait conduire à une acquisition de bonne foi** : Vu qu’un tiers pourrait se fier à l’inscription et acquérir la servitude de bonne foi, il est d’autant plus important de requérir la radiation au registre foncier. Il s’agit de l’extinction par libération judiciaire (art. 736 CC) et par la renonciation à la servitude (p.ex. dans le cadre de l’art. 735 CC ; controverse sur la volonté unilatérale du titulaire du droit de supprimer la servitude en tant qu’acte de disposition par lequel le propriétaire du fonds dominant renonce spontanément à son droit avec effet immédiat, pour plus de détails : STEINAUER droits réels II, no 3388 ; *contra* ARGUL GROSSRIEDER les causes d’extinction, nos 431 ss ; en tout état de cause à ne pas confondre avec le cas où le propriétaire s’engage à effectuer la radiation par contrat qui implique la radiation au registre foncier pour l’extinction de la servitude).

11.5. Quelques servitudes particulières

11.5.1. Droit de superficie

459. **Notion.** Le droit de superficie est régi par les **art. 779 à 779I CC** ainsi que par d’autres dispositions importantes comme les art. 655 al. 2 ch. 2 et 675 CC. Le droit de superficie se définit comme une **servitude** très souvent **personnelle et irrégulière** qui confère à son titulaire (le superficiaire) **le droit d’avoir ou de faire des constructions** sur le fonds grevé ou au-dessous de ce fonds (art. 779 al. 1 CC ; GROSSEN, p. 104 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 8.101 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1367). Le droit de superficie est une servitude qui permet de dissocier la propriété du fonds de la propriété des constructions qui s’y trouvent (art. 675 al. 1 CC). Le propriétaire du fonds n’acquiert pas la propriété sur les constructions. **Le principe de**

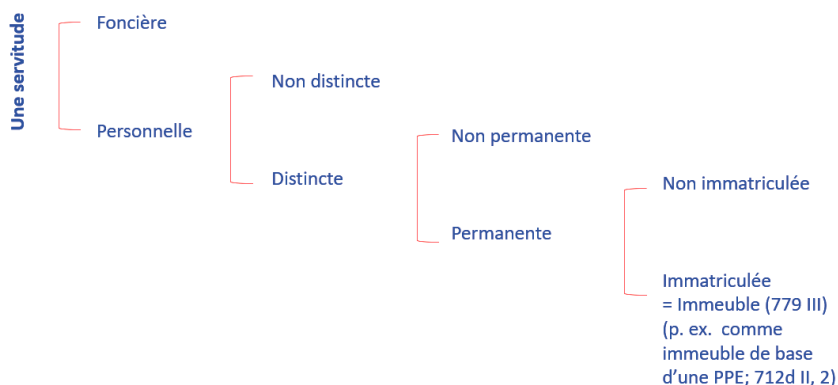
l'accession, énoncé à l'art. 667 al. 1 CC, ne s'applique pas (voir ci-dessus 4.3 ; GROSSEN, p. 104 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/Roberto, no 8.102 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1368). Le superficiaire assume une position qui est double. D'une part, il est le titulaire d'une servitude. Il est donc soumis aux règles générales applicables aux servitudes. D'autre part, il est le propriétaire foncier des constructions qu'il a érigées. Il est donc soumis aux règles sur la propriété foncière (notamment aux art. 684 ss CC) ainsi qu'à l'art. 679 CC relatif à la responsabilité du propriétaire (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1368 ss).



460. **Objet.** L'art. 779 al. 1 CC mentionne le terme de « constructions ». L'art. 675 al. 1 CC prévoit que « [l]es constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou au-dessous d'un fonds, ou unis avec lui de quelque autre manière durable [...] ». Le droit de superficie peut donc porter sur des bâtiments, des ouvrages assimilables à des bâtiments et sur des structures telles que des murs, des escaliers ou des tuyaux (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 8.104 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1370a). En revanche, le droit de superficie ne peut **pas** concerner des **constructions mobilières**, car elles sont temporaires et ne sont donc pas unies de manière durable avec le sol au sens de l'art. 675 al. 1 CC. L'objet grevé du droit de superficie est toujours un bien immobilier (art. 779 al. 1 CC, pour plus de détails voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1376). L'exercice du droit de superficie peut porter sur toute la surface du bien immobilier ou sur une partie seulement (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1376).

461. **Espèces.** Le droit de superficie peut être constitué sous la forme d'une **servitude foncière ou personnelle** (STEINAUER droits réels III, no 2518). Les art. 779 à 779I CC visent directement le droit de superficie sous la forme d'une servitude personnelle (STEINAUER droits réels III,

no 2518). Le droit de superficie est donc présenté dans le chapitre des servitudes personnelles et abordé principalement sous cet angle.



- **Servitude distincte ou non distincte** : La servitude est distincte, au sens de l'art. 655 al. 3 ch. 1 CC, si elle est **cessible et transmissible** (STEINAUER droit réels III, no 2519). Si les parties modifient ces caractéristiques par convention (art. 779 al. 2 CC), la servitude doit alors être qualifiée de non distincte.
- **Servitude permanente ou non permanente** : La servitude est permanente, au sens de l'art. 655 al. 3 ch. 2 CC, lorsqu'elle est **constituée pour 30 ans ou plus** (STEINAUER droit réels III, no 2519). À défaut, elle est qualifiée de non permanente.
- **Servitude distincte et permanente immatriculée au registre foncier** : En vertu de l'art. 779 al. 3 CC, le droit de superficie constitué **sous la forme d'un droit distinct et permanent** peut être **immatriculé comme immeuble** au registre foncier (art. 943 al. 1 ch. 2 CC et art. 22 al. 2 ORF). Pour ce faire, il est impératif que la servitude soit distincte et permanente. À défaut, la servitude ne serait pas de nature à perdurer et, par conséquent, l'immatriculer au registre foncier perdrait de son sens. En pratique, la majorité des droits de superficie sont constitués sous la forme d'un droit distinct et permanent et sont immatriculés au registre foncier (STEINAUER droits réels III, no 2519). L'avantage de l'immatriculation de la servitude réside dans le fait qu'un nouveau feuillet est ouvert au registre foncier et que la servitude « *se transforme* » en immeuble, un droit de gage ou d'autres droits réels limités peuvent être constitués sur cet immeuble

(TF 5A_341/2019, cons. 3 ss s'agissant du sort d'un droit de superficie distinct et permanent lors d'une division parcellaire ; le Tribunal fédéral parle d'une fiction juridique qui permet à un droit distinct et permanent d'être considéré comme un bien immobilier en tant que tel, voir cons. 3.5).

- **La servitude de conduite** représente une **forme particulière du droit de superficie** (art. 691 ss CC ; sur les distinctions entre la servitude de conduite et le droit de superficie, voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 8.110 ss) permettant au propriétaire de conduites d'en rester propriétaire lorsqu'elles passent sur le fonds d'autrui (art. 676 al. 1 CC).
- En vertu de l'art. 678 al. 2 CC, il est possible de constituer une servitude, **produisant l'effet d'un droit de superficie**, pour des **plantes ou des plantations** (pour plus de détails voir STEINAUER droits réels III, no 2515).
- Enfin, **l'art. 674 CC** permet de constituer une servitude de superficie de type particulier. On l'appelle le droit d'empiètement (TF 5A_942/2019, cons. 3 sur l'indemnité équitable au sens de l'art. 674 al. 3 CC). Lorsqu'une construction s'étend sur la surface de deux biens-fonds, il est souvent souhaité que celui-ci appartienne uniquement au propriétaire du bien-fonds où se trouve la partie principale de la construction. À l'aide d'une **servitude d'empiètement**, il est justement possible de régler le sort juridique de la partie de la construction empiétant sur un ou sur plusieurs biens-fonds, afin de la rattacher à la propriété du fonds dominant. De telles servitudes sont fréquentes en pratique, surtout dans des **zones urbaines**. Une forme particulière du droit d'empiètement a été développée dans le contexte de **garages souterrains** destinés à desservir plusieurs biens-fonds et empiétant, de manière souterraine, sur plusieurs de ces biens-fonds : on divise alors la rampe d'accès au garage des autres biens-fonds et constitue une servitude d'empiètement en sa faveur, pour tout le garage souterrain. Ensuite, on constitue une copropriété dépendante sur l'immeuble de rampe, en faveur des immeubles qui doivent pouvoir utiliser le garage souterrain (pour une analyse approfondie, voir Unternährer Jürg, Die rechtliche Ausgestaltung der Einstellhalle in einer Gesamtüberbauung, Luzerner Tag des Stockwerkeigentums 2019, Wermelinger Amédéo [éditeur], Berne 2019, p. 81 ss).

462. **Constitution.** L'art. 779a CC régit spécifiquement la constitution du droit de superficie. En outre, les règles générales relatives à la constitution des servitudes s'appliquent également à la constitution du droit de superficie (SCHMID/HÜRLIMANN-Kaup, no 1380). À ce sujet, il est donc renvoyé au point 11.2 du présent ouvrage. Il découle des préceptes généraux et de l'art. 779a al. 1 CC que l'acte constitutif du droit de superficie doit revêtir la **forme authentique** (art. 732 al. 2 CC) et qu'il existe en tant que droit réel uniquement après son **inscription au registre foncier** (art. 731 al. 1 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1381 s.).

463. **Contenu.** En vertu de l'art. 779b al. 1 CC, « *[l]es dispositions contractuelles sur les effets et l'étendue du droit de superficie, notamment sur la situation, la structure, le volume et la destination des constructions, ainsi que sur l'utilisation des surfaces non bâties mises à contribution par l'exercice du droit, sont obligatoires pour tout acquéreur du droit de superficie et de l'immeuble grevé* ». Toute clause contractuelle concernant les effets ou l'étendue du droit de superficie acquiert donc un **effet réel de par la loi**. Il n'en va pas de même pour **les autres clauses** contractuelles qui peuvent également avoir un **effet réel uniquement si les parties le conviennent expressément dans une convention qui revêt la forme authentique et font une annotation au registre foncier**, tel que prévu aux art. 779a al. 2 et 779b al. 2 CC. Si rien n'est convenu à ce sujet, la clause ne liera que l'acquéreur du droit de superficie et le propriétaire du bien immobilier grevé qui sont à l'origine de l'acte constitutif. À noter que des **obligations personnelles** en relation avec le droit peuvent être convenues au sens de l'art. 779b al. 2 CC, telles que, dans la plupart des cas, **l'obligation de s'acquitter d'une rente du droit de superficie** (art. 779a al. 2 CC ; pour plus de détails voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 8.119 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2537 ss, s'agissant de la rente du droit de superficie, voir TF 5A_838/2019, cons. 4 ss).

464. **Durée.** Si le **droit de superficie est distinct**, sa **durée semble être limitée à cent ans**, conformément à l'art. 779l al. 1 CC. Cette limitation n'est **pas absolue**, car elle est relativisée par l'art. 779l al. 2 CC, qui **autorise la prolongation du droit en tout temps** pour une nouvelle durée maximum de cent ans. Cette règle est une protection du droit de propriété face au droit de superficie qui vient considérablement le restreindre en ne permettant plus au propriétaire de construire sur son fonds (STEINAUER droits réels III, no 2522). Si le droit de superficie est distinct, il est de nature à durer plus longtemps, car il est cessible et transmissible. Sans la

possibilité d'y mettre fin tous les cents ans, il pourrait représenter une restriction trop grande du droit de propriété du propriétaire du fonds grevé.

465. **Transfert.** En vertu de l'**art 779 al. 2 CC**, « *[s]auf convention contraire, ce droit est cessible et passe aux héritiers* ». Par transfert, il faut entendre, d'une part, le changement du titulaire du droit et, d'autre part, la constitution de droits réels limités sur le droit de superficie, tels que des droits de gage (STEINAUER droits réels III, no 2525).

- Si le droit de superficie est **immatriculé** au registre foncier, son transfert est soumis aux **mêmes règles que** celles qui sont valables **pour les immeubles** (STEINAUER droits réels III, no 2528). Ainsi, les principes généraux, tels que l'inscription au registre foncier (art. 656 CC) et la forme authentique du contrat (art. 657 CC) sont valables (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1387).
- S'il n'est **pas immatriculé** au registre foncier, ce sont alors les **règles de la cession de créance** qui s'appliquent par analogie (art. 165 CO) **ou celles prévues pour la constitution de droits réels limités sur les droits** (art. 745 et 899 ss CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1386). Le transfert a en effet lieu indépendamment du registre foncier (STEINAUER droits réels III, no 2527).

466. **Extinction.** Selon l'**art. 779c CC**, « *[à] l'expiration du droit de superficie, les constructions font retour au propriétaire du fonds et deviennent partie intégrante de ce fonds* ». Le principe de l'accession s'applique donc à nouveau (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 8.127). Le motif de l'extinction du droit de superficie est la plupart du temps, l'expiration de sa durée (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1389). Conformément à l'**art. 779d al. 1 CC** et sauf convention contraire, le propriétaire du fonds **doit verser une indemnité équitable** au superficiaire pour les constructions dont il devient le propriétaire (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 8.127 ; STEINAUER droits réels III, no 2560). Les parties peuvent conclure des accords à cet égard et les annoter au registre foncier s'ils sont passés en la forme authentique (art. 779a al. 2 et 779b al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1392 ; STEINAUER droits réels III, no 2563). L'**art. 779d al. 1 CC** prévoit **une subrogation réelle** : « *[...] une indemnité équitable qui constitue cependant, pour les créanciers en faveur desquels le droit de superficie était grevé de gage, une garantie pour le solde de leurs créances et qui ne peut pas être versée au superficiaire sans*

leur consentement ». Le droit de gage qui grevait le droit de superficie est reporté sur la créance en indemnité (pour plus de détails voir STEINAUER droits réels III, nos 2565 ss). L'**art. 779d al. 2 et 3 CC** règle les situations dans lesquelles **l'indemnité n'est ni versée, ni garantie**. Le superficiaire ou un créancier en faveur duquel le droit de superficie était grevé de gage peut exiger qu'**une hypothèque de même rang** soit inscrite au registre foncier en garantie de l'indemnité due. Il s'agit d'une hypothèque légale indirecte (STEINAUER droits réels III, no 2564). L'**inscription** doit se faire **au plus tard trois mois après l'expiration du droit de superficie**.

467. **Quelques particularités.** L'**art. 682 al. 2 CC**, prévoit un **droit de préemption** non seulement en faveur du propriétaire du fonds grevé contre tout acquéreur du droit de superficie, mais également en faveur du superficiaire contre tout acquéreur du fonds grevé (droit de préemption légal ; pour plus de détails voir STEINAUER droits réels III, nos 2530 ss). En pratique, il arrive souvent que les parties maintiennent le droit de préemption du superficiaire mais suppriment celui du propriétaire. L'**art. 779f CC** fixe les conditions pour un éventuel **retour anticipé** du droit lorsque le superficiaire excède gravement son droit réel ou viole gravement des obligations contractuelles. Le propriétaire peut alors provoquer le retour anticipé en demandant le transfert à son nom du droit de superficie avec tous les droits et charges qui y sont attachés. Il s'agit donc d'une cession du droit au propriétaire du fonds moyennant une indemnité équitable exigée à l'**art. 779g CC**. Le comportement du superficiaire est un critère pour déterminer le montant de l'indemnité (pour plus de détails sur le retour anticipé voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 8.129 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1404 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2539 ss). Les **art. 779i et 779k CC** permettent de **garantir la rente du droit de superficie par la constitution d'une hypothèque légale indirecte** si le **droit de superficie** est **immatriculé au registre foncier** (pour plus de détails voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1397 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2545 ss).

11.5.2. Usufruit

468. **Notion.** L'usufruit est régi par les **art. 745 à 775 CC**. Il constitue une **servitude personnelle proprement dite** (STEINAUER droits réels III, no 2403). L'usufruit est une servitude qui confère à une personne déterminée la **pleine jouissance** d'une chose ou d'un droit (art. 745 al. 2 et 755 al. 1 CC ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/

ROBERTO, no 08.72 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1339 ; STEINAUER droits réels III, no 2401). La notion de pleine jouissance comprend l'usage de la chose. En effet, afin de pouvoir en jouir (*fructus*), l'ayant droit a également besoin d'un **usage complet** (*usus*) de la chose grevée (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.72). En principe, l'usufruit porte sur des **corps certains** et des choses qui ne périssent pas par l'usage, c'est-à-dire **des choses non consommables** comme, par exemple, un verger (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.74, STEINAUER droits réels III, no 2409). Il existe toutefois un **cas particulier**, appelé **quasi-usufruit**, lorsqu'il porte sur une chose consommable, comme, par exemple, des denrées alimentaires ou de l'argent (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.74). L'ayant droit devra alors dans ce cas de figure verser une indemnité au propriétaire de la chose grevée (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.74). Les facultés conférées par l'usufruit ne laissent au propriétaire de la chose que le pouvoir de disposer. Il n'a donc plus que la **nue-propriété** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1340). L'usufruit peut porter sur un **bien mobilier ou immobilier, sur un patrimoine ainsi que sur un droit** (art. 745 al. 1 CC ; en général il porte sur un terrain : HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.73). Lorsqu'il porte sur un immeuble, il peut être limité à une partie seulement de celui-ci, comme, par exemple, sur le jardin uniquement (art. 745 al. 3 CC ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.75 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1339). La loi étant détaillée à son propos, seules quelques caractéristiques sont présentées ci-dessous.

469. **Constitution.** L'art. 746 al. 1 CC prévoit que « [l]usufruit des choses mobilières et des créances s'établit par leur transfert à l'usufruitier, celui des immeubles par l'inscription au registre foncier ». L'art. 746 al. 2 CC renvoie aux règles concernant la propriété qui sont applicables, sauf dispositions contraires, à l'acquisition de l'usufruit tant mobilier qu'immobilier.

470. **Droits de l'usufruitier.** L'usufruitier a le droit de **posséder**, d'**utiliser** la chose ainsi que d'**en jouir** (art. 755 al. 1 CC ; voir au sujet des notions d'usage et de jouissance, ci-dessus, les points 4.2.2 et 4.2.3). Il s'agit d'une **utilisation directe** de la chose grevée et de la **jouissance de tous les fruits civils et naturels** (art. 756 s. CC ; voir au sujet des notions de fruits civils et naturels, ci-dessus, le point 4.2.3 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.79 ss). Ainsi, à

titre d'illustration, des parents donnent, de leur vivant, la maison dans laquelle ils vivent à leur fils. Toutefois, ils souhaitent pouvoir en user et y habiter jusqu'à leur mort. Ils la grèvent donc d'un usufruit. Malheureusement, avec l'âge, ils se voient contraints d'aller dans un établissement médico-social (EMS). Or, étant usufruitiers de la maison et donc ayant le droit d'en récolter les fruits, s'ils ne parviennent pas à s'acquitter des frais relatifs à l'EMS, l'État pourra les contraindre à louer la maison afin de payer les frais avec les loyers. La situation serait différente s'ils avaient constitué un droit d'habitation (voir, s'agissant du droit d'habitation, le point 11.5.3 ci-dessous). L'usufruitier est libre de décider de la manière dont il **gère la chose grevée** (art. 755 al. 2 CC). Sauf convention contraire, il peut, par exemple, laisser un tiers effectuer la gestion du bien ou décider de le louer (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08. 79 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2430).

471. **Obligations de l'usufruitier.** L'usufruitier n'a pas que des droits, il a également quelques obligations. Son obligation principale est celle d'**entretenir la chose et de supporter les frais qui en découlent** (art. 764 al. 1 CC). Dans ce même ordre d'idée, l'usufruitier est responsable de la gestion de la chose et doit observer, dans l'exercice de son droit, les règles d'une bonne gestion (art 755 al.2 et 3 CC). L'usufruitier est ainsi tenu d'**assurer** la chose (art. 767 CC ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.82 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1341). En outre, il est tenu de **s'acquitter des dépenses d'entretien, des impôts et d'éventuelles autres charges** au sens de l'art. 765 CC. L'usufruitier est **responsable des dommages** résultant d'une altération non autorisée de la chose ou d'un mauvais entretien à moins qu'il ne puisse prouver que la survenance n'est due à aucune faute de sa part (art. 752 CC).

472. **Protection de la position juridique du nu-propiétaire.** Si l'usufruitier ne remplit pas ses obligations, le propriétaire de la chose peut agir sur la base de l'**art. 98 CO** à son encontre (exécution par substitution aux frais de l'usufruitier ; TF 5C.152/2003, cons. 3 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.82 s. ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1341). Le nu-propiétaire dispose également de la possibilité de **s'opposer à tout acte d'usage illicite ou non conforme à la nature de la chose** en vertu de l'art. 759 CC (p.ex. utiliser une voiture antique dans une course de stock-car). Il peut exiger de l'usufruitier **des sûretés** au sens de l'art. 761 CC. S'il ne les obtient pas, il pourra recourir

à l'art. 762 CC qui prévoit le **retrait par le juge de la possession des biens pour les remettre à un curateur.**

473. **Obligations du nu-propriétaire.** S'agissant des **dépenses exceptionnelles**, comme le propriétaire de la chose grevée conserve la nue-propriété, il est tenu de s'acquitter de toutes les charges qui n'incombent pas à l'usufruitier (art. 765 al. 3 CC). L'usufruitier a le devoir de notifier au nu-propriétaire la nécessité d'effectuer d'importants travaux indispensables à l'entretien de la chose (art. 764 al. 2 CC). Si ce dernier ne prend pas les mesures adéquates, l'usufruitier peut y pourvoir aux frais de ce dernier (art. 764 al. 3 CC ; TF 5C.262/2000, cons. 3 ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.85 s.).

474. **Transfert.** En tant que servitude personnelle, l'usufruit est **relié à une personne déterminée**. Il s'agit d'une servitude personnelle proprement dite (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1343). L'usufruit, en tant que droit, ne peut dès lors pas être aliéné ou être mis en gage (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.87). **L'usufruit en tant que tel est incessible** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1343 ; STEINAUER droits réels III, no 2403). En revanche, **son exercice peut être cédé s'il n'est pas éminemment personnel** (art. 758 CC).

475. **Extinction.** L'extinction de l'usufruit est régie aux **art. 748 à 754 CC**. L'usufruit est **intransmissible**. S'agissant d'une personne physique, l'usufruit prend fin au plus tard au **décès de l'usufruitier** (art. 749 al. 1 CC). Pour une personne morale, il prend fin à sa **dissolution** mais **au plus tard après cent ans** (art. 749 al. 1 et 2 CC). L'art. 750 CC énonce d'autres causes d'extinction, telles que la perte totale de la chose et l'échéance du terme. En cas de résiliation, l'usufruitier est tenu de restituer la chose conformément à l'art. 751 CC (pour plus d'informations sur l'extinction de l'usufruit voir STEINAUER droits réels III, nos 2460 ss).

11.5.3. Droit d'habitation

476. **Notion.** Le droit d'habitation est selon l'art. 776 al. 1 CC, une servitude qui confère à une **personne déterminée le droit de demeurer dans une maison ou d'en occuper une partie** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 08.93 s. ; MOOSER, p. 6 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2496). Seules trois dispositions régissent

expressément le droit d'habitation. Ce sont les **art. 776 à 778 CC**. Pour le surplus, l'art. 776 al. 3 CC renvoie aux **dispositions relatives à l'usufruit** qui s'appliquent **par analogie** au droit d'habitation (TF 5C.33/2002, cons. 3a au sujet de l'application par analogie de l'art. 649b CC à l'usufruit, la question est restée ouverte). Le droit d'habitation se distingue de l'usufruit principalement par le fait qu'il ne confère pas une pleine jouissance de la chose. Il pourrait être qualifié d'« *usufruit partiel* » (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.93) Le droit d'habitation confère **un droit d'usage (*usus*) pour habiter** la maison ou l'appartement (p.ex. l'ayant droit ne pourra pas utiliser la maison pour y ouvrir un salon de massage) mais il ne confère pas la jouissance de la chose (*fructus* ; p.ex. l'ayant droit ne pourra pas louer la maison au lieu d'y habiter et percevoir un loyer contrairement à un usufruitier ; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.93). Le droit d'habitation ne peut porter **que sur un immeuble**. En outre, il s'agit d'une **servitude personnelle proprement dite**. Le droit d'habitation est **incessible et intransmissible** (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.95 ; MOOSER, p. 28 ss). Son lien avec la personne qui en bénéficie est tel que **même son exercice ne saurait être cédé** à un tiers (MOOSER, p. 28 ss : « *caractère éminemment personnel* » ; STEINAUER droits réels III, no 2497). Ainsi, à titre d'illustration, l'ayant droit ne pourra pas faire bénéficier du droit d'habitation une connaissance et aller habiter ailleurs. Le droit d'habitation est d'ailleurs constitué la plupart du temps en faveur des parents de l'enfant qui devient propriétaire par donation de leur vivant de la maison.

477. **Étendue.** L'**art. 777 CC** régit l'étendue du droit d'habitation. Celle-ci dépend des **besoins personnels** de l'ayant droit (art. 777 al. 1 CC ; MOOSER, p. 211 s.). Sauf convention contraire, le droit comprend **la famille** de l'ayant droit (art. 777 al. 2 CC). À noter que le droit d'habitation peut conférer un droit exclusif, un droit de co-utilisation (avec le propriétaire) ou un droit exclusif dans certains locaux seulement (STEINAUER droits réels III, nos 2500 ss).

478. **Obligations de l'ayant droit.** Conformément à l'**art. 778 CC**, s'il a la jouissance exclusive de la maison ou de l'appartement, il doit se charger des **réparations ordinaires d'entretien**. Le devoir de l'ayant droit est donc beaucoup moins étendu que celui de l'usufruitier (pour plus d'informations voir MOOSER, p. 321 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2507 ss).

11.5.4. Servitudes restreignant l'usage du fonds et l'aménagement du territoire

479. **Servitudes et aménagement du sol.** Par définition, les **servitudes foncières** ont un **impact direct et durable sur l'aménagement du sol**. Elles visent un équilibre entre les plus-values d'un bien-fonds face à un autre moins avantage (ci-dessus 11.1). Comme elles sont constituées en faveur d'un fonds « *dominant* », leur durée n'est pas liée à celle du propriétaire actuel de ce fonds. Elles sont ainsi conçues pour perdurer. Leur impact sur l'aménagement du territoire en est d'autant plus fort. Ainsi, il est primordial d'aménager le sol de la manière la plus judicieuse possible. Quelques servitudes foncières spécifiques qui jouent un rôle particulièrement important dans la gestion de l'aménagement du sol et que l'on trouve fréquemment en pratique sont présentées ci-dessous.

480. **Droit de passage.** Le propriétaire du fonds servant doit autoriser le passage du propriétaire du fonds dominant sur son terrain ou sur une partie de celui-ci. Selon ce qui est inscrit au registre foncier et convenu entre les parties, la servitude peut consister en un passage à pied, en voiture, etc. (TF 5A_702/2019, cons. 2.7, dans le cadre d'une division d'immeubles ; TF 5A_47/2019, cons. 3, au sujet de l'interprétation d'un droit de passage ; GALLAND, no 121). Le droit de passage peut consister en une **servitude légale (art. 694 CC) ou conventionnelle**. Cette servitude permet une utilisation rationnelle du sol en autorisant notamment le passage de plusieurs propriétaires fonciers sur une même route et en évitant donc la construction de plusieurs accès (droit de passage en faveur de plusieurs parcelles différentes ; art. 740a CC).

481. **Droit de construire à la limite.** Le propriétaire du fonds servant doit laisser le propriétaire du fonds dominant construire à la limite de leurs deux terrains en dérogation aux règles qui régissent la distance requise entre les constructions et les différents bien-fonds (GALLAND, no 125). Cette servitude permet de construire de manière plus dense. Elle a donc un fort impact sur l'aménagement du territoire.

482. **Servitude de conduite.** Le propriétaire du fonds servant tolère que le propriétaire du fonds dominant fasse passer des conduites sur son fonds. Il peut s'agir d'une servitude **conventionnelle ou légale** au sens des **art. 676 al. 2 et 691 CC**. Cette servitude est courante en pratique et d'une grande utilité. En effet, il est difficile d'imaginer un système de conduite

sans avoir recours au passage de ces conduites sur plusieurs fonds privés avant de rejoindre le réseau de canalisation public. Il faut relever qu'il peut s'agir non seulement de conduites d'eau, mais également de lignes à haute tension, de canalisations d'égout, de conduites souterraines électriques à haute tension, etc. (pour plus de détails, voir GALLAND, nos 593 ss). La servitude de conduite peut également être constituée sous la forme de servitudes irrégulières (art. 781 CC, voir ci-dessous ; GALLAND, no 126). La servitude de conduite contribue à l'aménagement du sol et à une bonne gestion de celui-ci.

483. **Servitude d'empiètement.** Le propriétaire du fonds servant laisse le propriétaire du fonds dominant empiéter sur son fonds, par exemple, avec une construction qui déborde sur la limite entre les deux fonds (GALLAND, nos 127 et 581 ss). Cela peut notamment être le cas d'un bâtiment dont les balcons sont trop profonds et empiètent donc sur la propriété voisine. Cette servitude est prévue à l'**art. 674 CC** et représente une **exception au principe de l'accession ancré à l'art. 667 al. 2 CC** (GALLAND, no 581). Contrairement au droit de superficie, elle **ne concerne qu'une partie du bâtiment** (GALLAND, no 583). Elle **ne peut pas être constituée sous la forme d'une servitude personnelle irrégulière au sens de l'art. 781 CC**, car le rapport de dépendance nécessaire entre la construction empiétant sur le fonds d'autrui (p.ex. les balcons) et l'immeuble principal (p.ex. le bâtiment en tant que tel) implique la constitution d'une servitude foncière afin de déterminer de manière définitive quelle construction appartient à quel fonds (GALLAND, no 584). Cette servitude influence donc l'aménagement du sol, car elle permet de rester propriétaire d'une construction qui déborde sur un fonds voisin.

Servitude d'interdiction de bâtir. Le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de construire sur son fonds. La servitude peut également consister en l'interdiction de construire à une certaine hauteur ou à une certaine limite des deux bien-fonds (TF 5A_453/2019 et TF 5A_47/2019, cons. 4, au sujet de l'interprétation d'une servitude de restriction au droit de bâtir ; GALLAND, nos 419 ss). Cette servitude est problématique dans le cadre de la densification intérieure prônée par le droit public, car il pourrait en résulter que des terrains équipés en zone à bâtir ne soient pas construits (HUSER MEINRAD, Densification et restrictions en matière de construction, in VLP-ASPAN, Territoire & Environnement 4/2016, p. 9 ss).

484. **Servitude d'interdiction d'exploitation.** Le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de certaines activités ou exploitations sur son fond, comme d'y établir un bar ou une industrie (GALLAND, nos 266 ss). Cette

servitude touche à l'aménagement du sol puisqu'elle joue un rôle dans la détermination de l'atmosphère d'un quartier. Elle peut notamment contribuer à faire d'un quartier une zone d'habitation calme plutôt qu'une zone industrielle.

485. **Servitude de vue.** Le propriétaire du fonds servant doit s'abstenir de construire à une certaine hauteur ou d'y faire pousser des plantations trop hautes afin de garantir au fonds dominant un certain dégagement qui lui offre une vue (GALLAND, no 134). Cette servitude peut poser problème dans le cadre de l'aménagement du territoire qui se dirige vers une manière de bâtir de plus en plus dense qui nécessite des immeubles d'une certaine hauteur sans pouvoir garantir le maintien de la vue dont bénéficie un fonds voisin (HUSER MEINRAD, *Densification et restrictions en matière de construction*, in VLP-ASPAN, *Territoire & Environnement* 4/2016, p. 9 ss).

486. **Interférences avec le droit public.** Le droit public en matière d'aménagement du territoire vise également une gestion judicieuse du sol qui est perçu comme une denrée rare et précieuse (art. 1 LAT). Ainsi, la servitude foncière, en visant à établir une harmonie entre les relations de deux propriétaires fonciers et une utilisation la plus équilibrée possible des fonds voisins, répond également à un objectif plus large et pour le bien commun qui est celui de préserver le sol et d'en assurer une utilisation la plus rationnelle possible (MANGISCH JONAS, *Die Verlegung von Grunddienstbarkeiten unter besonderer Berücksichtigung von Art. 742 ZGB*, INR 26, Berne 2020, no 2.32). Le **droit public et le droit privé se rejoignent ainsi dans la réalisation de leurs objectifs mutuels**. Cependant, les **mesures** mises en place pour atteindre ces divers objectifs **ne vont pas toujours de pair**. Le droit privé peut alors constituer des servitudes foncières qui entrent en conflit avec le droit public. Il arrive, par conséquent, qu'en vertu de normes de droit public, les titulaires de ces servitudes se fassent **exproprier**. La servitude foncière est donc un **instrument d'une grande importance et utilité en matière d'aménagement du territoire puisque le droit public va même jusqu'à devoir les supprimer** (HUSER MEINRAD, *Densification et restrictions en matière de construction*, in VLP-ASPAN, *Territoire & Environnement* 4/2016, p. 11 ss).

11.5.5. Servitudes personnelles improprement dites

487. **Notion.** L'art. 781 al. 1 CC prévoit la possibilité de constituer d'« *autres servitudes* » personnelles, en plus du droit de superficie, de l'usufruit et du droit d'habitation. Ces « *autres servitudes* » ont la caractéristique d'être **si une convention le prévoit, cessibles et transmissibles (art. 781 al. 2 CC)**. C'est pour cette raison qu'elles font partie de la catégorie des servitudes personnelles improprement dites, également appelées servitudes irrégulières (STEINAUER droits réels III, no 2572). Elles se distinguent tout de même du droit de superficie qui est en principe, cessible et transmissible puisqu'elles le sont uniquement si une convention le prévoit (STEINAUER droits réels III, no 2574). La convention, respectivement l'acte constitutif, peut également prévoir que la servitude est constituée en droit distinct et permanent. Celle-ci peut alors être immatriculée au registre foncier (STEINAUER droits réels III, no 2574).

488. **Contenu.** En vertu de l'art. 781 al. 1 CC, le propriétaire peut établir, en faveur d'une personne déterminée, d'autres servitudes sur son fonds « à la condition que le fonds se prête à une jouissance déterminée ». Le contenu des « *autres servitudes* » personnelles doit donc viser une personne déterminée puisqu'il s'agit de servitudes personnelles. C'est le **titulaire de la servitude qui distingue ces « autres servitudes » des servitudes foncières, car leur contenu peut être le même** (l'art 781 al. 3 CC renvoie à l'art. 730 al. 1 CC). La condition requise est que le fonds se prête à l'utilisation que les parties souhaitent en faire tel qu'énoncé à l'art. 781 al. 1 CC (STEINAUER droits réels III, no 2573). Ainsi, le droit d'utiliser une place de parc peut être constitué sous la forme d'une servitude foncière en faveur du propriétaire actuel du fonds voisin. Il peut aussi être constitué en tant que servitude personnelle en faveur d'un tiers qui travaille à proximité du bien-fonds grevé. En outre, les « *autres servitudes* », contrairement à l'usufruit, peuvent **uniquement conférer un usage ou une jouissance limitée sur la chose** (non une pleine jouissance ; STEINAUER droits réels III, no 2572). Cette règle découle **l'art. 781 al. 3 CC qui renvoie aux règles relatives aux servitudes foncières**, soit à l'art. 730 al.1 CC. À noter qu'une réserve doit être émise quant à la liberté de déterminer leur contenu afin qu'elles ne puissent être utilisées aux fins de déroger à l'art. 776 al. 2 CC relatif au droit d'habitation. Par conséquent, si elles sont cessibles et transmissibles, elles ne peuvent pas avoir le même contenu que le droit d'habitation (STEINAUER droits réels III, no 2573).

Chapitre 12 Charges foncières

489. **Contexte et plan.** La charge foncière tire son origine de l'ancien droit germanique plutôt que romain (PIOTET, no 729). Il s'agit d'un droit impliquant une prestation positive de l'obligé, qu'il tire de l'exploitation de son immeuble. On peut donc la comparer avec la dîme (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.141) issue de l'antiquité et développée au Moyen-Âge, à savoir l'institution selon laquelle un propriétaire terrien **devait fournir environ le 10% de ses récoltes** – en nature ou en espèces – **à une autorité religieuse ou civile**, souvent contre sa protection militaire. L'institution avait une grande importance dans un pays tourné vers l'agriculture, comme pouvait l'être la Suisse au moment de l'entrée en vigueur du Code civil. Toutefois, l'évolution de l'économie helvétique d'abord industrielle et ensuite dans le secteur tertiaire a conduit de manière temporaire à une perte d'importance de ce type de droits réels limités (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.141). Or, depuis quelques décennies l'institution trouve un regain d'importance. En effet, dans le cadre principalement de **l'approvisionnement énergétique et en chaleur à distance**, l'institution de la charge foncière est souvent utilisée. Ainsi, lorsqu'une centrale énergétique à distance doit desservir un quartier, il arrive que – conformément au plan de quartier – la pérennité de la livraison doive être assurée au moyen d'une charge foncière. Après une entrée en matière relative à la notion et aux bases légales (12.1), la constitution (12.2), les effets (12.3) et l'extinction (12.4) de la charge foncière sont étudiés ci-dessous.

12.1. Notion et bases légales

12.1.1. Notion

490. **Définition.** La charge foncière est un droit réel limité permettant à son titulaire d'exiger du propriétaire actuel de l'immeuble grevé certaines prestations dont celui-ci ne répond que sur l'immeuble grevé (art. 782 al. 1 CC ; STEINAUER droits réels III, no 2578).

491. **Éléments.** Il convient de tenir compte des éléments essentiels suivants :

- **Droit réel limité** : La charge foncière est l'un des trois types possibles de droits réels limités. Compte tenu du principe du *numerus clausus* et du principe de la **fixation des types** (voir, ci-dessus, le point 1.3), c'est le seul droit réel limité qui permet d'exiger une prestation positive de la personne obligée en lien avec l'exploitation de son immeuble et pour laquelle elle répond sur son immeuble.
- **Titulaire** : Le titulaire de la charge foncière est soit une personne déterminée (**charge foncière personnelle**), soit le propriétaire actuel d'un immeuble (**charge foncière réelle**, art. 782 al. 2 CC). Cela étant, en dehors des règles du Code civil, le droit public fédéral, cantonal ou communal peut aussi prévoir des charges foncières (art. 782 al. 3 CC) dont les titulaires seront alors les **autorités publiques** désignées par la loi. De telles charges foncières de droit public ne sont régies par le Code civil que dans la mesure où le droit public applicable y renvoie expressément (ou lorsque le silence du droit public impose une application supplétive des dispositions du Code civil ; PIOTET, no 750). L'art. 784 CC, qui renvoie notamment à l'art. 836 CC pour la protection des tiers de bonne foi, est réservé.
- **Contenu de la prestation promise** : Selon l'art. 782 al. 3 CC, pour les charges foncières de droit privé, la prestation promise doit être en **corrélacion avec l'économie du bien-fonds grevé ou se rattacher aux besoins de l'exploitation du fonds dominant** (pour les charges foncières réelles). Pour plus d'informations, voir ci-dessous le point 12.3.1.
- **Personne obligée** : La personne obligée est le propriétaire actuellement inscrit au registre foncier comme **propriétaire de l'immeuble grevé** (voir aussi l'art. 792 al. 1 CC). De ce point de vue, il s'agit d'une obligation *propter rem* (PIOTET, no 727).
- **Garantie de la prestation** : Le propriétaire obligé ne répond pas de la prestation promise sur tous ses biens, mais seulement sur l'immeuble grevé (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.145). Ainsi, selon certains auteurs, la charge foncière est en premier lieu un **droit réel de garantie** (PIOTET, no 728). Cela ne doit pas faire oublier que son contenu principal consiste en la **prestation positive** promise

constituant une créance du titulaire à l'encontre de la personne obligée (STEINAUER droits réels III, nos 2579 s.).

12.1.2. Bases légales

492. **Code civil.** Le Code civil régit les charges foncières aux art. 782 à 792 CC. Par ailleurs, les normes relatives au registre foncier (art. 941 ss CC) lui sont applicables en ce qui concerne le principe de publicité. Enfin, l'art. 44 al. 3 T.f. concerne les charges foncières de droit public non inscrites, mais son application cessera dix ans après l'entrée en vigueur de la révision partielle du Code civil, au 1^{er} janvier 2012.

493. **Autres bases légales.** L'ORF comporte un certain nombre de dispositions sur les charges foncières, notamment : art. 9 al. 2 (présentation des charges foncières dans la même rubrique que les servitudes), art. 26 al. 1 lit. b (charges foncières comme objets de la publicité du registre foncier), art. 70 (pièces justificatives relatives aux inscriptions des charges foncières), art. 100 (représentation de la charge foncière au registre foncier), art. 116, art. 122, art. 156 (épuration des charges foncières), etc. Par ailleurs, des bases légales concernant les charges foncières **de droit public** se trouvent également dans le **droit fédéral, cantonal ou communal**.

12.2. Constitution

494. **Modes de constitution.** Pour les modes de constitution des charges foncières, il faut se rapporter à l'exposé relatif aux **servitudes foncières** qui s'applique *mutatis mutandis* (ci-dessus 11.2 ; voir aussi STEINAUER droits réels III, no 2593). La constitution des **charges foncières de droit privé est présentée ci-dessous**. Il est à relever que pour les charges foncières de droit public, les normes applicables peuvent, sous réserve de l'art. 784 CC (renvoyant notamment à l'art. 836 CC), prévoir d'autres modalités de constitution (voir aussi HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ ROBERTO, no 08.146).

12.2.1. Acte constitutif

495. **Contenu.** L'acte constitutif doit contenir toutes les données essentielles à la constitution de la charge foncière (désignation des parties, de ou des immeubles, de la volonté de constituer une charge foncière, contre-prestation, etc. ; voir aussi ci-dessus 8.2.2). En outre, les parties doivent fixer un montant en monnaie suisse comme **valeur de la charge**. Ce montant doit être indiqué comme montant global et non comme une rente. Si rien n'est prévu expressément et que la charge foncière consiste en prestations périodiques, le montant correspondra aux prestations annuelles multipliées par vingt (art. 783 al. 2 CC et art. 100 al. 2 lit. h ORF). Ce montant sert à déterminer le prix du rachat éventuel, en fonction de l'art. 789 CC.

496. **Forme.** L'acte constitutif doit être établi en la **forme authentique** (art. 783 al. 3 CC qui contient notamment un renvoi à l'art. 657 CC ; voir HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.146), sous réserve de la forme des actes à cause de mort (PIOTET, no 793).

12.2.2. Procédure de constitution

497. **Acte de disposition et opération d'acquisition.** Comme pour les acquisitions de propriété foncière, la constitution de la charge foncière suppose un **acte de disposition** (réquisition au registre foncier) et une **opération d'acquisition** (inscription au registre foncier ; art. 783 al. 1 CC). Pour plus d'informations voir ci-dessus points 8.2.3 et 8.2.4 qui s'appliquent *mutatis mutandis*.

12.3. Effets

12.3.1. Obligation positive

498. **Contenu.** Le contenu des **charges foncières de droit public** est déterminé par le droit public. Il s'agit souvent d'**obligations financières** pour des prestations des autorités publiques (entretien d'une route, améliorations foncières, etc. ; STEINAUER droits réels III, no 2588b). Pour

un cas particulier où un propriétaire s'est engagé vis-à-vis de la commune, par une charge foncière, à repeindre les façades de son bâtiment dans une couleur déterminée, voir TF 1C_470/2014. En revanche, **pour les charges foncières de droit privé**, il faut des prestations en corrélation avec l'économie du fonds grevé ou qui se rattachent aux besoins d'exploitation du fonds dominant. La prestation doit pouvoir être fournie avec **ce qui peut être tiré de l'immeuble grevé**, en raison de sa situation, sa nature et sa destination (STEINAUER droits réels III, no 2599). La possibilité d'adapter la prestation aux besoins d'exploitation du fonds dominant permet d'élargir le contenu de la charge foncière, en ne se rattachant pas aux produits ou prestations tirés de l'immeuble grevé, mais – par exemple – aux **capacités en travail** du propriétaire du fonds grevé. Ainsi, des obligations consistant en la livraison de bois, de lait, de céréales, d'eau ou en la fourniture d'énergie, etc., peuvent faire l'objet d'une charge foncière. En revanche, le paiement d'un montant abstrait et sans lien avec l'immeuble grevé ou l'interdiction de faire, respectivement de tolérer une intervention du titulaire du droit sur l'immeuble grevé ne pourront, en principe, pas être fixés à l'aide d'une charge foncière (HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, no 08.144 ; PIOTET, no 730). La charge foncière peut aussi conduire à une prestation positive consistant en un travail effectué par la personne obligée (construction ou entretien d'une clôture ou d'un barrage ; STEINAUER droits réels III, no 2580). La prestation due par la personne obligée est, en règle générale, répétée. Il n'est toutefois pas exclu de fixer une prestation unique par une charge foncière (PIOTET, no 776 ; TF 1C_470/2014). Pour plus d'informations sur la prestation due, voir notamment PIOTET, nos 776 ss.

499. **Exécution de la prestation promise.** La personne obligée doit s'acquitter de la prestation promise. Durant trois ans, son immeuble garantit cette exécution, par la suite la prestation non encore fournie devient une dette personnelle du débiteur dont il ne répond plus sur l'immeuble (art. 791 al. 2 CC). On assiste donc à une transformation de la nature du droit à la prestation individuelle non fournie et celui-ci devient une créance ordinaire, soumise à prescription (art. 128 CO ; voir PIOTET, no 767). En revanche, le rapport d'obligations entre le titulaire et la personne obligée reste inchangé. C'est comme si la prestation individuelle non fournie représentait un fruit qui se détache de l'arbre.

12.3.2. Réalisation forcée

500. **Inexécution.** Si le propriétaire obligé n'exécute pas sa prestation, le titulaire du droit peut le **poursuivre et exiger** l'exécution de la prestation, respectivement le **paiement du montant inscrit au registre foncier**. S'il veut bénéficier de la garantie que représente l'immeuble, il doit agir dans les trois ans dès l'exigibilité de la prestation due (art. 791 al. 2 CC). À défaut, il perd la garantie réelle liée à la charge foncière. S'il veut bénéficier de la garantie offerte par le droit réel limité, il doit agir en réalisation forcée de l'immeuble, selon les règles applicables à la réalisation des gages. Cette **procédure** est **souvent onéreuse, longue et fastidieuse**, malgré l'efficacité (du moins relativement grande) liée à la sûreté réelle. Pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels III, nos 2602 ss.

12.4. Extinction

12.4.1. Divers modes d'extinction

501. **Formulation légale.** L'art. 786 CC comporte l'énonciation de diverses causes d'extinction de la charge foncière. Au premier alinéa, le législateur évoque la radiation ou la perte totale de l'immeuble grevé. Il précise au deuxième alinéa qu'en cas de renonciation, de rachat ou d'une autre cause d'extinction, le propriétaire de l'immeuble grevé peut exiger du créancier que celui-ci consente à la radiation du droit au registre foncier.

502. **Radiation extinctive et radiation déclarative.** En règle générale et conformément au principe absolu et à l'effet constitutif des inscriptions au registre foncier, l'extinction suppose la radiation du droit au registre foncier (voir aussi ci-dessus 3.2.4). Cela vaut pour toute radiation fondée sur un acte juridique bilatéral (convention d'extinction du droit) ou unilatéral (renonciation au droit). En revanche, en cas de perte totale de l'immeuble grevé (à ne pas confondre avec la destruction d'un éventuel bâtiment qui s'y trouve), le droit s'éteint automatiquement et l'éventuelle radiation n'a qu'un effet déclaratif. Tel est aussi le cas si la charge foncière a été constituée pour une durée déterminée et que le terme extinctif est intervenu, sans prolongation préalablement inscrite au registre foncier.

12.4.2. Rachat en particulier

503. **Notion.** Le rachat d'une charge foncière consiste en sa suppression ultérieure, dans les cas prévus par la loi ou par entente entre les parties, moyennant le paiement du montant inscrit au registre foncier au titulaire du droit (voir aussi PIOTET, no 817 ; STEINAUER droits réels III, no 2609). Le propriétaire obligé peut toutefois prouver que la valeur réelle de la charge foncière est inférieure à la somme inscrite (art. 789 CC).

504. **Rachat par convention.** Les parties liées par une charge foncière peuvent, par convention (art. 787 al. 1 CC), en tout temps, décider de mettre fin à celle-ci, au moyen de son rachat par le propriétaire obligé. Bien entendu et conformément à l'art. 786 al. 2 CC, la radiation du droit au registre foncier est nécessaire à son extinction.

505. **Rachat exigé par le titulaire du droit.** Selon l'art. 787 CC, le titulaire du droit peut exiger le rachat de la charge foncière par le propriétaire obligé en cas de division de l'immeuble grevé, en cas de diminution de la valeur immobilière de l'immeuble grevé si elle n'est pas compensée par des sûretés ou en cas d'inexécution de la prestation due trois ans de suite.

506. **Rachat exigé par le propriétaire obligé.** La personne obligée peut également exiger de pouvoir, elle-même, racheter la charge foncière en se libérant ainsi d'un droit réel limité au contenu quasi féodal (art. 788 CC). C'est le cas lorsque le titulaire du droit ne respecte pas ses obligations découlant de l'acte constitutif ou lorsque la charge foncière existe depuis trente ans et qu'elle n'est pas rattachée à une servitude perpétuelle (art. 788 al. 3 CC).



Chapitre 13 Droits de gage

507. **Contexte et plan.** Les droits de gage ont une **importance pratique** primordiale (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1484). Dans le **monde des affaires bancaires**, seuls les droits de gage sont généralement acceptés en tant que sûretés, à défaut d'autres sûretés personnelles. Le gage immobilier est un élément essentiel en matière de crédit hypothécaire. Or, **la Suisse est un des pays qui bat le record de l'endettement hypothécaire** (Étude de Moneypark du 10 août 2020, Le marché hypothécaire suisse connaît une croissance de trois pour cent – Une analyse des principaux acteurs de 2014 à 2019, p. 1 s. ; GROSSEN, p. 117). Les banques détiennent près de 95% du marché hypothécaire (Étude de Moneypark du 10 août 2020, « *op. cit.* », p. 1). Ce type de crédit représente également une partie des avoirs des compagnies d'assurance et des caisses de pension (environ 5% du marché hypothécaire : Étude de Moneypark du 10 août 2020, « *op. cit.* », p. 1 ss ; GROSSEN, p. 117). Même si on dit communément que les Suisses sont les meilleurs payeurs au monde, l'exécution des obligations peut ne pas être immédiate et comporter un délai, durant lequel le créancier souhaite **s'assurer d'avoir un moyen de pression** sur le débiteur et, cas échéant, **une compensation** pour la non-exécution de l'obligation. Le gage immobilier a donc une place considérable dans les **relations commerciales** et au sein de **l'économie suisse**. Comme l'énonce le célèbre proverbe, « *l'argent est le nerf de la guerre* », le droit de gage touchant au domaine financier est synonyme de nombreux **enjeux de grande envergure**. Nous commencerons par définir la notion de droit de gage et ses différentes espèces (13.1). Nous nous concentrerons ensuite sur les règles générales en matière de gages immobiliers (13.2) pour finalement nous pencher sur quelques droits de gage immobiliers et mobiliers particuliers (13.3 à 13.8).

13.1. Introduction à l'étude du droit de gage

508. **Sûretés.** « *Aborder l'étude des droits de gage, c'est entrer dans le domaine des sûretés réelles [...]* » (GROSSEN, p. 114 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1465). Tout commence par l'existence d'une obligation au sens de l'art. 1 CO. L'exécution d'une obligation peut être exigée immédiatement ou dans un certain délai (art. 75 CO). Chaque fois

que l'exécution d'une obligation est différée, il en résulte « *un solde ouvert* » en faveur du créancier. Ce « *crédit* » peut être réciproque ou unilatéral et pourra être honoré ou non. Afin de garantir et d'encourager l'exécution de l'obligation, la loi prévoit un système de sûretés. Celles-ci permettent d'obtenir quelque chose à défaut de l'exécution de l'obligation initialement convenue. C'est en quelque sorte un **lot de consolation**. « *Des garanties imparfaites, néanmoins indispensables.* » (GROSSEN, p. 115). Il s'agit également d'un **moyen de pression** sur le débiteur qui ne s'exécute pas. Seules les **sûretés réelles** feront l'objet de cet ouvrage (et non les sûretés personnelles telles que le cautionnement au sens de l'art. 492 CO et le porte-fort au sens de l'art. 111 CO). Elles se divisent en deux types qui sont les **sûretés légales** et les **sûretés conventionnelles**. Leur dénominateur commun est « *l'affectation d'un bien à la garantie de l'exécution d'une obligation* » (GROSSEN, p. 116). Il existe plusieurs moyens pour affecter un bien en garantie de l'exécution d'une obligation : le transfert de propriété à des fins de sûretés, la réserve de propriété et la constitution d'un droit de gage immobilier ou mobilier. C'est ce troisième moyen qui fait l'objet de ce chapitre.

13.1.1. Notion

509. **Droit de gage.** Le droit de gage se définit comme un **droit réel limité** qui **assujettit une chose à la garantie d'une créance** et qui confère à son titulaire, le créancier gagiste, un **droit préférentiel sur le produit de la réalisation de la chose grevée**, le gage, en cas d'inexécution de l'obligation garantie (GROSSEN, p. 117 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1465 s. ; STEINAUER droits réels III, no 2619). Le droit de gage constitue donc une **sûreté réelle** (voir ci-dessus). Il s'agit d'un **droit accessoire** par rapport à la créance de base. Les droits de gage peuvent avoir comme fondement la loi ou un contrat (droit de gage légal ou conventionnel ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1467).

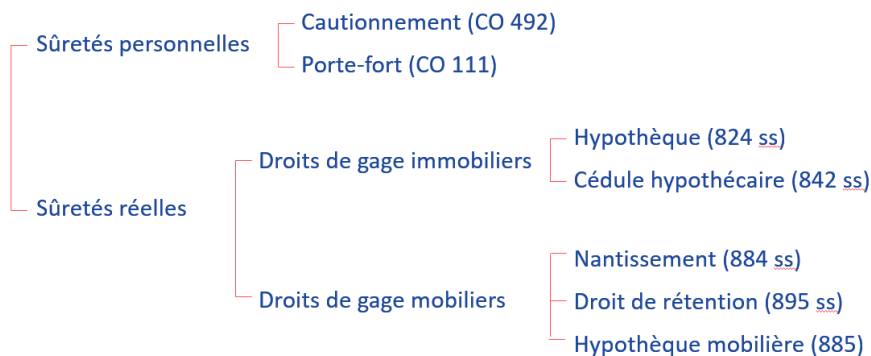
510. **Éléments.** Les éléments clés de la notion de droit de gage sont les suivants :

- **Droit réel** : En tant que droit réel, le droit de gage est opposable à tous. Il s'agit d'un **droit de suite** (STEINAUER droits réels III, nos 2622 et 3079). Ainsi, tout nouvel acquéreur de la chose grevée se voit opposer le droit de gage y relatif. C'est pour cette raison qu'en pratique, le montant de la créance garantie par le gage est

pris en considération dans le prix de vente de la chose grevée qui est diminué en conséquence. En outre, le créancier gagiste a un **droit préférentiel** sur le produit de la réalisation par rapport aux autres créanciers chirographaires qui auraient pu faire réaliser la chose grevée à leur profit (STEINAUER droits réels III, nos 2622 et 3079). En d'autres termes, le produit de la réalisation est, en premier lieu, attribué au créancier gagiste et, cas échéant, ce qu'il en reste sera octroyé aux créanciers chirographaires.

- **Droit réel limité** : Le créancier gagiste a un droit préférentiel sur le produit de la réalisation, ce qui implique qu'il a le droit de faire réaliser la chose. Il peut donc en exiger la vente et s'appropriier tout ou une partie du produit en fonction du montant qui lui est dû et de celui qui est retiré de la vente. En tant que droit réel limité, il n'a, en revanche, **pas de droit d'usage et/ou de jouissance** sur la chose grevée (STEINAUER droits réels III, no 2620). Il n'a **pas non plus de prétentions pour s'approprier la chose** conformément à l'**art. 816 al. 2 CC**. Son droit porte exclusivement sur le produit de la réalisation (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1477).
- **Chose** : Selon le type de droit de gage dont il s'agit, la chose peut consister en une chose immobilière ou mobilière, voire même en une créance ou un droit ne correspondant pas à un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC (art. 899 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1464). Il peut également s'agir d'un animal (art. 641a CC).
- **Droit accessoire** : Le droit de gage suit le sort de la chose qu'il greève. Autrement dit, il dépend du droit principal qu'est la créance garantie (STEINAUER droits réels III, no 2641). Le droit de gage, étant un droit accessoire, il suit la créance si elle est cédée (art. 170 CO). L'extinction de la créance entraîne celle du droit de gage y relatif (art. 114 CO ; avec une réserve pour les gages immobiliers exposée ci-dessous). Le droit de gage doit garantir une créance qui est valable (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1873).

511. **Types de droits de gage.** Les droits de gage en tant que sûretés réelles (les sûretés personnelles ne faisant pas l'objet de cette présentation), se divisent en deux grandes catégories qui sont les droits de gage mobiliers et les droits de gage immobiliers (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 467 ss).



512. **Numerus clausus.** Le principe du *numerus clausus* s’applique au domaine des droits de gage et donc tant pour les gages immobiliers que mobiliers (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1467, 1487 ss et 1872 ; STEINAUER droits réels III, nos 2628 et 3081). Les droits de gage peuvent donc être constitués uniquement par l’une des formes réservées par la loi. Le droit de gage immobilier prendra la forme soit d’une hypothèque, soit d’une cédule hypothécaire (art. 793 CC). Conformément aux art. 33 et suivants du Titre final du Code civil, les anciennes formes de droit de gage (de l’ancien droit cantonal ou fédéral) peuvent subsister aujourd’hui encore. Cela vaut particulièrement pour la lettre de rente, abrogée avec l’entrée en vigueur de la révision partielle du Code civil le 1^{er} janvier 2012. Les formes de droits de gage mobiliers sont nombreuses (pour une analyse de toutes les espèces de droits de gage mobiliers voir STEINAUER droits réels III, nos 3081 ss). Elles sont prévues par le Code civil et par diverses autres lois fédérales. Cet ouvrage se concentre sur les principales et les plus courantes espèces contenues dans le Code civil, qui sont le nantissement (art. 884 et 886 à 894 CC), le droit de rétention (art. 895 à 898 CC) et l’hypothèque mobilière (art. 885 CC). Conformément au principe de la fixation des types de droits réels, le législateur ne s’est pas contenté de définir les formes que peuvent prendre les droits de gage mais a également délimité leur contenu. Pour de plus amples informations sur ces différentes espèces de droits de gage, il est renvoyé à leur présentation ci-dessous (13.2 ss).

513. **Gage immobilier.** Le gage immobilier est un **droit réel limité** qui grève un **immeuble** et qui est destiné à garantir l’exécution d’une

obligation. En cas d'inexécution de l'obligation, le créancier gagiste peut **exiger la réalisation de l'immeuble grevé et l'attribution préférentielle du produit de la réalisation**, à concurrence du montant de la créance garantie (GROSSEN, p. 117 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1474 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2619).

514. **Fonctions.** Dans la majeure partie des cas, le gage immobilier sert à **garantir un emprunt à long terme** en vue d'acquérir l'immeuble grevé ou de financer des travaux sur celui-ci (prêts hypothécaires ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1475 ; STEINAUER droits réels III, no 2624). Le gage immobilier peut également garantir d'autres créances (p.ex. une clause pénale). La loi reconnaît un droit de gage immobilier qui permet au créancier d'obtenir une garantie de sa créance par le biais d'une hypothèque légale dans diverses situations. Ainsi, un artisan qui souhaite garantir que son travail soit rémunéré pourra, sous réserve de certaines conditions à remplir, constituer une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 839 ss CC ; voir également les art. 836 et 837 CC). Le gage immobilier peut être imagé comme **un droit qui détache de l'immeuble sa valeur de réalisation** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1482 ; STEINAUER droits réels III, no 2627). Cette valeur peut alors être incorporée dans un papier-valeur, la cédule hypothécaire. La cédule hypothécaire donne une dimension mobilière à la valeur de réalisation de l'immeuble et en facilite son transfert (STEINAUER droits réels III, no 2627).

515. **Éléments.** Les éléments essentiels constitutifs de la notion de gage immobilier sont les mêmes que ceux du droit de gage « *général* » avec les particularités suivantes :

- **Immeuble** : Le gage immobilier porte exclusivement sur un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1476).
- **Principe d'accessoriété** : Le principe d'accessoriété s'applique de **manière nuancée**. Une fois la dette éteinte, le droit de gage immobilier s'éteint à son tour. Toutefois, sous réserve d'en requérir et d'opérer sa radiation au registre foncier, il s'éteint uniquement matériellement et peut donc garder une « *existence formelle* » (STEINAUER droits réels III, no 2641a). Ce cas de figure concerne tout particulièrement la cédule hypothécaire (art. 853 et 854 CC). Ainsi, le fait qu'un droit de gage immobilier soit inscrit au registre foncier ne signifie pas forcément que la créance

garantie soit existante (il peut d'ailleurs garantir une créance future ou même hypothétique : p.ex. lors d'une vente immobilière, la cédule hypothécaire de CHF 1'200'000 est transférée à l'acquéreur de l'immeuble qui a une dette à hauteur de CHF 1'150'000 ; la cédule reste inscrite au registre foncier pour un montant plus élevé en vue d'un éventuel crédit futur pour des rénovations et pour faciliter les démarches y relatives qui suivront). Par ailleurs, un gage immobilier ne peut garantir qu'**une créance d'argent**. La créance garantie doit être, conformément au principe de spécialité, **suffisamment déterminée en ce qui concerne le capital et les intérêts** (art. 794 et 795 CC ; pour plus d'informations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1504 ss).

516. **Gage mobilier.** Le gage mobilier est un **droit réel limité** en vertu duquel une **chose mobilière** appartenant à autrui, un **droit** ou même un animal est grevé afin que l'exécution d'une obligation soit assurée par le pouvoir du créancier d'**exiger que la chose, le droit ou l'animal soient réalisés à son profit** (GROSSEN, p. 138 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1864 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 3075 et 3077).

517. **Éléments.** Les éléments clés de la notion de gage mobilier sont les mêmes que ceux du droit de gage « *général* » avec la particularité suivante :

- **Une chose mobilière ou un droit :** Lorsque le droit de gage ne concerne pas un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC, il s'agit d'un droit de gage mobilier. Peuvent être grevés d'un droit de gage mobilier des **biens mobiliers** (p. ex. voiture, bijoux, etc.) ainsi que des **créances ou d'autres droits qui ne correspondent pas à un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC** (p.ex. un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ne peut pas être grevé d'un droit de gage mobilier ; STEINAUER droits réels III, no 3075). Les animaux peuvent également faire l'objet de certains droits de gage mobiliers (art. 641a CC) tels que le nantissement et le droit de rétention. Contrairement à ce qui prévaut pour le gage immobilier (voir le point 13.1.3 ci-dessous), le créancier gagiste ne peut pas conserver un droit de gage sur l'objet dont il est devenu propriétaire. Il est donc exclu d'être titulaire d'un droit de gage mobilier sur son propre bien (voir le point 13.1.3 ci-dessous pour plus d'informations ; STEINAUER droits réels III, no 3076).

- **Le principe d'accessoriété** : Le principe d'accessoriété s'applique en principe **sans réserve** (p. ex. art. 889 al. 1 CC ; STEINAUER droits réels III, no 3076). L'extinction de la créance entraîne donc celle du droit de gage mobilier.

13.1.2. Bases légales

518. **Code civil.** Les droits de gage sont **principalement régis par le Code civil**, aux art. 793 à 915. Le législateur a instauré **deux grandes divisions, celle du gage immobilier** (Titre vingt-deuxième ; art. 793 à 875 CC) **et celle du gage mobilier** (Titre vingt-troisième ; art. 884 à 915 CC). Il a structuré la loi en établissant **une partie générale pour tous les droits de gage immobiliers** (art. 793 à 823 CC). Il traite ensuite des formes particulières de gages immobiliers, à savoir l'**hypothèque** (art. 824 à 841 CC) et la **cédule hypothécaire** (art. 842 à 865 CC). Enfin, la dernière disposition, respectivement l'art. 875 CC, régit l'émission des titres fonciers. S'agissant du Titre vingt-troisième du Code civil consacré aux **gages mobiliers**, le législateur n'a **pas introduit de partie générale**, mais traite directement de ses formes particulières, à savoir le **nantissement** (art. 884 et 886 à 894 CC), l'**hypothèque mobilière** (art. 885 CC), le **droit de gage sur les créances et autres droits** (art. 899 à 906 CC) et le **droit de gage des prêteurs sur gages** (art. 907 à 915 CC). D'autres dispositions du Code civil concernent indirectement le domaine des droits de gage, telles que l'art. 655 al. 2 CC qui définit la notion d'immeuble, objet des droits de gage immobiliers, et l'art. 615 CC qui régit les biens de la succession grevés de gages. En outre, en tant que droits réels limités, les droits de gage sont également en lien avec les normes relatives à la propriété (art. 641 ss CC) et à la possession (art. 919 ss CC). À titre d'illustration, les règles relatives au transfert de la possession s'appliquent à la constitution du nantissement (art. 922 ss CC). Les art. 22 à 33b du **Titre final** du Code civil sont consacrés aux gages immobiliers. Les art. 34 et 35 du Titre final du Code civil concernent les gages mobiliers en général et l'art. 36 régit le droit de rétention en particulier.

519. **Ordonnance sur le registre foncier.** L'Ordonnance sur le registre foncier joue un rôle important en matière de droits de gage. Les quatrième sections du chapitre 2 (art. 72 à 76 ORF) ainsi que du chapitre 4 (art. 101 à 122 ORF) y sont consacrées (voir aussi art. 134 et 135 ORF).

520. **Autres normes de droit privé.** Les autres bases légales de droit privé concernant les droits de gage sont **nombreuses et essentielles** dans ce domaine. Seules les principales sont relevées ci-après. Certaines formes de droits de gage mobiliers sont prévues par d'autres bases légales de droit privé que le Code civil. Les lettres de gage sont par exemple régies par la loi fédérale du 25 juin 1930 sur l'émission des lettres de gage (RS 211.423.4) et les droits de gage sur certains biens mobiliers dépendant d'une entreprise de chemin de fer et de navigation sont quant à eux régis par la loi fédérale concernant la constitution de gages sur les entreprises de chemin de fer et de navigation et la liquidation de ces entreprises du 25 septembre 1917 (RS 742.211). Les lois fédérales sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923 (RS 747.11) et sur le registre des aéronefs du 7 octobre 1959 (RS 748.217.1) ont un rôle important en matière d'hypothèque mobilière. Le **Code des obligations** joue un rôle considérable en matière de droits de gage puisque ceux-ci garantissent une créance découlant d'un contrat au sens de l'art. 1 CO. Le droit de gage suit le sort de la créance principale en tant que droit accessoire. Or, les modalités de cette créance sont principalement régies par le Code des obligations (p.ex. validité, cession et extinction de la créance). En outre, toute thématique en lien avec les papiers-valeurs est régie par les art. 965 ss CO. La **LP** ainsi que l'**ORFI** sont en lien étroit avec le domaine des droits de gage. La **Lex** peut également concerner les droits de gage. La **LDFR** comporte une **limite à l'engagement** des immeubles agricoles (art. 73 à 76 LDFR). Enfin, des bases légales de **droit cantonal** concernent les droits de gage, notamment lorsque le Code civil lui réserve expressément des compétences, comme c'est le cas à l'art. 836 CC qui prévoit les hypothèques légales directes de droit cantonal.

521. **Droit public.** Le droit public a également un impact important dans le domaine des droits de gage. Étant donné que l'art. 836 CC est un cas d'application de l'art. 6 CC, le droit fédéral laisse des compétences aux cantons en matière de droit public. Les droits de gage mis en place par les cantons représentent donc des restrictions à la propriété (pour plus de détails : STEINAUER droits réels III, nos 2830 ss).

522. **Au niveau international.** Depuis une trentaine d'années, des discussions ont lieu afin de mettre en place des règles communes en matière de droits de gage immobiliers. Celles-ci n'ont toutefois pas encore abouti à l'adoption de règles concrètes (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1479).

13.1.3. Droit de gage sur sa propre chose

523. **Principe de publicité des gages mobiliers.** Le droit de gage mobilier, en tant que droit réel limité *erga omnes*, doit être visible pour tous, conformément au **principe de publicité**. La **possession** est l'instrument de publicité des gages mobiliers (sous réserve de quelques exceptions exigeant une inscription dans un registre, voir ci-dessous ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1874 ; STEINAUER droits réels III, no 3083). Conformément au **principe de la bonne foi**, un tiers acquéreur qui s'est fié de bonne foi au fait que le vendeur a la possession de la chose est protégé dans son acquisition, sous réserve des art. 934 al. 1 et 935 CC (p.ex. art. 884 al. 2 CC qui reprend ce principe en énonçant que « *celui qui, de bonne foi, reçoit une chose en nantissement y acquiert un droit de gage, même si l'auteur du nantissement n'avait pas qualité d'en disposer* » ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1877).

524. **Droit de gage mobilier du propriétaire sur sa propre chose.** Être titulaire d'un droit de gage mobilier sur sa propre chose est **exclu**, car le principe de publicité ne serait pas respecté (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1875 ; STEINAUER droits réels II, no 3258). Le propriétaire de la chose grevée et le titulaire du droit de gage auraient en effet tous deux la possession de la chose. Si le propriétaire possède la chose, il découle du principe de publicité que celle-ci ne fait pas l'objet d'un tel droit réel limité. Dans le cas contraire, elle serait en possession de son titulaire (p.ex. l'art. 884 al. 3 CC prévoit que le nantissement existe uniquement quand son propriétaire n'a plus la maîtrise effective de la chose, suite au transfert de sa possession, en principe au créancier gagiste ; pour plus de détails voir : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1876 ; STEINAUER droits réels III, no 3150). Ce principe permet d'éviter à l'acquéreur d'une chose d'ignorer qu'elle est grevée d'un droit de gage. Le principe de publicité des gages mobiliers remédie à ce risque avec l'instrument de la possession. Les bateaux, les aéronefs et le bétail constituent des exceptions légales aux principes indiqués ci-dessus (voir la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923, RS 747.11, la loi fédérale sur le registre des aéronefs du 7 octobre 1959, RS 748.217.1 et l'ordonnance sur l'engagement du bétail du 30 octobre 1917, RS 211.423.1)

525. **Principe de publicité des gages immobiliers.** Le principe de publicité s'applique également aux droits de gage immobiliers, droits réels limités *erga omnes* et donc visibles pour tous. L'instrument de publicité est

le registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1874 ; STEINAUER droits réels II, no 3259).

526. Droit de gage immobilier du propriétaire sur sa propre chose.

Grâce au registre foncier, il est **possible d'être titulaire d'un droit de gage immobilier sur sa propre chose** (STEINAUER droits réels III, no 3076). Il convient de distinguer **deux cas de figure** dans lesquels le propriétaire a un droit de gage sur sa propre chose (pour plus de détails sur ces deux constellations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1194 ss) :

- **Déclaration de volonté initiale** : Dans le premier cas de figure, le **propriétaire constitue un droit de gage sur son propre immeuble en sa faveur** (droit de gage du propriétaire au sens propre ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1196 ; STEINAUER droits réels II, no 3271). Dès lors, le créancier gagiste et le propriétaire sont la même personne. Cette constellation ressort d'ailleurs des art. 857 al. 2 et 860 al. 2 CC et offre plusieurs avantages. C'est le cas du propriétaire qui constitue une cédule hypothécaire sur son immeuble à son nom ou sur papier au porteur qu'il conserve. Lorsqu'il aura besoin de garantir une dette, il n'aura plus qu'à transférer la cédule à son créancier, sans avoir à élaborer un contrat. Il sera en outre possible de constituer un droit de gage mobilier sur la cédule hypothécaire (art. 859 al. 1 CC). Finalement, le droit de gage en faveur de propriétaires prend son rang en principe au moment de son inscription au registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1197 ; STEINAUER droits réels II, no 3279). Il faut cependant réserver l'art. 815 CC, selon lequel la cédule hypothécaire inscrite dans une case libre et qui est toujours au nom du propriétaire au moment de la réalisation du gage n'est pas prise en compte. Les créanciers avancent donc selon leur rang et le propriétaire ne reçoit pas le montant du gage à son nom (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1197 ; STEINAUER droits réels III, no 2778 et droits réels II no 3279).
- **Évolution ultérieure** : Dans ce deuxième cas de figure, **les qualités de propriétaire et de créancier gagiste viennent à se confondre sans que le droit de gage ne s'éteigne** (STEINAUER droits réels II, no 3269 : droit de gage du propriétaire au sens impropre ; voir également SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1195). Il s'agit de la situation dans laquelle le propriétaire met en gage son immeuble pour garantir la créance d'un tiers. Or, l'art. 827 al. 2 CC (tout comme l'art. 110 ch. 1 CO) prévoit que le

propriétaire qui n'est pas personnellement tenu de la dette est subrogé aux droits du créancier gagiste s'il le désintéresse. En outre, l'art. 801 al. 1 CC énonce que le droit de gage immobilier s'éteint par la radiation de son inscription au registre foncier. Ainsi, lorsque le propriétaire s'acquitte de la dette, il devient le créancier gagiste, tout en demeurant le propriétaire de la chose grevée. Ces deux positions juridiques ne font qu'une tant que le droit de gage immobilier n'est pas radié et donc formellement éteint. Il en est de même lorsque le créancier gagiste acquiert l'immeuble grevé d'un droit de gage en sa faveur. Il demeure ainsi le créancier gagiste tout en devenant le propriétaire de l'objet du gage.

13.1.4. Objet du droit de gage

527. **Principe de spécialité.** L'objet du gage doit être une **chose individualisée**, c'est-à-dire une chose unique et entière, et non pas un ensemble de choses, respectivement une universalité de fait ou de droit ou une fraction de chose (GROSSEN, p. 7).

528. **Objet du gage immobilier.** S'agissant du gage immobilier, le **principe de spécialité** est expressément formulé à l'art. 797 al. 1 CC qui fait partie des dispositions générales sur les gages immobiliers. Le gage immobilier doit porter sur **un immeuble déterminé** (art. 655 al. 2 et 797 al. 1 CC ; p.ex. un bien-fonds, un droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier ou une part de copropriété) **et immatriculé au registre foncier** (art. 796 al. 1 CC). Il ne peut pas être constitué sur une partie d'immeuble seulement ou sur plusieurs immeubles. L'organisation du registre foncier permet d'assurer le respect du principe de spécialité par l'ouverture d'un feuillet et d'un numéro dans le grand livre pour chaque immeuble, conformément à l'art. 945 CC. L'art. 798 CC ne doit pas induire en erreur et doit être compris dans le sens où plusieurs immeubles peuvent être grevés d'un droit de gage immobilier en garantie d'une seule et même dette, bien que le droit de gage immobilier greève séparément chaque immeuble pour le montant total de la dette (GROSSEN, p. 121 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1518 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2666). Ainsi, un droit de gage par immeuble est constitué et son inscription est portée au feuillet de chacun des immeubles. Les art. 648 al. 3 et 800 CC régissent les droits de gage relatifs à des immeubles en copropriété ou en propriété commune (pour plus de détails voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP,

nos 1521 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2654 ss). Certains immeubles ne peuvent pas être grevés de gages (art. 796 al. 2 CC ; pour plus d'informations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1515 s. ; STEINAUER droits réels III, no 2653). Le gage immobilier greève **non seulement les parties intégrantes** (principe de l'accession : constructions sur l'immeuble, plantations, etc.), **mais également les parties accessoires** de l'immeuble (art. 805 al. 1 et 2 CC ; art. 644 et 946 al. 3 CC s'agissant de la notion des accessoires), sous réserve de droits de tiers sur les parties accessoires (art. 805 al. 3 CC ; pour plus de détails voir DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 197 ss ad art. 805). D'éventuels **loyers ou fermages** produits par l'immeuble grevé **font également partie de l'objet** du gage immobilier (art. 806 al. 1 CC), sous réserve des alinéas 2 et 3 de l'art. 806 CC (ATF 145 III 495 au sujet de l'extension du droit de gage aux loyers et fermages ; TF 5A_1061/2019 au sujet de la gérance légale ; pour plus d'informations voir DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 48 ss ad art. 806). Les **art. 808 à 910 CC protègent l'intérêt du créancier gagiste à ce que la valeur de l'immeuble ne soit pas diminuée** en règlementant ses droits en cas de dépréciation de l'immeuble avec ou sans la faute du propriétaire (pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels III, nos 2735 ss).

529. **Objet du gage mobilier.** En matière de gage mobilier, le **principe de spécialité est consacré par la jurisprudence et la doctrine** (GROSSEN, p. 7 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1878). S'agissant de l'objet du gage mobilier, il peut consister soit en des **biens mobiliers** (p. ex. voiture, bijoux, etc.), soit en des **créances ou en d'autres droits ne correspondant pas à un immeuble au sens de l'art. 655 al. 2 CC**. Les biens mobiliers pouvant constituer un gage mobilier sont des choses individualisées et réalisables (GROSSEN, p. 142). La loi et la jurisprudence ont développé certaines conditions propres à chacun des types de gages mobiliers. Les art. 895 et 896 CC précisent la portée du droit de rétention. Les art. 884 et 892 CC apportent quelques précisions quant à l'objet et l'étendue du nantissement. Sont notamment exclus du nantissement les choses que le droit administratif rend inaliénables, les choses qui n'ont qu'une valeur d'affection, les pièces d'identité, les diplômes et les autres documents qui n'ont pas de valeur (GROSSEN, p. 142). En revanche, le nantissement de choses insaisissables n'est pas exclu (GROSSEN, p. 142). Quant aux créances ou autres droits, ils peuvent être grevés d'un gage mobilier à condition qu'ils soient aliénables et de nature à être constitués en gage, conformément à l'art. 899 al. 1 CC.

530. **Principe de l'indivisibilité du droit de gage.** Le droit de gage garantit le montant total de la créance et grève toujours l'objet dans sa totalité. Autrement dit, si le débiteur ne rembourse que partiellement sa dette ou s'en acquitte par plusieurs versements, **l'objet reste néanmoins entièrement grevé par le droit de gage jusqu'au remboursement complet de la dette** (p.ex. art. 889 al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1879). Le gage grève donc la chose ainsi que ses accessoires (p.ex. art. 892 al. 1 CC) dans leur globalité jusqu'à ce que le débiteur se soit acquitté de sa dette intégralement. L'influence de l'état de la dette interviendra seulement lors de la réalisation de la chose grevée, puisque le montant du produit de la vente revenant au créancier gagiste dépend du solde encore dû.

13.1.5. Priorité dans le temps

531. **Priorité dans le temps en général.** En cas d'incompatibilité entre différents droits réels limités, **le droit constitué antérieurement l'emporte sur les autres droits** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1169). Le **moment déterminant** est, pour les immeubles, le **moment où une réquisition d'inscription a été portée au journal** (art. 948 CC en relation avec l'art. 972 CC, en particulier l'al. 2 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1171). S'agissant de droits réels dont l'inscription au registre foncier n'est pas requise (biens mobiliers ; p. ex. les conflits entre plusieurs nantissements qui grevent le même objet : art. 893 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1171 ; STEINAUER droits réels III, no 3172), la date de constitution est, en principe, celle du **moment où le transfert de la possession a lieu**, car toutes les conditions nécessaires à la constitution du droit sont alors remplies (pour le nantissement voir STEINAUER droits réels III, no 3172a). Le principe de la priorité dans le temps est de **droit dispositif** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1182). Les parties peuvent donc convenir d'autres règles.

532. **Concurrence entre droits de gage et autres droits réels limités.** Lorsqu'une chose constituée en gage est grevée d'autres droits réels limités, tels que des servitudes ou des charges foncières, le principe de la priorité dans le temps s'applique en cas d'incompatibilité entre ces droits (pour aller plus loin dans le raisonnement : DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 55 ss ad art. 813). Il y a **incompatibilité** entre ces différents droits réels limités lorsque **le produit de la réalisation de la chose grevée ne suffit pas à couvrir le montant garanti par le gage** pour cause de l'existence,

à titre d'exemple, d'une servitude qui diminue la valeur de l'objet grevé (art. 812 al. 1 et 2 CC ; STEINAUER droits réels II, no 3232). Ce principe vaut pour tous les droits réels limités et est expressément mentionné aux art. 972 al. 1 et 812 al. 2 CC pour les droits de gage immobiliers ainsi qu'à l'art. 893 al. 2 CC pour les droits de gage mobiliers (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1170). Le **moment de la constitution du droit est décisif** dans la détermination des droits antérieurs et postérieurs. Ainsi, si une servitude est constituée préalablement à un droit de gage, le créancier gagiste doit accepter la diminution de valeur qui en découle (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1174 ; STEINAUER droits réels II, no 3240). À l'inverse, si le droit de gage est constitué avant la servitude, il a un rang préférable et le créancier gagiste pourra empêcher l'exercice de la servitude dans la mesure où elle déprécie la valeur de la chose grevée (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1175 ss ; STEINAUER droits réels II, no 3241). Afin de déterminer si la servitude diminue la valeur de la chose, il faudra procéder à une **double mise à prix** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1176 ; STEINAUER droits réels II, no 3241). La chose est alors mise aux enchères une première fois, grevée de la servitude, et une deuxième fois sans la servitude (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1177 s.). C'est uniquement lorsque le montant de la première offre n'est pas suffisant pour couvrir l'entier de la dette alors que la seconde offre est d'un montant supérieur, que la servitude est radiée (art. 812 al. 2 CC *in fine* ; art. 142 al. 3 LP ; art. 56 ORFI).

533. **Concurrence entre droits de gage.** Lorsqu'une chose est grevée de plusieurs droits de gage le principe de la priorité dans le temps **s'applique sans restriction aux gages mobiliers** existants (art. 893 al. 2 CC), **avec une particularité pour les gages immobiliers** (art. 813 ss CC ; DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 100 ss ad art. 813). La **priorité selon le rang des droits de gage immobiliers**, présentée ci-dessous, n'est qu'une **forme particulière d'application de la priorité dans le temps** (STEINAUER droits réels II, no 3249 ; d'autres auteurs la conçoivent comme une exception *sticto sensu* : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1183, et d'autres encore la qualifie de *leges speciales* par rapport au principe de la priorité dans le temps en tant que *lex generalis* : DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 103 ad art. 813). En effet, le rang est déterminé non pas par la date de la constitution des droits de gage immobiliers mais par la case hypothécaire qui leur est assignée lors de leur inscription (voir ci-dessous). Toutefois, le rang est fixé selon la date de constitution de la case hypothécaire. Ainsi, même en cas de postposition (voir ci-dessous), une case libre doit avoir été ouverte en avance. L'aspect temporel reste donc l'élément décisif pour déterminer l'ordre de priorité entre les différents droits de gage. La priorité

entre eux est en effet établie selon la date de la constitution d'une case hypothécaire.

13.1.6. Priorité selon le rang des droits de gage immobiliers

534. **Plusieurs droits de gage immobiliers.** Lorsqu'un immeuble est grevé simultanément de plusieurs droits de gage immobiliers, le produit de la réalisation peut être insuffisant pour désintéresser tous les créanciers gagistes. Dans ce cas, le législateur a prévu une forme particulière du principe de la priorité dans le temps, soit la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers (art. 813 à 815 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1568 ; STEINAUER droits réels III, nos 2754 ss : « *système des cases hypothécaires fixes* »). **Le rang des droits de gage immobiliers est dès lors déterminé par la volonté des parties et non pas par leur date de constitution** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1569 ; STEINAUER droits réels III, no 2752). Les parties assignent d'un commun accord un rang déterminé, respectivement une case hypothécaire, au droit de gage. L'ordre de préférence entre les créanciers gagistes est déterminé par le rang auquel leur droit a été colloqué (pour un exemple sur la répartition du produit de la réalisation entre différents créanciers gagistes voir DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 13 à 17 ad art. 813). L'avantage principal de ce système est que **le propriétaire a plus de marge de manœuvre et de possibilités de négociation** qu'avec le principe de la priorité dans le temps. En effet, il peut **constituer un droit de gage postérieur en rang, sans même l'existence d'un droit de gage antérieur** (art. 813 al. 2 CC ; DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 114 ad art. 813), selon la flexibilité et l'importance du créancier auquel il a affaire (p.ex. un petit crédit provenant d'un membre de sa famille ou un crédit hypothécaire d'un montant élevé auprès d'une institution bancaire ; DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 116 ad art. 813 : « *wirtschaftliche Zweck* »). Il se laisse ainsi la liberté de favoriser un futur créancier en lui octroyant un droit de gage d'un rang qui lui donnera la priorité sur d'autres de ses créanciers.

535. **Champ d'application.** Le système de la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers ne s'applique pas à tous les droits de gage immobiliers. Il s'applique aux **droits de gage conventionnels** si le propriétaire et le créancier gagiste le prévoient par un contrat de gage immobilier ou si le propriétaire prend une décision unilatérale à cet effet par le biais d'une réquisition au registre foncier, en dérogation de l'art. 972 CC (STEINAUER droits réels III, nos 2756 ss et 2762). Son champ

d'application **ne s'étend pas aux gages légaux** soumis à des règles particulières. Les hypothèques légales indirectes obéissent à la règle de la priorité dans le temps (art. 972 CC) et les droits de gage légaux directs prennent naissance par le seul effet de la loi qui détermine leur rang sans tenir compte de la date de leur constitution (STEINAUER droits réels III, no 2761).

536. **Fixation du rang.** La détermination et la modification du rang des droits de gage immobiliers conventionnels sont prévues dans le contrat de gage immobilier ou la réquisition du propriétaire au registre foncier (art. 813 al. 2 CC). C'est le rang attribué par la voie d'une case hypothécaire qui **détermine l'ordre dans lequel un éventuel produit de vente aux enchères forcées est distribué entre les créanciers gagistes** (art. 813 CC). Si un deuxième rang est d'abord constitué, le montant du premier rang par lequel il est primé doit être indiqué dans l'inscription, conformément à l'art. 813 al. 2 CC. Dans la pratique, ce sont les banques qui dictent le rang du droit de gage et, celui-ci, est souvent simplement un élément d'un plus fort taux d'intérêt.

537. **Changement du rang.** Si un droit antérieur disparaît, les autres droits postérieurs en rang **n'avancent pas**. Ils sont fixes (art. 814 al. 1 CC ; DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 115 ad art. 813). La case hypothécaire se libère donc simplement et le propriétaire peut en disposer comme il le souhaite (art. 814 al. 2 CC). Si un nouveau droit de gage immobilier profite de la case libre, il prime alors les droits réels limités et les droits personnels annotés portés au registre foncier postérieurement à la constitution du droit de gage initialement occupé par la case hypothécaire qui s'est libérée (STEINAUER droits réels III, no 2767). Toutefois, **l'art. 814 al. 1 CC étant de droit dispositif, un changement de rang peut avoir lieu conventionnellement** si tous les titulaires de droits de gage existants donnent leur accord (p.ex. l'art. 814 al. 3 CC prévoit une exception conventionnelle au système des cases fixes et l'art. 815 CC une exception légale au système précité ; voir pour plus d'informations SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1572 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2763 ss). Ainsi, le rang du droit de gage peut être modifié pour un rang plus favorable (antéposition) ou, au contraire, reculer (postposition), conformément à l'art. 813 al. 2 CC (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1573 s.). En outre, le système **n'exclut pas la constitution de plusieurs droits de gage de même rang** occupant une même case hypothécaire (art. 817 al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1569 et pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels III, no 2768).

538. **Droit de profiter des cases libres.** Les parties peuvent déterminer librement le contenu du droit de gage immobilier conventionnel, comme le droit de profiter des cases libres (DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 61 ss ad art. 813). Ce droit est souvent rencontré dans la pratique. Il octroie une créance dans le but que son titulaire puisse bénéficier d'un rang plus favorable si les cases y relatives se libèrent (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1574 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2772). Ce droit ne **lie que les parties au contrat** dans lequel il a été convenu (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1577). Néanmoins, l'art. 814 al. 3 CC prévoit la possibilité d'**annoter** un tel droit **au registre foncier** et de lui **conférer** par ce biais **un effet réel** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1578). Les effets de l'annotation sont une restriction du pouvoir de disposer du propriétaire en vertu de l'art. 959 al. 2 CC et un rattachement *propter rem* du droit liant ainsi non seulement tout titulaire du droit de gage, mais également tout propriétaire de l'immeuble grevé (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1578 ; STEINAUER droits réels III, no 2773).

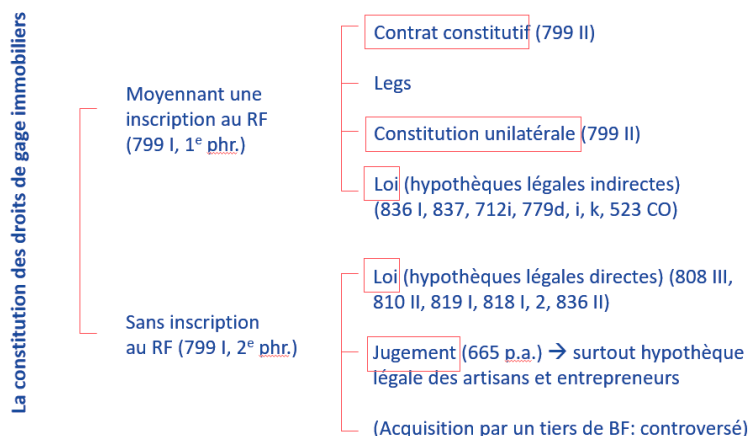
13.2. Règles générales du gage immobilier

539. **Structure légale.** Les dispositions légales relatives aux différents droits de gage immobiliers sont regroupées au chapitre 1 du titre vingt-deuxième du Code civil. Elles sont divisées en trois thématiques, à savoir leurs conditions (art. 793 à 798a CC), leur constitution et leur extinction (art. 799 à 804 CC) et leurs effets (art. 805 à 823 CC). Étant donné que les conditions générales du gage immobilier (forme, objet et créance garantie) ont été présentées dans le cadre de l'introduction à l'étude du droit de gage (point 13.1), la présentation qui suit se concentre sur la constitution, l'extinction et les effets généraux des droits de gage immobiliers.

13.2.1. Constitution

540. **En général.** Les règles générales sur l'acquisition de droits réels s'appliquent à la constitution des droits de gage immobiliers. Il convient de distinguer la constitution moyennant une inscription au registre foncier, de celle qui a lieu sans inscription. Les parties sont libres de déterminer le montant du droit de gage (art. 641 al. 1 CC et 19 CO), sous réserve des art. 798a CC et 73 ss LDFR qui imposent des limites de charge pour les

immeubles agricoles. Un risque de surendettement du propriétaire de l'immeuble grevé découle de cette liberté.



541. **Constitution moyennant inscription.** En vertu de l'art. 799 al. 1 CC, la constitution des droits de gage immobiliers a lieu par l'inscription au registre foncier, sauf exception. En principe, la constitution est réalisée à titre dérivé (STEINAUER droits réels III, no 2688). Elle suppose un **titre d'acquisition** qui peut être un **acte juridique entre vifs** (principalement un contrat constitutif de droit de gage immobilier passé en la forme authentique ; art. 799 al. 2 CC ; GROSSEN, p. 120 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1530 s.), une **disposition pour cause de mort** (legs) ou la **loi** (hypothèque légale indirecte prévue notamment aux art. 836 al. 1, 837, 712i, 779d, i et k CC, pour de plus amples informations à ce sujet, voir le point 13.3 ci-dessous).

542. **Opération d'acquisition.** Une opération d'acquisition est également nécessaire. Elle consiste en une **réquisition d'inscription au registre foncier** (acte de disposition) par le propriétaire de l'immeuble grevé (art. 963 al. 1 CC) ou par son représentant (art. 963 al. 3 CC) suivie de **l'inscription du droit de gage au feuillet du grand livre** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1536 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2689 et 2699 ss). L'inscription au registre foncier est **constitutive** et son **effet remonte au jour de l'inscription au journal**, conformément à l'art. 972 al. 2 CC. Si une cédule hypothécaire est constituée sur papier, son inscription au grand livre précède l'émission du titre (art. 860 ss CC). À noter qu'aujourd'hui la constitution de cédules hypothécaires de registre est favorisée (art. 857 CC).

543. **Cas particulier de la constitution unilatérale.** Une constitution unilatérale est également possible, en particulier dans le cas où un propriétaire établit une cédula hypothécaire à son nom ou au porteur (GROSSEN, p. 120 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1534). Dans ce cas de figure, le titre d'acquisition et la réquisition d'inscription au registre foncier sont un seul et même acte (STEINAUER droits réels III, no 2689).

544. **Constitution sans inscription.** La constitution des droits de gage immobiliers peut exceptionnellement avoir lieu sans inscription. Ces cas d'exception sont réservés à l'art. 799 al. 1 *in fine* CC. Ils résultent soit expressément de la loi, soit de l'application par analogie des règles relatives à la propriété foncière (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1539 ; STEINAUER droits réels III, no 2690). Les **droits de gage légaux directs** représentent l'exemple le plus rencontré de la constitution d'un droit de gage immobilier sans une inscription au registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1539 ; STEINAUER droits réels III, no 2691). Ils sont prévus non seulement par le droit fédéral, mais également et dans une large mesure par le droit cantonal qui est réservé à l'art. 836 CC. S'agissant de la constitution de droits de gage immobiliers par l'application analogique des règles relatives à la propriété foncière, au vu de leur nature particulière, le seul cas de figure possible est celui du jugement (analogie avec l'art. 665 CC ; pour plus de détails voir STEINAUER droits réels III, nos 2690 ss : à noter que l'acquisition par un tiers de bonne foi est controversée).

13.2.2. Extinction

545. **En général.** Tout comme pour l'extinction des droits réels en général, il convient de distinguer l'extinction des droits de gage immobiliers moyennant une radiation au registre foncier de celle qui a lieu indépendamment d'une radiation. Il existe également trois modes d'extinction qui résultent de situations particulières. Il s'agit de l'extinction des droits de gage en cas de réunion parcellaire (art. 802 à 804 CC), de la purge hypothécaire (art. 828 à 830 CC) et de l'extinction partielle des droits de gage lors d'un parcellement (art. 833 et 845 CC). Par souci de concision, ces trois modes ne seront pas présentés (en cas d'intérêt pour ce sujet, se référer à l'ouvrage STEINAUER droits réels III, nos 2707d ss).

546. **Extinction moyennant une radiation au registre foncier.** En vertu de l'art. 801 al. 1 CC, l'extinction du droit de gage immobilier a lieu par la radiation de l'inscription au registre foncier. La radiation s'opère sur la base d'un **titre d'extinction**. Le titre consiste généralement en un contrat, qui n'est pas soumis à une forme particulière (contrairement au contrat constitutif de droit de gage immobilier) et qui contient l'obligation pour le créancier gagiste de supprimer le droit de gage (STEINAUER droits réels III, no 2704). Le titre peut également consister en un legs. Toutefois, le **cas le plus fréquent est celui de l'extinction de la créance** et donc du remboursement de la dette garantie par le droit de gage, qui **éteint matériellement le droit de gage** en vertu du principe de l'accessorité (art. 114 al. 1 CO ; voir 13.1.1 ci-dessus ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1543). Afin de **l'éteindre formellement**, une **radiation au registre foncier est incontournable** (voir 13.1.1 ci-dessus). En vertu de l'art. 826 CC, le propriétaire de l'immeuble grevé peut dès lors exiger de la part du créancier qu'il consente à la radiation de l'immeuble grevé (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1544). En cas de refus, il peut l'actionner en justice sur la base d'une application par analogie de l'art. 665 al. 1 CC (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1544).

547. **Opération d'extinction.** Dans le but d'opérer une radiation au registre foncier, une opération d'extinction est nécessaire. La **réquisition d'extinction** est en principe adressée par le créancier gagiste (art. 964 al. 1 CC). Elle peut néanmoins être faite par le propriétaire au bénéfice du consentement écrit du créancier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1542 ; STEINAUER droits réels III, nos 2706 s.). En vertu de l'art. 964 al. 1 CC : *« Les radiations ou modifications ne peuvent être faites que sur la déclaration écrite de ceux auxquels l'inscription confère des droits »*. L'alinéa 2 offre une alternative en prévoyant qu'une déclaration au sens de l'alinéa 1 peut être remplacée par la signature des ayants droit, apposée sur le journal. La **radiation au grand livre** a pour effet d'éteindre formellement le droit de gage immobilier. S'agissant de la cédule hypothécaire, l'art. 854 CC permet au propriétaire de *« réemployer »* la cédule hypothécaire qui ne garantit pas ou plus de créance. Il peut ainsi l'utiliser en garantie auprès d'un nouveau créancier ou décider d'en faire radier l'inscription (pour plus d'informations voir, ci-dessous, le point 13.7.7 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1542).

548. **Extinction indépendamment d'une radiation au registre foncier.** Dans certains cas d'exception, le droit de gage immobilier **s'éteint de par la loi**. L'art. 801 al. 1 *in fine* CC en est un exemple. Il mentionne

l'extinction du droit de gage immobilier par la perte totale de l'immeuble grevé (DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 66 ad art. 816 ; pour d'autres exemples, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1545 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2707a ss). La **radiation au registre foncier** n'a alors **qu'une portée déclarative** (DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 66 ad art. 816 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1546 ; STEINAUER droits réels III, no 2707b).

13.2.3. Effets généraux

549. **Effets principaux et accessoires.** Les effets généraux des droits de gage immobiliers peuvent être classés en deux catégories : celle des effets principaux et celle des effets accessoires. Les effets principaux concernent le droit du créancier gagiste de se faire désintéresser sur le produit de la réalisation de l'immeuble grevé (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1549 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2717). Les effets accessoires portent, quant à eux, notamment sur l'imprescriptibilité de la créance garantie et les moyens à la disposition du créancier gagiste pour préserver l'immeuble grevé en bon état (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1580 ss).

13.2.4. Effets principaux

550. **Droit de se payer sur le prix de réalisation.** S'agissant du « *droit de se payer sur le prix de l'immeuble* » au sens de l'art. 816 al. 1 CC (DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 9 ad art. 816 : « *Kern des Pfandrechts* »), le Code civil détermine de manière commune aux gages immobiliers les points suivants : **l'étendue des droits du créancier gagiste sur l'immeuble grevé** aux art. 805 s. et 822 CC (voir le point 13.1.4 ci-dessus au sujet de l'objet des gages immobiliers), **l'ordre dans lequel les créanciers gagistes seront désintéressés** aux art. 812 à 815 CC (voir le point 13.1.5 ci-dessus au sujet de la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers) et **le mode de réalisation et l'étendue de la garantie** aux art. 816 à 819 CC qui est présenté ci-dessous.

551. **Bases légales.** Le mode de réalisation de l'immeuble grevé est déterminé par l'art. 816 al. 3 CC, ainsi que par la LP, qui régit la procédure d'exécution forcée (STEINAUER droits réels III, no 2780). En outre, les art. 817 à 819 CC contribuent à régler la distribution du prix, respectivement du produit de la réalisation et l'étendue de la garantie.

552. **Conditions préalables à la réalisation du gage.** En vertu de l'art. 816 al. 1 CC, lorsque la **créance est devenue exigible** et que le **créancier n'a toujours pas été désintéressé**, il a le droit de faire réaliser l'immeuble grevé afin de se rembourser sur le prix de la vente (et non de s'approprier l'immeuble à défaut de paiement selon l'art. 816 al. 3 CC). Cette règle est de **droit impératif** (STEINAUER droits réels III, no 2782). Le créancier ne peut donc pas valablement renoncer à son droit à la réalisation de l'immeuble grevé.

553. **Éléments de procédure.** La réalisation du gage peut non seulement être provoquée par le créancier gagiste lui-même, mais peut aussi découler de la saisie de l'immeuble grevé par un autre créancier ou parce que l'immeuble grevé est compris dans la masse en faillite (STEINAUER droits réels III, no 2781 ; au sujet d'une poursuite en réalisation du gage sur un logement de famille voir ATF 142 III 720, cons. 4 ss). Ces deux derniers cas particuliers ne font pas l'objet de cette présentation bien que les modalités de la réalisation du gage sont pour l'essentiel similaires. La procédure de réalisation du gage **s'ouvre conformément aux règles prévues par la LP**, sous réserve d'une convention entre le propriétaire et le créancier gagiste prévoyant de vendre l'immeuble par voie privée (possible mais rare ; STEINAUER droits réels III, no 2784). Lorsque le créancier fait valoir le paiement de la créance garantie, **le débiteur a la possibilité de contraindre le créancier à agir par une poursuite en réalisation de gage** (art. 41 al. 1^{bis} LP ; pour un cas concret en lien avec la cédula hypothécaire : TF 5A_295/2012) ou par la poursuite pour effet de change si la créance garantie est incorporée dans un effet de change (art. 41 al. 2 *in fine* CC ; pour plus d'informations voir DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 35 ss ad art. 816 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1555 s. ; STEINAUER droits réels III, nos 2785 ss). Ainsi, le créancier gagiste ne pourra pas forcément choisir la voie qu'il souhaite prendre pour la réalisation du gage. En outre, la voie de la faillite sans poursuite préalable prévue aux art. 190 à 192 LP est également ouverte si les conditions y relatives sont remplies (STEINAUER droits réels III, no 2785). Les art. 151 à 158 LP en relation avec les art. 133 à 143b LP ainsi que l'ORFI règlent les modalités de la réalisation du gage (pour plus d'informations sur les modalités : DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 43 ss ad art. 816). À noter que si la créance est garantie par plusieurs immeubles (art. 798 CC ; voir point 13.1.4), le créancier doit en poursuivre simultanément la réalisation en vertu du droit impératif de l'art. 816 al. 3 CC. Celle-ci n'a toutefois lieu que dans la mesure jugée nécessaire par l'office des poursuites (voir également l'art. 107 ORFI).

554. **Le sort des droits réels limités.** Les droits réels limités qui grèvent l'immeuble, tels que des servitudes, **restent attachés à l'immeuble lors de sa vente** (DÜRR/ZOLLINGER ZK, no 97 ad art. 816). Si le montant offert lors de la vente n'est pas suffisant pour couvrir l'entier de la dette garantie par le droit de gage immobilier, alors il sera procédé à **une double mise à prix** (à ce sujet se référer aux points 10.5.3 et 13.1.5).

555. **Étendue de la garantie.** Les art. 818 et 819 CC ainsi que les art. 808 al. 3 et 810 al. 2 CC contribuent à la détermination de l'étendue de la garantie offerte par le droit de gage immobilier et donc du montant couvert par celui-ci. Au vu de ces dispositions légales, cinq éléments peuvent être relevés comme étant, en principe, **garantis par le droit de gage** : le **capital**, les **frais de poursuite**, les **intérêts moratoires légaux** (art. 104 et 105 CO), les **intérêts conventionnels** (aux conditions des art. 794 al. 2 et 818 al. 1 ch. 3 CC ainsi que des art. 144 al. 4 et 157 al. 4 LP ; à ce sujet SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1508 ss ; ATF 144 III 29, cons. 4 au sujet de l'art. 818 al. 1 ch. 3 CC en relation avec la question des intérêts effectivement dus garantis par la cédula hypothécaire : intérêts de la créance de base ou de la créance cédulaire ?) et **certaines autres prestations** (p. ex. art. 808 al. 3 CC et 810 al. 2 CC s'agissant des mesures face à une dépréciation de l'immeuble). Pour de plus amples informations sur l'étendue de la garantie voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1566 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2794 ss.

556. **Distribution du produit de la vente.** L'art. 817 al. 1 CC énonce que « *[l]e prix de vente de l'immeuble est distribué entre les créanciers selon leur rang* ». Ainsi, un créancier de rang postérieur recevra une partie du produit de la vente uniquement si un montant est encore disponible après avoir entièrement désintéressé le créancier de rang antérieur (au sujet de la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers voir, ci-dessus, le point 13.1.5 ; DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 7 ss ad art. 817). Selon l'art. 817 al. 2 CC « *[l]es créanciers de même rang concourent au marc le franc* ». Si un rang comporte donc plusieurs créanciers, le produit de la vente sera réparti entre eux **proportionnellement au montant de leur créance** (DÜRR/ZOLLINGER ZK, nos 52 ss ad art. 217 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1579). À titre d'illustration, deux créanciers gagistes du même rang ont chacun une créance qui pour l'un est de CHF 50'000 et pour l'autre de CHF 20'000. Le produit total de la vente s'élève à CHF 230'000. Après que ce montant ait été réparti entre les créanciers de rang antérieur, il reste encore CHF 50'000. Ce montant sera donc distribué comme suit : CHF 11'000 à celui dont le montant s'élève à

CHF 20'000 et CHF 39'000 à celui dont le montant est de CHF 70'000 (il faut procéder selon une règle de trois ; pour un autre exemple, voir STEINAUER droits réels III, no 2793). En outre, les **créanciers gagistes ont la préférence sur les créanciers saisissants et en cas de faillite ils sont désintéressés avant les créanciers chirographaires** (art. 113 ORFI ; STEINAUER droits réels III, no 2791). À noter que l'art. 119 ORFI règle la situation dans laquelle plusieurs immeubles appartenant à des propriétaires différents solidairement responsables ont été réalisés et l'art. 106a ORFI la réalisation d'un immeuble qui fait l'objet d'une copropriété.

13.2.5. Effets accessoires

557. **Multitude d'effets accessoires.** Les droits de gage immobiliers ont de multiples effets accessoires communs. Cette présentation ne se penche que sur deux d'entre eux, au vu de leur importance.

558. **Imprescriptibilité de la créance.** Conformément à l'art. 807 CC, « *l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible* ». Le droit de gage immobilier doit donc être inscrit pour rendre la créance imprescriptible (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1585).

559. **Moyens à disposition du créancier gagiste pour préserver l'immeuble en bon état.** Le créancier gagiste ne peut pas exiger la réalisation forcée de l'immeuble avant que la créance soit exigible. Dans l'intervalle, il dispose de moyens afin de s'assurer que la valeur de l'immeuble grevé ne soit pas diminuée, voire réduite à néant. En effet, si tel est le cas, le créancier gagiste ne bénéficie plus de la garantie que représente l'immeuble grevé du gage (GROSSEN, p. 121). Pour plus d'informations voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1580 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2735 ss.

13.3. Hypothèques conventionnelles

560. **Définition.** Conformément à l'art. 824 CC, l'hypothèque est un **droit accessoire attaché au droit principal**, la créance (GROSSEN, p. 123). Elle est donc l'accessoire d'une créance avec laquelle elle

entretient une **relation de dépendance** (qui ressort du régime juridique, notamment de l'art. 826 CC ; GROSSEN, p. 123). En revanche, la créance garantie a une existence propre qui fait qu'elle subsiste indépendamment de l'hypothèque et que sa constitution n'a pas d'influence sur elle (STEINAUER droits réels III, no 2630). Nonobstant ce lien entre l'hypothèque et la créance garantie, les régimes juridiques qui s'y appliquent sont différents. L'**hypothèque**, en tant que droit de gage, est régie par les **droits réels** alors que la **créance** est soumise au **droit des obligations** (GROSSEN, p. 123). L'**unique fonction** de l'hypothèque est celle de **garantie**, sans avoir pour conséquence, contrairement à la cédule hypothécaire, de détacher de l'immeuble sa valeur de réalisation en l'incorporant dans un papier valeur. Cela a pour effet de donner une dimension mobilière à cette valeur et facilite son transfert (GROSSEN, p. 123 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1598 : « *Zu einer Mobilisierung des Bodenswerts kommt es grundsätzlich nicht* » ; STEINAUER droits réels III, no 2630). Conformément à l'art. 825 al. 2 et 3 CC, l'hypothèque n'est d'ailleurs pas un papier valeur (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1599). Cela étant, même si une hypothèque conventionnelle soumet une chose déterminée à la garantie d'une créance, le débiteur répond tout de même sur la valeur de l'immeuble grevé du droit de gage, ainsi que sur tous ses biens, soit personnellement (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1494).

561. **Hypothèques conventionnelles ou légales.** Les hypothèques peuvent être conventionnelles ou légales. Les hypothèques légales se distinguent des hypothèques conventionnelles (mentionnées ci-dessous par le terme « *hypothèque/s* ») par le titre sur lequel elles se fondent qui est exclusivement la loi. Mise à part cette différence, elles présentent les mêmes caractéristiques que les autres hypothèques (GROSSEN, p. 126).

562. **Structure légale.** Des règles spécifiques aux hypothèques prévues par le Code civil viennent compléter les règles générales en matière de gages immobiliers (exposées au point 13.2 ci-dessus). Elles concernent des aspects de la constitution (art. 824 et 825 CC), de l'extinction (art. 826 à 831 CC) et des effets propres aux hypothèques (art. 832 à 841 CC). Seules les dispositions légales principales et leurs contenus complétant les règles générales seront relatés. Au sujet de la cession de la créance selon l'art. 835 CC qui n'apporte qu'une précision par rapport aux règles ordinaires prévues aux art. 164 ss CO : voir en cas d'intérêt SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1614 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2817 ss. S'agissant de la thématique de l'exécution forcée de l'immeuble grevé et ses effets sur la reprise de la dette, réglés spécifiquement par la LP et

l'ORFI, les art. 832 et 834 CC n'étant pas directement applicables, voir : SCHMID/ HÜRLIMANN-KAUP, nos 1626 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2824 ss.

13.3.1. Constitution

563. **Créance garantie.** Selon l'art. 824 CC, « *l'hypothèque peut être constituée pour sûreté d'une créance quelconque, actuelle, future ou simplement éventuelle* ». L'art. 825 al. 1 CC précise que l'hypothèque peut être constituée en garantie de « *créances d'un montant indéterminé ou variable* ». En vertu du **principe de spécialité** des droits de gage, expressément avancé à l'art. 794 CC, les parties doivent cependant fixer un **montant maximal** garanti à défaut d'un montant déterminé et fixe (hypothèque maximale ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1601). L'hypothèque est dès lors une solution idéale et très utilisée en pratique pour garantir notamment un crédit de construction, une peine conventionnelle ou la créance découlant d'une éventuelle responsabilité découlant du droit privé ou public (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1605 ; STEINAUER droits réels III, no 2805). Attention, l'inscription de l'hypothèque au registre foncier crée seulement la présomption de l'existence de l'hypothèque et non pas de la créance garantie, en vertu de l'art. 937 al. 1 CC (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1600 et dans le même sens voir également le no 1612). Nonobstant cette flexibilité quant à la détermination de la créance garantie, le principe de la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers prévu aux art. 813 ss CC s'applique sans restriction, tel que rappelé à l'art. 825 al. 1 *in fine* CC (au sujet de ce système, voir ci-dessus le point 13.1.6). Ainsi, même si l'hypothèque garantit, par exemple, une créance éventuelle ou future, la case hypothécaire doit être considérée comme entièrement occupée sans laisser de place à un créancier gagiste de rang postérieur (STEINAUER droits réels III, no 2810). S'agissant du principe d'accessorité, voir le point 13.1.1 ci-dessus.

564. **Dettes d'un tiers.** En vertu de l'art. 824 al. 2 CC, l'hypothèque peut être constituée en vue de garantir la dette d'un tiers (voir aussi l'art. 827 CC et le point 13.3.2 ci-dessous). Le débiteur de la créance garantie par l'hypothèque n'est donc pas le propriétaire de l'immeuble grevé (GROSSEN, p. 124 s. ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1607). Par ailleurs, il est possible qu'initialement l'hypothèque soit constituée sur l'immeuble du débiteur de la créance garantie et que, par la suite, cet

immeuble soit aliéné sans que l'acquéreur ne reprenne la dette (GROSSEN, p. 125). Les qualités de débiteur et de propriétaire se dissocient alors seulement après l'aliénation et non pas lors de la constitution de l'hypothèque. Pour plus d'informations, voir le point 13.3.3 ci-dessous.

13.3.2. Extinction

565. **Remploi de l'hypothèque.** L'art. 826 CC rappelle la règle générale de l'art. 964 CC, en indiquant que le propriétaire ne peut requérir la radiation au registre foncier sans le consentement du créancier. Or, l'hypothèque s'éteindra formellement seulement à la suite de sa radiation au registre foncier (voir à ce propos le point 13.2.2 ci-dessus). La **jurisprudence** et la **doctrine** dominante sont d'avis que l'hypothèque qui n'est pas radiée du registre foncier s'est éteinte uniquement matériellement. Le propriétaire a dès lors le choix entre la faire radier du registre foncier (« *extinction formelle* ») ou l'utiliser pour garantir une nouvelle créance (TF 5C.13/2002 ; pour une analyse détaillée : SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1637 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2814). En cas de transfert de l'hypothèque sur une autre créance, la conclusion d'un acte authentique est requise (pour plus d'informations sur le remploi de l'hypothèque voir STEINAUER droits réels III, nos 2814a ss).

566. **Droit du propriétaire qui n'est pas tenu personnellement.** Les art. 827 et 831 CC régissent la situation dans laquelle le **propriétaire s'acquitte personnellement de la dette d'un tiers afin de dégrever son immeuble** de l'hypothèque y relative (art. 824 al. 2 CC ; voir le point 13.3.1 ci-dessus). Cette **opération** est **facilitée par le Code civil** qui prévoit que la dénonciation du remboursement doit être faite autant au propriétaire qu'au débiteur sous peine de ne pas être opposable au propriétaire (art. 831 CC), les mêmes conditions que celles prévues pour le débiteur s'appliquent au propriétaire pour désintéresser le créancier (art. 827 al. 1 CC) et enfin le propriétaire est subrogé aux droits du créancier qu'il désintéresse (art. 827 al. 2 CC). Pour de plus amples informations, consulter SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1606 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2815 ss.

13.3.3. Effets

567. **Alinéation de l'immeuble grevé.** Bien qu'une hypothèque grève un immeuble, celui-ci peut être librement aliéné par le propriétaire (art. 832 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1618). Toutefois, certaines particularités en découlent. Tout d'abord, l'aliénation de l'immeuble hypothéqué **n'entraîne aucun changement quant à la créance garantie et au droit de gage**, selon l'art. 832 al. 1 CC. Ainsi, le débiteur de la créance est toujours le même et l'hypothèque reste attachée à l'immeuble grevé conformément à son caractère réel (voir à ce sujet le point 13.1.1 ci-dessus). Le **nouvel acquéreur peut reprendre la dette** garantie par l'hypothèque qui grève l'immeuble qu'il a acquis. Cela a pour avantage de ne pas dissocier les qualités de propriétaire et de débiteur (STEINAUER droits réels III, no 2820 : la reprise de dette est ainsi encouragée par le Code civil aux art. 832 al. 2 et 834 CC). En principe, le nouvel acquéreur achète l'immeuble à un prix plus bas, tenant compte de la reprise de dette, et évite que son immeuble garantisse la dette d'un tiers. La reprise de dette est régie par les art. 175 ss CO (pour plus d'informations sur les modalités de la reprise de dette voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1619 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2822 ss).

13.4. Hypothèques légales directes

568. **Constitution.** L'hypothèque légale directe prend **naissance de par la loi**, dès que les conditions relatives à sa constitution sont remplies (voir le point 13.2.1 ci-dessus). Contrairement aux hypothèques légales indirectes (point 13.5 ci-dessous), une inscription au registre foncier n'est pas nécessaire.

569. **Espèces.** Il existe **trois types** de droits de gage immobiliers légaux **de droit fédéral** qui sont tous prévus par le Code civil (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1655 ; STEINAUER droits réels III, nos 2692 s. et 2828). Aux art. 808 al. 3 et 810 al. 2 CC sont instituées les **hypothèques légales directes en garantie du remboursement des frais nécessaires pour éviter une dépréciation de l'immeuble** au sens des art. 808 al. 2 et 810 al. 2 CC qui sont dus par le propriétaire. L'art. 819 al. 1 CC prévoit, quant à lui, les **hypothèques légales directes en garantie du remboursement des impenses nécessaires que le créancier fait pour la**

conservation de l'immeuble, notamment en s'acquittant des primes d'assurance dues par le propriétaire. Il faut émettre une réserve quant à l'opposabilité aux tiers de bonne foi des hypothèques précitées (depuis l'entrée en vigueur de la révision partielle du Code civil (droits réels), au 1^{er} janvier 2012, une protection particulière existe pour les tiers de bonne foi ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1655a). Selon les art. 808 al. 4, 810 al. 3 et 819 al. 2 CC (ainsi que l'art. 836 al. 2 CC pour les hypothèques légales directes de droit cantonal), l'opposabilité aux tiers de bonne foi d'une hypothèque d'un des deux types susmentionnés dont le montant dépasse CHF 1'000 ne s'étend pas sur une durée de plus de 4 mois. Il vaudra dès lors mieux procéder par une inscription au registre foncier. Finalement, le troisième type de gages immobiliers légaux est ancré à l'art. 818 al. 1 ch. 2 CC qui prévoit les **gages légaux en garantie des frais de poursuite et des intérêts moratoires**. L'art. 836 CC laisse la compétence aux cantons en matière de droit public de prévoir des **hypothèques légales directes de droit cantonal** (art. 6 CC). Pour de plus amples informations au sujet des hypothèques légales directes de droit cantonal, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1656 s. et STEINAUER droits réels III, nos 2830 ss.

13.5. Hypothèques légales indirectes

570. **Définition.** L'hypothèque légale indirecte est un droit conféré à une personne déterminée de requérir l'inscription d'une hypothèque afin de garantir une créance, dès lors que les conditions légales sont remplies (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1664 ; STEINAUER droits réels III, no 2833). La loi octroie donc un **droit au créancier à l'inscription de l'hypothèque au registre foncier**. Elle se distingue dès lors de l'hypothèque légale directe, car elle **ne naît pas directement de par la loi** mais d'une inscription constitutive au registre foncier (pour plus d'informations, voir le point 13.5.4 ci-dessous).

13.5.1. Espèces

571. **En droit fédéral.** Le droit fédéral prévoit **sept cas** dans lesquels une hypothèque légale indirecte peut être constituée (ou six cas selon SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1665 ss, car les auteurs regroupent les deux

hypothèques légales relatives au droit de superficie). Ils sont régis par le **Code civil** ainsi que par le **Code des obligations**, même si c'est dans une moindre mesure (pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels III, nos 2834 ss ; s'agissant de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, elle comporte des particularités qui lui sont propres et son importance est telle qu'elle sera traitée de manière plus approfondie séparément au point 13.6 ci-dessous). L'hypothèque légale indirecte peut ainsi garantir les créances suivantes :

- La créance du vendeur d'un immeuble selon l'art. 837 al. 1 CC.
- La créance des cohéritiers envers l'attributaire d'un immeuble lors du partage selon l'art. 837 al. 1 ch. 2 CC et également lors du partage d'une indivision au sens des art. 336 ss CC.
- La créance des artisans et entrepreneurs au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC.
- La créance de la communauté des propriétaires d'étages contre chacun des propriétaires d'étages en vue d'obtenir le paiement des contributions des trois dernières années, conformément à l'art. 712i CC.
- La créance du superficiaire afin d'obtenir le paiement de l'indemnité due à l'extinction de son droit pour les constructions qui font retour au propriétaire selon l'art. 779d al. 2 et 3 CC.
- La créance du propriétaire ayant concédé un droit de superficie en vue du versement de la rente superficiaire selon les art. 779i et 779k CC.
- La créance du bénéficiaire d'un entretien viager qui transfère à son cocontractant, le débiteur de l'entretien, la propriété d'un immeuble selon l'art. 523 CO.

572. **En droit cantonal.** L'art. 836 CC, qui rappelle le contenu de l'art. 6 CC, autorise les cantons à prévoir des hypothèques légales indirectes en tant que restrictions légales de droit public à la propriété. Pour plus d'informations au sujet des hypothèques légales indirectes de droit cantonal, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1657 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2842 ss.

13.5.2. Le droit à l'inscription

573. **Droit personnel.** Le droit à l'inscription d'une hypothèque légale indirecte est un droit de nature personnelle prévu par la loi (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1673 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2844). Le droit prend naissance exclusivement par son inscription constitutive au registre foncier. Le bénéficiaire doit donc le faire valoir. Il ne s'agit **pas d'un droit réel** (STEINAUER droits réels III, no 2844). En outre, le droit ne produit **pas d'effet réel**, car il **ne peut pas être annoté** (contrairement au droit personnel annoté) et n'empêche pas l'aliénation de l'immeuble (STEINAUER droits réels III, no 2844). En revanche, le droit à l'inscription d'une hypothèque légale indirecte est **rattaché propter rem à l'immeuble** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1677 ss : « *Realobligation* » ; STEINAUER droits réels III, no 2845). Le débiteur de l'obligation est donc toujours le propriétaire actuel de l'immeuble (p.ex. art. 712i et 779i CC).

574. **Exclusion de la renonciation anticipée.** En vertu de l'art. 837 al. 3 CC, l'ayant droit ne peut pas renoncer d'avance à son droit (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1688). Seul le cas de l'hypothèque légale indirecte garantissant une créance du superficiaire au sens de l'art. 779d CC permet une telle renonciation, dans la mesure où le superficiaire peut renoncer d'avance à l'indemnité, objet de la garantie de l'hypothèque (pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels III, nos 2846 ss).

13.5.3. La constitution

575. **Titre d'acquisition. La loi** représente le titre d'acquisition pour la constitution d'une hypothèque légale indirecte (STEINAUER droits réels III, no 2847). En effet, celle-ci ne peut être constituée que lorsque la loi procure un droit à l'inscription à son bénéficiaire.

576. **Réquisition d'inscription.** Le **bénéficiaire du droit à l'inscription** de l'hypothèque légale indirecte (mentionné dans les dispositions légales prévoyant ce droit : notamment à l'art. 837 al. 1 CC ; p.ex. le vendeur d'un immeuble, l'entrepreneur ou le superficiaire) est légitimé à requérir son inscription auprès de l'office du registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1681 ; STEINAUER droits réels III, no 2848). En vertu de l'**art. 76 al. 1 ORF**, le consentement du propriétaire de l'immeuble n'est pas

nécessaire, car le bénéficiaire se légitime en produisant les documents établissant les créances en garantie desquelles l'hypothèque doit être inscrite en tant que justificatifs. L'**art. 76 al. 2 ORF** est toutefois réservé. Il prévoit que, dans certains cas de figure mentionnés dans la disposition légale, le bénéficiaire du droit à l'inscription doit prouver que le propriétaire a reconnu le montant de la créance garantie par le gage, a autorisé l'inscription, ou encore qu'un tribunal a fixé le montant du gage. C'est le cas en particulier pour l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 76 al. 2 let. b ORF et art. 839 al. 3 CC). En outre, le propriétaire de l'immeuble peut éviter l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en produisant des sûretés suffisantes au créancier, conformément à l'**art. 839 al. 3 CC** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1689a et pour un approfondissement au sujet des sûretés apportées par le propriétaire voir STEINAUER droits réels III, nos 2884 ss).

577. **Délai d'inscription.** Le délai est de trois mois pour la plupart des hypothèques légales indirectes (art. 838 CC et 523 CO ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1684 ; STEINAUER droits réels III, no 2850). **L'inscription doit impérativement avoir lieu dans ce délai.** La simple réquisition d'inscription ne suffit pas. Un délai de quatre mois, spécifique à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, est prévu à l'art. 839 al. 2 CC. Il s'agit dans tous les cas d'un **délai de péremption**. Dans les **situations réservées par l'art. 76 al. 2 ORF**, le bénéficiaire est toutefois légitimé à requérir l'inscription seulement si le propriétaire a reconnu le montant de la créance garantie par gage, a autorisé l'inscription, ou encore si un tribunal a fixé le montant du gage. Le respect du délai de péremption pose alors plus de difficultés (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1686). C'est le cas de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) et de l'hypothèque en garantie du paiement de l'indemnité qui revient au superficiaire à l'extinction de son droit (art. 779d al. 2 et 3 CC). L'**art. 76 al. 3 ORF** prévoit que le **délai** prévu aux art. 779d al. 3 et 839 al. 2 CC **est sauvegardé par l'annotation d'une inscription provisoire** (voir le point 3.2.4 ci-dessus et le point 13.6.2 ci-dessus au sujet de l'annotation). Quant à l'hypothèque qui garantit la rente du droit de superficie, elle peut être inscrite en tout temps tant que dure le rapport juridique en cause (art. 779k CC). Pour ce qui est de l'hypothèque légale de la communauté des propriétaires d'étages, elle peut également être inscrite en tout temps, mais ne garantit que le droit aux contributions des trois dernières années (art. 712i CC).

578. **Inscription.** Si la légitimation du requérant est suffisante (art. 76 al. 1 et 2 ORF) et que le délai est respecté, l'hypothèque est inscrite au registre foncier. Le propriétaire de l'immeuble grevé par l'hypothèque en est informé par le conservateur (art. 969 CC). Il peut, cas échéant, contester l'inscription par la voie de l'action en rectification du registre foncier (art. 975 CC).

13.6. Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs

579. **Ratio legis.** « *Le législateur redoutait les manœuvres des 'spéculateurs peu scrupuleux'* » (GROSSEN, p. 128 ; la formulation étant d'Eugen Huber, la raison énoncée est donc indubitablement celle à l'origine de l'institution de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs). Les artisans et les entrepreneurs ne peuvent en principe pas exiger du maître de l'ouvrage qu'il les paie à l'avance, du moins pas pour la totalité de l'ouvrage (selon l'art. 372 al. 1 CO, c'est au moment de la livraison que le prix de l'ouvrage doit être versé ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1696). En effet, le maître de l'ouvrage souhaitera d'abord vérifier que l'ouvrage soit conforme à ce qui a été convenu avant de payer. Avant l'introduction dans le Code civil de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, **aucun moyen ne permettait** aux artisans et aux entrepreneurs **de se protéger** de manière satisfaisante, dès lors que le produit de leur travail était déjà intégré dans l'ouvrage et la propriété de la personne inscrite au registre foncier. La concurrence dans le domaine de la construction fait qu'ils ne parviennent pas à demander des sûretés au moment de la conclusion du contrat ou de la soumission (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1696 : ce qui n'est d'ailleurs pas d'usage dans la pratique et nos 1741 ss). En outre, l'immeuble en question est souvent déjà grevé de droits de gage dont le montant peut être supérieur à la valeur de l'immeuble avant l'exécution des travaux, le propriétaire ayant anticipé la plus-value résultant des travaux (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1696 ; STEINAUER droits réels III, no 2861). En vertu des principes de spécialité et d'accession, il n'est pas possible de se protéger par une réserve de propriété, ni d'exercer un droit de rétention sur les matériaux intégrés dans l'immeuble (il serait d'ailleurs difficile, voire impossible et coûteux de les séparer), ni même de constituer une hypothèque sur une portion seulement de l'immeuble (GROSSEN, p. 128 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1695 ; STEINAUER droits réels III, nos 2858 s.).

580. **Privilège.** C'est donc par crainte et en constatant la position difficile dans laquelle se trouvent les artisans et les entrepreneurs que le législateur a institué l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs à l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC. Le droit à la constitution de l'hypothèque légale étant impératif, l'ayant droit ne peut pas y renoncer à l'avance (art. 837 al. 3 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1699). En outre, il s'agit d'une hypothèque **privilegiée** en ce sens que les bénéficiaires sont **désintéressés en priorité** sur le produit de la réalisation du bien qu'ils ont créé, réparé ou transformé, plus précisément **sur la plus-value** qui en découle (GROSSEN, p. 128). Ce privilège, ancré à l'art. 841 CC, prend en considération que l'immeuble concerné est souvent déjà grevé de droits de gage et que les artisans et entrepreneurs apportent une plus-value à l'immeuble par leurs travaux et leurs matériaux (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1701). Ainsi, les créanciers gagistes de rang antérieur doivent indemniser les artisans et entrepreneurs qui « *recupèrent* » l'équivalent de la plus-value qu'ils ont apportée. Pour approfondir le sujet voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1786 ss ainsi que STEINAUER droits réels III, nos 2860 ss et 2904 ss. Par ailleurs, il y a tant à dire sur l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs que seuls les points essentiels ont été retenus dans la présentation qui suit.

13.6.1. Conditions du droit à l'inscription

581. **Hypothèque légale indirecte.** L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est une hypothèque légale indirecte. Elle est donc constituée par la réquisition d'inscription par le bénéficiaire du droit et son inscription au registre foncier (voir le point 13.5.4 ci-dessus).

582. **Ayants droit.** En vertu de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, les **artisans et entrepreneurs** ont un droit à l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. La disposition légale vise « *toute personne indépendante qui, sur la base d'un contrat d'entreprise, fournit sur un immeuble du travail et des matériaux ou du travail seulement* » (STEINAUER droits réels III, no 2864 et également SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1708). La notion englobe ainsi toutes les entreprises de construction, les entreprises générales et les maîtres d'état (maçons, peintres en bâtiment, sanitaires, etc. ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1708 ; STEINAUER droits réels III, no 2864). En outre, le **sous-traitant** a un droit à l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs **même si le propriétaire de l'immeuble n'a pas**

connaissance du rapport de sous-traitance ou que son contrat avec l'entrepreneur principal l'exclut (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1714 ; STEINAUER droits réels III, no 2868). Le sous-traitant est un artisan ou un entrepreneur lié par un contrat d'entreprise avec un autre artisan ou entrepreneur principal. Il n'a donc pas de relation contractuelle avec le propriétaire qui pourrait en effet ne pas être au courant du contrat entre les différents entrepreneurs ou artisans. Cependant, le **droit du sous-traitant est distinct** de celui de l'entrepreneur principal. Ainsi, même si le propriétaire s'est acquitté auprès de l'entrepreneur principal, le sous-traitant est légitimé à requérir l'inscription de l'hypothèque légale (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1715). Il arrive en effet que l'entreprise générale soit payée par le propriétaire et que celle-ci ne reverse pas le montant dû au sous-traitant (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1714). Le propriétaire se trouve dès lors dans une situation délicate dans laquelle il se retrouve menacé de voir son immeuble grevé d'une hypothèque ou de devoir payer deux fois pour la même prestation, bien qu'il ait intégralement payé pour les travaux et les matériaux conformément à ce qui a été convenu (une fois à l'entreprise générale et une deuxième fois au sous-traitant ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1715 : « *Doppelzahlungsrisiko* », cette problématique a été fortement débattue, à ce propos voir nos 1716 ss).

583. **Objet des travaux.** Selon l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, les « employés à la construction ou à la destruction de bâtiments ou d'autres ouvrages, au montage d'échafaudages, à la sécurisation d'une excavation ou à d'autres travaux semblables » ont le droit de requérir l'inscription d'une hypothèque légale. La notion de **bâtiment** englobe toutes les constructions destinées à l'habitation ou servant d'abri pour les animaux ou les autres biens, pour autant qu'elles soient durablement fixées au sol (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1707 ; STEINAUER droits réels III, no 2871). La notion d'**autres ouvrages** signifie « tout ce que l'homme fixe au sol à l'aide de moyen technique » et doit être comprise dans un sens large (STEINAUER droits réels III, no 2872 ; voir également SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1707). Il s'agit, par exemple, des routes, des tunnels ou des voies de chemin de fer. Les constructions mobilières au sens de l'art. 677 CC sont, en principe, exclues du champ d'application du régime juridique de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Un cas d'exception est réservé à l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC qui mentionne le **montage d'échafaudages** (ajouté par le législateur lors de la révision partielle du Code civil (droits réels), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1707a). Le champ d'application de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est donc, dans ce cas de figure, élargi à des choses mobilières. Les échafaudages doivent en effet être considérés

comme une chose mobilière qui n'est pas définitivement intégrée à l'immeuble (pour de plus amples informations voir STEINAUER droits réels III, no 2874). Ainsi, dans ce cas et en ce qui concerne **la sécurisation d'une excavation et d'autres travaux semblables** également mentionnés à l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC, le législateur **semble étendre** le champ d'application du régime juridique de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs aux travaux nécessaires pour réaliser la construction ou la destruction de l'immeuble (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1707b : die Formulierung « oder dergleichen » ist heikel ; STEINAUER droits réels III, no 2874a).

584. **Travaux.** L'art. 837 al. 1 ch. 3 CC précise que l'entrepreneur ou l'artisan doit avoir fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement. Celui qui agit en tant que vendeur en livrant les matériaux est donc exclu du champ d'application du régime juridique de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, sa **prestation** n'étant pas **matériellement reliée à la construction** (p.ex. construire le mur d'une maison en tant que maçon) ni **en relation étroite** avec celle-ci (p.ex. la mise en place d'échafaudage ; pour une analyse des nuances autour de ces notions voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1710 ss : notamment en ce qui concerne les prestations de l'architecte ; STEINAUER droits réels III, no 2875a).

585. **Débiteur de la créance.** L'art. 837 al. 1 ch. 3 in fine CC mentionne « *que leur débiteur soit le propriétaire foncier, un artisan ou un entrepreneur, un locataire, un fermier ou une autre personne ayant un droit sur l'immeuble* ». L'artisan ou l'entrepreneur a donc un droit à l'inscription de l'hypothèque légale même si les **travaux ont été commandés par une autre personne**, mentionnée dans la disposition, **que le propriétaire de l'immeuble**. Or, l'art. 837 al. 2 CC vient compléter l'al. 1 ch. 3 CC en exigeant que le droit à l'inscription de l'hypothèque légale existe **uniquement si le propriétaire foncier a donné son accord quant à l'exécution des travaux** (le cas du sous-traitant étant réservé, voir ci-dessus). Au sujet de la question spécifique de travaux sur un bâtiment qui fait l'objet d'une propriété par étages, voir ATF 146 III 7.

13.6.2. Mise en œuvre du droit à l'inscription

586. **Structure légale.** Les dispositions légales générales relatives aux hypothèques légales indirectes s'appliquent également à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Il est dès lors renvoyé au point 13.5 ci-dessus concernant le droit à l'inscription et à la constitution de l'hypothèque légale. Des règles spécifiques à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sont prévues par le Code civil (principalement aux art. 839 ss CC). Elles portent sur le moment à partir duquel l'inscription peut être requise, la reconnaissance de la créance et de son montant par le propriétaire ou le juge, ainsi que sur l'inscription provisoire de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. La reconnaissance de la créance et de son montant a déjà été présentée au point 13.5.4 ci-dessus. Pour plus de détails consulter SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1766 ss et STEINAUER droits réels III, nos 2891 ss. Les deux autres particularités sont présentées ci-dessous. S'agissant des particularités relatives à l'immeuble grevé par l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (en particulier l'art. 839 al. 4 à 6 CC, en cas de copropriété ou de propriété par étages sur l'immeuble et en cas de constructions par lotissement), il est renvoyé à l'ouvrage SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1721 ss.

587. **Moment déterminant pour l'inscription.** Selon l'art. 839 al. 1 CC, l'« hypothèque des artisans et entrepreneurs peut être inscrite à partir du jour où ils se sont obligés à exécuter le travail ou les ouvrages promis ». Elle peut donc être inscrite **dès la conclusion du contrat** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1752 : très rare en pratique). L'alinéa 1 fixe le moment à partir duquel l'hypothèque peut être inscrite et l'alinéa 2 prévoit quand l'inscription peut être requise au plus tard. Le délai est de **quatre mois dès l'achèvement des travaux** (art. 839 al. 2 CC). L'achèvement des travaux implique que l'intégralité des travaux convenus soit effectuée et que l'ouvrage est livrable (TF 5A_518/2020, cons. 3, s'agissant de déterminer si les derniers travaux entrepris, à savoir l'étiquetage, sont suffisamment importants pour être considérés comme des travaux d'achèvement, le Tribunal fédéral a conclu qu'il ne s'agissait pas de travaux d'achèvement, car ces travaux n'étaient pas indispensables au fonctionnement et à la sécurité de l'installation, dès lors notamment que l'utilisation de l'ouvrage était possible avant qu'il soit procédé à leur exécution et que le délai de quatre mois n'était donc pas sauvegardé ; TF 5A_688/2019, cons. 4.3 : le litige porte sur la date de l'achèvement des travaux ; or le fait que des travaux soient nécessaires à la finition d'un ouvrage global n'est pas pertinent pour déterminer la date qui s'attache au

fait que les travaux soient effectués ou non par l'entrepreneur en question ; ainsi même si des portes de protection contre l'incendie sont indispensables sur le plan fonctionnel à une maison, la date ne sera pas celle de l'achèvement de l'ensemble des travaux de la maison, mais celle de l'achèvement des travaux réalisés par l'entrepreneur qui est en charge des portes uniquement ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1756 ; STEINAUER droits réels III, nos 2890 ss). Étant donné qu'il s'agit d'un **délai de péremption**, ce délai ne peut ni être suspendu, ni être interrompu (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1753). Tel que précédemment explicité, l'inscription doit avoir lieu dans ce délai et non pas seulement la réquisition d'inscription, étant entendu que conformément à l'art. 972 al. 2 CC, **l'inscription au journal est suffisante** pour respecter le délai (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1751), l'inscription étant portée au grand livre par la suite.

588. **Annotation de l'inscription provisoire.** Par renvoi de l'art. 76 al. 3 ORF à l'art. 961 al. 1 ch. 1 CC, l'annotation d'une inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneur peut être obtenue **auprès du juge**. Il s'agit d'une **procédure sommaire** (art. 249 lit. d ch. 5 CPC) qui a pour conséquence que l'artisan ou l'entrepreneur peut se contenter de **rendre vraisemblable** le droit allégué (art. 961 al. 3 CC : « *si le droit allégué lui paraît exister* » ; TF 5D_157/2019, cons. 4 : la recourante n'a pas réussi à rendre vraisemblable qu'elle est encore intervenue sur le chantier à la date qu'elle avance pour des travaux d'achèvement, partant le délai prévu à l'art. 839 al. 2 CC n'est pas respecté et la question d'une inscription provisoire ne se pose plus ; STEINAUER droits réels III, no 2897). L'annotation de l'inscription provisoire peut être accordée dans trois cas de figure : en cas de **désaccord** entre les parties **sur l'existence d'un droit** de gage, **sur son montant** ou encore **sur le montant des sûretés** à fournir par le propriétaire (STEINAUER droits réels III, no 2895 ; sur le montant des sûretés à fournir, ATF 142 III 738, cons. 3 à 5 = JdT 2017 II 405 : elles sont suffisantes lorsqu'elles offrent la même couverture que l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1746 ss). L'hypothèque est alors annotée sous la forme d'une inscription provisoire et garantit une créance d'artisan ou d'entrepreneur. Cependant, l'hypothèque légale ne prend naissance que par son inscription définitive au registre foncier, l'inscription provisoire servant uniquement à sauvegarder le délai pour l'inscription définitive (art. 76 al. 3 ORF ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1764 ; voir ci-dessus le point 13.5.4 sur la difficulté de respecter le délai spécialement en lien avec les conditions fixées par le régime juridique de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs en matière de preuves). Le juge fixe,

conformément à l'art. 961 al. 3 CC, la durée et les effets de l'annotation et, le cas échéant, un délai dans lequel le requérant doit faire valoir son droit en justice. L'artisan ou l'entrepreneur qui a requis l'inscription provisoire doit, s'il souhaite que **l'inscription soit définitive**, entreprendre les **démarches nécessaires** à cet effet **avant la fin de la durée de l'inscription provisoire ou dans le délai fixé à cet effet par le juge** (STEINAUER droits réels III, nos 2898a s. et pour les conséquences en cas de l'absence de démarches en vue de l'inscription définitive voir STEINAUER droits réels III, nos 2900 ss).

13.6.3. Détermination du rang

589. **En relation avec d'autres droits de gage immobiliers.** Lorsqu'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est en relation avec d'autres droits de gage immobiliers, la détermination du rang obéit aux règles ordinaires du **principe de la priorité dans le temps** prévu à l'art. 972 CC (voir le point 13.1.5 ci-dessus). Le principe particulier de la priorité selon le rang des droits de gage immobiliers ne s'applique pas aux hypothèques légales indirectes (voir le point 13.1.6 ci-dessus). La date d'inscription au registre foncier fait dès lors foi (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1778 et pour quelques spécificités liées à l'institution de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs voir nos 1779 ss ; STEINAUER droits réels III, no 2902).

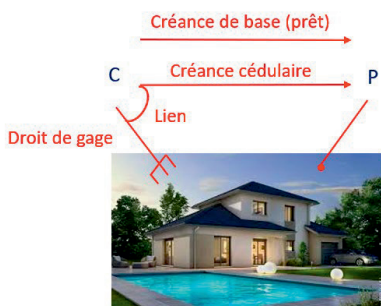
590. **En relation avec d'autres hypothèques légales des artisans et entrepreneurs.** La particularité principale propre à l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs par rapport à la détermination du rang est rencontrée quand plusieurs hypothèques de ce même type sont en concurrence. Si le principe de la priorité dans le temps (art. 972 CC ; voir le point 13.1.5 ci-dessus) s'applique sans réserve, les artisans et les entrepreneurs dont les travaux sont de nature à être exécutés après certains autres seraient désavantagés (p.ex. avant de peindre un mur, il faut le construire ; le maçon serait alors avantagé par rapport au peintre en bâtiment). Or, tous les artisans et les entrepreneurs ont besoin de la protection conférée par l'hypothèque légale de manière identique (STEINAUER droits réels III, no 2903). Afin d'éviter cette inégalité entre les artisans et/ou les entrepreneurs intervenant à différents moments, l'art. 840 CC prévoit que *« les artisans et entrepreneurs au bénéfice d'hypothèques légales séparément inscrites concourent entre eux à droit égal, même si les inscriptions sont de dates différentes »*. Ainsi, si le

produit de la vente de l'immeuble grevé ne suffit pas à désintéresser tous les artisans et/ou les entrepreneurs, le montant est réparti entre eux proportionnellement à celui de leur droit de gage sans tenir compte du rang (pour un exemple chiffré voir STEINAUER droits réels III, nos 2903a ss).

13.7. Cédule hypothécaire

13.7.1. Notion

591. **Définition.** La cédule hypothécaire est définie à l'art. 842 al. 1 CC. Il s'agit d'une **créance personnelle et abstraite garantie par un gage immobilier** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1805 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 2634 et 2926 ; STEINAUER ZK, nos 1 ss ad Vorbemerkungen zu Art. 842-865).



592. **Double composante.** La cédule hypothécaire est constituée par deux éléments **indissociables** qui sont la **créance cédulaire** et le **droit de gage immobilier** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1810 ; STEINAUER droits réels III, nos 2637, 2638 et 2926 ; STEINAUER ZK, nos 41 ss ad art. 842). Ces deux éléments constitutifs forment un tout dont le sort est commun. Ainsi la constitution ou l'extinction de la créance cédulaire entraîne celle du droit de gage (STEINAUER droits réels III, no 2938). Le droit de gage est un droit accessoire de la créance cédulaire. En outre, la créance cédulaire n'existe pas sans le droit de gage de sorte qu'en vertu de l'art. 848 CC, la teneur de l'inscription au registre foncier vaut non seulement pour la créance résultant de la cédule hypothécaire, mais également pour le droit de gage à l'égard de toute personne de bonne foi.

593. **Créance cédulaire.** L'art. 842 al. 2 CC mentionne « *la créance résultant de la cédule hypothécaire* », appelée, ci-après, la créance cédulaire. Elle prend naissance lors de la constitution de la cédule hypothécaire. Conformément à l'art. 842 al. 2 *in fine* CC, elle « *coexiste, le cas échéant, avec la créance à garantir issue du rapport de base entre le créancier et le débiteur* ». La créance cédulaire doit donc être distinguée de la créance à garantir, nommée ci-dessous la créance de base (le terme allemand « *Nebeneinander* » image bien la coexistence des deux créances). Autrement dit, accompagnée du droit de gage immobilier, la créance cédulaire **garantit la créance de base** qui découle d'un rapport existant préalablement à la constitution de la cédule hypothécaire (p. ex. un contrat de prêt fréquemment rencontré en pratique) (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1809 ; STEINAUER droits réels III, no 2927 ; STEINAUER ZK, no 16 ad art. 842). Le montant de la créance cédulaire peut varier de celui de la créance de base en fonction du mode d'utilisation qui est fait de la cédule hypothécaire (voir le point 13.7.4 ci-dessous). Autrement dit, la dette qui découle du rapport de base entre les parties doit être distinguée de celle de la cédule hypothécaire, appelée la **dette cédulaire** (ainsi selon que l'on se positionne du point de vue du créancier ou du débiteur, il s'agit d'une créance cédulaire ou d'une dette cédulaire). La créance cédulaire comporte trois importantes caractéristiques. Il s'agit d'une **créance personnelle et abstraite ne comportant ni condition, ni contre-prestation**.

594. **Créance personnelle.** Par une créance cédulaire personnelle, il faut comprendre que le débiteur répond non seulement sur la valeur de l'immeuble grevé du droit de gage, mais également sur tous ses biens, soit « *personnellement* » (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1807 ; STEINAUER droits réels III, no 2930). La responsabilité personnelle du débiteur est de nature subsidiaire, car il peut exiger que sa dette soit d'abord remboursée par le biais du droit de gage, et seulement si nécessaire par ses autres biens personnels (art. 41 al. 1 LP ; STEINAUER ZK, no 22 ad art. 842).

595. **Créance abstraite.** Par une créance cédulaire abstraite, il faut entendre que, conformément à l'art. 846 al. 1 CC, la cause qui donne naissance à la cédule hypothécaire ne figure pas dans la créance (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1811 : « *abstrakte* » Forderung ; STEINAUER ZK, no 25 ad art. 842). Le rapport de base n'est pas mentionné afin que la cédule hypothécaire puisse garantir en parallèle d'autres obligations prenant naissance par la suite (en cas de garantie fiduciaire : voir l'exemple donné ci-dessous ainsi que le point 13.7.4) et pour pouvoir être utilisée à nouveau lorsque la créance cédulaire est remboursée (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP,

no 1811 : afin de favoriser encore sa « *fonction d'échange* » dont le terme allemand « *Verkehrsfunktion* » explicite de manière parlante en un seul mot ; STEINAUER droits réels III, no 2931). En outre, afin de renforcer la possibilité d'utiliser à nouveau la cédula hypothécaire, celle-ci ne peut pas comporter de condition ou de contre-prestation. Cette règle figure également à l'art. 846 al. 1 CC.

596. **Illustration.** Voici un exemple concret relatif au caractère abstrait de la créance cédulaire. Un prêt d'un montant de CHF 1'200'000 pour l'achat d'une maison est octroyé par la banque (rapport et créance de base). Ce prêt est garanti par une cédula hypothécaire d'un montant de CHF 1'500'000 utilisée en garantie fiduciaire (voir le point 13.7.4 ci-dessous). Par la suite, un deuxième prêt est conclu entre les mêmes parties pour un montant de CHF 100'000 en vue de travaux de rénovation sur la maison. Les parties décident de garantir ce second prêt par la même cédula hypothécaire constituée initialement pour garantir l'achat de la maison. Or, la cédula hypothécaire étant d'un montant de CHF 1'500'000 et le rapport de base, soit l'achat immobilier, n'étant pas mentionné, elle peut servir de garantie pour les deux prêts. Il n'est ainsi pas nécessaire de faire une modification quelconque de la cédula hypothécaire. Il est d'usage dans la pratique que les banques exigent que le montant de la cédula hypothécaire soit au moins égal à la valeur du prêt. Il est utile de fixer un montant plus élevé que le montant du prêt initial, et ce typiquement pour l'achat d'une maison, car souvent les propriétaires souhaitent conclure un autre prêt pour effectuer des rénovations.

597. **Dettes d'un tiers.** La cédula hypothécaire peut être constituée pour la dette du propriétaire ou la dette d'un tiers (art. 844 al. 1 CC ; cédula du propriétaire ou cédula en faveur d'un tiers). La **dissociation des qualités de débiteur et de propriétaire** peut également intervenir par la suite, si un tiers reprend la dette garantie par la cédula hypothécaire (dette cédulaire) ou que l'immeuble grevé du droit de gage est aliéné sans que l'acquéreur ne reprenne la dette cédulaire (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1812 ; STEINAUER droits réels III, no 2934).

598. **Droit de gage immobilier.** Le droit de gage immobilier **garantit la créance cédulaire** et non pas la créance de base (STEINAUER droits réels III, no 2936). Il est un **droit accessoire** de la créance cédulaire (STEINAUER ZK, nos 31 ss ad art. 842). La conséquence est que son existence et son montant dépendent de la créance cédulaire (art. 114 al. 1 CO) et qu'en cas de transfert de celle-ci, le droit de gage immobilier

suivra la créance (art. 170 al. 1 CO ; STEINAUER droits réels III, no 2937). Par ailleurs, le droit de gage immobilier a pour effet de rendre la créance cédulaire imprescriptible (STEINAUER droits réels III, no 2936). Les règles générales relatives aux droits de gage immobiliers s'appliquent (art. 793 à 823 CC, voir à ce propos, le point 13.2 ci-dessus ; STEINAUER droits réels III, no 2936). Le créancier gagiste a donc le droit de se « *rembourser* » sur le produit de la réalisation de l'immeuble conformément à l'art. 816 al. 1 CC (sous réserve du cas particulier de l'utilisation de la cédule en garantie indirecte, voir le point 13.7.4).

13.7.2. Fonctions

599. **Double fonction.** La cédule hypothécaire a deux fonctions primordiales. Non seulement elle garantit la créance de base, mais elle opère aussi une mobilisation de la valeur du sol. Elle se distingue de l'hypothèque principalement par ces deux fonctions qui lui sont propres (pour plus de détails sur la comparaison de l'hypothèque et de la cédule hypothécaire, voir point 13.7.5 ci-dessous).

600. **Garantie de la créance de base.** La créance cédulaire est une entité juridique distincte de la créance de base. La distinction entre ces deux créances, que l'on peut considérer de « *deux niveaux* » différents, doit impérativement être faite. La créance de base découle du rapport initial, c'est-à-dire, en principe, d'un contrat de prêt, alors que la créance cédulaire est constituée, par la suite, en tant que garantie de la créance de base. Le rapport entre ces deux créances dépend du mode d'utilisation de la cédule hypothécaire (voir point 13.7.4 ci-dessous). Pour plus de détails sur la relation entre la créance de base et la créance cédulaire voir STEINAUER ZK, nos 44 ss ad art. 842.

601. **Mobilisation de la valeur du sol.** La notion de mobilisation de la valeur du sol peut être imagée par un titre ou une inscription au registre foncier dans lesquels la valeur de l'immeuble a été « *enfermée* » afin d'en disposer plus facilement dans le cadre de transactions commerciales. Ainsi, la valeur de l'immeuble qui appartient à son propriétaire peut être donnée en garantie par celui-ci par la remise d'un titre ou l'inscription au registre foncier du nom de celui qui peut en bénéficier. La valeur de l'immeuble est en quelque sorte rendue indépendante de l'immeuble pour se matérialiser dans un titre ou une inscription au registre foncier afin de

permettre à cette valeur de circuler. Dans ce sens et avec d'autres mots voir STEINAUER droits réels III, no 2940.

13.7.3. Espèces

602. **Deux types de cédules hypothécaires.** L'art. 843 CC précise que la cédule hypothécaire peut prendre la forme d'une cédule hypothécaire de registre ou d'une cédule hypothécaire sur papier.

603. **Cédule sur papier.** Des règles spécifiques à la cédule sur papier sont prévues aux art. 860 ss CC (voir en outre les règles générales des art. 842 à 856 CC présentées au point 13.7.7 ci-dessous). Conformément aux art. 863 al. 1 et 864 al. 1 CC, la cédule hypothécaire peut prendre la forme d'une cédule sur papier, la créance cédulaire et son droit accessoire, le droit de gage, pouvant être exercés ou transférés uniquement au moyen du titre. Les droits qui en découlent sont donc **incorporés** dans ce titre qui constitue **un papier-valeur** au sens de l'art. 965 CO (STEINAUER droits réels III, no 2942). La cédule est dès lors une **chose mobilière**. Le papier-valeur est, en vertu de l'art. 860 al. 2 CC, un titre au porteur (« *cédule au porteur* »), ou un titre à ordre indiquant une personne déterminée en tant que créancière cédulaire (« *cédule nominative* » ; pour plus de détails voir STEINAUER droits réels III, nos 2943 ss). Les règles générales sur les papiers-valeurs, prévues aux art. 965 à 973 CO, sont en principe applicables à la cédule sur papier, les dispositions spéciales contraires sur les titres de gage (art. 842 ss CC) étant toutefois réservées à l'art. 973 CO (STEINAUER droits réels III, no 2946). En outre, les règles spéciales en matière de titre au porteur (art. 978 ss CO ; sous réserve de l'art. 989 CO) et de titre à ordre (art. 1145 ss CO) sont également applicables, sauf dispositions contraires prévues aux art. 842 ss CC (STEINAUER droits réels III, no 2946).

604. **Cédule de registre.** Le Code civil de 1907 prévoyait uniquement la cédule sur papier. Lors de sa révision partielle (droits réels), entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012, la cédule de registre a été introduite pour répondre à une demande des acteurs du monde hypothécaire. Des dispositions lui étant spécifiques sont prévues aux art. 857 ss CC (voir, en outre, les dispositions générales des art. 842 à 856 CC, présentées ci-dessous au point 13.7.7). La cédule de registre n'est **pas matérialisée** contrairement à la cédule sur papier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP,

no 1816 : « *papierlos* » ou « *entmaterialisiert* » ; STEINAUER droits réels III, no 2947). Son existence et son transfert dépendent notamment d'une **inscription au registre** foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1816 ; STEINAUER droits réels III, no 2947).

605. **Avantages et inconvénients.** S'agissant de la cédule de registre, le nom du créancier est inscrit au registre foncier, de sorte qu'elle est **obligatoirement nominative**. Elle offre donc **plus de transparence** qu'une cédule au porteur (STEINAUER droits réels III, no 2949). En revanche, elle ne préserve pas l'anonymat du titulaire des droits découlant de la cédule. Elle présente également l'atout d'une **plus grande sécurité juridique** due à l'inscription au registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1802 et 1817 : le législateur a en effet cherché à améliorer l'institution de la cédule hypothécaire dans la conjoncture économique lors de la révision partielle du Code civil [droits réels] entrée en vigueur en 2012 ; STEINAUER droits réels III, no 2949). En outre, elle permet d'éviter des problématiques liées au titre comme celles des coûts de conservation et de la complexité des transactions liées à la cédule sur papier (p. ex. diminution des frais de notaire et voir l'art. 858 al. 1 CC qui démontre de la simplification apportée par le législateur lors de la révision partielle susmentionnée quant au transfert de la cédule et son coût ; TF 5A_220/2020 sur la complexité liée au transfert de plusieurs cédules hypothécaires au porteur ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1817 ; STEINAUER droits réels III, no 2949). Enfin, la cédule de registre permet d'éviter les risques liés à l'égarement d'un papier-valeur aussi bien pour le créancier, que pour le débiteur (en cas de titre au porteur).

606. **Choix.** Les parties sont **libres** de convenir du type de cédule hypothécaire qu'elles souhaitent constituer (STEINAUER droits réels III, no 2950). Il en va de même en cas de constitution unilatérale du propriétaire de l'immeuble (STEINAUER droits réels III, no 2950). Par la suite, les parties **peuvent modifier** le type de cédule hypothécaire par le biais d'un **contrat en la forme authentique** et d'une **inscription au registre foncier** (art. 799 al. 2 CC et 73 al. 1 lit. a ORF ; par rapport à la modification des anciennes cédules sur voir l'art. 33b T.f. et 74 ORF : une simple déclaration écrite commune suffit). Actuellement une large majorité des nouvelles cédules hypothécaires sont (en tout cas dans un premier temps) constituées comme cédules de registre. Ce n'est qu'en cas de nécessité ultérieure qu'elles sont modifiées.

13.7.4. Modes d'utilisation

607. **Trois modes d'utilisation.** Le fait qu'une créance nouvelle soit créée par la constitution d'une cédula hypothécaire, créance qui « se superpose » à la créance de base, donne la possibilité d'utiliser la cédula hypothécaire de trois manières différentes. Il s'agit de l'utilisation de la cédula hypothécaire **en garantie fiduciaire, en garantie directe ou en garantie indirecte**. Ces trois modes d'utilisation ont des conséquences très différentes sur la protection du débiteur et la possibilité pour le créancier papier de récupérer le montant qui lui est dû en vertu de la créance de base. Les parties sont libres quant au choix du mode d'utilisation de la cédula hypothécaire (STEINAUER ZK, no 56 ad art. 842).

608. **Garantie fiduciaire.** Ce mode d'utilisation est **présumé** tel qu'indiqué à l'art. 842 al. 2 CC (pour une analyse détaillée des nuances relatives à la présomption de l'art. 842 al. 2 CC, voir STEINAUER ZK, nos 233 ss ad art. 842). La pratique bancaire recourt d'ailleurs majoritairement à la garantie fiduciaire (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1820f). Le créancier **conserve les deux créances**, soit la créance de base et la créance cédulaire (coexistence ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1820f : « *Kumulation der beiden Forderungen* »).

609. **Protection du débiteur.** L'art. 842 al. 3 CC relatif à l'utilisation de la cédula en garantie fiduciaire, protège le débiteur en lui donnant la **possibilité d'invoquer contre le créancier cédulaire les exceptions personnelles issues du rapport de base** (contrairement à l'utilisation de la cédula en garantie directe). Le débiteur peut faire valoir les exceptions susmentionnées à l'encontre des successeurs, soit les personnes à qui le créancier a transféré la cédula par acte juridique, de même que leurs éventuels successeurs, s'ils ne sont pas de bonne foi (art. 842 al. 3 et 848 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1819 ss et 1845 ss ; STEINAUER droits réels III, no 3022).

610. **Position du créancier et étendue de la garantie.** Dans le cadre de l'utilisation de la cédula hypothécaire en garantie fiduciaire, le créancier cédulaire s'engage par une convention de sûreté (ou convention de fiducie) à faire valoir la créance cédulaire **uniquement en tant que garantie** de la créance de base pour obtenir son exécution (contrairement à ce qui prévaut lors d'une utilisation en garantie directe, le créancier cédulaire ne peut en principe pas disposer librement de la créance cédulaire ; SCHMID/

HÜRLIMANN-KAUP, no 1820f ; STEINAUER droits réels III, nos 2960 et 2963). Les atouts de ce mode d'utilisation sont que le **montant de la cédule peut** dès lors **être inférieur à la créance de base** (de même qu'égal ou supérieur à celle-ci) et que la cédule peut garantir une créance de base dont le **montant varie** (compte courant) ou qui est future, voire même hypothétique (STEINAUER droits réels III, no 2962). En outre, le créancier cédulaire peut directement faire réaliser l'immeuble grevé du gage immobilier, s'il n'est pas désintéressé. Toutefois, il s'engage à rembourser la différence entre le montant de la vente et celui de la créance de base, si le produit de la vente s'avère supérieur au montant dû (STEINAUER droits réels III, no 2960). S'il est désintéressé, sans que la réalisation de l'immeuble n'ait été nécessaire, il doit alors restituer la cédule hypothécaire au propriétaire qui peut la supprimer (radiation du registre foncier) ou l'utiliser à nouveau (STEINAUER droits réels III, no 2960).

611. **En garantie directe.** Par convention, les parties peuvent convenir que **la créance cédulaire éteint la créance de base** (novation, art. 116 ss CO, remise de dette conditionnelle, art. 115 CO, ou dation en paiement ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1820e ; pour de plus amples informations voir STEINAUER droits réels III, nos 2957 s.). La garantie fiduciaire étant présumée (art. 842 al. 2 CC), les parties devront **expressément convenir** d'une telle garantie directe.

612. **Protection du débiteur.** L'utilisation de la cédule en garantie directe a pour effet de simplifier les rapports juridiques entre les parties par rapport à l'utilisation en garantie fiduciaire (coexistence de la créance de base et de la créance cédulaire). Le débiteur ne peut dès lors **plus opposer au créancier cédulaire les objections et exceptions liées à la créance de base** qui est alors éteinte (contrairement à la garantie fiduciaire ; STEINAUER droits réels III, no 2959).

613. **Position du créancier et étendue de la garantie.** Lorsque la cédule hypothécaire est utilisée en garantie directe, la créance cédulaire doit être **du même montant au moins** que la créance de base puisque cette dernière s'éteint au bénéfice de la créance cédulaire (STEINAUER droits réels III, no 2959). À défaut, le créancier perd au change en devenant le créancier cédulaire d'une créance d'un montant inférieur à la créance de base dès lors éteinte (quant à la protection du tiers de bonne foi, voir l'art. 848 CC). Il n'y a donc pas autant de flexibilité quant au montant de la créance cédulaire qu'en cas de garantie fiduciaire (voir ci-dessus). Le créancier cédulaire renonce ainsi à la créance de base et peut **librement disposer de**

la créance cédulaire, soit en la transférant, soit en la grevant de droits réels limités (contrairement à l'utilisation en garantie fiduciaire ; STEINAUER droits réels III, no 2955). S'il n'est pas désintéressé par le débiteur, il peut réaliser directement l'immeuble grevé de la cédule hypothécaire (STEINAUER droits réels III, no 2955).

614. **En garantie indirecte.** Il s'agit de constituer un **droit de gage mobilier sur** une créance, respectivement **la créance cédulaire** (art. 899 al. 1 CC). Le créancier cédulaire, respectivement le propriétaire de l'immeuble grevé (cédule du propriétaire) ou un tiers (p. ex. une banque en vue de garantir un emprunt effectué auprès d'une autre banque) constitue le droit de gage mobilier (STEINAUER droits réels III, no 2964). La cédule hypothécaire est donc remise en gage mobilier, de manière analogue à un nantissement dont les règles s'appliquent selon l'art. 899 al. 2 CC (STEINAUER droits réels III, no 2964). Ce mode d'utilisation de la cédule hypothécaire est toutefois rare en pratique (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1820g).

615. **Modalités.** Le droit de gage mobilier octroie le droit au créancier de **faire vendre la cédule hypothécaire aux enchères publiques** s'il n'est pas désintéressé **et de se payer sur le prix obtenu**. Le **montant** de la créance cédulaire peut être **inférieur, égal ou supérieur** à la créance de base (STEINAUER droits réels III, no 2965). Le titulaire du droit de gage mobilier ne devient pas créancier cédulaire. Ce n'est donc pas sur le prix obtenu par la réalisation forcée de l'immeuble, que le créancier récupère ce qui lui est dû comme en cas d'utilisation de la cédule en garantie directe ou en garantie fiduciaire, mais sur le prix obtenu par la réalisation forcée du gage mobilier (garantie dite « *indirecte* » ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1820g ; STEINAUER droits réels III, no 2965). La mise en gage de la cédule hypothécaire est possible, car elle comporte une nouvelle créance par rapport à la créance de base, la créance cédulaire, et qu'un droit de gage mobilier peut être réalisé sur une créance (art. 899 al. 1 CC). Ce mode d'utilisation n'est donc pas possible en cas d'hypothèque puisque celle-ci ne comporte pas une nouvelle créance distincte de la créance de base (deux niveaux en quelque sorte) mais représente un simple et unique droit de gage (un seul niveau : la créance de base). La vente de la cédule hypothécaire grâce au droit de gage mobilier a pour effet que son acquéreur devient le créancier cédulaire et que le gage mobilier n'existe plus (STEINAUER droits réels III, no 2965). Ainsi, l'acquéreur a la possibilité, si à son tour il n'est pas désintéressé, de faire réaliser l'immeuble grevé du droit de gage.

13.7.5. Comparaison avec l'hypothèque

616. **Traits communs avec l'hypothèque.** Une comparaison des points essentiels entre l'hypothèque et la cédula hypothécaire met en évidence leurs caractéristiques respectives et permet d'approfondir les notions. Les deux types de droits de gage immobiliers ont les points communs principaux suivants :

- **Responsabilité personnelle :** Le débiteur répond de la dette personnellement sur tous ses biens et pas uniquement sur l'immeuble grevé (STEINAUER droits réels III, no 2634).
- **Charge réelle :** Les deux institutions juridiques comportent un gage immobilier (STEINAUER ZK, nos 27 s. ad art. 842 sur la dimension réelle du droit de gage immobilier en tant qu'élément de la cédula hypothécaire).
- **Montant variable :** Les deux institutions juridiques peuvent garantir un montant variable (p.ex. le montant d'un compte courant).
- **Dissociation des qualités de débiteur et de propriétaire :** L'art. 844 al. 1 CC propre à la cédula hypothécaire renvoie aux règles relatives à l'hypothèque dans le cas du propriétaire qui n'est pas personnellement tenu de la dette (dette du rapport de base) et en particulier aux art. 827 et 831 CC.

617. **Différence avec l'hypothèque.** Cet aperçu des principales distinctions entre les deux types de gages immobiliers que sont l'hypothèque et la cédula hypothécaire met en évidence leurs avantages et inconvénients respectifs :

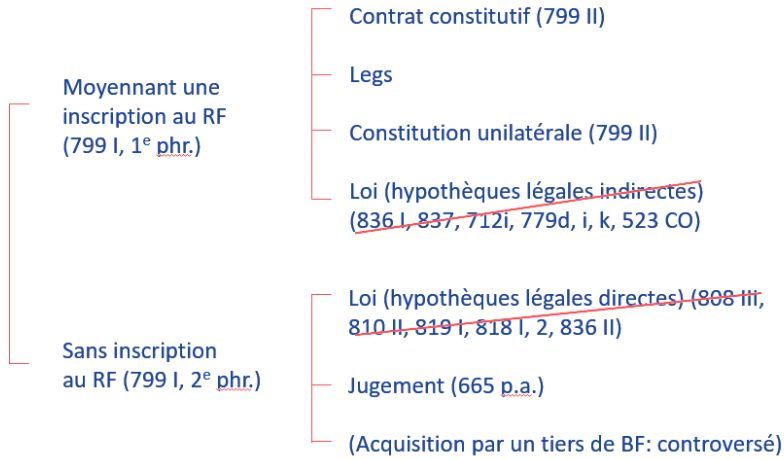
- **Nouvelle créance :** Le régime juridique de l'hypothèque ne connaît pas une entité juridique telle que celle de la créance cédulaire (STEINAUER ZK, no 18 ad art. 842). L'hypothèque garantit la créance découlant du rapport de base qui existe de manière indépendante. Elle est constituée d'un droit de gage uniquement en garantie d'une créance. En revanche, la cédula hypothécaire « *se déploie sur deux niveaux* », c'est-à-dire qu'elle garantit une créance découlant du rapport initial entre les parties par le biais d'une nouvelle créance, la créance cédulaire, et du droit de gage (STEINAUER droits réels III, no 2928). Elle est donc constituée par un droit de gage et une créance cédulaire.

- **Étendue de la garantie** : Grâce à sa créance cédulaire abstraite, une même cédule hypothécaire peut garantir de **multiples transactions entre les mêmes parties** et non pas seulement celle d'un seul et unique rapport de base. Pour ce faire, les parties peuvent constituer une cédule hypothécaire d'un montant supérieur à la créance de base ou effectuer une modification de la cédule hypothécaire par la suite (voir l'exemple donné ci-dessus relatif à la créance cédulaire en tant que créance abstraite). Le régime juridique de l'hypothèque ne prévoit pas une telle flexibilité dans les transactions commerciales. L'hypothèque est constituée pour garantir le montant découlant uniquement du rapport de base, soit **une seule et même créance**. Si les mêmes parties veulent alors garantir une deuxième transaction, il est nécessaire de constituer une deuxième hypothèque à cet effet.
- **Mobilisation de la valeur du sol** : L'institution de la cédule hypothécaire est conçue pour l'échange (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1802 et 1811 : « *Verkehrsgrundpfandrecht* »). Si la cédule hypothécaire est incorporée dans un papier-valeur négociable, celui-ci représente une partie de la valeur de l'immeuble et facilite donc son transfert. En outre, le transfert de la cédule hypothécaire de registre est synonyme de rapidité et de simplicité avec lesquelles l'hypothèque ne rivalise pas (pour plus d'informations voir STEINAUER droits réels III, nos 2975 et 2978 ss au sujet du transfert d'une cédule de registre).
- **Remploi** : Une fois la dette cédulaire intégralement payée, la cédule hypothécaire peut être réinvestie en garantie d'une **nouvelle dette entre des parties différentes** alors que la possibilité d'utiliser à nouveau une hypothèque est controversée (voir le point 13.7.7 ci-dessous). Le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire sont d'avis que l'hypothèque peut faire l'objet d'un réinvestissement, néanmoins cette fonction s'avère moins claire et reconnue dans une mesure moindre que pour la cédule hypothécaire.

13.7.6. Constitution

618. **Généralités.** Les règles générales relatives à la constitution des droits de gage immobiliers s'appliquent à la constitution de la cédule hypothécaire (art. 799 CC ; voir le point 13.2.1 ci-dessus : un titre

d'acquisition, une réquisition d'inscription et une inscription au registre foncier sont en principe nécessaires). Contrairement à certains types d'hypothèques (hypothèque légale directe et indirecte), la cédule hypothécaire ne prend pas naissance uniquement de par la loi.



619. **Cédule hypothécaire sur papier.** La cédule hypothécaire sur papier est dressée par le conservateur du registre foncier compétent (art. 861 al. 1 CC). Le contenu du papier-valeur est régi par l'art. 144 ORF.

620. **Effets de l'inscription.** La présentation qui suit se concentre sur une particularité de la cédule hypothécaire d'importance pratique. Il s'agit des effets de l'inscription de la cédule de registre, qui est plus fréquemment rencontrée en pratique que la cédule sur papier. Ils sont abordés dans deux situations distinctes : lorsque la cédule de registre est constituée par contrat en faveur d'un tiers et lorsqu'elle est constituée au nom du propriétaire.

621. **Cédule de registre du propriétaire.** La cédule est constituée par une **déclaration unilatérale** du propriétaire. Elle est constituée avec effet rétroactif à la date de l'inscription de la réquisition au journal (art. 972 al. 2 CC). Le propriétaire, le débiteur et le créancier gagiste sont alors réunis en une seule et même personne. L'existence du droit de gage ne déploie pas les effets qu'elle aurait envers un créancier et un débiteur distinct. L'inscription au grand livre ne crée qu'une « *charge virtuelle* » sur l'immeuble (STEINAUER droits réels III, no 2973). L'existence de la cédule hypothécaire produit les effets escomptés (garantie), dès que le propriétaire

transfère la cédule à un cessionnaire, ce qui a pour effet de dissocier les qualités de débiteur et de créancier. La garantie offerte par la cédule hypothécaire prend effet pour le cessionnaire qu'à la date de l'inscription au journal de la réquisition de transfert de la cédule et pas à la date de la réquisition de sa constitution (art. 972 al. 2 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1837 ss et 1841 ss ainsi que STEINAUER droits réels III, nos 2975 et 2978 ss au sujet du transfert d'une cédule de registre).

622. **Cédule de registre en faveur d'un tiers.** La cédule découlant d'un contrat en faveur d'une personne déterminée est constituée par une inscription constitutive au registre foncier avec effet rétroactif à la date de l'inscription de la réquisition au journal (art. 972 al. 2 CC).

13.7.7. Règles générales sur les cédules hypothécaires

623. **Structure légale.** Les règles générales du gage immobilier s'appliquent à la cédule hypothécaire (art. 793 ss CC ; voir le point 13.2 ci-dessus). En plus de ces règles, le Code civil prévoit des dispositions générales qui s'appliquent tant aux cédules de registre qu'aux cédules sur papier. Il s'agit des **art. 842 à 856 CC**. Les thèmes suivants ont déjà été présentés aux points 13.7.1 ss ci-dessus : la définition de la cédule hypothécaire selon l'art. 842 al. 1 CC, la présomption du mode d'utilisation qu'est la garantie fiduciaire en vertu de l'art. 842 al. 2 CC, les deux types de cédules ancrés à l'art. 843 CC, la dissociation des qualités de débiteur et de propriétaire prévue à l'art. 844 CC et les caractéristiques de la créance cédulaire approfondies à l'art. 846 al. 1 CC. L'objet de l'analyse de cette partie se concentre dès lors sur les points essentiels que sont les règles générales relatives à la dénonciation de la cédule hypothécaire (art. 847 CC), à la modification de la cédule (art. 852 al. 2 CC) et à son extinction (art. 853 à 856 CC).

624. **Modifications en défaveur du débiteur.** Un **contrat en la forme authentique** (art. 799 al. 2 CC) est nécessaire si la modification de la cédule hypothécaire porte sur des points subjectivement et objectivement essentiels du contrat ou sur **l'augmentation de la charge** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1840 ; STEINAUER droits réels III, no 3031). En outre, la modification doit être **inscrite au registre foncier** (art. 131 ORF ; TF 4A_135/2017, cons. 3 ss, au sujet de la responsabilité du notaire dans un cas où la cédule hypothécaire n'a pas été inscrite au registre foncier).

S'agissant de la cédule sur papier, il est nécessaire que l'office inscrive les modifications sur le titre afin que celui-ci puisse être inscrit au registre foncier (art. 852 al. 2 CC et 135 ORF). La réquisition émane du propriétaire de l'immeuble grevé (STEINAUER droits réels III, no 3032).

625. **Modifications en faveur du débiteur.** En revanche, lorsqu'il s'agit de **diminuer la charge** ou de modifier des points objectivement non essentiels du contrat, une **déclaration écrite du créancier est suffisante** (STEINAUER droits réels III, no 3031). Cette possibilité résulte de l'art. 852 al. 1 CC. Elle s'applique, par exemple, lorsque le débiteur a payé un acompte et souhaite que le créancier modifie en conséquence l'inscription du registre foncier. En effet, le débiteur a tout intérêt à ce que l'inscription soit modifiée au vu de la protection de l'acquéreur de bonne foi (art. 848 CC ; au sujet de la protection de la bonne foi du cessionnaire voir STEINAUER droits réels III, nos 3039 ss). Le montant inscrit fait foi, même si l'acompte versé par le débiteur n'en est pas déduit (art. 852 al. 3 CC). Celui-ci se voit alors contraint de s'en acquitter une deuxième fois au vu de la bonne foi de l'acquéreur (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1836b : « *Doppelzahlungsrisiko* »). Toutefois, la pratique démontre que les modifications ne sont régulièrement pas inscrites au registre foncier (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1836b).

626. **Dénonciation.** En vertu de l'art. 847 al. 1 CC, la cédule hypothécaire peut être dénoncée uniquement pour la **fin d'un mois et moyennant un préavis de six mois**. Cette règle est de **nature dispositive**. Les parties peuvent y déroger sous réserve néanmoins de l'art. 847 al. 2 CC (STEINAUER droits réels III, nos 3036 s.). Elle est dans l'esprit et le but de la cédule hypothécaire qui est un instrument utilisé principalement pour garantir des montants élevés et sur de longs termes (p. ex. l'acquisition d'un immeuble ou les travaux visant à l'agrandissement des constructions ; STEINAUER droits réels III, no 3035 : régime préférable à celui de l'art. 75 CO qui érige en principe l'exigibilité immédiate de la dette).

627. **Régime légal de l'extinction.** L'extinction de la cédule hypothécaire est notamment régie par les règles générales du gage immobilier, présentées au point 13.2.2 ci-dessus. Par ailleurs, l'art. 844 CC, qui régit les droits du propriétaire n'étant pas personnellement tenu de la dette, renvoie aux règles applicables en matière d'hypothèques. Ces règles contenues aux art. 827 et 831 CC ont des conséquences sur le régime juridique de l'extinction de la cédule hypothécaire. Quant aux dispositions spécifiques à la cédule hypothécaire,

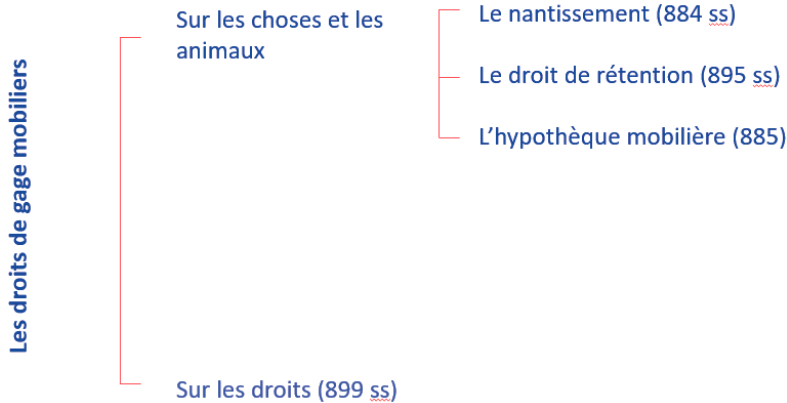
elles exposent plusieurs thématiques différentes en lien avec son extinction : le paiement intégral de la dette cédulaire (art. 853 CC), l'identité inconnue du créancier (art. 854 et 856 CC) et finalement la radiation de la cédule hypothécaire (art. 855 CC).

628. **Extinction et remploi.** La particularité principale du régime juridique de l'extinction de la cédule hypothécaire est que le **paiement de la dette cédulaire n'a pas pour conséquence directe la disparition de la cédule**, étant donné qu'elle est contenue dans une créance distincte et abstraite de la créance de base (STEINAUER droits réels III, no 3060). Le débiteur qui s'est acquitté intégralement du montant de la dette cédulaire peut exiger le **transfert de la cédule** en sa faveur de la part du créancier (art. 853 CC ; voir également les art. 88 et 90 CO ; STEINAUER droits réels III, no 3061). Le débiteur se trouve alors face à un choix. Il peut laisser subsister l'inscription du registre foncier en vue d'**utiliser à nouveau la cédule hypothécaire ou la faire radier** (art. 855 CC ; pour de plus amples informations sur la radiation au registre foncier de la cédule hypothécaire, voir STEINAUER droits réels III, nos 3065 ss). La fonction de « *réinvestissement* » est propre à l'institution de la cédule hypothécaire (le remploi d'une hypothèque est controversé, à ce sujet voir le point 13.3.2 ci-dessus). Le débiteur doit décider alors de ne pas faire radier la cédule hypothécaire du registre foncier. La situation devient donc celle de la cédule du propriétaire dans laquelle l'existence de la cédule est virtuelle (voir le point 13.7.6 ci-dessus ; STEINAUER droits réels III, no 3063). Le débiteur économise ainsi des frais futurs quant à la constitution d'un nouveau droit de gage.

13.8. Droits de gage mobiliers

629. **Notion.** S'agissant de la notion de droit de gage mobilier, il est renvoyé au point 13.1 ci-dessus, qui explicite la notion en détail. Il est donc seulement rappelé que le gage mobilier est un **droit réel limité** en vertu duquel une **chose mobilière** appartenant à autrui, un **droit** ou même un **animal** est grevé de telle manière que la garantie de l'exécution d'une obligation est assurée par le pouvoir du créancier d'**exiger que la chose soit réalisée à son profit**.

630. **Espèces.** Le principe du *numerus clausus* s'applique aux gages mobiliers (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1873). Les gages mobiliers sont prévus par le Code civil ainsi que par d'autres lois fédérales. Ses principales formes sont le nantissement (art. 884 et 886 à 894 CC) et le droit de rétention (art. 895 à 898 CC) sur lesquelles il sera revenu de manière approfondie, ci-dessous, aux points 13.8.1. et 13.8.2.



631. **Hypothèque mobilière.** La particularité de l'hypothèque mobilière est que le droit de gage existe **sans le transfert de la possession de l'objet grevé** au créancier ou à un tiers contrairement au nantissement et au droit de rétention. La constitution de l'hypothèque mobilière se manifeste, en principe, par l'inscription dans un registre. Le **principe de publicité** ressort donc de cette inscription et non pas de la possession de l'objet grevé (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1874 ss). L'hypothèque mobilière peut porter sur du bétail (art. 885 CC), des bateaux ou des aéronefs. Pour un approfondissement, se référer à l'ouvrage STEINAUER droits réels III, nos 3200 ss.

632. **Droits de gage mobiliers sur les créances et autres droits.** La particularité des droits de gage sur les créances ou sur d'autres droits est qu'ils permettent la mise en gage d'**éléments du patrimoine qui ont une valeur économique mais qui ne sont pas des choses mobilières**. Il peut notamment s'agir de créances tendant au versement d'une somme d'argent (p. ex. la vente à crédit) ou de droits de la propriété immatérielle (p. ex. les droits d'auteur). Les règles du nantissement sont applicables par analogie à la constitution, l'extinction et aux effets du droit de gage sur une créance

ou sur un droit qui ont alors le même rôle que l'objet mobilier nanti (art. 899 al. 2 CC). Il faut réserver la mise en gage de cédules hypothécaires de registre et de titres intermédiés qui obéissent à des règles qui leur sont propres. Pour approfondir le sujet, voir STEINAUER droits réels III, nos 3205 ss.

13.8.1. Nantissement

633. **Définition.** Le nantissement est la « *forme ordinaire de mise en gage par convention d'un objet mobilier* » (STEINAUER droits réels III, no 3125 ; voir également SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1884). Il est régi par les art. 884 et 886 à 894 CC. Le nantissement découle ainsi d'un contrat de nantissement, qui est un contrat innommé (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1886). Les parties doivent y faire figurer au moins les points objectivement essentiels (en particulier l'objet du droit de gage et la créance ou prestation garantie ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1886).

634. **Particularité.** Un **transfert de la possession** est nécessaire à la constitution du nantissement et exige que le constituant du gage se dessaisisse de l'objet grevé et le remettre au créancier gagiste ou à un tiers (art. 884 al. 3 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1889 ss ; STEINAUER droits réels III, nos 3150 ss). Le nantissement **prend rang dès la date du transfert de la possession** de l'objet grevé (STEINAUER droits réels III, no 3132).

635. **Types de créances garanties.** Les dispositions légales sur le nantissement n'apportent **pas de restriction** quant aux types de créances garanties. Les parties sont donc libres de prévoir que le droit de gage garantit une ou plusieurs **créances d'argent** ou des **prétentions personnelles**, telles qu'une obligation de faire, ou encore des **prétentions réelles**, comme une cessation du trouble (STEINAUER droits réels III, no 3131). La cause de la créance garantie n'a d'ailleurs aucune importance. Par ailleurs, le nantissement peut garantir la dette du constituant ou celle d'un tiers (STEINAUER droits réels III, no 3132). La dette peut être actuelle, future ou même hypothétique (STEINAUER droits réels III, no 3132).

636. **Contenu de la créance garantie.** En tant que droit de gage, le **nantissement est un accessoire** de la créance principale, respectivement de la créance garantie (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1896). Il suit le

sort de la créance qu'il garantit. Il existe que si la créance principale existe (art. 889 al. 1 CC et 114 al. 1 CO) et la suit en cas de cession (art. 170 CO). La créance garantie doit dès lors être **déterminée avec précision** dans le contrat de nantissement (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1914 ; STEINAUER droits réels III, no 3133). Il arrive néanmoins que le contenu de la créance ne puisse pas être suffisamment déterminé. C'est notamment le cas lorsque le droit de gage garantit une créance future dont le montant est encore indéterminé. La cause de la créance ou de la prestation découlant de la créance doivent dès lors être décrites avec un degré de précision permettant de déterminer l'objet de la garantie, afin de pallier l'incertitude du contenu de la créance garantie (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1913 : le principe d'accessoriété est donc relativisé s'agissant de la possibilité de garantir des créances futures ou hypothétiques ; STEINAUER droits réels III, no 3133). Déterminer le contenu de la créance est primordial, car il doit respecter les art. 27 al. 2 CC et 19 al. 2 CO (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1914). Il ne pourra donc pas consister en la garantie de toutes les créances futures sans fixer de limite dans le temps (ATF 142 III 746, cons. 2.4.2 : un droit de gage et un nantissement sont constitués en faveur de la banque sur tous les titres, livrets d'épargne et de dépôt du débiteur en garantie de toutes les créances actuelles et futures dans le cadre des relations d'affaires des parties. Le Tribunal fédéral se penche sur la détermination de la créance garantie et affirme qu'il ne saurait comprendre des créances qui n'étaient raisonnablement pas prévisibles au moment de la conclusion du contrat). Par ailleurs, le nom du créancier ne doit pas obligatoirement figurer sur la créance (STEINAUER droits réels III, no 3133). Il se peut, en effet, que le droit de gage soit constitué en faveur du détenteur d'un papier-valeur dont la personne peut changer.

637. **Étendue de la garantie.** Selon l'art. 891 al. 2 CC, la garantie procurée par le droit de gage s'étend au capital, aux intérêts conventionnels, aux frais de poursuite et aux intérêts moratoires, sauf convention contraire.

638. **Objet grevé.** L'objet grevé par le nantissement est **une chose mobilière** ou **un animal**, à condition toutefois que l'objet soit **réalisable** et que la **loi n'en exclut pas le nantissement** (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1912 ; STEINAUER droits réels III, no 3135, au sujet du caractère réalisable de l'objet, voir nos 3137 ss et, s'agissant des cas exclus par la loi, voir nos 3140 ss). Le principe de spécialité s'appliquant au droit de gage mobilier (point 13.1.4 ci-dessus), l'objet grevé doit être pris individuellement (non pas une universalité de fait au de droit). Nonobstant

ce principe, il est possible de nantir plusieurs biens différents en garantie d'une seule et même créance (STEINAUER droits réels III, nos 3136 et 3143). L'objet grevé doit dans tous les cas être suffisamment déterminé.

639. **Effets.** Le créancier a le **droit d'obtenir la réalisation forcée de l'objet nanti** si la créance garantie n'est pas exécutée. Il est alors désintéressé sur le prix obtenu par la réalisation, conformément à l'art. 891 al. 1 CC. En revanche, il n'a **pas le droit de disposer de l'objet** (art. 890 al. 2 CC), **ni d'en user ou d'en jouir** (art. 892 al. 2 CC). Le pacte comissoire est interdit (art. 894 CC). Il a l'obligation de le conserver avec soin (art. 890 al. 1 CC). Quant au débiteur, il perd la possession du bien nanti. Il garde toutefois la possibilité de le grever par un droit de gage subséquent qui prendra naissance après celui qui est déjà constitué (art. 886 CC ; pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels III, nos 3158 ss).

13.8.2. Droit de rétention

640. **Notion.** Le propriétaire d'une voiture la remet au garagiste afin qu'il effectue des réparations. Le garagiste fait son travail mais ne parvient pas à être payé par son client malgré l'exigibilité de la créance et un avertissement préalable. Il a dès lors un droit de par la loi, de « *garder en otage* » le véhicule jusqu'au paiement dû et, à défaut, de le vendre à son profit. En d'autres termes plus juridiques, le droit de rétention est **le droit réel limité permettant à son bénéficiaire de retenir une chose mobilière, un papier valeur ou encore un animal dont il est en possession consentie par le débiteur et, s'il n'est pas désintéressé, de faire réaliser la chose à son profit** (art. 895 al. 1 CC ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1919 ; STEINAUER droits réels III, no 3177). Contrairement au nantissement, le droit de gage ne découle pas de la volonté des parties mais de par la loi. Il s'agit d'une **restriction légale directe de la propriété mobilière** et spécifiquement du droit de disposer (STEINAUER droits réels III, no 3177). Le droit de rétention est régi aux art. 895 à 898 CC (sous réserve de « *droits de rétentions spéciaux* » régis par des dispositions légales éparpillées dans le Code civil et le Code des obligations, à ce sujet voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1920 et STEINAUER droits réels III, no 3179).

641. **Objet du droit de rétention.** L'objet du droit de rétention est une chose mobilière appartenant au débiteur que le créancier possède avec le consentement de celui-ci (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1921 ; STEINAUER droits réels III, no 3181). C'est, par exemple, la voiture se trouvant dans les locaux du garagiste pour être réparée. L'art. 895 al. 1 CC mentionne les notions de choses mobilières et de papiers-valeurs. Par **chose mobilière**, il faut entendre tout bien mobilier au sens de l'art. 713 CC. Les **papiers-valeurs** comprennent tous les papiers-valeurs au sens de l'art. 965 CO. En outre, le droit de rétention peut également porter sur des animaux (art. 641a al. 2 CC). L'art. 895 al. 1 CC précise que l'objet du droit de rétention **appartient au débiteur**. Il faut néanmoins réserver les cas où l'objet appartenant à un tiers est remis au créancier avec le consentement de celui-ci et la protection du créancier de bonne foi, en vertu de l'art. 895 al. 3 CC (STEINAUER droits réels III, no 3184). Selon l'art. 896 CC, l'objet du droit de gage doit être **réalisable**. À défaut, le droit de rétention ne peut pas produire son effet qui est la réalisation de l'objet retenu (à propos des objets réalisables voir STEINAUER droits réels III, nos 3185 ss). S'agissant de **la possession du bien par le créancier**, ce dernier doit être en mesure de retenir l'objet (pour plus d'informations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1924 ; STEINAUER droits réels III, no 3187). Un simple auxiliaire de la possession n'est pas titulaire du droit de rétention. Le **consentement** porte sur l'acquisition de la possession de l'objet par le créancier et non pas sur le droit de rétention.

642. **Créance garantie.** La créance doit être **exigible** (art. 75 ss CO) et en **connexité avec l'objet retenu** afin de pouvoir être garantie en vertu du droit de rétention (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 1925 ss ; STEINAUER droits réels III, no 3181). S'agissant du rapport de connexité ancré à l'art. 895 CC, l'alinéa 1 mentionne « *un rapport naturel de connexité* » et l'alinéa 2 avance que la « *connexité existe pour les commerçants dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires* ». L'alinéa 2 assouplit la règle générale de l'alinéa 1, dans le cadre des relations d'affaires. En principe, il faut que l'objet retenu et la créance garantie découlent de deux actes (celui qui donne la possession de l'objet au créancier et celui du créancier de retenir l'objet) liés par le même but ou par une corrélation naturelle (pour plus d'informations, voir SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1926 : « *Grundsatz von Treu und Glauben* » ; STEINAUER droits réels III, nos 3191 ss : « *connexité civile* »). Ces conditions sont toutefois relativisées dans le cadre de relations d'affaires par l'art. 895 al. 2 CC. Il s'agit alors de la « *connexité commerciale* » qui exige uniquement l'existence d'une relation d'affaires courante pour conduire à un droit de rétention (en cas d'intérêt pour le

sujet, se référer aux ouvrages SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1927 et STEINAUER droits réels III, nos 3192 ss). À titre d'illustration, le garagiste qui retient le véhicule du débiteur, suite à des réparations effectuées dessus, pour garantir leur paiement devenu exigible, respecte donc les conditions légales relatives au droit de rétention. La créance est exigible et l'objet retenu, soit le véhicule, est en lien direct avec la créance qui découle des réparations effectuées et convenues entre les parties. Il n'en irait pas de même si le garagiste retenait le véhicule en garantie d'une créance qu'il a également contre le client mais qui date de la vente d'une montre.

643. **Causes d'exclusion.** L'art. 896 al. 2 CC prévoit trois causes d'exclusion qui doivent nécessairement être vérifiées, celles-ci ayant pour conséquence que le droit de rétention ne peut pas être exercé (pour de plus amples informations voir STEINAUER droits réels III, nos 3193 ss).

644. **Effets.** Le créancier est en droit de **retenir l'objet** jusqu'au paiement, sans qu'une reconnaissance judiciaire de son droit soit nécessaire (STEINAUER droits réels III, no 3197). Si malgré l'exigibilité de la créance et un avertissement préalable, le créancier n'est pas payé et n'a pas reçu de garantie suffisante, il est en droit de **faire réaliser à son profit l'objet**, conformément à l'art. 898 al. 1 CC. Le créancier peut provoquer la réalisation forcée en tout temps et n'est donc pas tenu de le faire dans un certain délai (STEINAUER droits réels III, no 3197). Il peut même se contenter d'attendre sans provoquer la réalisation. Les art. 889 al. 1 et 890 CC s'appliquent par analogie et obligent le créancier à prendre soin de l'objet (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, no 1933 ; STEINAUER droits réels III, no 3198).

Partie IV Droits de préemption, d’emption et de réméré

« Le cerveau est un merveilleux organe. Il démarre au moment où vous vous levez et ne s’arrête qu’au moment où vous arrivez au bureau. »

Robert Frost



Chapitre 14 Introduction

14.1. Généralités

645. **Contexte et plan.** La présente partie est consacrée à trois droits, le droit de préemption, le droit d'emption et le droit de réméré, qui ne constituent pas des droits réels. Il s'agit de **droits personnels** que nous avons décidé de traiter de façon spécifique, en dehors des chapitres consacrés aux droits réels. Maintenant, il semble pertinent de s'interroger sur l'utilité d'un exposé relatif à ces droits personnels dans un abrégé consacré aux droits réels. Il ne s'agit pas d'une lubie d'un auteur en manque de travail. Les droits de préemption, d'emption et de réméré ont un très fort lien avec les droits réels, car ils peuvent influencer le droit de disposer du propriétaire. C'est la raison pour laquelle, la majorité des auteurs en traite dans le contexte des restrictions à la propriété foncière, ce que les art. 681 ss CC suggèrent très fortement (voir notamment HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO, nos 06.209 ss ; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, nos 935 ss ; STEINAUER droits réels II, nos 2551 ss ; SUTTER, nos 699 ss). Par ailleurs, ces auteurs exposent principalement le **droit de préemption légal** qui représente une forte restriction à la propriété foncière traitée par le législateur du Code civil (il y a encore une série de droits de préemption relevant de la législation en matière droit foncier rural). On ne doit, toutefois, pas oublier que ces droits peuvent aussi naître par contrat entre les parties et qu'à cette condition, ils sont soumis aux art. 216 ss CO, en tant qu'**aspects d'une vente immobilière**. En outre, le sujet concerne aussi le principe de la publicité foncière : en effet, le législateur cite expressément ces trois droits comme ceux pouvant faire l'objet d'une **annotation au registre foncier** (art. 959 al. 1 CC). Enfin, dans le cadre d'une **réalisation forcée**, ces droits peuvent aussi avoir une importance (voir notamment art. 51, 60a, 104 et 125 ORFI). Avant d'analyser les trois droits en question dans les chapitres 15 à 17 qui suivent, nous allons, dans le présent chapitre, nous concentrer sur leur **portée pratique** et sur leur annotation au registre foncier. En effet, la portée pratique des droits de préemption, d'emption et de réméré montre qu'il est possible de leur consacrer des réflexions un peu plus approfondies dans un ouvrage destiné aux droits réels. Là se trouve toutefois aussi la limite de notre exposé : nous parlerons principalement des questions relatives aux

droits réels et non des aspects liés au droit contractuel ou à la réalisation forcée d’un immeuble.

646. **Renvoi.** Fidèle à l’esprit d’un abrégé, l’exposé des chapitres 15 à 17 se doit d’être concis. Nous n’évoquons que les questions principales et nous inspirerons pour cela, d’une contribution commune avec le prof. Roland Pfäffli (PFÄFFLI ROLAND/WERMELINGER AMEDEO, Grundst ckkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht und R ckkaufsrecht, RSJ 2017, p. 513 ss).

14.2. Portée pratique

647. **Importance des droits de préemption, d’emption et de réméré.** Ces trois instruments ont trouvé une place particulière dans le contexte du monde immobilier. En effet, il s’agit tantôt d’instruments utilisés dans le contexte de la **gestion foncière** (en particulier les droits de préemption légaux en droit foncier rural et les droits de réméré), tantôt d’instruments de la **promotion immobilière** (droit d’emption). En cela, ils dépassent donc clairement le cadre des restrictions du droit de disposer d’un propriétaire de son immeuble. Leur emploi dynamique conduit à faciliter certaines opérations immobilières qui, sans cela, ne verraient peut-être pas le jour. Cela étant, il s’agit de ne pas verser dans la naïveté, en affirmant que ces droits sont toujours utilisés à bon escient. Parfois, ils peuvent aussi servir des intérêts moins avouables, notamment sur un **plan spéculatif**. Ainsi, dans ce contexte aussi, il convient de garder à l’esprit qu’un instrument ne peut pas être meilleur de l’emploi que l’emploi que l’on en fait.

648. **Droit de préemption.** Ce droit a pour objet d’influencer le choix du propriétaire, dans les cas où un transfert de propriété intervient. Cela peut paraître anodin. Or, lorsque – dans le contexte du droit foncier rural – le législateur instaure systématiquement une priorité de certains acquéreurs par rapport à d’autres, la loi devient un **manifeste politique**. D’ailleurs, le législateur ne s’en cache pas, en définissant le but de la loi à l’art. 1 al. 1 LDFR. Ainsi, la loi a pour but (mise en évidence en caractères gras par le soussigné) : « *a. d’encourager la propriété foncière rurale et en particulier de **maintenir des entreprises familiales comme fondement d’une population paysanne forte et d’une agriculture productive, orientée*** »

vers une exploitation durable du sol, ainsi que d'améliorer les structures ; b. de renforcer la position de l'exploitant à titre personnel, y compris celle du fermier, en cas d'acquisition d'entreprises et d'immeubles agricoles ; c. de lutter contre les prix surfaits des terrains agricoles. » Ces objectifs donnent une coloration marxiste à la législation en question, en voulant maintenir les moyens de production en mains des exploitants. Une telle qualification peut irriter mais ne vise pas, bien entendu, à blesser un agriculteur ou la politique agricole, elle ne fait que constater un fait. Par ailleurs, il est aisé de souscrire à l'objectif légal, lorsqu'on sait que cette loi est entrée en vigueur en 1991, en réaction à une surchauffe des prix du terrain agricole, en situation de hausse effrénée et de haute conjoncture générale et effrénée des prix immobiliers, vers la fin des années 1980. La LDFR distingue principalement le droit de préemption légal des parents (art. 42 ss LDFR) du droit d'emption du fermier (art. 47 s. LDFR) et de ceux introduits par le droit cantonal (art. 56 LDFR).

649. **Droit d'emption.** Le droit d'emption accorde une option d'achat à son bénéficiaire. En pratique, il est souvent utilisé dans le cadre d'une promotion immobilière d'un terrain qui **ne remplit pas encore les exigences nécessaires à la construction projetée**, lorsque le promoteur est un tiers. Ainsi, un architecte pourrait vouloir rendre un terrain constructible, alors que le propriétaire actuel n'a pas d'idées claires sur le développement du terrain. Une vente, en l'état, n'intéresse pas le propriétaire actuel, vu que le prix espéré peut paraître insuffisant. Une acquisition peut paraître très risquée à l'architecte (promoteur), vu qu'il bloque un capital considérable, sans certitude de pouvoir aboutir à une construction. Dans une telle situation, les deux parties peuvent avoir intérêt à s'unir dans le cadre d'un droit d'emption. Celui-ci permet au propriétaire actuel du bien-fonds d'espérer un prix supérieur de son terrain et il permet à l'architecte de planifier, sans devoir payer l'entier du prix du terrain. Deux points doivent notamment être réglés par les parties contractuelles. Il s'agit, en règle générale, de **points spéculatifs** : d'une part, ils fixeront d'emblée le **prix du terrain** auquel l'empteur peut exercer son droit d'emption. Très souvent ce prix est inférieur à la valeur vénale du terrain mis en zone mais supérieur à la valeur actuelle du terrain. Cela justifie l'engagement de l'architecte et la restriction de la liberté du propriétaire actuel. D'autre part, les parties conviennent très souvent d'une **indemnité payée** par l'empteur **à la conclusion** du contrat, afin d'offrir une contrepartie au propriétaire actuel, si – à l'extinction du droit – la mise en zone n'a pas pu être obtenue et que le droit tombe, sans être exercé. Ainsi, les deux parties peuvent y trouver leur compte.

650. **Droit de réméré.** Ce droit permet à un vendeur de racheter un immeuble qu’il a vendu. L’image d’Épinal veut expliquer ce droit avec l’exemple d’un agriculteur qui veut quitter la Suisse pour faire fortune au Canada. S’il échoue dans son entreprise, il voudrait pouvoir revenir en Suisse et reprendre son exploitation, contre paiement du prix, afin de poursuivre sa vie, comme si rien ne s’était passé. Bien entendu, cette « *assurance contre l’échec* » aura logiquement une conséquence sur le prix payé par l’acheteur qui accepte le risque de voir revenir l’ancien propriétaire. Or, aujourd’hui, cet instrument est utilisé dans un autre contexte économique. En effet, il arrive que les **communes aient des terrains en zone à bâtir**. Si ces immeubles font partie du patrimoine fiscal, ces communes peuvent aliéner les terrains en question. Ce faisant, elles doivent avoir en vue l’intérêt public. C’est une chose de vendre un terrain à une famille qui veut s’installer dans la commune et contribuer au bien commun. C’est autre chose de vendre le même terrain à un spéculateur immobilier qui veut, tôt ou tard, revendre ce terrain à profit. Pour éviter ce résultat, bien des communes ont trouvé la solution d’imposer un droit de réméré en cas de vente de terrains à bâtir. Ce droit prévoit que l’acquéreur dispose d’un certain temps, afin de construire et d’habiter l’objet construit. Si le délai expire, sans que le résultat prévu ne soit atteint, la commune dispose de la possibilité de racheter l’immeuble en question au prix initial de vente. Ainsi, le droit de réméré s’est transformé en un **instrument anti-spéculatif** que le législateur n’avait vraisemblablement pas imaginé au départ.

14.3. Annotation au registre foncier

651. **Constitution.** Les **droits de préemption légaux existent de plein droit**, sans qu’il n’y ait besoin de les constituer (RÜEGG, no 314). Dès que les conditions légales des art. 681 et 681a CC sont réalisées, leur titulaire peut s’en prévaloir en cas d’aliénation de l’immeuble. Ainsi, les droits de préemption légaux du Code civil ou de la LDFR n’ont pas besoin d’être annotés pour pouvoir être opposés à un tiers (RÜEGG, no 314 va encore plus loin en affirmant que l’annotation des droits de préemption légaux n’est pas possible). En revanche, la modification ou la suppression des droits de préemption légaux peut être annotée (art. 681b al. 2 CC), à condition qu’elle ait été convenue en la forme authentique. Les **droits de préemption conventionnels de droits d’emtion ou de droits de réméré** doivent être convenus expressément dans le cadre d’un **acte authentique**

(art. 216 al. 2 OR), à l'exception du droit de préemption qui ne fixe pas le prix à l'avance et qui peut donc être conclu en la forme écrite (art. 216 al. 3 CO). Voir aussi, ci-après, les chapitres 15 à 17.

652. **Annotation au registre foncier.** L'annotation de ces **droits personnels conventionnels** suppose donc un titre d'annotation qui consiste, en règle générale, en une convention passée en la forme authentique. Sur cette base, une réquisition est soumise au registre foncier qui procède à l'annotation après vérification du titre d'annotation et du droit de disposition (pour plus d'informations, voir STEINAUER droits réels I, nos 1055 ss).

653. **Effets.** Une fois annotés, ces droits personnels produisent un effet de rattachement *propter rem*. Cela signifie que le propriétaire actuel peut continuer à disposer de son immeuble, mais que **l'acquéreur** de l'immeuble est, à son tour, soumis au droit annoté. Il **devient donc successeur en droits et obligations de la convention conclue** entre le vendeur et le titulaire du droit (STEINAUER droits réels I, nos 1087 ss). Sur un plan pratique, il est évident que l'annotation d'un de ces droits au registre foncier a pour effet de rendre plus compliquée la vente de l'immeuble concerné (pour une étude approfondie de l'effet de l'annotation, voir aussi RÜEGG, nos 366 ss). Enfin, il existe une **controverse doctrinale** pour savoir quel est **le sort d'éventuels droits réels limités incompatibles** avec l'exercice des droits personnels annotés, **inscrits après leur annotation** ou le sort d'autres droits personnels annotés ultérieurement (pour une étude approfondie en relation avec le droit de préemption conventionnel, voir RÜEGG, nos 381 ss).



Chapitre 15 Droit de préemption

654. **Contexte et plan.** Le droit de préemption vise l'intervention du titulaire du droit en cas d'aliénation de l'immeuble par son propriétaire. Dans le contexte de la propriété collective (copropriété ordinaire ou propriété par étages) et dans celui du droit foncier rural, il s'agit d'un véritable **instrument de gestion de la composition de la communauté ou du maintien des terres agricoles en mains des exploitants**. Il y a donc une dimension stratégique et politique rattachée au droit de préemption, en particulier à celui introduit par le législateur. Pour ce qui est des droits de préemption conventionnels, de multiples motivations peuvent conduire à leur constitution : l'acquisition d'un bien, la composition des propriétaires, la spéculation, etc. (RÜEGG, nos 38 ss). La **valeur réelle du droit est très difficile à évaluer**, dès lors que la possibilité de se porter acquéreur de l'immeuble ne dépend pas de lui mais de la volonté de vendre du propriétaire inscrit au registre foncier. Enfin, le droit de préemption donne souvent lieu à des tentatives d'esquive, visant à éviter de devoir s'y plier, notamment en procédant à des opérations immobilières ne constituant pas des ventes, mais des opérations proches s'agissant de leurs effets. Dès lors, le 1^{er} janvier 1994 est entré en vigueur l'art. 216c al. 1 CO qui tente d'éviter de telles manœuvres abusives (« *Le droit de préemption peut être invoqué en cas de vente de l'immeuble ainsi qu'à l'occasion de tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente* »). Le présent chapitre débute avec la présentation de la **notion** et des **bases légales**, il se poursuit par la **constitution**, l'**exercice** et l'**extinction** du droit.

15.1. Notion et bases légales

15.1.1. Notion

655. **Définition.** Le droit de préemption est un droit personnel en vertu duquel une personne (le préempteur) peut exiger d'une autre personne (le promettant) le transfert de la propriété d'une chose, dans l'éventualité où le promettant la vend à un tiers (STEINAUER droits réels II, no 2439).

656. **Éléments.** Les éléments suivants sont déterminants pour le droit de préemption :

- **Droit personnel** : Compte tenu, notamment, du principe du *numerus clausus*, le droit de préemption est un droit personnel qui ne peut pas faire l’objet d’un droit réel. En principe, il ne vaut qu’entre les parties à la convention. Son effet juridique peut néanmoins être renforcé soit par le biais de la loi (droit de préemption légal), soit par le biais de l’annotation (art. 959 CC).
- **Préempteur** : Le titulaire du droit de préemption (préempteur) est désigné par voie légale ou contractuelle. Il peut y avoir un « *droit de préemption foncier* », dans les cas où le titulaire est désigné par le droit qu’il a sur un immeuble (voir art. 682 CC : copropriétaire, superficiaire ou superficiaire).
- **Promettant** : La personne obligée est le propriétaire inscrit au registre foncier au moment de la réalisation d’un cas de préemption. Il peut soit avoir lui-même conclu le droit de préemption avec le préempteur, soit être son successeur en droit, voire le propriétaire d’un immeuble objet d’un droit de préemption légal (p.ex. un immeuble agricole).
- **Exercice du droit** : Le préempteur dispose du droit conditionnel d’exiger que l’immeuble vendu à un tiers (cas de préemption) lui soit remis à titre de propriété. En règle générale, ce droit s’exerce contre paiement d’un prix de vente convenu à l’avance ou dépendant du contrat de vente conclu entre le promettant et le tiers. Il s’agit d’un droit personnel d’exiger le transfert de la propriété. Le droit n’intervient donc pas automatiquement, mais doit être exercé par le préempteur.
- **Chose concernée** : Le droit de préemption concerne en règle générale un immeuble. Cela n’exclut toutefois pas d’en constituer un sur une chose mobilière (RÜEGG, nos 27 ss) ou sur un papier-valeur (voir art. 776a al. 1 ch. 2 CO ou art. 777a al. 2 ch. 4 CO). Ci-après, **il ne sera question que du droit de préemption portant sur un immeuble**. Exceptionnellement, un unique droit de préemption et même un droit de préemption légal peut porter sur **un ensemble d’immeubles**. C’est le cas dans la législation sur le droit foncier rural, où justement **l’entreprise agricole** peut être l’objet du droit de préemption légal (voir art. 7 s. LDFR pour la définition de la notion d’entreprise agricole ; pour plus d’informations, voir RUBIDO, nos 99 ss). La plupart du temps, le

droit de préemption s'étend à tout un immeuble. Cela étant, il est aussi possible de le constituer sur **une partie non construite d'un bien-fonds**. Dans un tel cas, il faut désigner clairement la surface concernée, afin d'éviter tout doute. En pratique, cela se fait souvent à l'aide d'un plan de situation. En revanche, il n'est pas possible de constituer un droit de préemption en relation avec une partie d'un bâtiment (voir aussi RÜEGG, nos 520 ss ; ATF 114 II 127 = JdT 1988 I 631 : sous réserve d'un droit de préemption relatif à une part d'étage).

657. **Types.** On distingue principalement deux types de droits de préemption, le droit de préemption légal et le droit de préemption conventionnel :

- **Droit de préemption légal** : Les trois droits de préemption légaux les plus importants sont les suivants : le droit de préemption du copropriétaire contre l'acquéreur non-copropriétaire (art. 682 al. 1 CC), le droit de préemption du superficiel et du superficiaire en cas de vente du droit de superficie (en tant que droit distinct et permanent immatriculé au registre foncier) ou de l'immeuble de base grevé (art. 682 al. 2 CC) et le droit de préemption de parents ou de l'exploitant en cas de vente d'une exploitation agricole ou d'un immeuble agricole (art. 42 ss LDFR). Le droit cantonal peut aussi introduire un droit de préemption légal, en particulier en faveur des communes (pour le canton de Genève : art. 3 ss de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, LGL, du 4 décembre 1977, RSGE I 4 05 ; voir aussi ATF 142 I 76, cons. 3).
- **Droit de préemption conventionnel** : Les parties contractuelles sont libres de convenir d'un droit de préemption conventionnel dans quasiment toute situation et pour tout immeuble. Une telle constitution conventionnelle est expressément prévue pour la propriété par étages (art. 712c CC). Il s'agit, toutefois, dans ce dernier cas, d'un droit de préemption conventionnel qui produit certains effets d'un droit de préemption légal (notamment la durée qui peut dépasser les 25 ans prévus à l'art. 216a CO). Le droit de préemption conventionnel se distingue aussi en fonction du prix d'acquisition du bien concerné. Ce prix peut être fixé à l'avance ou dépendre du prix de vente fixé entre le promettant et le tiers, acquéreur du bien.

15.1.2. Bases légales

658. **Droit fédéral.** Le droit de préemption est principalement régi aux art. 681 ss, 712c et 959 CC. Il convient d’y ajouter, pour le registre foncier, l’art. 64 al. 1 lit. d, 78 al. 1 lit. b et f ainsi que l’art. 95 al. 2 ORF. Le Code des obligations régit la question aux art. 216 ss CO pour les immeubles et aux art. 776a al. 1 ch. 2 et 777a al. 2 ch. 4 CO pour les parts sociales d’une Sàrl.

659. **Droit cantonal.** Le droit cantonal peut introduire des droits de préemption légaux (voir ci-dessus 15.1.1 avec l’exemple du canton de Genève ; art. 20 al. 5 de la loi sur le logement du 9 septembre 1975 du canton de Vaud, RSVD 840.11 ; art. 31 ss de la loi sur la préservation et la promotion du parc locatif du 10 mai 2016 du canton de Vaud, RSVD 840.15) ou alors régler la constitution et l’exercice de droits de préemption conventionnels qui seraient conclus par une autorité publique (voir art. 54 de la loi sur les communes du 21 décembre 1964, RSN 171.1, pour le canton de Neuchâtel).

15.2. Constitution

15.2.1. Acte constitutif

660. **Droit de préemption conventionnel.** Le droit de préemption peut être conclu en la **forme écrite**, si les parties conviennent, pour son exercice, d’appliquer le prix de vente fixé entre le promettant et le tiers (art. 216 al. 3 CO). Si, en revanche, il s’agit d’un **droit de préemption limitatif**, où le prix de l’exercice est fixé au moment de la constitution du droit, la **forme authentique** est requise (art. 216 al. 2 et 3 CO ; RÜEGG, nos 100 ss). Le contrat doit être signé par les deux parties, le promettant et le préempteur. Lorsque le droit de préemption est constitué en faveur des membres d’une propriété par étages, il peut toutefois intervenir par une déclaration unilatérale (RÜEGG, no 17). Dans les cas où le droit de préemption concernerait exceptionnellement une chose mobilière, sa constitution n’est soumise à aucune forme (RÜEGG, no 28).

661. **Droit de préemption légal.** Compte tenu de sa nature, le droit de préemption légal n'impose pas l'existence d'un acte constitutif. **Dès que les conditions légales sont réunies, il peut être exercé** (RUBIDO, no 4), car il existe de plein droit (RÜEGG, no 16).

15.2.2. Contenu et durée

662. **Droit de préemption conventionnel.** La convention de préemption doit comporter tous les éléments essentiels de l'accord (art. 1 CO ; RÜEGG, nos 86 ss), notamment la désignation des parties, la désignation de l'objet du droit et le contenu du droit, à savoir le droit de se porter acquéreur en lieu et place de la personne choisie par le promettant en cas d'aliénation de la chose (RÜEGG, nos 92 ss). La durée maximale d'un droit de préemption conventionnel est de **vingt-cinq ans**. Il s'agit d'une **limitation impérative**, ayant pour objet de protéger le promettant. Cette durée vaut aussi bien pour l'existence du droit en tant que telle que pour son annotation (pour plus d'informations, voir RÜEGG, nos 313 ss). En revanche, cette durée maximale ne s'applique pas au droit de préemption qui serait constitué dans le contexte de la propriété par étages (art. 712c CC) et qui, malgré le fait d'être conventionnel dans sa constitution, peut durer **aussi longtemps que dure la propriété par étages** elle-même (WERMELINGER ZK, no 27 ad art. 712c).

663. **Droit de préemption légal.** Le contenu et la durée du droit de préemption légal sont régis par les dispositions légales applicables. En règle générale, celles-ci ne contiennent pas de limitations dans le temps (RÜEGG, no 314).

15.3. Exercice du droit de préemption

664. **Introduction.** Tous les effets possibles et imaginables d'un droit de préemption ne seront pas traités ci-dessous. Nous nous arrêterons aux **cas de préemption** qui donnent lieu à l'exercice de ce droit ainsi qu'aux **modalités concrètes de l'exercice** du droit de préemption.

15.3.1. Cas de préemption

665. **Notion.** Le cas de préemption est un acte juridique, ayant pour objet de **transférer à un tiers** – sur un plan juridique ou même simplement économique – **une position de propriétaire par rapport à l’objet du droit** (art. 216c CO ; ATF 126 III 187 = JdT 2000 I 577, cons. 2.b).

666. **Pour les droits de préemption légaux.** Pour ce qui est des droits de préemption légaux, en particulier de droit cantonal, le législateur peut librement définir les actes juridiques entrant ou n’entrant précisément pas dans la catégorie des cas de préemption. Ainsi, l’**art. 681** al. 1 CC indique à quelle condition un droit de préemption légal peut être exercé dans le cadre d’une réalisation forcée. L’art. 681 al. 2 CC constate la caducité du droit de préemption légal, lorsque le bien est vendu à une personne au bénéficiant elle-même d’un droit de préemption de même rang ou de rang préférable. Enfin l’art. 681 al. 3 CC édicte la priorité du droit de préemption légal par rapport au droit de préemption conventionnel. Selon l’**art. 682** al. 1 CC, le droit de préemption légal en cas de copropriété ne peut pas être exercé en cas d’acquisition d’une part de copropriété par un autre copropriétaire (cas d’application de l’art. 681 al. 2 CC). L’**art. 43 LDFR** précise, par exemple, que les actes juridiques concernant un immeuble ou une entreprise agricole donnent aussi lieu à un cas de préemption pour un parent bénéficiaire du droit : apport à une communauté de biens, à une société, une société coopérative ou une autre corporation, transfert gratuit, aliénation à un autre parent ou au conjoint (pour plus d’indications, voir RUBIDO, nos 334 ss).

667. **Pour les droits de préemption conventionnels.** Les cas de préemption sont régis par l’**art. 216c CO**. Il s’agit de la vente ou tout autre acte juridique équivalant économiquement à une vente. En revanche, l’attribution à un héritier en cas de partage successoral, la réalisation forcée et l’acquisition pour l’exécution d’une tâche publique ne constituent pas des cas de préemption. Cette énumération n’est **pas exhaustive** (« *notamment* »). L’art. 216c CO est du moins partiellement dispositif, en ce sens que les parties peuvent certainement **restreindre les cas de préemption**, alors qu’il est controversé de savoir si elles peuvent les étendre (voir notamment RÜEGG, nos 747 ss).

668. **Exemples.** Ci-après, quelques exemples dans lesquels la jurisprudence ou la doctrine ont pris position en faveur de l’existence d’un

cas de préemption (pour une analyse approfondie, voir RUBIDO, nos 243 à 349 ; RÜEGG, nos 536 à 749) :

- conclusion d'un contrat de vente (ferme ou sous condition) ;
- la conclusion d'une promesse de vente ou d'un droit d'emption (controversé en doctrine, car certains auteurs n'admettent le cas de préemption que lorsque le droit d'emption est exercé ; voir, cependant, dans ce sens, TF 4C.374/1999, cons. 5c.bb) ;
- la dation en paiement d'une part d'étage ;
- la vente aux enchères volontaires (art. 229 al. 2 CO) ;
- la vente d'une part d'étage en cas de procédure d'exclusion du propriétaire d'étages (GIOVANOLA, p. 93 ; art. 649b) ;
- la constitution d'une copropriété ordinaire sur une part d'étage.

669. Pas des cas de préemption. Ne constituent, en revanche, pas des cas de préemption :

- la donation (même mixte ; voir NB 1999 p. 140 ; pour une analyse approfondie, voir RUBIDO, nos 260 ss) ;
- le contrat d'entretien viager ou de rente viagère ;
- l'échange, mais non une vente réciproque, avec compensation du prix de vente (pour de plus amples analyses, voir RUBIDO, nos 277 ss) ;
- l'attribution de la propriété dans le cadre de la dissolution d'un régime matrimonial (voir ATF 126 III 187 = JdT 2000 I 577, cons. 2.b) ;
- la constitution d'un droit réel limité, sauf lorsqu'il sert à éluder l'exercice d'un droit de préemption et donne lieu à un résultat équivalant à une vente (p.ex. l'attribution d'un droit de superficie distinct et permanent) ;
- l'expropriation ou le contrat de vente conclu lors d'une procédure d'expropriation ;
- la vente aux enchères forcées ;

- l’apport à une société ou la constitution d’une fondation (pour plus de détails, voir RUBIDO, nos 292 ss) ;
- la fusion entre sociétés (RUBIDO, nos 296 sv.) ;
- le jugement d’attribution de la part d’étage (art. 665 al. 2 CC).

15.3.2. Modalités

670. **Conclusion d’un contrat.** L’exercice du droit de préemption suppose que le contrat, donnant lieu au cas de préemption, ait été conclu et qu’il ne soit pas nul (voir STEINAUER droits réels II, no 2471 ; pour une analyse approfondie, RÜEGG, nos 537 ss).

671. **Existence d’un droit de préemption.** Au moment de l’intervention du cas de préemption, le droit de préemption doit déjà exister. Ainsi, en cas de droit de préemption légal d’un copropriétaire d’immeuble, ce dernier doit déjà être inscrit au registre foncier au moment de la survenance du cas de préemption (voir TF 5A_127/2019, cons. 6).

672. **Notification du cas de préemption.** Le promettant **doit aviser le ou les bénéficiaires du droit de préemption** (art. 681a al. 1CC et art. 216d al. 1 CO ; RUBIDO, nos 351 ss). Si le droit de préemption est annoté, le conservateur du registre foncier doit aussi informer le ou les bénéficiaires du cas de préemption (art. 969 al. 1 CC ; pour ce qui est de la preuve de l’information par le registre foncier, voir TF 5A_671/2012, cons. 3.4). L’aliénateur doit informer les bénéficiaires du **contenu du contrat** (TF 5A_671/2012, cons. 3.2), à savoir du prix convenu par les parties contractuelles, sauf s’il s’agit d’un droit de préemption limitatif (avec un prix fixé à l’avance), de la nature du contrat conclu par les parties, d’autres clauses contractuelles essentielles (date de la remise de l’immeuble, clauses de garantie, constitution d’éventuels droits réels limités, etc. ; voir STEINAUER droits réels II, no 2475 s.). Pour plus d’informations, voir aussi RÜEGG, nos 750 ss.

673. **Délai d’exercice du droit.** L’art. 681a al. 2 CC et l’art. 216e CO accordent tous deux au bénéficiaire du droit de préemption un délai (relatif) de **trois mois** pour exercer son droit. Ce délai commence à courir dès le moment où le bénéficiaire a eu connaissance du cas de préemption et du

contenu du contrat, peu importe l'origine de l'information (p.ex. par le biais d'une communication du conservateur du registre foncier, en application de l'art. 969 al. 1 CC ; TF 1P.639/2004, cons. 3.3). Le délai de trois mois constitue un **délai de préemption** qui ne peut pas être prolongé (RUBIDO, no 451). Toutefois, pour les droits de préemption légaux, l'art. 681a al. 2 CC accorde aux titulaires du droit de préemption **un délai absolu de deux ans** après l'inscription du nouveau propriétaire. Ce délai s'applique si l'aliénateur n'a pas annoncé le cas de préemption et que le bénéficiaire du droit (de préemption) n'a pas appris l'existence du cas de préemption par une autre voie. Pour plus d'informations, voir RÜEGG, nos 843 ss.

674. **Exercice du droit de préemption.** La déclaration de l'exercice du droit de préemption n'est, sauf convention contraire, **soumise à aucune forme** (TF 5A_659/2012, cons. 4). En soi, le bénéficiaire peut se contenter d'une déclaration orale. Bien entendu, pour des motifs évidents de preuve, le préempteur a tout intérêt de pouvoir établir ultérieurement, en cas de besoin, la déclaration de volonté, son contenu et sa date. La déclaration du bénéficiaire du droit de préemption **doit être claire**. Le préempteur doit indiquer vouloir acquérir la propriété de la part d'étage aliénée. Comme acte formateur, la déclaration ne peut pas, en principe, être **assortie de conditions, de réserves ou de limites** dans le temps (voir TF 5A_659/2012, cons. 5). Pour plus d'informations, voir RUBIDO, nos 418 ss ; RÜEGG, nos 798 ss.

675. **Effet de l'exercice du droit de préemption.** L'exercice du droit de préemption ne confère pas la propriété à son bénéficiaire. Elle lui confère uniquement une **créance tendant au transfert** de la propriété qu'il peut faire valoir en justice et qui se prescrit par dix ans (voir STEINAUER droits réels II, no 2487). Une réquisition écrite adressée au conservateur du registre foncier de la part du propriétaire actuel suffit au transfert de propriété. Un (nouveau) contrat de vente entre le bénéficiaire et le propriétaire actuel n'est nullement nécessaire. Si le promettant (respectivement si la personne inscrite au registre foncier, dans le cas d'un droit de préemption annoté) ne veut pas transférer la propriété de la chose, le bénéficiaire peut exiger ce transfert par la voie judiciaire. Il s'agit d'une **action en attribution de la propriété** selon l'art. 665 al. 1 CC. Si, pour des motifs liés à l'irrespect du droit de préemption par le promettant, le préempteur ne peut plus obtenir le transfert de la chose, il dispose d'une **action en dommages et intérêts** contre le promettant (STEINAUER droits réels II, nos 2490 ss). Une telle action suppose que le bénéficiaire prouve

le dommage (voir TF 4C.372/2005, cons. 1.2 ; pour ce qui est du calcul du dommage, voir TF 4C.194/2003, cons. 4).

15.4. Extinction

676. **Cas.** L’extinction du droit de préemption intervient notamment dans les cas suivants (voir STEINAUER droits réels II, nos 12498 ss) :

- une convention de suppression est conclue entre les parties au droit de préemption ;
- l’écoulement du temps pour lequel de droit de préemption a été conclu ;
- la perte totale de la chose, objet du droit de préemption ;
- pour les droits de préemption conventionnels non annotés : la renonciation à l’exercice du droit de préemption ;
- une expropriation ou un jugement supprimant le droit de préemption ;
- en revanche, le non-exercice d’un droit de préemption annoté, dans le cadre d’un cas de préemption, n’entraîne pas l’extinction du droit de préemption en tant que tel.

Chapitre 16 Droit d'emption

677. **Contexte et plan.** Le droit d'emption est une option du bénéficiaire du droit (empteur) qui peut, sur la base d'une convention conclue avec un propriétaire de la chose concernée, décider à tout moment, durant une certaine période, d'acheter celle-ci. La **position de l'empteur** est ainsi beaucoup plus **forte** que celle du préempteur, car il ne lui faut pas attendre qu'un cas de préemption (ou, pour ce droit, un cas d'emption) se produise, pour exercer son droit. En même temps, le propriétaire promettant se trouve dans une situation relativement délicate dans la mesure où il est confronté à une **épée de Damoclès** qui peut, à tout instant, s'abattre sur lui. Alors pourquoi convenir d'un tel droit ? Il arrive qu'un propriétaire d'un bien-fonds n'ait ni l'envie, ni les capacités de mettre en valeur son immeuble. Cela nonobstant, il ne veut peut-être pas vendre l'immeuble en l'état, car le prix qu'il peut retirer est insuffisant et parce qu'il n'a pas immédiatement besoin de liquidités. Simultanément, un promoteur peut avoir découvert **un bien-fonds** qui lui semble avoir un **fort potentiel de développement**, à condition que certaines prescriptions de droit public puissent être assouplies ou adaptées aux besoins concrets (notamment des normes d'aménagement du territoire, p.ex. le plan de zone). La réalisation du potentiel exige donc un engagement en travail et du temps. Le propriétaire actuel ne veut et ne peut pas s'en occuper, le promoteur veut le faire, mais doit « *assurer ses arrières* ». Il doit, pour cela, d'une part avoir l'autorisation du propriétaire de procéder à des démarches ou à des travaux relatifs au bien-fonds concerné. Il doit, d'autre part, être certain de pouvoir acquérir le bien-fonds, s'il parvient à obtenir le résultat escompté (p.ex. la mise en zone). Enfin, aussi longtemps qu'il n'y a pas de certitude de pouvoir obtenir le résultat escompté, le promoteur veut économiser ses ressources, surtout en cas d'échec. Aussi, il n'est pas question pour lui d'acquérir l'immeuble en l'état. C'est typiquement dans une telle situation que les parties vont se servir du droit d'emption. Il permet au propriétaire actuel de rester propriétaire et de ne pas avoir à s'occuper de la mise en valeur de son bien-fonds. En fonction du prix convenu entre les parties, **il permet aussi au propriétaire actuel de bénéficier d'une partie de la plus-value créée** par le travail du préempteur. Pour celui-ci, le droit d'emption permet de planifier la réalisation d'un projet en rapport avec un bien-fonds qui ne lui appartient pas. Très souvent, contre le paiement d'un prix de réservation relativement modique, convenu entre les parties, il est aussi certain de pouvoir se porter acquéreur de l'immeuble en cas de

succès. Dans un tel cas, il ne paie souvent pas le prix vénal de l’immeuble après la mise en zone, mais un prix intermédiaire entre la valeur actuelle et la valeur future. Ainsi, il gère au mieux ses liquidités. Bien entendu, au vu de ce qui précède, le droit d’emtion a une **forte dimension spéculative**, sans que cela ne soit une qualification négative, parce que les parties **conviennent souvent d’un prix du terrain avant d’en connaître la valeur effective**. C’est ce qui fait simultanément l’intérêt mais aussi le danger de cet instrument très fréquent en situation de promotion immobilière. Le présent chapitre débute avec la présentation de la **notion** et des **bases légales**, il se poursuit par la **constitution**, l’**exercice** et l’**extinction** du droit.

16.1. Notion et bases légales

16.1.1. Notion

678. **Définition.** Le droit d’emtion est un droit personnel, fondé sur un acte juridique, permettant au bénéficiaire (emteur) d’acquérir à sa guise – c’est-à-dire à n’importe quel moment durant l’existence du droit – mais en respectant les conditions conventionnelles, la chose concernée. L’exercice du droit d’emtion intervient par déclaration unilatérale de l’emteur, en obtenant le même résultat que s’il avait conclu un contrat de vente avec le propriétaire de la chose (promettant).

679. **Éléments.** Les éléments suivants sont déterminants pour le droit d’emtion :

- **Droit personnel** : Compte tenu, notamment, du principe du *numerus clausus*, le droit d’emtion est un droit personnel qui ne peut pas faire l’objet d’un droit réel. En principe, il ne vaut qu’entre les parties à la convention. Son effet juridique peut néanmoins être renforcé soit par le biais de son annotation au registre foncier (art. 959 CC).
- **Emteur** : Le titulaire du droit d’emtion (emteur) est désigné par voie contractuelle. Il peut y avoir un « *droit d’emtion foncier* », dans les cas où le titulaire est désigné par le droit qu’il a sur un immeuble. L’annotation intervient alors aussi bien sur le

feuillet de l'immeuble grevé que sur celui de l'immeuble qui fait l'objet du droit du bénéficiaire (art. 123 al. 5 ORF).

- **Promettant** : La personne obligée est le propriétaire inscrit au registre foncier au moment de l'exercice du droit d'emption par le bénéficiaire. Il peut soit avoir lui-même conclu le droit d'emption avec l'empteur, soit être un successeur en droit, en cas d'annotation ou de reprise conventionnelle du droit d'emption.
- **Exercice du droit** : L'empteur dispose du droit unilatéral de se porter acquéreur de l'immeuble. Ce droit peut être exercé en tout temps, tant qu'il existe. Si, pour une raison ou une autre, le promettant doit encore intervenir dans l'opération (p.ex. pour une division immobilière, en cas de droit d'emption portant sur une partie du bien-fonds) et qu'il s'y refuse, l'empteur dispose d'une créance à l'obtention de l'accomplissement de cette condition. Il s'agit d'un droit personnel d'exiger la division immobilière et le transfert de la propriété. Ces droits n'interviennent donc pas automatiquement, mais doivent être exercés par l'empteur.
- **Chose concernée** : Le droit d'emption concerne en règle générale un immeuble. Cela n'exclut toutefois pas d'en constituer un sur une chose mobilière (RÜEGG, nos 27 ss pour le droit de préemption) ou sur un papier-valeur (voir art. 776a al. 1 ch. 2 CO ou art. 777a al. 2 ch. 4 CO). Ci-après, **il ne sera question que du droit d'emption portant sur un immeuble**. La plupart du temps, le droit d'emption s'étend à tout un immeuble. Cela étant, il est aussi possible de la constituer sur **une partie non construite d'un bien-fonds**. Dans un tel cas, il faut désigner clairement la surface concernée, afin d'éviter tout doute. En pratique, cela se fait souvent à l'aide d'un plan de situation. En revanche, il n'est pas possible de constituer un droit d'emption en relation avec une partie de bâtiment (voir aussi RÜEGG, nos 520 ss pour le droit de préemption, applicable *mutatis mutandis* au droit d'emption).

16.1.2. Bases légales

680. **Droit fédéral**. Dans le Code civil, le droit d'emption est principalement régi à l'art. 959 CC. Il convient d'y ajouter, pour le registre foncier, l'art. 64 al. 1 lit. e et 78 al. 1 lit. a et f ORF. Le Code des obligations régit la question aux art. 216 ss CO pour les immeubles et aux art. 776a

al. 1 ch. 2 et 777a al. 2 ch. 4 CO pour les parts sociales d’une Sàrl. Aux art. 24 ss LDFR, le législateur introduit un droit d’emtion légal pour garantir l’exploitation à titre personnel d’une entreprise agricole. Nous n’allons pas approfondir la question ci-dessous.

681. **Droit cantonal.** Bien que cela soit bien moins fréquent que pour le droit de préemption, il existe des droits d’emtion prévus par le droit cantonal (voir notamment les art. 30 et 38 de la loi sur la préservation et la promotion du parc locatif du 10 mai 2016 du canton de Vaud, RSVD 840.15 : le droit d’emtion est mentionné au registre foncier comme restriction de droit public à la propriété, selon l’art. 30 al. 3 de cette disposition). Nous n’allons pas approfondir la question ci-dessous.

16.2. Constitution

682. **Forme.** Le contrat constitutif d’un droit d’emtion doit être passé en la forme authentique (art. 216 al. 2 CO). Il doit être signé par l’emteur et le promettant.

683. **Contenu et durée.** Le pacte d’emtion doit comporter tous les éléments essentiels de l’accord (art. 1 CO), notamment la désignation des parties, la désignation de l’objet du droit et le contenu du droit, à **savoir le droit de se porter acquéreur de la chose, en tout temps et par déclaration unilatérale**. De même, le prix de la constitution du droit ainsi que le prix de l’exercice du droit d’emtion doivent être déterminés ou, pour le moins, déterminables. Si toutes les conditions liées à l’exercice du droit d’emtion ne sont pas encore réunies au moment de la conclusion de celui-ci (p.ex. la division immobilière, lorsque le droit porte sur une partie non construite du bien-fonds), le pacte d’emtion doit prévoir cette procédure en tant qu’étape nécessaire avant l’exercice du droit d’emtion. La durée maximale d’un droit d’emtion conventionnel est de **dix ans**. Il s’agit d’une limitation impérative, ayant pour objet de protéger le promettant. Cette durée vaut aussi bien pour l’existence du droit en tant que telle que pour son annotation.

16.3. Exercice du droit d'emption

684. **Déclaration et réquisition au registre foncier.** Durant le délai dans lequel le droit d'emption a été constitué, il peut être exercé par son bénéficiaire. Selon l'art. 64 al. 1 lit. e ORF, lorsqu'il s'agit d'un droit d'emption contractuel qui n'est pas annoté, le **pacte d'emption** doit être joint à la déclaration transmise au registre foncier. En outre, le déclarant doit apporter la preuve de son **droit de disposer** (art. 64 al. 2 ORF). Cette preuve intervient par l'approbation du promettant, comme propriétaire actuellement inscrit au registre foncier.

685. **Forme et contenu de la déclaration.** La déclaration d'exercice du droit d'emption est une **manifestation unilatérale de volonté** qui produit un **effet formateur** vis-à-vis du promettant. Elle est sujette à réception et ne doit être assortie ni de condition, ni d'un délai. Elle ne peut pas être retirée. En principe, la déclaration n'est pas soumise à une forme spéciale, mais vu qu'elle doit aussi être remise au registre foncier, la **forme écrite** sera requise. La réception de la déclaration est, en règle générale, établie par l'approbation du promettant de procéder à l'inscription de l'empteur au registre foncier.

16.4. Extinction

686. **Cas d'extinction.** L'extinction du droit d'emption intervient notamment dans les cas suivants :

- une convention de suppression est conclue entre les parties au droit d'emption ;
- l'écoulement du temps pour lequel de droit d'emption a été conclu ;
- la perte totale de la chose, objet du droit d'emption ;
- une expropriation ou un jugement supprimant le droit d'emption ;

Partie IV – Droits de préemption, d’emption et de réméré

- en revanche, le non-exercice d’un droit d’emption annoté, dans le cadre d’une vente de l’immeuble concerné à un tiers, n’entraîne pas l’extinction du droit d’emption en tant que tel.

Chapitre 17 Droit de réméré

687. **Contexte et plan.** Initialement, le droit de réméré a été introduit comme une possibilité du vendeur de racheter une chose vendue, par exemple, **s’il regrettait la vente**. Tel pouvait notamment être le cas lorsqu’un agriculteur quittait définitivement le pays pour faire fortune ailleurs. En cas d’échec, il pouvait être intéressant pour lui d’avoir un « *plan b* » lui permettant de racheter son exploitation agricole. Il est peu vraisemblable que cette éventualité constitue, de nos temps, le cas d’application le plus fréquent du droit de réméré. C’est plutôt dans le cadre de la gestion de terres appartenant à l’état et qui se trouvent en zone à bâtir que ce droit est souvent utilisé comme un **instrument destiné à éviter la spéculation foncière**. En effet, si une commune vend un immeuble de son patrimoine fiscal, elle doit avoir en vue l’intérêt public. Son objectif ne peut être la vente d’un immeuble à un spéculateur immobilier qui veut, tôt ou tard, revendre ce terrain à profit. Pour éviter ce résultat, bien des communes ont trouvé la solution d’imposer un droit de réméré en cas de vente de terrain à bâtir. Ce droit prévoit que l’acquéreur dispose d’un certain temps, afin de construire et d’habiter l’objet construit. Si le délai expire, sans que le résultat prévu ne soit atteint, la commune dispose de la possibilité de racheter l’immeuble en question au prix initial de la vente. Toutefois, il existe aussi une autre situation dans laquelle l’état a acquis un immeuble dans l’intérêt public, notamment dans le cadre d’une expropriation, et où il ne réalise pas le projet initialement prévu. Dans une telle situation, le propriétaire qui a perdu son bien peut se voir attribuer un droit de réméré par la législation cantonale (voir notamment l’art. 37 de la loi sur la préservation et la promotion du parc locatif du 10 mai 2016 du canton de Vaud, RSVD 840.15). Sans passer par un véritable droit de réméré, le législateur fédéral a reconnu cette possibilité aussi en cas d’expropriation fondée sur le droit fédéral (droit de rétrocession, sur la base des art. 102 ss Lex). Le présent chapitre débute avec la présentation de la **notion** et des **bases légales**, il se poursuit par la **constitution**, l’**exercice** et l’**extinction** du droit.

17.1. Notion et bases légales

17.1.1. Notion

688. **Définition.** Le droit de réméré est un droit personnel, fondé sur un acte juridique, permettant au bénéficiaire d’acquérir à sa guise – c’est à dire à n’importe quel moment durant l’existence du droit – mais en respectant les conditions conventionnelles, une chose qu’il a vendue. L’exercice du droit de réméré intervient par déclaration unilatérale de son bénéficiaire, en obtenant le même résultat que s’il avait conclu un contrat de vente avec le propriétaire de la chose (promettant).

689. ** l ments.** Les éléments suivants sont déterminants pour le droit de réméré :

- **Droit personnel :** Compte tenu, notamment, du principe du *numerus clausus*, le droit de réméré est un droit personnel qui ne peut pas faire l’objet d’un droit réel. En principe, il ne vaut qu’entre les parties à la convention. Son effet juridique peut néanmoins être renforcé par le biais de son annotation au registre foncier (art. 959 CC).
- **Bénéficiaire :** Le bénéficiaire du droit de réméré est désigné par voie contractuelle dans le contrat de vente initial (vendeur).
- **Promettant :** La personne obligée est le propriétaire inscrit au registre foncier au moment de l’exercice du droit de réméré par le bénéficiaire. Il peut soit avoir lui-même conclu le droit de réméré avec le bénéficiaire, soit en être successeur en droit, en cas d’annotation ou de reprise conventionnelle du droit de réméré.
- **Exercice du droit :** Le bénéficiaire dispose du droit unilatéral de se porter acquéreur de l’immeuble. Ce droit peut être exercé en tout temps, tant qu’il existe.
- **Chose concernée :** Le droit de réméré concerne en règle générale un immeuble. Cela n’exclut toutefois pas d’en constituer un sur une chose mobilière (RÜEGG, nos 27 ss pour le droit de préemption). Ci-après, **il ne sera question que du droit de réméré portant sur un immeuble.**

17.1.2. Bases légales

690. **Droit fédéral.** Dans le Code civil, le droit de réméré est principalement régi à l'art. 959 CC. Il convient d'y ajouter, pour le registre foncier, les art. 64 al. 1 lit. e et 78 al. 1 lit. a et f ORF. Le Code des obligations régit la question aux art. 216 ss CO. Aux art. 41 et 55 LDFR, le législateur régit le droit de réméré pour garantir l'exploitation à titre personnel d'une entreprise agricole. Nous n'allons pas approfondir la question ci-dessous.

691. **Droit cantonal.** Bien que cela soit bien moins fréquent que pour le droit de préemption, il existe des droits de réméré prévus par le droit cantonal (voir notamment l'art. 37 de la loi sur la préservation et la promotion du parc locatif du 10 mai 2016 du canton de Vaud, RSVD 840.15 dont l'alinéa premier est formulé comme suit : « *Le propriétaire contre qui un droit de préemption aura été exercé par l'état ou la commune dispose d'un droit de réméré si l'autorité compétente n'a pas mis à disposition d'un tiers le bien-fonds ou n'a pas déposé une demande de permis de construire dans un délai de trois ans, ou n'a pas déposé de projet   l'examen préalable dans les cinq ans si la demande nécessite une adaptation du plan d'affectation.* » ; il s'agit donc un véritable droit de réméré légal). Nous n'allons pas approfondir la question ci-dessous.

17.2. Constitution

692. **Forme.** Le contrat constitutif d'un droit de réméré doit être passé en la forme authentique (art. 216 al. 2 CO). Il doit être signé par le bénéficiaire et le promettant.

693. **Contenu et durée.** Le contrat constitutif du droit de réméré doit comporter tous les éléments essentiels de l'accord (art. 1 CO), notamment la désignation des parties, la désignation de l'objet du droit, et le contenu du droit, à savoir **le droit de se porter acquéreur, en tout temps et par déclaration unilatérale**, de la chose vendue par le bénéficiaire. De même, le prix de la constitution du droit ainsi que le prix de l'exercice du droit de réméré doivent être déterminés ou, pour le moins, déterminables. La durée maximale d'un droit de réméré conventionnel est de **vingt-cinq ans**. Il s'agit d'une limitation impérative, ayant pour objet de protéger le

promettant. Cette durée vaut aussi bien pour l’existence du droit en tant que telle que pour son annotation. Cette longue durée peut surprendre, dès lors qu’elle dépasse largement celle du droit d’emption (dix ans), alors que leur effet est similaire.

17.3. Exercice du droit de réméré

694. **Déclaration et réquisition au registre foncier.** Durant le délai, dans lequel le droit de réméré a été constitué, il peut être exercé par son bénéficiaire. Selon l’art. 64 al. 1 lit. e ORF, lorsqu’il s’agit d’un droit de réméré conventionnel qui n’est pas annoté, le **contrat constitutif** doit être joint à la déclaration transmise au registre foncier. En outre, le déclarant doit apporter la preuve de son **droit de disposer** (art. 64 al. 2 ORF). Cette preuve intervient par l’approbation du promettant, en tant que propriétaire actuellement inscrit au registre foncier.

695. **Forme et contenu de la déclaration.** La déclaration d’exercice du droit de réméré est une **manifestation unilatérale de volonté** qui produit un **effet formateur** vis-à-vis du promettant. Elle est sujette à réception et ne doit être assortie ni de condition, ni d’un délai. Elle ne peut pas être retirée. En principe, la déclaration n’est pas soumise à une forme spéciale, mais vu qu’elle doit aussi être remise au registre foncier, la **forme écrite** sera requise. La réception de la déclaration est, en règle générale, établie par l’approbation du promettant de procéder à l’inscription du bénéficiaire du droit de réméré au registre foncier.

17.4. Extinction

696. **Cas d’extinction.** L’extinction du droit de réméré intervient notamment dans les cas suivants :

- une convention de suppression est conclue entre les parties au droit de réméré ;
- l’écoulement du temps pour lequel de droit de réméré a été conclu ;
- la perte totale de la chose, objet du droit de réméré ;

- une expropriation ou un jugement supprimant le droit de réméré ;
- en revanche, le non-exercice d'un droit de réméré annoté, dans le cadre d'une vente de l'immeuble concerné à un tiers, n'entraîne pas l'extinction du droit de réméré en tant que tel.



Index

Les numéros indiqués se rapportent aux numéros de pages.

A

abus de droit, 79, 118, 126, 138, 218
actes d'administration courante, 128
actes d'administration indispensables, 127
actes d'administration plus importants, 128
action confessoire, 209
action en constatation de droit, 163, 210
action en dommages et intérêts, 95
action en exclusion, 137, 138
action en exécution du transfert de la propriété, 154
action en raison du trouble, 35
action en rectification du registre foncier, 51, 52, 210, 279
action en revendication, 94, 95, 209
action mobilière, 37
action tendant au bornage, 87
action tendant au partage, 102
aménagement du sol, 191, 235, 236, 237
animaux apprivoisés, 174
animaux captifs, 174

antéposition, 262
avant la construction, 115

B

bail à ferme, XXVIII, 118, 138
bail à loyer, 76, 118, 164
biens du domaine public, 147
biens mobiliers, 193, 252, 254, 258, 259
brevi manu traditio, 173

C

cadastre, 42, 45
calcul de la majorité, 133
cédule du propriétaire, 288, 294, 300
charge foncière personnelle, 240
charge foncière réelle, 240
chose sans maître, 17, 28, 174
choses consommables, 20
choses de genre, 20
choses divisibles, 20
choses non consommables, 20, 231
clausula rebus sic standibus, 218
communauté des copropriétaires, 98
composition de la communauté, 142

Index

conservation, 58, 275, 291
constitution de la copropriété,
100
constitution de la propriété
commune, 142
contrat de prêt, 287, 289
copropriété dépendante, 87, 103,
164, 166, 227
corps certains, 20, 231

D

de cuius, 26, 80, 143, 151
décès, 26, 80, 142, 233
délégation de possession, 27
dématérialisés, 18, 169
dépréciation de l'immeuble,
258, 269, 274
disposition pour cause de mort,
112, 201, 202, 264
division d'immeubles, 221, 235
double mise à prix, 187, 260,
269
droit absolu, 135, 192, 195, 198
droit accessoire, 248, 249, 254,
270, 286, 288, 290
droit d'empiètement, 89, 227
droit d'usage particulier, 107
droit d'usage partiel, 196
droit de défense, 32, 209
droit de source, 200
droit impératif, 80, 131, 268
droit personnel annoté, 50, 277
droit préférentiel, 248, 249
droit principal, 249, 270

E

effet constitutif, 59, 112, 121,
244
effet déclaratif, 63, 168, 219,
220, 244
effet formateur, 87, 154, 220,
329, 334
effet *propter rem*, 203, 204, 215,
216
élasticité de la propriété, 192
enchères forcées, 83, 85, 150,
187, 262, 321
enchères volontaires, 84, 321
essaïms d'abeilles, 174
étendue horizontale, 85, 155
étendue verticale, 87

F

feuillet du fonds dominant, 204,
223
feuillet du fonds servant, 204,
212, 223
fiction, 29, 49, 145, 227
frais de notaire, 291
fruits civils, 78, 231
fruits naturels, 77, 78, 82

G

garantie de la propriété, 6, 93
glissement de terrains, 150

H

hypothèque légale directe, 274,
275, 297
hypothèque mobilière, 250, 253,
254, 301

hypothèques conventionnelles,
271

I

immatriculation des droits
distincts et permanents, 62
immatriculation des immeubles,
53, 61
immatriculation des mines, 62
immatriculation des parts de
copropriété, 62
immission excessive, 163
impenses, 37, 38, 274
interprétation du règlement, 126

L

légitime défense, 32
legs, 172, 222, 264, 266
lettre de rente, 250
libération judiciaire, 218, 224
liberté contractuelle, 79, 172
limitation de la charge, 8, 182,
207
logement de famille, 54, 268
louer, 232, 234

M

maîtrise humaine, 15, 17, 73
maîtrise totale, 8, 10, 12, 73, 74,
98, 186, 188
mélange, 99
mitoyen, XVIII
mutation, 54

N

nomination d'un délégué, 125

nomination de l'administrateur,
122, 124
nomination judiciaire, 122, 124
nue-propiété, 231, 233
nu-propiétaire, 232, 233

O

objet loué, 27
obligation de faire, 9, 156, 193,
208, 222, 302
obligations accessoires, 204,
208, 215

P

papier valeur, 271, 304
part idéale, 98
parties intégrantes, 82, 258
péremption, 58, 81, 134, 278,
284, 323
perte de la propriété, 166, 176
pleine jouissance, 230, 234, 238
possesseur dérivé, 25, 26, 27,
28, 29
possesseur immédiat, 26
possesseur médiat, 24, 26
possesseur originaire, 25, 26, 27,
28, 29
postposition, XIX, 260, 262
pouvoir de disposer, 64, 65, 115,
154, 195, 204, 231, 263
prescription acquisitive, 94, 150,
176, 217
présomption de propriété, 29
prestation positive, 10, 184, 215,
239, 240, 243
prétentions indivisibles, 101
principe absolu, 39, 56, 150, 244

principe d'accession, 19, 80, 87, 90
principe de l'identité, 212, 219
produit de la vente, 187, 259, 269, 286, 293
promesse de vente, 321
propriétaires collectifs, 98
prothèses, 5, 15, 16

Q

quasi-usufruit, 231

R

rang antérieur, 188, 269, 280
rang postérieur, 57, 269, 272
rattachement *propter rem*, 263, 313
régime matrimonial, 49, 149, 321
règlement d'administration et d'utilisation, 115, 125
règlement de fonds de rénovation, 126
règlement de maison, 127
réintégrandes, 32, 34, 209
rente du droit de superficie, 228, 230, 278
réparations, 234, 304, 306
représentation de la communauté, 121
restrictions légales de droit public, 254, 276
retour anticipé, 230
réunion d'immeubles, 51, 66, 221

S

servitude affirmative, 10, 25, 195, 197
servitude d'interdiction d'exploitation, 236
servitude d'interdiction de bâtir, 236
servitude de conduite, 90, 227, 236
servitude de restriction au droit de bâtir, 236
servitude de vue, 237
servitude négative, 10, 25, 195, 197
servitudes conventionnelles, 185, 194
servitudes légales, 185, 187, 194, 198, 201
société simple, 142
spéculateur, 312, 331
spéculation foncière, 331
successeurs, 204, 215, 216, 292
succession universelle, 80, 150, 151, 167, 176
sûretés personnelles, 247, 248, 249
sûretés réelles, 247, 249

T

terrains à bâtir, 312
théorie de la charge, 192
titre à ordre, 290
titre au porteur, 290, 291
tradition, 26, 27, 171
travaux de construction nécessaires, 128, 129
travaux de construction somptuaires, 130

travaux de construction utiles,
129
trésor, 18
trouble de la possession, 31, 32,
33

U

univers matériel, 15

universalité, 74, 257, 303
usage des lieux, 211, 213
usage local, 81, 82, 83, 84
usucapio libertatis, 217

V

vente à crédit, 173, 301
voisin, 163



