Urteilskopf

100 II 319

47. Arrêt de la IIe Cour civile du 19 décembre 1974 dans la cause Banque Populaire Suisse contre Masse en faillite de la succession répudiée de feu René Morard
Regeste (de):
1. Zulässigkeit der Errichtung einer Hypothekarobligation auf den Inhaber (E. 1, Bestätigung der Rechtsprechung). Wirkungen hinsichtlich der Parteien (E. 4) und Dritter (E. 5). Die Errichtung einer Hypothekarobligation bewirkt keine Novation (E. 5).

2. Der Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961 (Fassung vom 30. September 1965) lässt fiduziarischen Erwerb nicht zu (E. 2).

Regeste (fr):
1. La création d'une obligation hypothécaire au porteur est admissible. Confirmation de la jurisprudence (consid. 1). Effets à l'égard des parties (consid. 4) et des tiers (consid. 5). La création de l'obligation hypothécaire n'opère pas novation (consid. 5).

2. L'arrêté fédéral du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger (teneur du 30 septembre 1965) n'autorise pas l'acquisition fiduciaire (consid. 2).

Regesto (it):
1. La costituzione di un'obbligazione ipotecaria al portatore è ammissibile. Conferma della giurisprudenza (consid. 1). Effetti nei confronti delle parti (consid. 4) e dei terzi (consid. 5). La costituzione dell'obbligazione ipotecaria non comporta novazione (consid. 5).

2. Il decreto federale del 23 marzo 1961 concernente l'acquisto di fondi da parte di persone all'estero (tenore del 30 settembre 1965) non autorizza l'acquisto fiduciario (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 319

A.- René Morard, entrepreneur à Sion, et Michel Rose, domicilié en Belgique, se sont associés dans le dessein de réaliser des opérations immobilières, en particulier dans la région d'Anzère (Valais). Cherchant des financements étrangers, ils sont entrés en relations avec les époux Kukiela, domiciliés en Belgique. Par convention du 28 mai 1967 passée avec Morard, ceux-ci se sont déclarés disposés à financer des opérations immobilières à Anzère, moyennant participations aux bénéfices à déterminer ultérieurement et contre garanties hypothécaires à constituer sur les immeubles achetés. Cet acte a été suivi d'une convention, passée le 29 juin 1967 entre MM. Morard/Rose et les époux Kukiela, selon laquelle ces derniers chargeaient Morard d'acheter pour eux "à titre fiduciaire" 1500 m2 environ de terrain, à détacher de la parcelle

no 195 d'Anzère, au prix de 45 fr. le m2. Ce bien-fonds devait être inscrit au registre foncier au nom de Morard, qui s'engageait à constituer sur la parcelle une obligation hypothécaire au porteur destinée à être remise à titre de garanties aux époux Kukiela. En cas de réalisation, le bénéfice devait être partagé par moitiés. La convention prévoyait aussi l'achat par les époux Kukiela, en leur nom, d'un terrain de 900 m2 et la construction d'un chalet. Les époux Kukiela s'engageaient à verser au compte du notaire Mariéthod à Sion, par l'intermédiaire de la Banque Populaire Suisse à Sion, une somme de 400 000 fr. à utiliser comme suit: - 40 500 fr., paiement du terrain de 900 m2,
- 67 500 fr., paiement du terrain de 1500 m2,
- 42 000 fr., acompte sur la construction du chalet,
- 250 000 fr., pour achat d'autres terrains à Anzère.
La convention stipulait que ces terrains "seront mis au nom de Morard qui agira à titre fiduciaire et possédera pour le compte des époux Kukiela". Le bénéfice de la réalisation de ces terrains devait être partagé et des obligations hypothécaires au porteur constituées en garantie et remises aux époux Kukiela. En application de cette convention, Morard a procédé à divers achats et ventes de terrains. Le 24 juin 1968, il a passé un acte avec les époux Kukiela, dans lequel les parties déclaraient que les parcelles 348 (de 2051 m2), 196 (de 946 m2) et, pour 177/281, les parcelles 82, 85 et 121, inscrites au cadastre au nom de Morard, étaient propriété exclusive des époux Kukiela, Morard "possédant" ces immeubles à titre fiduciaire. Les cocontractants prévoyaient en outre de constituer en garantie, à concurrence des fonds investis, des obligations hypothécaires au porteur, qui ne devaient pas pouvoir être mises en circulation. Le 20 juillet 1968, Morard a certifié avoir encore acquis la parcelle 356 pour le compte des époux Kukiela. Le 24 septembre 1968, Morard a constitué deux obligations hypothécaires au porteur devant le notaire Mariéthod: - l'une, de 250 000 fr., grève la parcelle 196;
- la seconde, de 177 000 fr., grève les parcelles 82, 85 et 121.

Inscrites au registre foncier le 7 octobre 1968, ces obligations sont demeurées en main du notaire Mariéthod, qui les conservait pour le compte des époux Kukiela.

B.- En juin 1969, Morard et Rose d'une part, les époux Kukiela d'autre part, ont envisagé une nouvelle opération: l'achat de la parcelle 1708 à Anzère. Les époux Kukiela n'ont fait aucune mise de fonds; mais selon déclaration du 26 juin 1969, ils ont autorisé le notaire Mariéthod à remettre les deux obligations hypothécaires au porteur, de 250 000 fr. et 177000 fr., à Morard et Rose, pour leur permettre d'obtenir, de la Banque Populaire Suisse à Sion, un crédit garanti par le nantissement de ces deux titres. Le même jour, Morard et Rose ont reconnu que le crédit bancaire était destiné à l'achat, pour 200 000 fr., de la parcelle 1708, dont ils devaient être propriétaires à titre fiduciaire pour le compte des époux Kukiela. Ils se sont engagés à faire établir une troisième obligation hypothécaire au porteur, à déposer chez le notaire Mariéthod. La banque a accordé à Morard un crédit de 250 000 fr.
Le 4 août 1969, celui-ci a remis les obligations hypothécaires à la banque et a signé, le même jour, deux actes de nantissement portant la clause usuelle: "ces gages garantissent à la banque toutes ses créances, actuelles ou futures, contre le débiteur". En exécution de la convention du 26 juin, Morard a constitué, le 9 octobre 1969, devant le notaire Praplan à Sion, une obligation hypothécaire de 210 000 fr., dans laquelle il est mentionné comme premier porteur. Mais contrairement à ce qui avait été convenu, il a conservé ce titre par-devers lui. Au début de 1970, Morard a sollicité la Banque Populaire Suisse de lui accorder un nouveau prêt de 100 000 fr. Celui-ci lui a été octroyé moyennant nantissement de l'obligation hypothécaire de 210 000 fr., constituée sur la parcelle 1708. La Banque Populaire Suisse a présenté les obligations au registre foncier, qui a annoté sur les titres, le 13 août 1969 pour les deux premiers, le 24 avril 1970 pour le troisième, sa qualité de "porteur à ce jour".

C.- Morard est décédé au cours de l'été 1970. Sa succession a été déclarée en faillite. La Banque Populaire

Suisse à Sion est intervenue dans la faillite, produisant quatre créances représentant au total

BGE 100 II 319 S. 322

404281 fr., garanties par les trois obligations hypothécaires au porteur remises en nantissement. L'administration de la masse a admis cette production en 5e classe, contestant la validité du gage et soutenant en substance que les hypothèques constituées par Morard étaient nulles en tant qu'accessoires de créances nulles en vertu des dispositions de l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger. La Banque Populaire Suisse a ouvert action le 18 mai 1972, en contestation de l'état de collocation, devant le juge du for de la faillite. Après un échange d'écritures, les parties sont convenues de porter directement leur cause devant le Tribunal fédéral.

D.- Dans sa demande, la Banque Populaire Suisse a conclu avec suite de frais et dépens à ce qu'il soit constaté que ses créances de 283 937 fr., 12 376 fr., 104 861 fr. et 3107 fr., produites le 15 janvier 1971, sont au bénéfice des gages constitués par les deux actes de nantissement d'obligations hypothécaires au porteur du 4 août 1969 et du 6 février 1970. Elle a demandé que, la validité de ces actes de nantissement et des obligations hypothécaires nanties étant constatée, les créances produites soient colloquées à l'état des charges sous la rubrique des créances garanties par gage, au rang qui convenait. Dans sa réponse du 4 décembre 1972, l'administration de la masse a conclu au rejet des conclusions prises contre elle, avec suite de frais.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Sanctionnant une pratique répandue, une jurisprudence constante admet que le propriétaire d'un immeuble peut incorporer dans un titre au porteur une créance garantie par une hypothèque. Si le titre est rédigé de telle sorte qu'il réponde aux exigences de l'art. 965 CO, il revêt la qualité de papier-valeur (RO 49 II 21; 77 II 364; 84 II 256, 353; 93 II 85; JÄGGI, Komm., n. 285 ad art. 965; A. BONNARD, L'obligation hypothécaire au porteur, thèse Lausanne 1955, p. 31 ss.). Ainsi, sous la seule réserve des moyens soulevés par la masse défenderesse, le porteur des titres créés par Morard a un droit de gage sur les créances garanties par hypothèque et incorporées dans ces titres.

BGE 100 II 319 S. 323

2. La masse défenderesse invoque la nullité du contrat de fiducie passé entre Morard et les époux Kukiela, pour en déduire qu'il n'a pu faire naître une créance quelconque et qu'ainsi, accessoires de créances nulles, des hypothèques n'ont pu être valablement constituées. a) Selon l'arrêté fédéral du 23 mars 1961 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, dans sa teneur du 30 septembre 1965, applicable aux conventions litigieuses, l'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger est soumise à une autorisation administrative. Aux termes de l'art. 12 de l'arrêté, les acquisitions d'immeubles non autorisées sont nulles. Il en est de même des actes juridiques destinés à éluder le régime de l'autorisation. Toutefois, l'art. 66 CO, qui exclut la répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite, n'est pas applicable entre les parties. b) En application des accords passés avec les époux Kukiela, Morard a acheté des terrains en son nom, mais à titre fiduciaire. Ses engagements envers ses bailleurs de fonds étaient garantis

par des titres hypothécaires au porteur. L'adoption de ce système compliqué s'expliquait manifestement par la nécessité de contourner l'obstacle que représentait l'arrêté fédéral. Ne pouvant acquérir en leur nom, les époux Kukiela, qui désiraient réaliser des opérations immobilières spéculatives, ont acheté des terrains par l'entremise d'un homme de paille. La demanderesse ne le conteste d'ailleurs pas, tout en faisant valoir que les prescriptions de l'arrêté contiennent une énumération limitative des opérations prohibées et ne mentionnent pas l'acquisition fiduciaire. c) L'arrêté de 1961 vise à combattre l'accaparement du sol par les personnes domiciliées à l'étranger (FF 1964 II 1293; 1972 II 1946). Mais bien qu'il n'ait pas un but de politique économique, on doit y soumettre les opérations de spéculations dans lesquelles un étranger prend une part. L'arrêté ne fait pas la distinction selon le but que se propose l'acquéreur et une acquisition en vue de la revente tombe sous le coup de ses dispositions. La novelle du 21 mars 1973 (FF 1973 I p. 956) a introduit, dans la liste des opérations assimilées à une acquisition, les "droits résultant notamment d'actes fiduciaires". Il ressort du Message du Conseil fédéral (FF 1972 II p. 1251) que le législateur

a entendu sanctionner les opérations conclues par des hommes de paille exerçant apparemment des droits pour leur compte, alors qu'en réalité ils agissent pour autrui, le véritable intéressé ne se faisant pas connaître des tiers. On ne saurait cependant déduire a contrario que de telles opérations, qui correspondent exactement au cas d'espèce, eussent été licites sous l'empire du droit antérieur à la novelle de 1973. La novelle introduit une précision, destinée à couper court à toute discussion, et non pas une innovation. Le Message du Conseil fédéral, qui relève que ces opérations rentrent "typiquement dans la catégorie de celles qui éludent la loi", l'admet implicitement. Les contrats de fiducie passés entre les époux Kukiela et Morard, ou Morard et Rose, sont ainsi nuls en vertu de l'art. 12 de l'arrêté.

3. L'hypothèque est un gage immobilier constitué en faveur d'une créance personnelle. Dans la mesure où la créance est nulle, la garantie, qui en est l'accessoire, est également dépourvue de tout effet juridique; dans cette hypothèse, les époux Kukiela n'auraient pas pu produire leurs créances dans la faillite et faire valoir leurs droits à l'hypothèque. Il en serait de même, toujours dans ce cas, si les époux Kukiela avaient cédé leur créance garantie par hypothèque à la demanderesse, en garantie du prêt qu'elle accordait à Morard: la banque se verrait opposer, en application de l'art. 169 CO, le moyen tiré de la nullité de la créance et de l'hypothèque.

4. En l'espèce cependant, Morard n'a pas créé d'hypothèques. Il a souscrit des obligations hypothécaires, aux termes desquelles "il reconnaît devoir et vouloir payer au porteur la somme de ...". C'est un engagement nouveau, distinct, ayant un autre objet que ceux qu'il avait pris dans les contrats de fiducie. La dette reconnue par les obligations hypothécaires au porteur ne se confond pas avec les engagements assumés dans les contrats de fiducie. Néanmoins, en raison de la nullité du contrat de fiducie et du caractère accessoire de la garantie hypothécaire, il est douteux que les époux Kukiela eussent pu, faute de cause juridique valable, se prévaloir du gage dans une poursuite en réalisation de gage ou en produisant dans la faillite. En admettant même, d'ailleurs, que la nullité des engagements de fiducie n'ait pas affecté, à l'égard des parties, la validité des

obligations assumées dans les titres hypothécaires, les époux Kukiela, en autorisant le notaire Mariéthod à remettre les obligations de 177 000 fr. et 250 000 fr. à un tiers, ont cessé d'avoir un droit de gage, si jamais ils en ont eu un; quant à l'obligation hypothécaire de 210 000 fr., créée le 9 octobre 1969, ils ne l'ont jamais eue

en mains et n'ont pas acquis de gage.

5. La situation est cependant différente, car ce ne sont pas les époux Kukiela qui invoquent un droit de gage sur les obligations hypothécaires, mais un tiers. Le droit de gage des époux Kukiela est éteint par renonciation, ou n'a jamais existé. En revanche, un nouveau droit de gage a été constitué en faveur de la demanderesse, en garantie d'une créance que la masse défenderesse ne conteste pas en soi. Les obligations hypothécaires litigieuses sont dans cette mesure les accessoires d'un contrat de prêt qui n'est pas entaché de nullité. Le droit de gage dont le tiers acquéreur se prévaut doit ainsi être reconnu si l'on admet la validité des obligations hypothécaires prises en soi. Selon l'article 855 CC, la constitution d'une cédule hypothécaire ou d'une lettre de rente éteint par novation la dette dont elle résulte. C'est là une règle destinée à faciliter la circulation de ces titres, en leur conférant une valeur interne propre, qui fait totale abstraction des relations juridiques dont ils résultent, avec cet effet de leur conférer une sécurité quasi absolue. La jurisprudence reconnaît à l'obligation hypothécaire au porteur la qualité de papier-valeur (RO 77 II 364). Mais, en ce qui concerne la créance, ce papier-valeur ne jouit pas de la foi publique du registre foncier (TUOR, 8e éd., p. 622). Dans la pratique, en outre, l'obligation hypothécaire au porteur ne circule en principe pas, alors que la cédule hypothécaire et la lettre de rente sont destinées à circuler. Eu égard à ces différences, il n'y a pas lieu d'admettre que la constitution de l'obligation hypothécaire opère novation. Elle laisse ainsi subsister les engagements qu'elle doit garantir. Le titre constate une dette abstraite, garantie par hypothèque, qui se juxtapose à la première dette. Toutefois, le concours de ces deux obligations, distinctes l'une de l'autre, n'implique pas par lui-même que la validité de la seconde soit conditionnée par celle de la première. Elles peuvent n'avoir, comme en

l'espèce d'ailleurs, ni le même objet, ni le même montant. Elles ne sont pas seulement distinctes, mais différentes. Le seul lien qui existe entre elles est que l'obligation abstraite a été remise en gage pour garantir la première. La nullité de celle-ci reste sans influence sur la validité de l'obligation abstraite comme telle. Ainsi, rien ne s'oppose au droit de gage de la banque demanderesse sur les obligations hypothécaires créées par Morard. Peu importe que la banque ait connu, comme le soutient la masse défenderesse, les tractations intervenues entre les époux Kukiela et Morard, et l'affectation antérieure des titres, dès lors que la validité intrinsèque de ces titres est constante.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Admet la demande.