

## **BGE 100 II 319**

Bundesgericht (BGE), 1974-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_100\\_II\\_319](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_100_II_319)

FR: ATF 100 II 319

IT: DTF 100 II 319

### **Regeste**

Regeste 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 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 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).

### **Erwägungen**

#### **E. 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

#### **E. 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 nouvelle 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 BGE 100 II 319 S. 324 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 nouvelle de 1973. La nouvelle 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.

### **E. 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.

### **E. 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 BGE 100 II 319 S. 325 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.

## **E. 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 BGE 100 II 319 S. 326 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.