CENTRE DE DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

www.unige.ch/cdbf

Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi – Serata di studio

Lugano,18 aprile 2019

Constitution et cession des cédules hypothécaires de registre en faveur d'un gestionnaire fiduciaire (« nominee »)

Bénédict Foëx, professeur à l'Université de Genève

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Plan

I. Quelques rappels

II. Le système de «nominee»

III. Régime juridique

IV. Constitution par contrat de gage avec le «nominee»

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee»

I. Quelques rappels

- Créance cédulaire (credito risultante della cartella ipotecaria)
- Créance de base (credito derivante dal rapporto fondamentale)
- Constituant (en principe aussi débiteur de la créance de base et de la créance cédulaire)
- Créancier gagiste (titulaire de la créance cédulaire et, en principe, de la créance de base)

II. Le système de «nominee»

- La cédule de registre se transfère moyennant inscription du nouveau créancier au registre foncier (art. 858 al. 1 CC)
- «bürokratische Regelung», «zweifellos […] ineffizient und praxisfremd»
- Refinancement
- Gestion fiduciaire: inscription d'un «nominee» comme titulaire de la cédule hypothécaire de registre
- Transfert à un autre participant au système:
  - cession de créance
  - pas de modification de l'inscription au registre foncier
- Six Sis SA

III. Le système de «nominee» (suite)

- Pour les cédules hypothécaires de registre (cartella ipotecaria registrale)

- Utilisation en garantie fiduciaire (art. 842 al. 2 CC)

Contrat de prêt (rapport de base)

Contrat de fiducie-sûreté

Emprunteur

Fiduciant

Propriétaire

Prêteur

Fiduciaire

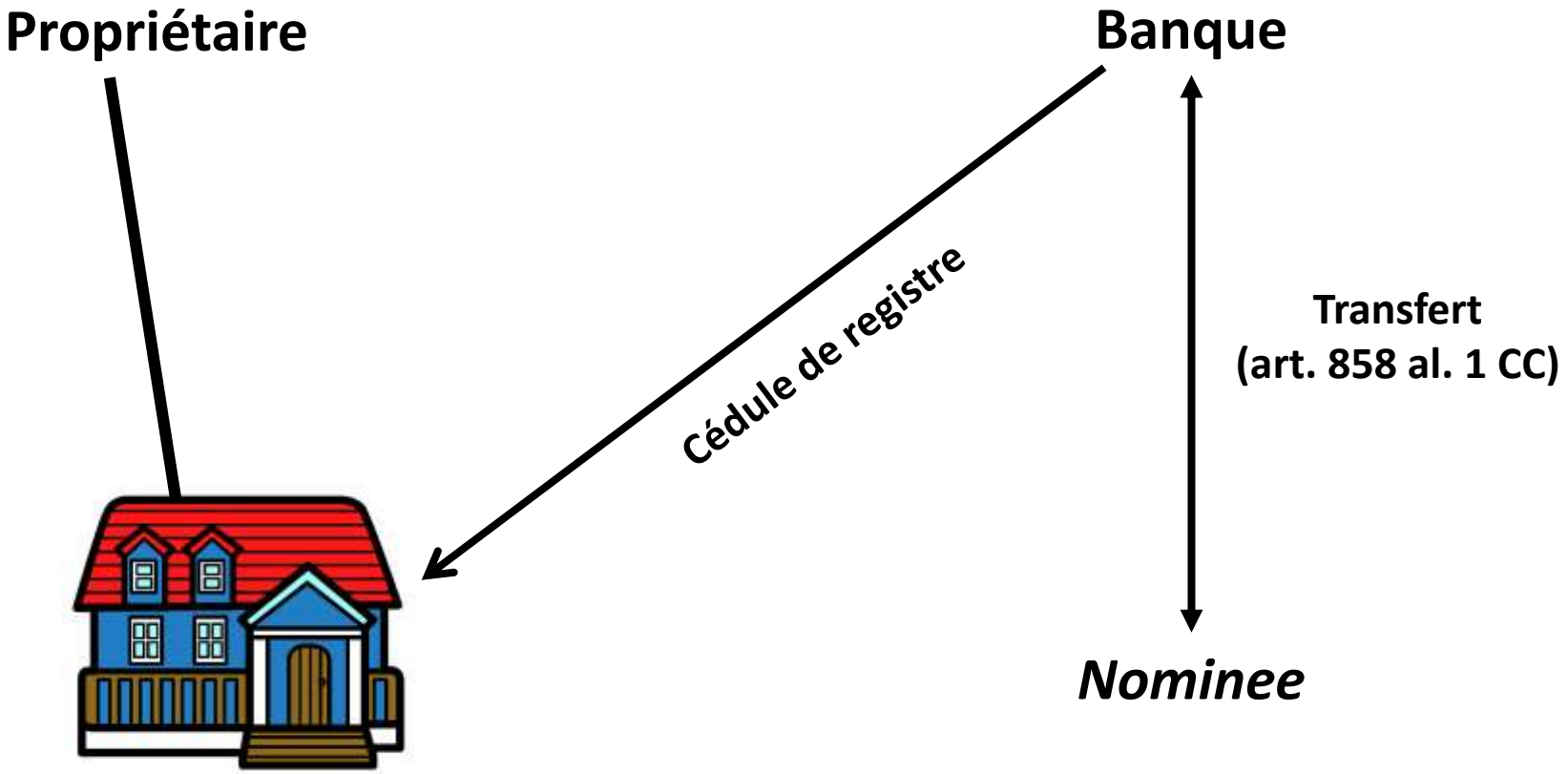
Banque

Mandant

Contrat de gestion fiduciaire

Cédule de registre

Nominee
(gestionnaire fiduciaire)


Propriétaire
Banque
Cédule de registre
Transfert
(art. 858 al. 1 CC)
Nominee

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Propriétaire ⟷ ***Nominee***

Cédule de registre

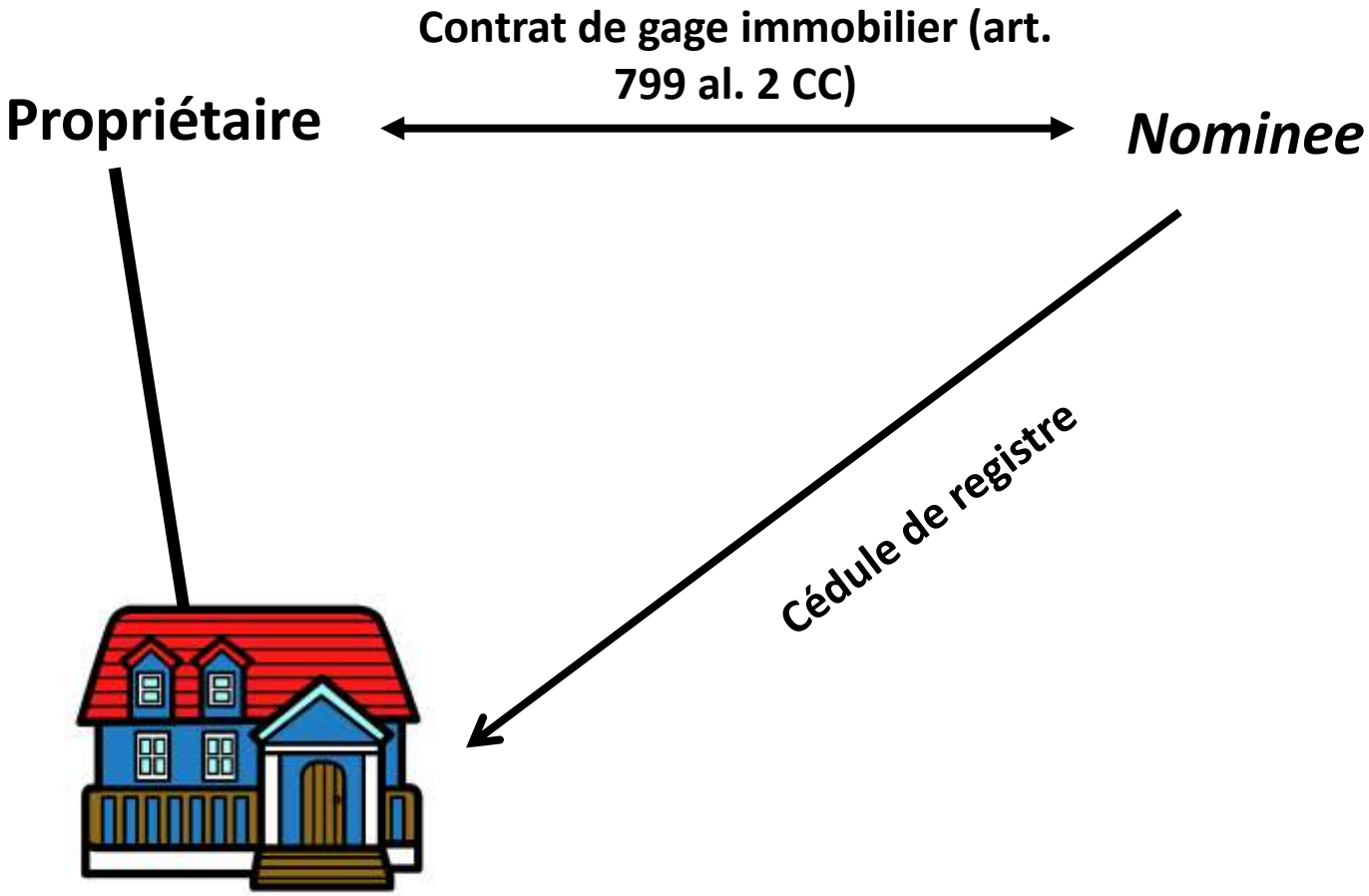
Création unilatérale

Propriétaire

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Nominee

Cédule de registre


Contrat de gage immobilier (art. 799 al. 2 CC)
Propriétaire
Nominee
Cédule de registre

III. Régime juridique

- Contrat de gestion fiduciaire
  - Parties : mandant (banque) et gestionnaire fiduciaire (nominee)
  - Mandat (art. 394 ss CO)
  - Engagements du nominee
    - Acquérir la titularité de la cédule
    - Gérer la cédule en son nom, mais pour le compte du mandant
    - Ne pas disposer de la cédule
    - Transférer la cédule (à un tiers, au mandant) / exercer désormais ses droits de créancier gagiste pour un autre participant au système
- Fiducie: le nominee «kann mehr als er darf»
- Peut encaisser les paiements du débiteur cédulaire, consentir à une modification de la cédule, transférer la cédule, la dénoncer au remboursement, procéder à la réalisation forcée, etc.

III. Régime juridique (suite)

- A l'égard du mandant
  - N'exercer ses droits que sur instructions du mandant
  - Cession des droits envers le nominee (art. 164 ss CO)
  - Faillite du nominee
    - ≠ art. 401 CO
    - Si le nominee est une banque: droit de distraction, art. 37*d* et 16 Loi sur les banques
- A l'égard du fiduciant (partie au contrat de fiducie-sûreté)
  - Le fiduciant doit autoriser le recours à un nominee
  - Art. 8 Loi sur la concurrence déloyale

III. Régime juridique (suite)

- Envers le débiteur solidaire

  - Dissociation des qualités de créancier de base et de créancier cédulaire

  - Art. 842 al. 3 CC: « per quanto concerne il credito risultante dalla cartellà ipotecaria, il debitore può opporre al creditore e ai suoi aventi causa che non siano in buona fede le eccezioni personali derivanti dal rapporto fondamentale ».

  - Le nominee n'est pas toujours un «aventi causa»

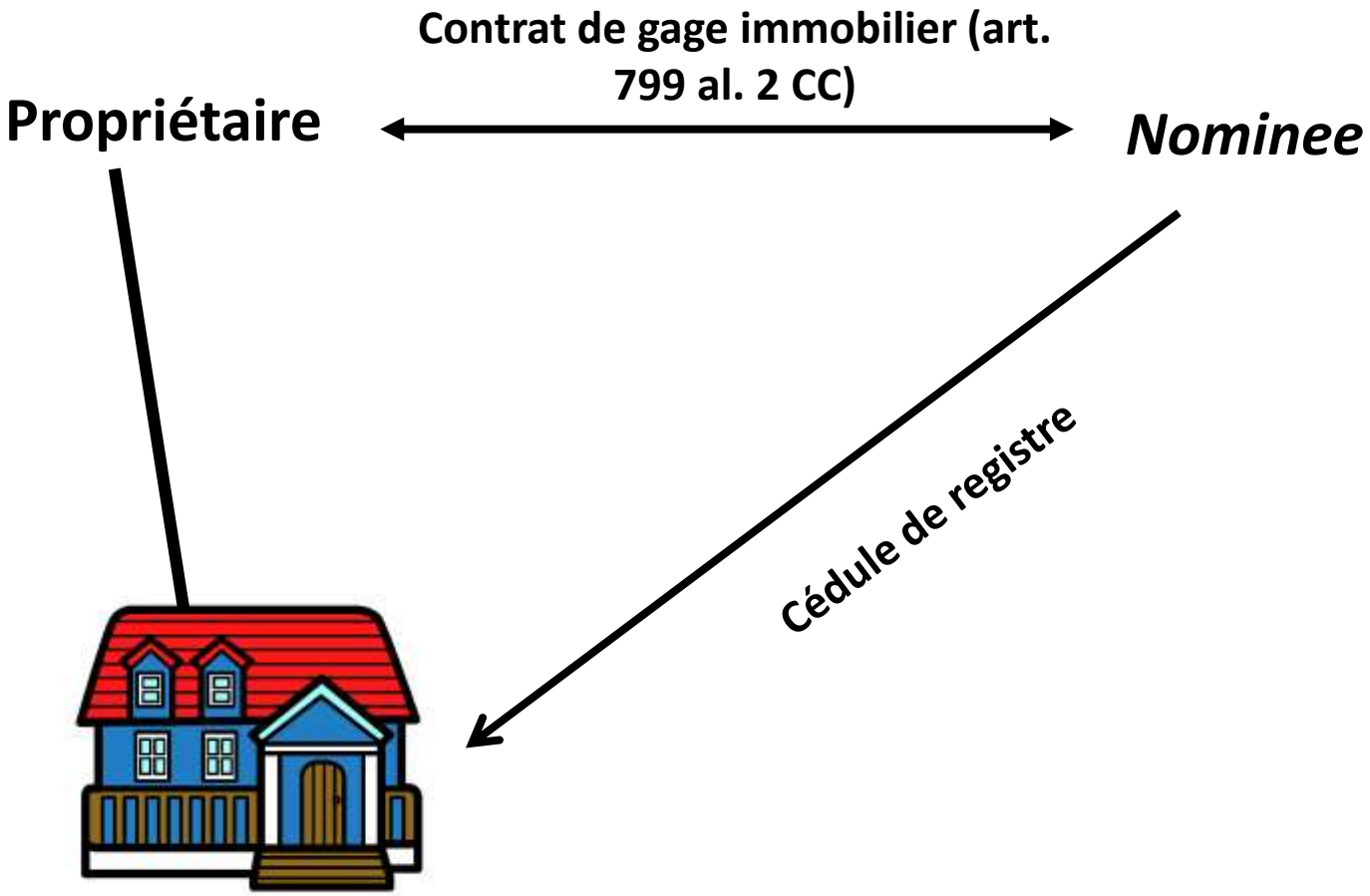
Propriétaire

Banque

Cédule de registre

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Nominee


Contrat de gage immobilier (art. 799 al. 2 CC)
Propriétaire
Nominee
Cédule de registre

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Propriétaire ⟷ ***Nominee***

Cédule de registre

Création unilatérale

Propriétaire

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Nominee

Cédule de registre

III. Régime juridique (fin)

- Envers le débiteur solidaire
  - Le nominee n'est pas toujours un «aventi causa»
  - Spécifier que la cédule est acquise à titre fiduciaire par le nominee et qu'elle est destinée à garantir une créance de base conformément au contrat de fiducie-sûreté

- En bref:
  - Dans la convention de fiducie-sûreté: clause autorisant le recours à un nominee
  - Dans le contrat constitutif de gage (ou dans le contrat de transfert de la cédule) passé avec le nominee: clause spécifiant que la cédule est destinée à garantir une créance de base

IV. Constitution par contrat de gage avec le «nominee»

- Contrat
  - Parties: constituant et nominee; forme authentique
  - Art. 13 al. 1 CO: « Il contratto pel quale la legge prescrive la forma scritta deve essere firmato da tutti i contraenti, che mediante il medesimo rimangono obbligati »
  - Contrat de gage est (en principe) un contrat unilatéral
  - Déclaration du constituant par laquelle il accepte l'offre du nominee
  - Eléments essentiels: engagement de constituer la cédule, désignation de l'immeuble grevé, détermination de la créance garantie

IV. Constitution par contrat de gage avec le «nominee» (suite)

- Reconnaissance de dette
  - Doit être déposée comme pièce justificative
  - Insérée dans l'acte constitutif ou document séparé
  - La dette doit être reconnue en faveur d'un créancier déterminé (*in casu*: le nominee)
  - Déclaration unilatérale par laquelle l'auteur se reconnaît débiteur de la dette cédulaire envers le créancier cédulaire
  - Art. 846 al. 1 CC: « Il credito risultante dalla cartella ipotecaria non può riferirsi al rapporto fondamentale né implicare condizioni o controprestazioni »
  - Doit être «pure et simple»
  - Le contrat de gage peut fort bien (et devrait) mentionner la créance de base, le rapport de base et la convention de sûreté

IV. Constitution par contrat de gage avec le «nominee» (suite)

- Réquisition d'inscription
  - Emane du propriétaire inscrit au registre foncier
  - Tend à l'inscription de la cédule en faveur du nominee
  - Pas de retrait unilatéral
  - Contrôle du registre foncier: acte authentique, reconnaissance de dette

- Inscription
  - Constitutive
  - Effet rétroactif (art. 972 al. 2 CC)
  - Nominee inscrit comme titulaire
  - Acquisition à titre fiduciaire: pas possible de procéder à une annotation, une mention ou une observation

IV. Constitution par contrat de gage avec le «nominee» (fin)

- En bref:
  - Parties au contrat: constituant et nominee
  - En principe, seul le constituant s'engage
  - Acceptation de l'offre du nominee
  - Désigner le nominee comme titulaire
  - Dette cédulaire doit être reconnue en faveur du nominee
  - Reconnaissance de dette abstraite, sans condition ni contreprestation
  - Contrat peut (devrait) mentionner l'acte juridique de base et la convention de sûreté
  - Réquisition ne peut pas être retirée
  - Nominee inscrit au registre foncier
  - Pas d'annotation, de mention ou d'observation

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee»

- Acte juridique unilatéral
  - Vise à créer une cédule en faveur du propriétaire de l'immeuble
  - Forme authentique
  - Eléments nécessaires:
    - déclaration de volonté du propriétaire de constituer une cédule de registre en sa propre faveur
    - désignation de l'immeuble grevé
    - détermination de la créance garantie
  - Dette cédulaire doit être reconnue par le débiteur
  - Reconnaissance de dette abstraite, sans condition ni contreprestation, en faveur du propriétaire
  - Tribunal fédéral: résulte implicitement de l'acte constitutif unilatéral si le débiteur cédulaire est le propriétaire grevé

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee» (suite)

- Réquisition d'inscription
  - Se confond avec l'acte constitutif unilatéral
  - Peut être retirée tant que la cédule n'est pas inscrite
  - Reconnaissance de dette
- Inscription
  - Au nom du propriétaire (art. 857 al. 2 CC)
  - Effet constitutif, avec effet rétroactif

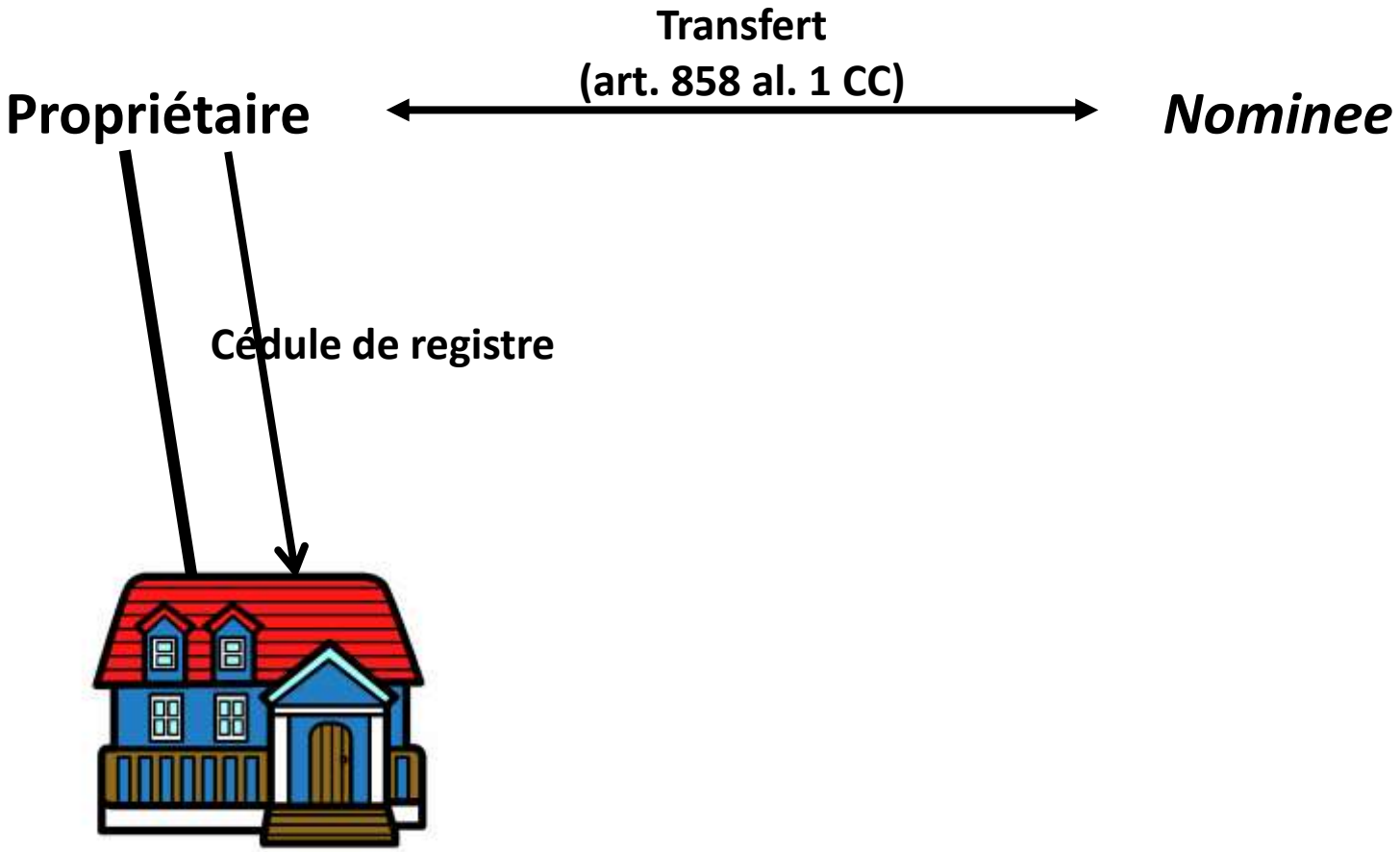
Création unilatérale

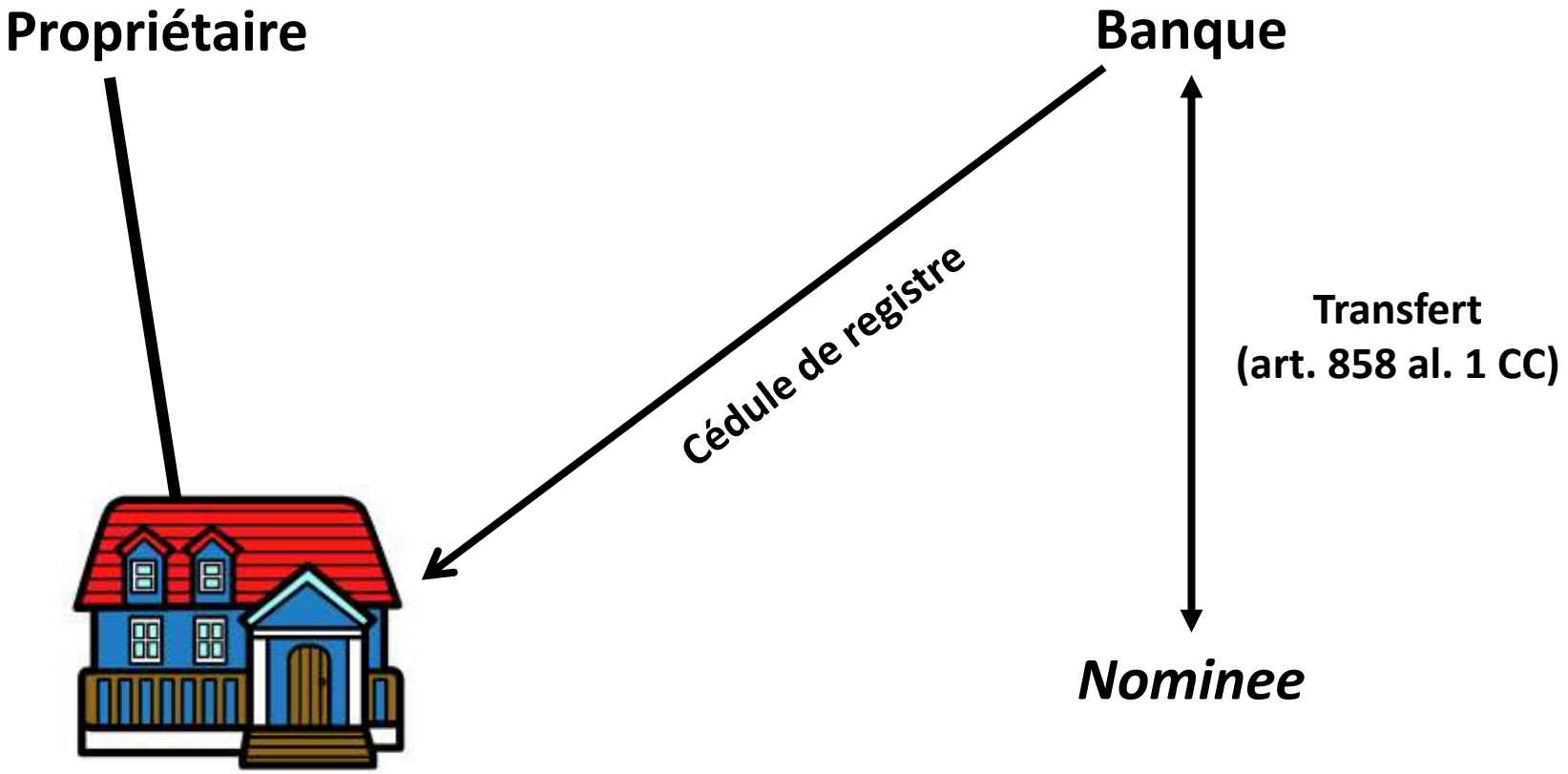
Propriétaire

Transfert
(art. 858 al. 1 CC)

Nominee

Cédule de registre


Transfert
(art. 858 al. 1 CC)
Propriétaire
Nominee
Cédule de registre


Propriétaire
Banque
Cédule de registre
Transfert
(art. 858 al. 1 CC)
Nominee

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee» (suite)

- Contrat de transfert
  - Pas de forme particulière
  - Parties: transférant (titulaire de la cédule) et acquéreur (le nominee)
  - Eléments essentiels:
    - désignation de la cédule hypothécaire
    - engagement du transférant de la transférer à l'acquéreur
  - Peut (devrait) se référer au rapport juridique de base et à la convention de sûreté

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee» (suite)

- Réquisition d'inscription
  - Doit émaner du titulaire inscrit comme tel au registre foncier
  - Tend à l'inscription de l'acquéreur comme nouveau titulaire
  - Ne peut pas être retirée unilatéralement
  - Pas besoin de produire le contrat de transfert

- Inscription
  - Le nominee est inscrit comme nouveau créancier
  - Effet constitutif, avec effet rétroactif
  - Si le transférant est un tiers: art. 969 al. 1 CC

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee» (suite)

- En bref:
  - Acte constitutif unilatéral: tend à la constitution d'une cédule en faveur du propriétaire (et non du nominee)
  - Nominee n'est pas partie à l'acte
  - Reconnaissance de dette abstraite, sans condition ni contreprestation
  - Doit être émise en faveur du propriétaire (et non du nominee)
  - Si le propriétaire est le débiteur cédulaire: implicite
  - Réquisition d'inscription peut être retirée unilatéralement

V. Constitution par acte unilatéral, puis transfert au «nominee» (fin)

- Le propriétaire de l'immeuble (et non le nominee) est inscrit comme titulaire
- Contrat de transfert entre le titulaire et le nominee
- Contrat devrait se référer au rapport juridique de base, à la convention de sûreté et au caractère fiduciaire de l'acquisition par le nominee
- Réquisition ne peut pas être retirée unilatéralement
- Le nominee acquiert la titularité de la cédule par son inscription au registre foncier

Conclusion

Grazie mille!