

setzte, wenn der Kläger sie nicht pünktlich bezahlte.

Es bleibt also dabei, dass der festgestellte Sachverhalt nicht auf eine tiefe Zerrüttung im Sinne von Art. 142 Abs. 1 ZGB schliessen lässt. Noch weniger sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 138 oder 139 ZGB gegeben. Die Beklagte wird sich aber davon Rechenschaft geben müssen, dass ein abermaliges Versagen die Scheidung zur Folge hätte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.

## II. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

#### 67. Arrêt de la IIe Cour civile du 8 novembre 1951 dans la cause dame H. contre S.

Une hypothèque peut être valablement constituée en garantie d'une créance incorporée dans un titre au porteur (confirmation de la jurisprudence).

Le titre désigné sous le nom d'obligation hypothécaire au porteur par les notaires neuchâtelois est un papier-valeur dans le sens de l'art. 965 CO.

En cas de cession du titre, les intérêts arriérés sont présumés avoir été cédés avec la créance principale (170 al. 3 CO).

Exceptions que le débiteur peut opposer au possesseur du titre.

Ein Grundpfandrecht kann gültig bestellt werden zur Sicherung einer Forderung aus Inhaberpapier (Bestätigung der Rechtsprechung).

Die von den neuenburgischen Notaren so genannte Hypothekarobligation auf den Inhaber ist ein Wertpapier im Sinne von Art. 965 OR.

Bei Abtretung des Titels wird vermutet, dass die rückständigen Zinse mit der Hauptforderung abgetreten seien (Art. 170 Abs. 3 OR).

Einreden, die der Schuldner dem Besitzer des Titels entgegensetzen kann.

Un'ipoteca può essere validamente costituita a garanzia d'un credito incorporato in un titolo al portatore (conferma della giurisprudenza).

Il titolo, designato come « obbligazione ipotecaria al portatore » dai notai del Cantone di Neuchâtel, è una carta-valore a norma dell'art. 965 CO.

In caso di cessione del titolo vale la presunzione che gli interessi arretrati sono stati ceduti con il credito principale (art. 170 ep. 3 CO).

Eccezioni che il debitore può opporre al possessore del titolo.

A. — Le 17 novembre 1943, A. a constitué à la Banque cantonale de Z. un « dépôt ouvert » (offenes Depot) au nom de dame P. dont il était alors l'amant. Le contrat passé avec la banque, contresigné par dame P., prévoyait que celle-ci ne pourrait disposer des valeurs déposées qu'après le décès d'A. ; jusque là, A. avait seul le droit d'en disposer.

Le 15 avril 1944, A. a remis à dame P. 40 800 fr. avec lesquels elle a acheté le même jour une maison à X. A. exigea toutefois de dame P. qu'elle grevât cet immeuble de deux hypothèques, l'une de 20 000 fr., l'autre de 15 000 fr. Ces hypothèques (celle de 20 000 fr. en premier rang, celle de 15 000 fr. en second rang) furent constituées le 15 avril 1944 en vertu de deux actes notariés de la même teneur, intitulés l'un et l'autre « obligation hypothécaire au porteur » et contenant notamment les clauses suivantes : « A comparu dame P. ... laquelle déclare ici reconnaître devoir et être tenue de rembourser au porteur de l'expédition du présent acte la somme de ... (vingt mille francs) quinze mille francs qui lui a été remise ce jour, à son entière satisfaction et aux conditions suivantes :

« 1. (concerne le taux de l'intérêt).

« 2. (durée du prêt).

... Pour sûreté et garantie des obligations sus assumées, dame P. déclare consentir, au profit du porteur de l'expédition du présent acte, à la constitution d'une hypothèque de 20 000 fr. (15 000 fr.) sur l'immeuble dont elle est propriétaire ... désigné comme suit au registre foncier ... »

Selon le jugement attaqué, dame P. « paraît avoir eu pendant un moment les deux titres hypothécaires en mains » et dut les remettre ensuite à A. qui les déposa à la

Banque cantonale de Z. Celle-ci a avisé dame P., le 7 octobre 1944, qu'ils avaient été placés dans le dépôt ouvert en son nom. Dame P. n'a alors élevé aucune protestation. D'accord avec A., elle a toujours payé l'impôt sur la valeur totale de son immeuble. Les intérêts des deux emprunts n'ont jamais été payés.

En automne 1945 A. a rompu avec sa maîtresse et lui a versé alors la somme de 15 000 fr.

B. — Le 13 juin 1946, A. a retiré de la Banque cantonale de Z: les titres déposés au nom de dame P., parmi lesquels se trouvaient les deux obligations hypothécaires, et a remis celles-ci à S. en été ou en automne 1949.

Le 26 octobre de la même année, S. a écrit au notaire D., en le qualifiant de mandataire de dame P., pour le prier de faire savoir à celle-ci qu'il exigeait le paiement des intérêts arriérés et dénonçait les prêts pour la fin du mois. Dame P. reçut cette lettre le 30 octobre. Poursuivie en paiement de 17 100 fr. et 22 450 fr., représentant le montant des obligations hypothécaires, plus les intérêts échus de trois années et les intérêts courants, elle a fait opposition. Cette opposition a été levée par décision notifiée aux parties le 9 janvier 1950.

C. — Le 20 janvier 1950, dame P. a fait notifier à S. deux demandes, l'une relative à l'obligation de 20 000 fr., l'autre relative à l'obligation de 15 000 fr. Au termes de ces demandes, elle concluait à ce qu'il plût au Tribunal dire qu'elle était propriétaire et possesseur légitime des deux titres, et condamner le défendeur à les lui restituer ; subsidiairement, dans le cas où le défendeur serait reconnu possesseur de bonne foi des titres, dire que les dettes dont le paiement était requis n'étaient pas exigibles et au surplus dire qu'elles étaient éteintes, en tout état de cause, libérer la demanderesse des fins des deux poursuites, et annuler celles-ci, le tout avec dépens.

La demanderesse soutenait en résumé que les titres litigieux lui avaient été donnés par A. lors de leur émission et que c'est à la suite d'un malentendu qu'ils avaient été

mis dans son dossier à la Banque cantonale à Z. Elle alléguait que si A. ne lui avait jamais réclamé les intérêts de ces dettes, c'est parce que précisément il la considérait comme propriétaire des titres. Il n'avait donc pu céder aucun droit au défendeur. La cession qu'il en avait faite était simulée et le cessionnaire, possesseur de mauvaise foi. Les sommes réclamées n'étaient en tout cas pas exigibles.

Le défendeur a conclu au rejet des deux demandes. Il contestait qu'A. eût jamais eu l'intention de donner à la demanderesse un immeuble franc de toutes charges ni de lui transférer la propriété des titres avant son décès. Si les hypothèques n'avaient pas été déclarées pour l'impôt, c'était pour des raisons d'ordre fiscal. Rien ne prouvait que ce fût à la suite d'un malentendu que les titres avaient été déposés à Z. ni que la cession intervenue entre A. et le défendeur fût simulée.

La demanderesse s'est mariée au cours du procès avec un sieur H.

D. — Le 2 juillet 1951, les deux causes ayant été jointes, le Tribunal cantonal a rendu le jugement suivant :

« I Dit que les dettes de 17 100 fr. et de 22 450 fr. plus intérêts et frais dont paiement a été requis de dame H. née P. par S. selon poursuites n°s 4274 et 4275 n'étaient pas exigibles lors de la notification des commandements de payer.

« II Annule en conséquence lesdites poursuites.

« III Rejette toutes autres conclusions.

« IV Partage par moitiés entre les parties les frais de procès ... Compense les dépens.

E. — Dame H. a recouru en réforme en prenant les conclusions suivantes :

Plaise au Tribunal fédéral :

« 1. Retrancher les chiffres 3 et 4 du dispositif de l'arrêt du Tribunal cantonal du 2 juillet 1951 dans la cause dame H. contre S.

« 2. Confirmer pour le surplus le dispositif dudit arrêt.

« 3. Dire que dame H. est propriétaire et possesseur légitime de l'obligation hypothécaire de 20 000 fr., portant intérêt à 3½ % l'an, constituée le 15 avril 1944 et grevant en premier rang l'article 6498 du cadastre de X.

« 4. Dire que dame H. est propriétaire et possesseur légitime de l'obligation hypothécaire de 15 000 fr. portant intérêt à 4%

l'an, constituée le 15 avril 1944 et grevant en second rang l'article 6498 du cadastre de X.

« 5. Dire que dame H. est libérée envers S. de toute dette en relation avec les deux inscriptions hypothécaires grevant l'article 6498 du cadastre de X. et avec les commandements de payer poursuites n<sup>os</sup> 4274 et 4275 notifiés à la recourante par l'Office des poursuites et faillites du district de X.

« 6. Condamner S. aux frais et dépens de la procédure cantonale et du recours en réforme. »

L'intimé a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement.

*Considérant en droit :*

1. — Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la validité des titres de la nature de ceux dont il s'agit en l'espèce. Il a jugé en effet qu'une hypothèque pouvait être valablement constituée en garantie d'une créance faisant l'objet d'un titre au porteur (RO 49 II 19 et suiv.), et l'on ne voit pas de raisons de revenir sur cette décision. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché alors expressément la question de savoir si un titre de cette espèce doit être considéré comme un papier-valeur, ainsi que le sont la cédula hypothécaire et la lettre de rente, mais la question n'est pas douteuse. Si le titre est rédigé de telle sorte qu'il réponde aux conditions posées par l'art. 965 CO, le fait que la créance serait doublée d'une hypothèque ne saurait le priver de la qualité de papier-valeur (cf. JÄGGI, Kommentar ad art. 965 n. 285 a i. f.). Il est clair cependant que la possession d'une obligation hypothécaire au porteur n'emporte aucune présomption quant à l'existence de l'hypothèque. Si l'acquéreur du titre devient bien titulaire du droit de gage, en même temps que de la créance, et du seul fait de la tradition du document, c'est uniquement parce que l'hypothèque est attachée à la créance et suit le sort de celle-ci.

En l'espèce, le Tribunal cantonal a admis implicitement que les titres litigieux étaient des papiers-valeur. On ne peut que se rallier à cette opinion. En s'engageant à payer le montant de chacune des deux obligations hypothécaires, ainsi que l'intérêt stipulé, « au porteur de l'expédition de

cet acte », la recourante a tacitement accepté pour créanciers directs tous ceux qui deviendraient successivement porteurs de ces documents et a reconnu par là-même ne devoir qu'à la personne qui lui présenterait le titre et contre remise de celui-ci. C'est dire par conséquent que les droits découlant de ces titres étaient à ce point liés à leur possession, qu'on ne pouvait les exercer indépendamment d'eux. Ces titres répondent donc bien à la définition donnée à l'art. 965 CO.

2. — La recourante a prétendu — et c'est sur cette allégation qu'elle a fondé le premier chef de ses conclusions, qu'elle reprend d'ailleurs dans son recours — qu'A. lui avait fait donation des titres. Mais cette allégation se heurte à la constatation de l'arrêt attaqué selon laquelle, à aucun moment, A. n'a eu ni manifesté l'intention de les donner à la recourante. Contrairement à ce qu'elle a prétendu, le fait qu'elle n'a jamais payé les intérêts des sommes pour lesquelles les titres ont été émis, ne saurait être considéré comme un indice qu'ils étaient bien sa propriété. Cette circonstance peut parfaitement s'expliquer par la clause du contrat de dépôt selon laquelle elle avait droit aux revenus des titres déposés. Il en est de même du fait que l'immeuble était indiqué comme franc d'hypothèques dans les déclarations pour l'impôt, car il est très possible qu'A. ait tenu à ce que son nom ne fût pas révélé. On ne comprend d'ailleurs pas comment la recourante peut soutenir en même temps qu'elle est restée propriétaire des titres — bien qu'en réalité elle en ait perdu la possession —, et qu'il y avait eu entre elle et A. une « convention tacite au sujet de la remise des intérêts ». S'il a fallu une convention pour la remise des intérêts, c'est parce qu'elle en était débitrice et n'était donc pas propriétaire des titres.

Quels qu'aient été d'ailleurs les rapports qui ont pu exister entre la demanderesse et A., il est constant que l'intimé ayant été mis en possession des titres, bénéficiait en tout cas de la présomption de propriété qui découlait de cette possession et, par là même devait être également

réputé titulaire légitime des droits qu'ils incorporaient. Il incombait donc à la demanderesse pour s'opposer utilement à la poursuite, de prouver ou bien que l'intimé ne pouvait de bonne foi supposer qu'A. était propriétaire des titres au moment où il les lui avait remis ou bien encore — puisqu'elle n'a pas d'exceptions personnelles à faire valoir contre lui ni d'exceptions tirées des titres eux-mêmes — qu'il les avait acquis « sciemment à son détriment » (art. 979 CO). Or cette preuve n'a pas été rapportée. La demanderesse n'a pas prouvé que l'intimé avait des raisons particulières de soupçonner qu'A. n'était pas propriétaire des titres et n'avait pas le droit d'en disposer. La seule chose qu'elle ait prétendu est que le transfert des titres aurait été fait à titre fiduciaire, mais cela aurait-il été le cas, que la validité de l'opération n'en eût pas été affectée (cf. VON TUHR, p. 724). D'autre part, rien n'autorise à dire qu'A. ait livré les titres à l'intimé dans l'intention de priver la recourante des exceptions qu'elle aurait eu la possibilité de faire valoir contre lui et que l'intimé savait que c'était à cette fin que le transfert avait été fait (cf. RO 70 II 154). Elle ne saurait donc invoquer le bénéfice de l'art. 979 al. 2 CO.

3. — La recourante a contesté, en tout état de cause, devoir à l'intimé les intérêts échus des obligations litigieuses, en soutenant qu'il ne pourrait les réclamer qu'en vertu d'une cession constatée par un écrit qu'il n'a pas été en mesure de produire. Cette opinion est erronée. S'il est vrai que les intérêts arriérés d'une créance garantie par un droit de gage immobilier peuvent être cédés indépendamment du capital et que la cession nécessite alors un écrit, cela ne signifie pas qu'un écrit soit également nécessaire en cas de cession de la créance elle-même. L'art. 170 al. 3 CO dispose en effet d'une façon générale que les intérêts arriérés sont présumés avoir été cédés avec la créance principale, et l'on ne voit pas de raisons pour ne pas appliquer ce principe aux intérêts d'une créance garantie par un droit de gage immobilier, que cette créance

soit ou non incorporée dans un titre, au sens de l'art. 965 CO (cf. WIELAND, art. 869 n. 6 litt. b ; LEEHMANN, art. 835 n. 13 et art. 869 n. 39). Or la recourante n'a prouvé aucun fait de nature à détruire cette présomption. De ce que les intérêts suivent le sort du principal, il ne s'ensuit pas, il est vrai, qu'ils bénéficient sans réserve de la garantie réelle. C'est là une autre question, dont la solution est donnée par l'art. 818 CC.

Il ressort de ce qui précède que non seulement la recourante n'a pas justifié de son droit de propriété sur les titres litigieux mais est bien débitrice envers l'intimé de leur montants ainsi que des intérêts réclamés. Le Tribunal a jugé cependant que ces dettes n'étaient pas exigibles lors de la notification des commandements de payer. « Les règles de la bonne foi — dit le jugement — ne permettaient pas au créancier de mettre brusquement fin au long sursis consenti, pendant lequel les intérêts échus s'étaient accumulés. Il devait accorder à la débitrice un délai raisonnable pour s'exécuter. » Le Tribunal fédéral n'a pas à se prononcer sur cette opinion. S. seul avait intérêt à la combattre et il n'a pas recouru contre le jugement du Tribunal cantonal.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

68. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. November 1951 i. S. Schweizerische Bankgesellschaft gegen Schein und Schwartz.

*Art. 402 OR.*

Schadenshaftung im, zufolge ausserordentlicher Verhältnisse, formlosen Geschäftsverkehr zwischen einer schweizerischen Bank und dem ausländischen Inhaber eines Nummernkontos :