

LE CREDIT FONCIER ET HYPOTHECAIRE DANS LE DROIT BANCAIRE TURC

par

Dr. Halid Kemal ELBİR

Professeur à la Faculté de Droit d'Istanbul

I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

En abordant le sujet du crédit foncier et hypothécaire dans le droit bancaire turc, nous voudrions immédiatement souligner que nous ne prendrons en main, comme le désigne d'ailleurs le nom de notre article, la question du crédit foncier et hypothécaire tel qu'il se présente dans la législation et la pratique bancaire en Turquie, sans nous attarder sur la situation du gage immobilier dans le droit civil en général.

C'est la Loi No. 7129 du 23 Juin 1958 (plusieurs fois modifiée et révisée) sur les Banques (LB) qui forme la source principale du problème de la couverture des crédits bancaires par un gage immobilier.

Nous verrons plus tard que cette loi a apporté des restrictions très importantes à la liberté contractuelle en prohibant par principe l'ouverture d'un crédit contre la constitution d'une hypothèque immobilière. Elle a pourtant reconnu tant de dérogations à cette règle, qu'on ne sait plus exactement où se trouve la règle générale et qu'est-ce qui forme son exception.

Ces restrictions proviennent de l'intention du législateur, lorsqu'il s'agit particulièrement de banques de dépôt, de protéger les dépositaires contre une perte de liquidité dans les avoirs de la banque, et contre une immobilisation de longue durée de ces avoirs.

Il désire donc, pour arriver à ce résultat, que les crédits accordés par ces banques soient garantis par des formes de sûretés dont la réalisation serait assez rapide par rapport à la réalisation d'un gage immobilier.

Le principe de la prohibition de la garantie immobilière, n'est pas la seule voie d'intervention à laquelle s'est adressé le législateur. La défense de spéculation sur les immeubles faite aux banques; son intervention au montant du crédit, font aussi partie de ce système (Voyez LB art. 38).

Les imprécisions et les lacunes qui se trouvent dans le texte de la loi, rendent, malgré une application d'assez longue durée, son interprétation très difficile et augmentent de la sorte le nombre des problèmes que pose d'ailleurs de par soi-même, la question de la prohibition ou de la restriction de la garantie foncière en cas de crédit bancaire.

II. LE PRINCIPE APPORTÉ PAR L'ART. 50 LB ET SON ÉTENDUE

1. Art. 50 LB

Selon le premier alinéa de l'art. 50 LB:

"Les banques ne peuvent, dans un but commercial, s'occuper de l'achat et de la vente d'immeubles ou ne peuvent ouvrir des crédits contre hypothèque d'immeuble."

Remarquons que cette disposition ainsi que plusieurs autres se trouvant dans le même article, ne sont pas relatives à la garantie immobilière, mais règlent aussi la question de l'acquisition d'immeubles par les banques. Nous pouvons dire qu'au fond, la prohibition apportée à l'acquisition de biens immobiliers, est basée essentiellement sur les mêmes motifs qui ont poussé le législateur à défendre, en principe, la constitution d'hypothèque immobilière dans le cas d'ouverture d'un crédit.

La disposition de l'alinéa 1, art. 50 LB, possède un style et une allure qui lui donnent, à première vue, l'impression d'un principe

restrictif sévère et de grande étendue. Mais lorsqu'on se penche sur ce texte, et surtout lorsqu'on prend l'article en son entier, on arrive à la conclusion que cette première impression n'est pas exacte particulièrement dans le problème des garanties immobilières.

Nous ne reviendrons pas sur les motifs qui ont poussé le législateur à apporter une telle prohibition. Mais nous voudrions souligner dès à présent, que cette disposition apporte avec elle des problèmes qui présentent un intérêt pratique aussi bien que théorique, dont nous essaierons de discuter ceux qui nous paraissent les plus importants.

2. Limitation du champ d'application de l'art. 50

Le champ d'application de l'article prohibitif est beaucoup plus restreint qu'il ne paraît l'être.

Il existe d'abord des catégories de créances bancaires qu'on ne peut pas facilement considérer comme un crédit commercial. D'autre part, la lettre même du texte élimine de son champ d'application une partie des types de garantie immobilières reconnues par le Code Civil et enfin il est dit expressément dans la loi que l'art 50 n'est pas applicable pour certaines catégories de banques et de succursales.

a) Opérations qui ne peuvent pas être considérées comme crédit bancaire.

La prohibition vise uniquement un contrat de crédit, et dans le sens strict reconnu à cette opération en droit bancaire. Il faut entendre par cela un crédit ouvert soit pour la réalisation d'une affaire commerciale soit sur base d'une relation de commerce. En principe ce sera la nature de l'affaire pour laquelle est accordé le crédit qui décidera aussi de sa nature

Par conséquent, la constitution d'une hypothèque pour le recouvrement de la restitution d'une somme payée par la banque à une tierce personne à la présentation d'un chèque sans provision

(Cassation, Chambre Commerciale, Arrêt No. 4763/3947 du 31.10.1963); la garantie par hypothèque immobilière du loyer dû à une banque (Cassation, Toutes Chambres Civiles Réunies, Arrêt No. 562/125, du 24.3.1965); l'hypothèque constituée par la banque sur un immeuble qu'elle a vendu, en couverture de sa créance du prix de vente ou en couverture du dommage qu'elle vient de subir à la fin d'actes illicites, tel que la falsification de ses chèques, etc.. (Point de vue de l'Union des Banques de Turquie, dans son Communiqué No. 868, du 19.7.1962) n'entrent pas dans le domaine d'application de l'art. 50, et sont complètement conformes à la loi (Pour tous ces exemples Voy. EREM - ALTIÖK TANDOĞAN Commentaire de la Loi sur les Banques 5. édition, Ankara 1971, p. 162 et suiv.)

b) Garanties immobilières qui n'entrent pas dans le domaine de la prohibition.

La disposition relative à la prohibition ne mentionne que les crédits "*contre hypothèque d'immeuble*".

Or, selon le système turc des garanties immobilières, l'hypothèque ne représente qu'une catégorie de ce domaine. Selon l'art. 765 du Code Civil (C. C. suisse article. 795), à côté de l'hypothèque, il existe encore et d'une façon restrictive deux catégories de garanties foncières, à savoir: la cédule hypothécaire et la lettre de rente. La constitution de toute autre forme de gage immobilier, est prohibée par la loi. Par conséquent, la constitution par une banque pour couvrir un crédit, d'une cédule hypothécaire ou d'une lettre de rente, n'entrera pas dans le domaine de la prohibition.

Il existe un Communiqué du Ministère des Finances qui confirme ce point de vue (Communiqué No. 5 paru dans J. O. du 25.11.1959) (Pour les différentes formes de garantie immobilière en droit turc: SAYMEN-ELBİR. Le droit sur les biens en droit turc, 2. édition, İstanbul 1963 —en turc p. 515 et suiv.)

Devant l'expression restrictive de l'art. 50, il va de soi que l'engagement des navires comme sûreté réelle, de par son caractère contesté, ne pourra pas être considéré comme une hypothèque

d'immeuble, et par cela, n'entraînera pas l'application de cette disposition (Même avis: EREM-ALTIOK-TANDOĞAN, p. 202, 203).

c) Les succursales des banques turques établies à l'étranger.

Selon l'alinéé 7 de l'art. 50 LB., les succursales à l'étranger des banques assujetties à cette loi, sont exemptes des dispositions de l'alinéa 1 du même article.

Cette disposition est intéressante. Le législateur a voulu, en apportant cette dérogation à l'application de sa règle prohibitive, donner aux succursales des banques turques établies à l'étranger, la possibilité de profiter —s'il en existe— des dispositions de la loi nationale du pay où elles déploient leur activité, et éviter, d'autre part, qu'un problème de capacité se déclenche devant les tribunaux étrangers, selon les règles du droit international privé.

d) Les banques autorisées à consentir des prêts contre hypothèque.

Les banques autorisées, en vertu de leurs lois particulières, à consentir des prêts contre hypothèque d'immeuble, et la Caisse de Sûreté, sont exemptes de cette prohibition (art. 50/7 LB).

Tel est le cas, entre autres, de la Banque du Relèvement Industriel (Türkiye Sinai Kalkınma Bankası), la Banque d'Investissement Industriel (Yatırım Bankası), la Banque des Fondations (Vakıflar Bankası), la Banque Agricole (Ziraat Bankası) et particulièrement la Banque de Crédit Foncier de Turquie (Türkiye Emlâk Kredi Bankası).

La Banque de Credit Foncier de Turquie, joue un rôle particulier dans ce lot. Fondée par la Loi No. 4947 du 14 Juin 1946 (Loi plusieurs fois remaniée), elle constitue au fond une évolution de l'ancienne Banque des Biens Immeubles. Son but même est d'établir en Turquie une banque s'occupant particulièrement du crédit foncier.

Les 55 % de son capital sont entre les mains de l'état.

La loi particulière par laquelle a été fondée cette banque, contient nécessairement des particularités importantes vis à vis de

la LB. La seule sûreté imposée par cette loi est l'hypothèque. Cette hypothèque peut être constituée sur un immeuble ou une construction immobilière. La poursuite de la créance ainsi que la réalisation de l'hypothèque sont soumises à une procédure spéciale simplifiant et accélérant ces opérations par rapport aux dispositions de la Loi sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite.

e) Les crédits à découvert.

L'art. 45 LB donne la possibilité aux banques d'accorder, sous certaines conditions, des crédits à découvert "c'est-à-dire sur engagement personnel à une seule signature" à ses clients.

Il va de soi que la couverture d'un tel crédit par une garantie foncière, n'implique en aucune sorte l'application de l'art. 50 (Voy. EREM - ALTIOK - TANDOĞAN, p. 175).

III. EXCEPTIONS APPORTÉES A LA PROHIBITION DE LA GARANTIE HYPOTHÉCAIRE

Selon l'alinée 2 de l'art. 50 LB :

"Les Banques peuvent accepter seulement pour les crédits commerciaux à court terme, ouverts dans la limite à fixer par la Banque Centrale de la République de Turquie, et à condition de ne pas aboutir à un long délai, ou pour les crédits présentant des risques de récupération, au plus tôt après quatre mois à partir de leur utilisation ou bien pour cause de motifs extraordinaires survenus durant ce terme, des garanties d'immeubles comme couvertures supplémentaires, comme elles peuvent tout aussi bien accepter l'hypothèque d'immeubles, à titre de garantie, pour les crédits se rapportant aux affaires agricoles, industrielles, minières, d'exploitation d'énergie, aux travaux publics, de transport et d'exportation, et aussi à titre de couverture de lettres de garantie s'adressant aux départements et établissements officiels, aux institutions économiques d'Etat, aux banques et aux sociétés, d'après les dispositions de la Loi sur les adjudications ou d'après les cahiers des charges particuliers, et relatives aux diverses affaires mises en adjudication,

et en couverture des lettres de garantie s'adressant au Conseil d'Etat, aux Tribunaux, aux départements du fisc, et aux bureaux de poursuite de dette pour les sujets requis par ceux-ci."

La lecture de cette disposition nous montre que le législateur considère les exceptions qu'il apporte à la prohibition en deux groupes distincts.

Il existe des cas de crédit, pour lesquels l'hypothèque immobilière sera prise comme *couverture principale* (ou directe) et des crédits pour lesquels le gage immobilier ne pourra servir que comme *couverture supplémentaire*, à côté d'une garantie préalable existante ou constituée au moins en même temps que l'hypothèque.

L'hypothèque, comme couverture principale, ne pourra être prise aussi que dans deux cas mentionnés dans la loi:

- a) Lorsqu'il s'agira de couvrir des crédits accordés pour certaines activités commerciales;
- b) ou lorsqu'il s'agira de couvrir des lettres de garanties fournies par la banque pour des cas précisés dans la loi.

L'hypothèque comme couverture supplémentaire ne pourra aussi être acceptée que dans deux cas précis:

- a) Lorsqu'il sera nécessaire de couvrir un crédit à court terme;
- b) ou lorsqu'un crédit présentera des risques ou un danger extraordinaire de récupération.

1. Cas dans lesquels l'hypothèque peut constituer une sûreté principale

Il s'agit ici de la reconnaissance d'un crédit bancaire, contre hypothèque immobilière, sans avoir besoin de recourir à une autre garantie qui doit être constituée avant ou au plus tard avec cette hypothèque.

On agit donc comme si la prohibition de l'alinéa n'existait pas, à condition seulement que le crédit soit accordé pour certaines activités commerciales expressement et limitativement mentionnées dans la loi, ou qu'il se présente sous forme de lettres de garanties données pour certaines affaires précisées dans l'article.

a) *Crédits accordés pour certaines activités commerciales.*

Ce crédit doit se rapporter aux affaires agricoles, industrielles, minières, d'exploitation d'énergie aux travaux publics, de transport et d'exportation.

Dans son Communiqué No. 6, le Ministère des Finances fait savoir qu'il considère la "tourisme" comme faisant partie des affaires industrielles (J. O. du 18.5.1960).

Les motifs qui ont poussé le législateur turc à apporter une si grande brèche au système de la prohibition, sont plutôt d'ordre économique. Il n'existe pas encore en Turquie un marché de capital considérable pour répondre aux besoins d'investissements des activités ci-dessus mentionnées. D'autre part, le nombre et la capacité financière des banques d'investissement sont assez restreints. Les banques de dépôt sont donc devant la nécessité de combler cette lacune (SIZMAZOGLU, p. 65) et par cela, profiter dans la couverture des crédits accordés à cet effet, des mêmes possibilités reconnues aux banques d'investissement, à savoir la libre constitution d'une hypothèque immobilière, sûreté réelle qui correspond le mieux à la nature de ces sortes d'activités.

Quoique les activités pour lesquelles un tel crédit hypothécaire peut être alloué, soient, de par leur nombre restrictivement mentionnées dans la loi (on peut parler ici d'un *numerus clausus*), on ne peut pas prétendre que le contenu de ces activités soit précis. Il n'y a d'ailleurs dans la loi aucune allusion à ce sujet. Ce qui rend l'application de cet article tellement vague, qu'il peut nous conduire à une pratique générale de cette disposition de caractère exceptionnel.

Il faut que le client qui demande un tel crédit s'occupe effectivement de ce genre d'affaires. On doit donc, lorsqu'il s'agit de personnes physiques, s'adresser au Registre de Commerce ou à la Chambre Professionnelle de l'intéressé, pour savoir exactement le sujet d'occupation de la firme en question. Le problème est relativement plus facile pour les sociétés commerciales puisque celles-ci ne peuvent pas avoir d'autres activités commerciales en dehors de celles mentionnées dans leurs statuts. La loi ne demande pas que

le client s'occupe exclusivement d'une seule des activités mentionnées dans l'article. Il suffit qu'elle fasse partie de ses différentes occupations commerciales (SIZMAZOGLU, p. 67, 68).

Il ne suffit pas que les personnes demandant le crédit s'occupent de ces activités. Il est nécessaire que le crédit accordé, soit affecté à cette affaire. Il n'est pas facile de penser et de demander que l'affaire soit effectivement en cours au moment de l'ouverture du crédit et la constitution de l'hypothèque. Il se peut très bien que ce ne soit qu'après l'obtention d'un tel crédit qu'il soit possible au client de commencer à réaliser son activité.

La question de la preuve de l'affectement du crédit à l'une des activités mentionnées dans l'article 50 pose des problèmes très importants. L'article 38 sur les limites des crédits dans son alinéa 2, suit un cours parallèle à l'art. 50, alinéa 2. mais demande pour les crédits accordés pour être utilisés dans l'industrie, les mines, l'énergie, les services de travaux publics, dans les transports et l'exportation, que l'utilisation effective de ce crédit, soit attestée (Précision qui ne se trouve pas dans l'art. 50). Le mode de cette attestation a été publié par le Ministère des Finances dans son Communiqué No. 3 (J. O. du 6.2.1959). Nous pensons à l'encontre de certains auteurs, que quoiqu'il n'existe pas de précision dans l'art. 50 à ce sujet, la Communication No. 3 du Ministère des Finances, est aussi valable dans l'application de cette disposition (de même: Tribunal de Commerce d'Istanbul 2.2.1966, No. 878/22 — EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 186).

Dans la pratique, les banques demandent du client, une déclaration écrite, comme quoi le crédit sera affecté à l'affaire en question (Selon SIZMAZOGLU, on ne peut pas demander de la banque la preuve que ce crédit a été employé effectivement à cette affaire p. 70).

Qu'advient-il si le crédit consenti n'était pas employé effectivement à l'affaire pour laquelle il a été obtenu? Aucune précision ne se trouve à ce sujet dans la loi. Nous pensons que dans ce cas, la banque pourrait résilier le contrat de crédit, et même s'adresser à l'hypothèque pour la récupération des sommes avancées.

b) Crédits accordés sous forme de lettres de garanties pour certaines affaires.

Nous n'allons pas nous occuper ici de la nature juridique des lettres de garantie, problème très discuté et qui a été en Turquie sujet à une unification de jurisprudence de la Cour de Cassation (Cass. Toutes Chambres Réunies, Arrêt d'Unification de Jurisprudence du 11.6.1969, No. 4/6). Il devra s'agir naturellement de documents juridiques pouvant être considérés comme tels.

La disposition de l'art. 50, relative à la couverture des lettres de garantie, prend en considération deux cas, qui donnent la possibilité de constituer, comme gage principal, une hypothèque immobilière, et un cas où au contraire, la prohibition de gage immobilier, en cas de lettres de garantie est très stricte.

aa) Lettres de garantie relatives aux adjudications

Il s'agit ici de lettres de garantie relatives à diverses affaires mises en adjudication, d'après la Loi sur les Adjudications, ou d'après des cahiers des charges particuliers, adressés par une banque aux départements et établissements officiels, aux institutions économique d'Etat, aux banques et aux sociétés.

Selon un communiqué du Ministère des Finances du 25.8.1960 No. 5283/23 (Cité par EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 186) cette disposition est applicable aussi bien aux banques et sociétés commerciales soumises à la Loi sur les Adjudications, qu'à celles qui ne les ont pas.

bb) Lettres de garantie relative à la procédure et la poursuite de conflits administratifs, fiscaux et judiciaires.

La même liberté de couverture foncière est reconnue pour les lettres de garantie s'adressant au Conseil d'Etat, aux tribunaux, aux départements du fisc, et aux bureaux de poursuite, pour des sujets requis par ceux-ci.

cc) Situation des lettres de garantie adressées à d'autres banques comme couverture de crédit.

Il est strictement interdit aux banques d'émettre contre hypothèque immobilière, des lettres de garantie adressées à d'autres

banques, pour assurer de quelle façon que ce soit, des crédits en faveur de leurs clients (art. 50/3).

Par cette disposition qui revient à la stricte expression de l'alinéa 1, la loi a voulu prendre des précautions contre les banques qui essaieraient d'é luder la prohibition, en accordant d'une façon détournée un crédit couvert par une garantie foncière.

Nous pensons qu'on peut très bien arriver au même résultat par l'application de l'alinéa 2, qui ne reconnaît une couverture immobilière qu'aux lettres de garantie adressées aux banques, uniquement lorsqu'il s'agit d'adjudications.

2. Cas dans lesquels l'hypothèque ne peut constituer qu'une couverture supplémentaire

Il est reconnu aussi par la loi des cas spécifiques dans lesquels la constitution d'une hypothèque immobilière est tolérée, à condition que cette garantie possède un caractère supplémentaire.

Ce sont les cas de crédit à court terme et celui du risque ou du danger extraordinaire qui se présentent dans la récupération d'un crédit accordé.

Quoique la disposition de l'art. 50, ait mentionné expressément les "crédits commerciaux à court terme", cette qualité "commerciale" du crédit est requise pour tous les crédits (à court terme et autres) autorisés à recevoir une garantie immobilière, aussi bien de caractère principal que de caractère supplémentaire. Nous pensons donc différemment de la plus grande partie des auteurs ayant traité le sujet que la qualité "commerciale" du crédit est une condition générale de tous les cas mentionnés dans l'article 50; les créances des banques à caractère non-commercial étant d'ailleurs en dehors du champ d'application de cet article (voyez en haut: II, 2, a).

Rappelons d'autre part que les dispositions de l'art. 50, ne s'appliquent pas aux crédits à découvert (voyez en haut: II, 2, e).

a) Caractère supplémentaire de l'hypothèque

Dans les cas et les conditions que nous allons étudier plus bas, le législateur accorde aux banques, la possibilité de constituer une

hypothèque sur les immeubles, à condition qu'elle soit de caractère supplémentaire.

La disposition ne contient aucune précision sur la notion même de couverture (ou garantie) supplémentaire.

Il s'agit d'une hypothèque qui renforce la garantie d'un crédit muni d'ailleurs d'une couverture principale (ou couverture antérieure à l'hypothèque). Il faut donc que le crédit soit ouvert en prenant en considération une garantie ne constituant pas, par sa nature juridique, une hypothèque immobilière mais prenant en charge les risques de non-paiement de ce crédit.

Cette garantie principale est prise en général avant la constitution de l'hypothèque, mais en cas de crédit à court terme, elle peut aussi être constituée au plus tard en même temps que celui-ci.

La qualité supplémentaire requise pour l'hypothèque demande donc la présence d'une couverture principale.

Que l'hypothèque soit employée comme couverture supplémentaire ne change en rien la nature juridique de cette forme de garantie foncière. Penser différemment, serait ignorer la prohibition apportée par l'art. 765 C. C. qui mentionne restrictivement les trois formes de gage immobilier admises par le législateur. (Même point de vue: EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 165).

Quelles sont les prises en charge des risques de la banque pouvant être considérées comme couverture principale? — Nous pouvons citer le cautionnement, la stipulation pour autrui, la lettre de crédit, le nantissement, le gage sur une créance, la lettre sur les droits d'auteur ou industriels, l'hypothèque mobilière, l'engagement de bétail, de titres représentant des marchandises, des warrants, la reprise de cette.

Le problème est plus délicat lorsqu'il s'agit de la mise en possession de la banque par endossement de lettres de change. La Cour de Cassation, dans une décision d'unification de jurisprudence a eu l'occasion de se pencher sur ce sujet. Selon cette décision No. 6/7, datée du 5.11.1969, les banques ne peuvent selon l'art. 50 LB. accepter de garantie immobilière seulement comme couverture supplémentaire (Ce qui n'est pas exact comme nous venons de le voir

plus haut: III, 1). Selon cette disposition, l'existence d'une sûreté personnelle telle que le cautionnement, ou d'une sûreté réelle comme le gage mobilier, est indispensable. Les lettres de change remises à la banque pour couvrir un crédit commercial et endossées, soit par endossement pignoratif, soit par endossement de procuration (à condition dans ce dernier cas que la banque possède sur la somme perçue selon un accord, un droit de rétention) peuvent être aussi considérées comme une couverture principale. Par contre, les lettres de change qui ont été endossées par un endossement tyranslatif, ne peuvent pas être considérées comme une garantie principale. Pourtant, si dans ce dernier cas, l'intention véritable des parties n'est pas le transfert de la lettre de change, et qu'il est possible de comprendre clairement du contrat de crédit, ou des actes accomplis à cet effet que la banque n'a pas payé l'endosseur et a gardé aussi le droit de retenir la dette perçue, il est aussi possible de parler d'une couverture principale.

Tels sont les principes essentiels qui découlent de la lecture de cette décision de la Cour de Cassation qui, dans un grand nombre de cas d'endossements et même dans le transfert fiduciaire des lettres de change, reconnaît à ceux-ci la qualité de couverture principale.

Quoique la décision ci-dessus mentionnée n'en parle pas, la doctrine est unanime à considérer la solidarité entre plusieurs débiteurs, comme une couverture principale (SIZMAZOGLU, p. 48, EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 174). Il existe même des auteurs qui, pour arriver à cette conclusion, se basent sur l'interprétation *acontrario* de l'art. 45 LB, qui dit que le crédit à découvert est un engagement personnel "à une seule signature". Par conséquent, tout engagement à plusieurs signatures ne sera pas considéré comme un crédit à découvert, mais sera un crédit couvert (YÜKSEL, Droit Bancaire, Istanbul 1960 —en turc—, p. 157).

Nous ne voudrions pas, en parlant de la jurisprudence très importante de la Cour de Cassation, que nous avons signalée plus haut, passer sous silence la condition requise par la haute instance pour considérer une hypothèque immobilière comme couverture supplémentaire. Selon sa décision d'unification ci-dessus mentionnée, une couverture ne peut être considérée comme supplémen-

taire, que lorsqu'elle renforce une autre garantie à laquelle doit s'adresser *en premier lieu la banque*, avant de recourir à la réalisation de la seconde.

Nous considérons, en parfait accord d'ailleurs avec la doctrine juridique, que tel n'est pas le cas, et que la qualité supplémentaire de l'hypothèque, ne lui confère pas aussi un caractère subsidiaire, et qu'en cas de non paiement, la banque peut très bien s'adresser à l'une ou à l'autre des garanties qu'elle possède, sans avoir à reconnaître une prédominance à l'une d'entre elles (EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 174; SIZMAZOGLU, p. 47).

La constitution d'une hypothèque, étant liée à l'existence d'une couverture principale, son montant ne doit pas dépasser le montant garanti par cette dernière qui, elle-même, doit couvrir le crédit dans son entier. Il ne se trouve pas de précision dans l'art. 50 à ce sujet, mais nous pensons que dans le cas contraire, la partie de l'hypothèque dépassant le montant couvert par la garantie première serait en infraction avec les dispositions de LB.

La durée de l'hypothèque peut être plus courte que le délai de la couverture principale. Dans le cas où la garantie principale vient à s'éteindre pour cause ne dépendant pas de la volonté des parties (lorsque par exemple le bien-meuble donné comme nantissement et non assuré, a péri dans un incendie) l'hypothèque continuera à porter ses effets, même sans la présence d'une couverture principale, car nous devons prendre en considération la présence de cette condition requise par la loi, au moment de la constitution même de l'hypothèque. Par contre, si la garantie principale s'est éteinte par le fait de l'une des parties (remise du gage entre les mains du débiteur, extinction de la couverture par accord des parties etc.), l'hypothèque ne pourra plus continuer à couvrir le crédit (EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 183).

b) *Premier cas où l'hypothèque immobilière peut constituer une couverture supplémentaire: Les crédits à court terme.*

a) *La notion de "court terme"*

La loi dans son art. 50, ne contient aucune précision au sujet de la durée qui serait nécessaire pour considérer un crédit à terme court.

Le Ministère des Finances, dans son Communiqué No. 7 (J. O. du 20.6.1960) repris par l'Union des Banques de Turquie dans son Communiqué du 11.10.1962 No. 130, fait savoir que par "court terme" il faut comprendre le temps que nécessite l'achat d'une marchandise de son producteur, sa préparation pour l'exportation, ou sa mise en vente dans le marché intérieur, son emballage etc.. Car ces sortes de crédits sont ouverts pour ce genre d'affaires. (On a pensé ici particulièrement aux petits commerçant et aux artisans). Toujours, selon le Ministère des Finances, une telle activité demande un délai de 4 à 9 mois. D'autre part, la Loi No. 1715 sur la Banque Centrale de Turquie (abrogée en 1971, et remplacée par une nouvelle loi) dans son art. 38, réglant le problème de réescompte considère comme "terme court" les délais ne dépassant pas les neuf mois. (Notons ici avec EREM-ALTIOK-TANDOGAN, que la nouvelle Loi No. 1211 sur la Banque Centrale de Turquie, dans son article 45, a ramené ce délai à 120 jours, p. 167). L'Union des Banques de Turquie dans son Communiqué du 11.10.1962, No. 130, considère que les lettres de cautionnement ou de garantie fournies par la banque pour des délais ci-dessus mentionnés entrent aussi dans la notion de crédit à court terme (Point de vue accepté par le Ministère des Finances avec son écrit du 4.9.1962 No. 5283-41/33289).

Selon la disposition expresse se trouvant dans l'art. 50, ce terme ne doit "pas aboutir à un long délai". Il faut donc que d'aucune façon le terme qui était court à l'ouverture du crédit, se transforme ultérieurement en crédit à longue durée ou à durée indéterminée. (Iels que la novation, l'accord de prolongation etc..)

Le Ministère des Finances, dans son Communiqué ci-dessus mentionné, considère que la durée de l'hypothèque prise comme couverture supplémentaire, ne doit pas dépasser le terme du crédit. Point de vue qui nous paraît incompréhensible, et du point de vue des intérêts de la banque, qui se verra démunie de l'une de ses garanties le jour même où elle aura le droit de demander de son client la restitution des paiements qui lui ont été faits, et du point de vue des règles les plus élémentaires du droit, qui demandent justement l'existence de l'hypothèque, pour que le créancier qui n'a pas été remboursé par son débiteur, puisse recourir à celui-ci, et que par conséquent, dans le cas où il n'existe pas une disposition

particulière, cette sureté continue à porter ses effets jusqu'à l'extinction de la créance. Il n'existe d'ailleurs dans l'article aucune précision à ce sujet. (Voyez: SIZMAZOGLU, p. 56; EREM-ALTIOK-TANDOĞAN, p. 167 et suiv.)

bb) *Le montant du crédit.*

Il ne suffit pas, pour appliquer la disposition de l'art. 50, que le crédit soit seulement à court terme. La loi apporte une seconde condition à la première: le montant de ce crédit ne doit pas dépasser une certaine limite qui sera fixée par la Banque Centrale de la République de Turquie.

Le Comité de Réglementation des Crédits Bancaires (qui a été remplacé par le changement apporté à LB en 1971 par la Banque Centrale) avait fixé cette limite à 150.000 livres turques. Limite qui est toujours en vigueur.

c) *Deuxième cas où l'hypothèque immobilière peut constituer une couverture supplémentaire: Les crédits présentant des risques ou un danger extraordinaire de recouvrement.*

Dans cette situation, la loi n'a pas pris en considération la durée du crédit. Ce qui l'intéresse, c'est qu'il existe des risques dans la récupération du crédit avancé, ou qu'un fait extraordinaire constitue un danger grave pour le remboursement de la créance par le débiteur.

Elle apporte quand même une différence entre "*le risque*" de récupération" et "*le motif extraordinaire*"

aa) *Dans le cas de risque de récupération.*

aaa) *Notion de "risque de récupération"*

La loi est silencieuse à cet égard. Comme terme juridique, on peut parler d'un tel risque, dans le cas où différentes démarches entreprises par le créancier afin d'obtenir le remboursement de sa créance, n'ont pas abouti à un résultat satisfaisant.

Devra-t-on donc pour parler de "risque", demander que des démarches juridiques aient été entreprises sans aboutir à un rem-

boursement. Selon la doctrine, il ne faut pas être tellement exigeant, et il serait préférable de confier à l'appréciation de la banque s'il existe dans tel ou tel cas, un risque de récupération. (SIZMAZOG-LU, p. 50).

On doit considérer qu'il existe un tel risque dans le cas où le débiteur a reçu des protêts de nonpaiement, a arrêté ses paiements; lorsque ses biens ont été saisis ou lorsque le service d'information de la banque a constaté des difficultés financières chez celui-ci.

Un auteur écrit que dans ce cas, il faut comprendre par "risque", la perte de confiance de la banque envers son client. (SIZMAZOG-LU, p. 50).

bbb) *La durée minimum exigée pour la constitution d'une telle hypothèque.*

Pour pouvoir constituer une hypothèque immobilière, comme couverture supplémentaire, à un crédit, la loi n'exige plus dans ce cas, que ce crédit soit à court terme.

Elle impose ici l'écoulement d'une certaine durée minimum pour que, dans le cas où l'on se trouve devant un risque de récupération, on puisse aller au renforcement d'une première garantie par une garantie foncière.

Ce délai minimum est fixé par la loi. Il est de quatre mois, et commence à courir non pas à la date de l'ouverture de crédit, mais à partir de la date où ce crédit a été partiellement ou totalement employé. On ne pourra donc pas demander une couverture supplémentaire avant que les quatre mois se soient écoulés à partir de l'emploi du crédit. (EREM-ALTIOK-TANDOGAN, critiquent cette exigence de la loi d'attendre l'écoulement des quatre mois avant de pouvoir demander du débiteur une couverture supplémentaire, même dans le cas où le risque de récupération s'est présenté avant ce délai. Ils avancent que cette façon d'agir de la loi est contre les intérêts des dépositaires, p. 185).

Il faudra que le montant de l'hypothèque couvre seulement la partie du crédit qui a été effectivement employé. Car si en se basant sur un risque de récupération, on prenait une hypothèque sur le

montant total du crédit, cela reviendrait à déourner la prohibition pour la partie qui n'a pas été encore employée.

bb) *Dans le cas de motifs extraordinaires.*

aaa) *Notion de "motifs extraordinaires".*

La loi n'apporte aucune précision à ce sujet. Aussi bien que pour les risques de récupération, la doctrine est d'avis de ne pas considérer comme motifs extraordinaires ou exceptionnels, qui pousseront la banque à demander une couverture supplémentaire sous forme de garantie foncière seulement ceux qui sont considérés comme tels par le droit (cas fortuits, force majeure etc.), mais qu'il faut reconnaître à cette notion un sens plus large. Il faut qu'il existe dans ce cas, une situation de fait devant laquelle la banque doit comme commerçant avisé, demander immédiatement de son client, le renforcement de sa garantie première (SIZMAZOGLU, p. 57, EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 172). Il faut en tout cas que la banque se trouve devant un danger dépassant la notion du risque de récupération.

La perte complète ou considérable des biens du débiteur, à la suite d'une incendie, d'un tremblement de terre, peut être considérée comme un tel motif. Ce sont en général des causes imprévisibles. (AKPINAR, les Banques d'Etat, Ankara 1966 —en turc— p. 120).

bbb) *Différence de caractère pratique entre le risque de récupération et les motifs extraordinaires.*

La différence pratique entre l'existence d'un risque de récupération du crédit employé et les causes extraordinaires entraînant l'insolvabilité du débiteur, se trouve dans le fait que, en cas de motifs extraordinaires, la loi n'exige pas de la banque d'attendre l'écoulement, au minimum de quatre mois, pour demander la constitution supplémentaire d'une hypothèque immobilière.

Dans le cas où les causes extraordinaires qui ont poussé la banque à demander une telle garantie viennent à disparaître, cette garantie supplémentaire aussi devra disparaître. Donc, cette garantie

doit avoir pour but la couverture de la liquidation du crédit employé (SIZMAZOGLU, p. 58).

IV. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES DÉROGATIONS A LA RÈGLE PROHIBITIVE DE L'ART. 50 LB

1. Considérations générales

Quelles sont les sanctions juridiques applicables en cas de dérogation à la prohibition ou aux restrictions apportées par l'art. 50 L.B. à l'ouverture d'un crédit contre hypothèque immobilière?

Nous trouvons en face d'un des problèmes les plus épineux de notre sujet.

La loi et particulièrement l'art. 50, sont très imprécis à cet égard. En dehors de quelques dispositions apportant des sanctions pénales ou civiles, relatives en grande partie à la prohibition pour les banques *d'acquérir* des immeubles, le législateur semble avoir abandonné à la doctrine et à la jurisprudence, la recherche et la fixation de ces sanctions dans le domaine civil. Une disposition expresse existant pour les sanctions pénales.

Le problème d'un intérêt à la fois théorique et pratique qui se présente, est de savoir si cette prohibition et ses restrictions sont relatives seulement à la banque et à son personnel, ou bien si elles soulèvent aussi le problème de la validité (dans ses différentes modalités) du crédit et de sa garantie.

Des résultats d'une importance capitale sont liés à la solution qui sera apportée à ce problème.

Dans le cas où nous considérerions que ces restrictions ne sont relatives qu'aux relations internes de la banque avec ses organes et son personnel, des sanctions pénales, disciplinaires et civiles, appliquées à leur égard, constitueraient la seule conséquence de cette dérogation. Le crédit et sa garantie hypothécaire continueraient à accomplir leurs effets.

Par contre, si l'on acceptait la nullité du contrat de crédit et de sa garantie, on se trouverait devant une situation délicate, à

savoir que la banque ne pouvant pas —peut-être— invoquer une relation contractuelle, se trouverait dans l'obligation de recourir aux règles de l'enrichissement illégitime pour la restitution des paiements faits au client, sans pouvoir en plus profiter des possibilités de la garantie. Ce qui nous mènerait à un résultat diamétralement opposé au désir du législateur, qui a voulu, en apportant cette restriction, protéger en premier lieu les intérêts des dépositaires.

Nous essaierons donc, dans les pages qui viennent, d'examiner les sanctions pénales que le législateur a mentionnées dans la loi, et les sanction civiles qui demandent à être discutées plus profondément.

2. Les sanctions pénales

Les présidents et membres du Conseil d'Administration aittitrés et intéressés, les directeurs généraux leurs adjoints, et les directeurs administrant effectivement les affaires des Banques qui n'observent pas les dispositions de l'article 50 et leurs participations, et les établissements auxquels celes-ci sont associées, qui agissent contrairement aux dipositions de l'alinéa 3 de l'article 50, seront punis d'une amende lourde de 5 mille à 10 mille Livres avec, en même temps, un emprisonnement allant de 6 mois à deux ans.

Si l'infraction est faite en vue d'assurer un profit à la Banque ou aux établissemnets auxquels elle participe, ou aux personnes intéredsées, ou dans le cas où, à la suite de ce genre d'agissement, de pareils profits ont été effectivement réalisés, l'amende lourde sera portée au quintuple de ce profit avec un minimum de 10 mille Livres (art. 70 LB).

Si les faits et agissements motivant les pénalités prévues ci-dessus, sont de nature à porter atteinte à la sûreté de la marche des activités de la banque intéressée, en plus des pénalités mentionnées, et sur la demande du Ministère des Finances, le Tribunal décide l'interdiction de l'activité définitive ou provisoire de pareilles Banques (art. 71 LB).

3. Les sanctions civiles

a) *La jurisprudence.*

La jurisprudence de la Cour de Cassation est presque unanime, en cas d'infraction aux dispositions de l'art. 50, de considérer comme nulle une telle opération (Voyez pour ces décisions: EREM-ALTIOK-TANDOGAN, p. 179 et suiv. et 184).

Le cas le plus courant qui se présente devant les tribunaux, est le conflit qui se montre lorsque la banque s'adresse à l'hypothèque. La Cour de Cassation considère dans ce cas, avec sa formule consacrée, que le propriétaire de l'hypothèque "n'est pas responsable de cette dette".

b) *La doctrine.*

La question est, comme nous l'avons souligné plus haut, beaucoup plus complexe en doctrine. L'attitude très stricte de la Cour de Cassation, est presque unanimement critiquée par la doctrine qui essaie d'apporter des solutions plus souples au problème, sans arriver pourtant à s'entendre sur ces solutions.

aa) La doctrine est d'accord qu'il s'agit dans l'alinéa 1 de l'art. 50, d'une disposition impérative. Mais toute infraction à une disposition impérative de la loi n'implique pas uniquement comme sanction civile la nullité de l'acte juridique constituant cette infraction. Il se peut très bien que, dans le cas où il n'existe pas dans la loi, de disposition expresse à cet égard, le législateur ait voulu conserver quand même une existence juridique à l'opération qui a été réalisée, ou que les intérêts opposés nous poussent à une telle interprétation. Tout dépend, d'une part (si elle existe) de la précision relative à la sanction se trouvant dans la loi, et si une telle précision ne se trouve pas, au motif qui a mené le législateur à apporter une telle restriction.

Il n'est pas toujours facile et souhaitable de lier à ces dispositions impératives la sanction très lourde de la nullité d'un acte juridique.

Ce qui est étrange dans la pratique turque, c'est de voir que la Cour de Cassation, dans des arrêts relatifs à d'autres problèmes

de droit bancaire, renforce notre point de vue. Dans sa décision Toutes Chambres Réunies (citée par SIZMAZOGLU, p. 93), du 29.5.1963, relative aux conséquences juridiques des lettres de garantie fournies par des responsables de la banque, en dépassement du plafond de crédit qui leur est alloué, la Cour de Cassation déclare que toute disposition impérative (il s'agit des art. 45, 44 LB) ne doit pas amener l'annulation de l'acte juridique (dans ce cas, des lettres de garantie). Il est suffisant parfois d'appliquer les pénalités prévues par la loi. Toujours selon cette décision, ces articles ne sont pas relatifs à la capacité (la représentation) de la banque, mais sont plutôt des dispositions disciplinaires intéressant son administration.

bb) *Peut-on considérer la disposition impérative de l'art. 50, comme une disposition d'ordre public?* La doctrine turque profondément influencée par la jurisprudence du Tribunal Fédéral suisse, au sujet de la notion d'ordre public, n'accepte l'existence d'une infraction à celle-ci que lorsqu'une *perturbation importante est apportée dans les conceptions et le sentiment juridique général de tout le pays.*

Tel n'est pas le cas pour la disposition de l'art. 50. Car d'une part l'hypothèque par elle-même est une institution réglée par le C. C., et d'autre part, la constitution d'une hypothèque même en infraction à la réglementation contraire, ne peut en aucune façon perturber le sentiment juridique de tout le pays.

cc) *On peut aussi discuter sur la teneur de l'interdiction apportée par l'art 50.* Le style et le ton de l'alinéa 1. de cet article, donnent l'impression que cette prohibition *visé plutôt le crédit que sa couverture.* Le centre d'intérêt de cette disposition semble se trouver, non pas dans la constitution de la garantie immobilière, mais dans l'ouverture de crédit.

Ce point de vue pourrait nous mener à considérer comme nul, le contrat de crédit, et à reconnaître une existence juridique à l'hypothèque immobilière. Ce résultat serait complètement illogique, car nous aurions alors devant nous, un crédit nul couvert par une garantie valable. Du point de vue du caractère causal de la constitution d'une hypothèque en droit turc, cette solution *ne serait pas acceptable juridiquement.*

Un auteur considère que si l'on part d'une interprétation de l'article, en prenant en considération les motifs qui ont poussé le législateur à apporter une telle interdiction, il serait préférable de considérer le crédit, comme nul. Dans ce cas-là on appliquerait pour les paiements faits sur base de ce crédit, les dispositions de l'enrichissement sans cause, et la garantie valable couvrirait la demande de restitution de cet enrichissement (SIZMAZOGLU, p. 19).

dd) Un autre auteur (AKYAZAN, p. 181 et suiv.) propose l'application, dans cette situation, de l'art. 70 LB, pour les pénalités, et les dispositions de l'art. 50/6 et 70, pour la sanction civile. (EREM-ALTIOK-TANDOGAN semblent adopter ce point de vue, p. 184). Selon ces dispositions, les banques doivent liquider les biens immeubles qui sont entrés en leur possession. Dans le cas où cette opération s'avère impossible, ou susceptible de causer de grandes pertes à la banque, ce délai peut être prorogé par le Ministère des Finances (art. 50/6), et en cas de pénalisation, les biens-immeubles acquis par les banques, contrairement aux dispositions de l'art. 50, seront suivant la sentence de condamnation, vendus et liquidés, (art. 70/3).

La vente et la liquidation seront faites par les fonctionnaires du bureau exécutif de la Justice, conformément aux dispositions de la Loi sur l'Exécution et la Faillite. Les frais de vente et de liquidation seront déduits du produit de la vente, et l'excédent sera remis à la Banque. (art. 70/4).

Les frais à déduire du produit de la vente en vertu du paragraphe ci-dessus, seront tout d'abord payés à titre d'avance sur le chapitre des taxes des tribunaux du budget du Ministère des Finances. (art. 70/5).

Ces dispositions ordonnant la liquidation d'un immeuble acquis par la banque, ne peuvent pas selon nous s'appliquer en cas d'hypothèque. Il s'agit dans l'art. 50/6, d'un immeuble valablement hypothéqué et valablement acquis par la banque, et dans l'article 70/3 d'immeubles acquis contrairement aux dispositions de l'art. 50, relatives non pas à la constitution d'hypothèque, mais à l'acquisition d'immeubles par la banque dans un but spéculatif ou excédant leurs besoins (art. 50/4 et article provisoire 5 LB).

La constitution d'une hypothèque ne peut pas être considérée comme l'acquisition de la propriété de l'immeuble grevé. Dans son

art. 788 (art. 816 suisse), le C.C. considère même comme nulle, toute cause qui autoriserait le créancier à s'approprier l'immeuble, à défaut de paiement (*lex comissoria*). Nous ne voyons pas très bien comment une banque liquiderait un immeuble qui ne lui appartient pas.

Selon l'art. 70 ci-dessus mentionné, la liquidation de l'immeuble n'est au fond que la vente forcée de celui-ci et sa réalisation; exactement de la même façon que la réalisation de l'hypothèque. Nous ne comprenons pas alors l'intérêt pratique de cette subtilité. Pour qu'on puisse liquider un droit, il faut d'abord accepter la validité de son acquisition. En acceptant cette validité, nous ne devons plus avoir besoin d'appliquer une disposition de liquidation, puisque nous possédons la faculté de nous adresser à l'hypothèque, selon les règles du droit commun.

Il nous paraît donc contre la lettre du texte et en tout cas inconséquent d'arriver à la solution cidessus mentionnée.

ee) Par contre, toujours en prenant en considération l'alinéa 6 de l'art. 50, sur la liquidation des immeubles acquis par la banque, et l'art. 70, qui est en rapport aussi avec cette liquidation, nous voyons que le législateur qui a réuni dans l'alinéa 1 de l'art. 50, l'acquisition des immeubles, et la couverture d'un crédit par une garantie immobilière, a soumis ces deux opérations aux mêmes règles générales, et s'est basé sur des motifs identiques.

Comment peut-on accepter que ce même législateur ait reconnu valable — et seulement soumise à la liquidation — l'acquisition des immeubles réalisée en contravention à ces règles, et nulle, la constitution d'une telle hypothèque?

En partant de cette constatation, on pourrait affirmer que, aussi bien dans le cas d'acquisition de la propriété, que dans la constitution comme garantie, d'un immeuble en dérogation à l'interdiction légale, nous nous trouvons devant des opérations valables.

ff) La doctrine essaie aussi d'adoucir les conséquences pratiques très importantes, d'une annulation par le moyen de la conversion. En effet, deux cas peuvent se présenter.

Dans un premier cas, il se peut que l'hypothèque soit prise comme couverture supplémentaire en contravention des conditions

requis pour une telle garantie; mais que, par contre, les conditions d'une couverture principale soient réalisées. Cette hypothèque sera valable comme couverture principale.

Dans un second cas, il se peut, au contraire que l'hypothèque soit prise comme couverture principale en dérogation aux restrictions relatives à ce genre de garantie, mais qu'au contraire, les conditions nécessaires à la constitution d'une couverture supplémentaire existent. Cette hypothèque portera ses effets comme couverture supplémentaire (SIZMAZOGLU, p. 89, EREM-ALTIOK-TANDOĞAN, p. 188 et suiv.).

gg) On peut penser aussi, pour alléger les conséquences de la nullité, à l'emploi de *l'exceptio non adimpleti contractus*. En reconnaissant à la banque cet *exceptio*, dans le cas où le débiteur ou le propriétaire de l'immeuble invoquent la nullité de l'hypothèque. Il faudra d'abord que les paiements faits par la banque lui soient remboursés, pour pouvoir aller à la radiation de l'inscription du registre foncier. (SIZMAZOGLU p. 89).

Telles sont en résumé les idées les plus intéressantes, qui se trouvent exprimées dans la doctrine, au sujet des problèmes que nous venons de souligner.

V. CONCLUSION GÉNÉRALE

Nous avons essayé d'exprimer tout le long de ce travail notre point de vue devant les différents problèmes qui se posent, en droit turcs, au sujet du crédit foncier et hypothécaire.

S'il faut résumer notre pensée, nous pouvons dire, sans nous arrêter sur les arguments exposés plus haut, que les dispositions du L.B étant imprécises, incomplètes et même muettes au sujet des conséquences juridiques qui doivent s'attacher à l'infraction des règles prohibitives, relatives à l'ouverture d'un crédit contre la constitution d'une hypothèque immobilière, peuvent être interprétées de façon à sauver la validité de l'opération, en prenant en considération que cette réglementation vise en premier lieu les intrérêts des dépositaires et que toute interprétation nous conduisant à augmenter le

risque de récupération, au lieu de le diminuer, serait contraire à l'esprit de la loi, et par conséquent, inacceptable.

Nous ne croyons pas devant la jurisprudence de la Cour de Cassation, qu'on pourrait arriver par des discussions et propositions doctrinales à un résultat pratique satisfaisant. Toutes ces idées émises depuis de longues années, ne semblent pas pour le moment avoir ébranlé la conviction de cette haute juridiction, qui continue à insister sur la nullité d'une telle opération.

Aussi, pensons-nous que ce n'est que par voie législative, en apportant des dispositions plus complètes en la matière, qu'il sera possible de changer la situation juridique actuelle.