

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 31 (1912)

Artikel: L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse

Autor: Aeby, Pierre

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896500>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse.

Par PIERRE AEBY, avocat,
Dr. en droit, professeur agrégé à Fribourg.

Sommaire.

Avant-propos	149
I. Nature de l'acte fiduciaire	151—169
1. La place qu'occupe l'acte fiduciaire dans les cas de divergence entre volonté et déclaration	151
2. L'acte fiduciaire et l'acte simulé	154
a) nature de l'acte simulé	154
b) sa différence d'avec l'acte fiduciaire	157
3. Conclusions tirées des considérations qui précèdent pour la détermination de la nature de l'acte fiduciaire	161
II. Les actions résultant de l'acte fiduciaire	170—176
III. L'acte fiduciaire constitue-t-il un moyen d'éluder la loi et est-il de ce chef prohibé par l'ordre juridique?	177—186
1. L'acte fiduciaire en général	177
2. L'acte fiduciaire avec but de garantie en particulier	178
IV. L'acte fiduciaire et ses conséquences dans la poursuite et la faillite	187—197
1. La faillite du fiduciaire	187
2. La faillite du fiduciaire	190
a) Les différentes théories adverses et leur critique	190
1. Théories absolues (Dernburg)	191
2. Théories équitaires (Kohler).	192
b) Notre thèse	194
V. L'acte fiduciaire dans la jurisprudence du tribunal fédéral	197—206

Avant-propos.

Le Tribunal fédéral suisse a rendu, le 17 mars 1905, un arrêt des plus intéressants : il s'agissait de se prononcer sur la validité de la cession d'une créance, cession passée à titre fiduciaire.

Phénomène curieux, l'acte fiduciaire qui a fait l'objet de nombreuses études dans les pays d'Outre-Rhin, n'a pas, jusqu'ici, attiré l'attention des juristes suisses et français. Autant l'acte fiduciaire a été discuté en Allemagne, autant y sont nombreuses et diverses les théories émises et sur sa nature et sur ses applications, autant la littérature juridique française et suisse manque d'ouvrages approfondis en la matière. La fiducie n'y est guère traitée qu'en connexité avec le régime des successions. La nature si complexe de cet acte est bien faite cependant pour exercer la sagacité de nos juristes. Son étude est d'autant plus importante que ce n'est que sur une théorie bien établie que pourra se baser une jurisprudence constante relative à cet acte.

Nous n'avons pas la prétention de présenter ici un traité complet de l'acte fiduciaire, nous avons voulu simplement étudier sa nature et en tirer quelques conclusions qui nous ont paru en même temps les plus intéressantes et les plus pratiques.

A ce sujet nouveau, nous avons été obligés d'adapter des expressions nouvelles, sous peine de voir notre étude encombrée de périphrases sans fin. Pourquoi, du reste, le terme de „fiduciant“ — c'est de lui qu'il s'agit — n'obtiendrait-il pas, dans notre langue si claire, un droit de cité comme celui de „fiduciaire“ ou de „fiducie“ ?

L'objet de notre étude ayant été traité, comme nous venons de le dire, surtout par les auteurs allemands, c'est à leurs ouvrages que renverront la plus grande partie de nos notes.

I. Nature de l'acte fiduciaire.

1. La place qu'occupe l'acte fiduciaire dans l'ordre juridique.

Le mouvement continu, qui se produit dans la sphère des droits et des obligations, n'est pas en général l'effet du hasard. L'acquisition ou la perte d'un droit est la conséquence d'un fait auquel l'ordre juridique a accordé un pouvoir modificateur. Ce fait est généralement appelé „fait juridique.“¹⁾

Mais il peut lui-même être de nature fort diverse: il sera ou bien un acte de l'homme, ou bien un autre événement, tel que, par exemple, la naissance ou la mort d'une personne, l'écoulement d'un certain laps de temps, la perte d'une chose. Quant aux actes de l'homme, ils pourront consister en des agissements licites, autorisés par la loi, découlant d'une libre volonté, ou d'un accord de volontés, en vue de faire intervenir la conséquence désirée: actes juridiques, ou bien en des actes illicites entraînant pour leur auteur la modification ou la perte d'un droit, même contre sa volonté: délits et quasi-délits. Seule la première catégorie des actions de l'homme servira de point de départ dans la détermination de la nature de l'acte fiduciaire, qui n'est lui-même qu'une des formes des actes juridiques, manifestations de la volonté de l'homme agissant comme personne privée en vue d'amener un effet juridique.

Lorsque, dans un cas concret, le juge se trouve en face d'un tel acte juridique, il admettra en règle générale que cet acte est valable, c'est à dire qu'il est capable d'amener la conséquence naturelle qu'il semble appeler aux termes mêmes de sa manifestation. Il n'en est cependant pas toujours de même, et souvent le juge sera appelé à dénier à un tel acte tout effet juridique, ou à lui faire produire un effet opposé à celui que faisait attendre sa teneur: c'est que l'acte juridique était nul ou tout au moins annulable. Les causes de cette

¹⁾ En ce qui concerne la nature de l'acte juridique en général, voir Windscheid, Pand. I, § 67 ss.; Dernburg, Pand. I, § 91; Regelsberger, Pand. I, § 118 ss.; Crome, Handbuch des franz. Zivilrechts I, § 119 ss.; Eltzbacher, Die Rechtsfähigkeit, I das rechtsame Verhalten 1903.

nullité ou annulabilité peuvent être fort variées: elles peuvent résulter d'un manque de formes dans la conclusion de l'acte, d'un défaut de capacité dans la personne des parties qui le passent. Mais la cause la plus importante de nullité d'un acte juridique réside dans sa conclusion même; elle est de nature tout intrinsèque, c'est le défaut dans la volonté ou dans la manifestation de volonté des parties contractantes.

L'acte juridique étant une manifestation de volonté en vue de produire un effet juridique, il est évident qu'il ne saurait être efficace sans satisfaire aux éléments essentiels, découlant de sa définition même: volonté et manifestation de cette volonté.

Les vices de l'acte juridique, puisés dans ces défauts essentiels, peuvent se classer en deux catégories. L'acte juridique sera nul, parce que la volonté qu'il exprime n'existe pas, ou que certaines circonstances indépendamment de l'intention des parties pèsent si lourdement sur cette volonté, qu'elle ne saurait être prise en considération: il en sera ainsi dans les cas d'erreur essentielle ou de contrainte grave. Mais l'acte juridique peut aussi ne pas déployer ses effets, parce que les parties ou l'une d'elles n'ont pas voulu, le sachant, exprimer leur volonté même, mais que cette volonté est autre en réalité. La déclaration est en opposition voulue avec la volonté.²⁾

Le défaut intentionnel d'harmonie entre volonté et manifestation peut consister ou bien en une simple plaisanterie: un acteur déclare sur la scène donner en dot à sa nièce une partie de ses biens, ou bien être le but d'une démonstration instructive: un professeur remet à ses élèves un chèque qu'il établit sous leurs yeux pour leur en montrer la forme. Personne ne songera à voir là un acte juridique valable.

Mais les difficultés surgissent, dès que la plaisanterie cesse d'être évidente: les parties sont en présence; l'une d'elles déclare à l'autre vouloir lui vendre certain objet, alors qu'elle

²⁾ Voir les auteurs cités Note 1. — Notamment Regelsberger, *Pand. I.*, § 139 et 141; Crome, *System des D. B. G. B. I.*, § 93.

n'en a en réalité aucune envie, dans le but de se faire concéder un avantage quelconque. Une telle déclaration lie-t-elle son auteur? C'est la question de la réserve mentale, qui de tous temps a fort occupé les juristes, mais qui, n'étant pas en relation directe avec l'acte fiduciaire, ne saurait être traitée ici.

Le cas se complique encore, si, au lieu de divergence entre déclaration et volonté du côté d'une partie seulement, les deux parties prenant part à l'acte juridique expriment en le sachant une volonté différente de celle qu'elles ont en réalité. Nous ne trouvons plus ici en présence l'une de l'autre deux parties, dont l'une cherche à induire en erreur la seconde au moyen d'une fausse déclaration, mais toutes deux s'entendent soit pour tromper les tiers, soit pour leur cacher la nature véritable de la convention: ce sont les cas de la simulation.

Il se peut enfin que les parties passent à la conclusion d'une convention qui ne doit pas être pour elles son propre but, mais qui doit au contraire leur permettre d'arriver à un résultat final que n'exprime pas le sens de cette convention, au moins aux yeux des tiers non initiés.³⁾

Les parties recourront à cette voie détournée, soit lorsqu'il leur est impossible de parvenir autrement au but qu'elles se proposent — c'était, dans l'ancien droit romain, la principale raison d'être de la fiducie — soit que cette voie détournée leur accorde des avantages ou leur permette d'éluder certaines conséquences désavantageuses qu'eût entraînées pour elles la conclusion de l'acte atteignant sans ambage le but proposé: pour éviter la remise du gage au créancier, remise que nécessite la constitution de gage, le débiteur transfert au créancier la propriété de la chose par simple constitut possessoire, en ajoutant à ce transfert de propriété la clause obligatoire que, la créance éteinte, l'objet de l'acte retournera dans le patrimoine du ci-devant débiteur.

Nous avons cité l'acte fiduciaire.

³⁾ Lang, die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte, Archiv für die zivilistische Praxis, vol. 83, p. 336 ss.

2. L'acte fiduciaire et l'acte simulé.

a) Nature de l'acte simulé.

L'acte fiduciaire ayant trop souvent été confondu avec l'acte simulé, il est nécessaire, pour en donner une idée exacte, d'examiner l'acte simulé lui-même, afin de pouvoir dans la suite énumérer les côtés par lesquels l'acte fiduciaire en diffère essentiellement.

L'analogie que présentent ces deux sortes d'actes juridiques est si grande, que beaucoup, et des auteurs les plus sérieux, ont voulu nier la nécessité de distinguer l'un de l'autre l'acte fiduciaire et l'acte simulé.⁴⁾

En quoi consiste la simulation, c'est ce que nous avons déjà examiné brièvement dans notre premier paragraphe,⁵⁾ et nous allons l'étudier maintenant plus minutieusement.

L'acte simulé se présente avant tout comme un acte de nature complexe, et la seule façon rationnelle de l'envisager, c'est de le décomposer en deux conventions bien distinctes.⁶⁾ A convient avec B de lui donner une de ses propriétés. Mais, soit pour échapper aux droits que le fisc réclamerait sur cette donation, soit pour échapper à l'action révocatoire que pourraient intenter les tiers créanciers ou les héritiers du donateur pour violation de leur légitime, A et B déguisent cette donation sous l'aspect d'une vente. Ils en passent acte devant notaire, déclarent à cet officier que le prix a été payé d'avance, et font opérer ensuite la mutation au registre foncier.

C'est là l'exemple-type de la simulation. Il s'agit de décomposer cet acte dans ses différents éléments.

⁴⁾ V. Dreyer, *das fiduziarische Rechtsgeschäft*, Gruchots Beiträge vol. 40, p. 468 „il n'y a non seulement plus de fiducie telle que la comprenait l'ancien droit romain, mais il est inutile et cela prête à confusion d'introduire une distinction entre acte simulé, dissimulé et fiduciaire dans la théorie et la pratique.“

⁵⁾ V. ci-dessus p. 153 ss.

⁶⁾ Le mérite d'avoir clairement exposé la nature de la simulation revient en première ligne à Kohler, *Jherings Jahrbuch*, vol. 28, p. 169. Son exposé a été repris par Goltz dans sa dissertation „*das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes*“, Rostock 1901, p. 6 ss.

Qu'il y ait dans la convention passée entre A et B deux actes distincts: un acte simulé, la vente, et un acte dissimulé, la donation; que l'acte simulé soit nul, parce que évidemment contraire à la volonté des parties, que l'acte dissimulé soit valable, si les parties l'ont voulu en réalité et si elles ont du reste satisfait aux conditions de capacité et de forme exigées pour cet acte, c'est ce qui n'a jamais été mis en doute.⁷⁾

Mais c'est plus loin encore qu'il faut pousser la réduction dans ses principes de l'acte simulé lui-même, et voir ce qui fait précisément l'essence de la simulation.

Les parties, qui procèdent à la passation d'un acte de ce genre, s'engagent dans deux conventions: l'une d'elles est publique; dans l'exemple cité, c'est la vente. Les parties ont ouvertement donné leur consentement réciproque à ce que l'objet vendu passe du patrimoine du vendeur dans celui de l'acheteur; elles ont donné à ce contrat, comme la loi l'exige, une forme solennelle, en ayant recours aux services des officiers publics. Aux yeux des tiers donc, de ceux du moins qui n'ont pas été initiés aux secrets de l'affaire, cette vente paraît inattaquable, et il s'en suivra pour eux des conséquences qu'ils pourront au besoin opposer aux parties contractantes.

Qu'en est-il de ces dernières? Pourront-elles réciproquement s'opposer l'acte qu'elles viennent de passer, et sinon, où en rechercher les causes de nullité? Il ne peut être question ni de dol, ni d'erreur, chaque partie sachant parfaitement que cette convention ne devait pas déployer les effets afférents à sa nature. Mais si elles se sont décidées à passer l'acte en question, c'est que les parties avaient⁸⁾ auparavant déjà fait

⁷⁾ Quant aux effets de la simulation, v. Rossel, Manuel C. O. révisé, p. 42 ss.; Fick, Kommentar p. 49 ss.; Oser, Kommentar, p. 73 ss.; Saleilles, déclaration de volonté, p. 9; le même, Code civil allemand, p. 122; Oertmann, Kommentar I ad art. 117.

⁸⁾ La théorie de Goltz, op. cit. N. 6, suivant laquelle „la convention de simulation peut être passée avant ou après l'acte simulé,“ ne nous paraît pas soutenable. Les parties qui, sans un accord préalable express ou tacite, concluent un acte qu'aucune d'elles n'a l'intention sérieuse de passer, concluront en effet, comme le veut Goltz, une double réserve mentale, mais jamais une simulation, puisque celle-ci suppose une entente entre les parties, un accord de volonté de simuler, comme le montrera l'exposé qui va suivre.

intervenir entre elles une convention, convention secrète et tenue soigneusement cachée aux tiers, convention qui avait pour objet la simulation même et que nous pourrions appeler pour cela l'acte de simulation. Cette convention n'avait pas d'autre sens que celui de fixer la signification que devraient avoir les termes employés dans l'acte à passer ultérieurement. Nous serions tentés de la comparer aux conventions fixant les termes secrets des communications diplomatiques qu'un ambassadeur fera à son souverain, ou à celles fixant entre un commerçant et ses employés la valeur que doit exprimer une lettre quelconque.

Cette première convention ne saurait s'interpréter d'une autre manière. Elle ne peut être considérée comme l'acte dissimulé lui-même. La preuve en est fort simple. Toutes les législations accordent à l'acte dissimulé sa valeur pleine et entière, pourvu que les parties l'aient réellement voulu et que d'autre part elles aient satisfait à toutes les conditions de forme exigées pour l'acte qu'elles ont eu l'intention de passer.⁹⁾

Or il est évident que cette première convention ne satisfait aucunement, dans la plupart des cas, à ces réquisits, puisqu'elle sera régulièrement dénuée de toute forme, ou dénuée au moins de la forme prescrite par la loi pour le

⁹⁾ C'est ainsi que le C. O. déclare, art. 18: „Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention.“ Voir sur cet article Rossel, *Man. C. O.*, p. 43 ss. Fick, *Komm.* p. 49 ss.; Oser, *Komm.* p. 73 ss. — Le Code civil de l'empire allemand contient les mêmes dispositions, art. 117 (v. Oertmann, *Komm. I.*, p. 349): „Si une déclaration de volonté qui doit être émise envers un autre est, d'accord avec celui-ci, émise seulement pour l'apparence, elle est nulle. — Lorsque sous le couvert d'un acte apparent se trouve dissimulé un autre acte juridique, il y a lieu de faire application des règles relatives à l'acte qui a été dissimulé.“ — Le droit civil français part d'un point de vue différent; suivant le système du Code Napoléon, l'acte simulé est nul en vue de l'art. 1108, parcequ'il porte sur une fausse cause; quant à l'acte dissimulé, il est valable, pourvu qu'il satisfasse aux conditions de forme et de fond, les mêmes que celles qu'exige l'art. 117 du Code allemand. V. Crome, *Handbuch I.*, § 128.

contrat qu'elles ont en vue, dans l'exemple précédent, de la forme authentique.

L'acte dissimulé ne s'épuisant pas dans cette première convention, son complément doit donc être recherché ailleurs, et on ne pourra le trouver que dans la seconde convention, dans l'acte qui a été passé publiquement ou que tout au moins les parties ont communiqué aux tiers; dans notre exemple, dans l'acte de vente. Ce n'est que dans cette corroboration des deux contrats que peut résider l'acte dissimulé, ce n'est que dans cette corroboration qu'il peut puiser sa validité.

D'après cet exposé, il sera facile de donner de l'acte simulé une définition exacte, définition que l'on pourrait tirer presque textuellement du Code civil allemand. L'acte simulé consiste dans une déclaration de volonté émise, d'accord avec celui qui la reçoit, pour l'apparence seulement, dans le but de tromper les tiers, en leur cachant la nature véritable de la convention.¹⁰⁾

b) Différence entre l'acte simulé et l'acte fiduciaire.

Pour éviter toute confusion, l'exemple cité plus haut¹¹⁾ a été choisi de telle sorte que rien ne puisse prêter à y voir un acte fiduciaire. Mais il suffira de changer l'hypothèse pour faire surgir la similitude apparente qui existe entre simulation et fiducie.

A demande à B de lui prêter une certaine somme d'argent. Celui-ci déclare y consentir, mais moyennant sûreté réelle.

Il est loisible aux parties de passer entre elles un contrat de gage; celui-ci ne pouvant toutefois déployer ses effets que par nantissement et A ne voulant ou ne pouvant se dessaisir d'aucun de ses biens, les parties se mettent d'accord pour remplacer cette constitution de gage par le transfert de propriété de l'objet destiné à garantir le créancier, transfert effectué par constitut possessoire.

¹⁰⁾ V. Goltz, op. cit., p. 10.

¹¹⁾ V. ci-dessus, p. 154.

Quelle est la nature de la convention qui vient d'être passée? Est-elle simulée? Constitue-t-elle un acte fiduciaire? C'est ce qu'il est impossible de dire au premier abord, sans d'autres données que celles qui précèdent¹²⁾.

Les parties ont pu, avant de conclure l'acte translatif de propriété, passer entre elles une convention préliminaire, aux termes de laquelle l'acte de vente, qu'elles s'engagent à conclure ultérieurement, ne devra pas avoir des effets aussi étendus, mais uniquement ceux de la constitution de gage. Qu'il y ait dans une telle convention un acte simulé et rien qu'un acte simulé, c'est ce qui ne saurait guère soulever de difficultés, après les considérations qui précèdent sur l'acte simulé. Si les parties ont conclu un acte de vente, par exemple, il était bien entendu entre elles, que cet acte n'était conclu qu'en apparence, qu'il n'était destiné qu'à induire les tiers en erreur et à se garantir contre eux en leur cachant la nature véritable de la convention.

Quels seront les effets d'un tel acte? C'est ce qu'il importe de considérer à la lumière des principes exposés au sujet de la simulation.

Pour apprécier la forme et les clauses de ce contrat, il s'agit de rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou expressions inexactes dont elles se sont servies; ce sont les propres termes du Code fédéral¹³⁾. Or il est certain que l'intention des parties était, dans le cas présent, de constituer un gage et non de faire un acte de vente. L'acte simulé — la vente — est nul, car il lui manque l'élément sine qua non de tout contrat, l'accord de volonté, soit la volonté de transférer au créancier la propriété de l'objet dont il s'agit, moyennant un prix.

Qu'en est-il de l'acte dissimulé, du contrat de gage? Aux termes des dispositions générales du droit des obligations, cet acte pourrait être valable, car les parties sont d'accord pour faire naître un droit de gage; l'élément essentiel du contrat,

¹²⁾ V. Linckelmann, Die Sicherheitsübereignung, Archiv f. Bürg. R., vol. 7, p. 229; Dreyer, op. cit., p. 449 ss.

¹³⁾ C. O., art. 18 al. 1.

le consentement réciproque existe sans aucun doute. Mais cet accord de volonté se heurte inévitablement à un obstacle insurmontable : les dispositions spéciales, soit de l'ancien Code fédéral des obligations¹⁴⁾, soit du Code civil suisse¹⁵⁾, exigent pour la naissance d'un droit de gage le nantissement, la remise au créancier de l'objet qui doit garantir sa créance. Or à cette condition, les parties n'ont pas satisfait : si elles se sont mises d'accord sur la constitution de gage, elles ont manqué au réquisit formel, puisque le débiteur est resté en possession de l'objet en question, la propriété n'ayant été transférée en apparence que par un pacte de constitut¹⁶⁾.

Entre les parties contractantes, cet acte n'a produit aucun effet, ni l'une ni l'autre ne saurait s'en prévaloir, le débiteur opposera au créancier, qui voudrait faire valoir ses droits sur l'objet, l'exception de nullité et celui-ci n'aura aucun moyen de la repousser.

L'acte ainsi passé ne saurait en principe avoir un effet quelconque vis-à-vis des tiers, puisque sa nullité est de nature tout intrinsèque : défaut de consentement d'une part, manque de forme d'autre part¹⁷⁾. L'application de ce principe en tout état de cause eût été cependant souverainement injuste ; aussi le législateur y a-t-il apporté des restrictions dans une matière spéciale d'abord, dans le Code fédéral des obligations¹⁸⁾, d'une

¹⁴⁾ C. O. (ancien) art. 210 al. 1 et 2 : „Le droit de gage sur les meubles corporels ou sur les titres au porteur ne peut s'établir que par voie de nantissement, c'est à dire par la remise de la chose au créancier gagiste ou à son représentant. — La remise n'est pas réputée faite, tant que la chose est encore entre les mains de celui qui constitue le gage.“

¹⁵⁾ C. c. s., art. 884 al. 1 et 3 : „En dehors des exceptions prévues par la loi, les choses mobilières ne peuvent être constituées en gage que sous forme de nantissement. — Le droit de gage n'existe pas tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose.“

¹⁶⁾ Mêmes principes d'après le B. G. B., art. 1204 et 1205 ; Code civil français art. 2076 : „Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage, qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.“

¹⁷⁾ V. Oertmann, Komm., I, 1, p. 349.

¹⁸⁾ C. O., art. 18 al. 2 : „Le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers de bonne foi qui possède une reconnaissance écrite de la dette.“

manière générale ensuite, étendant dans le Code civil suisse sa protection à tout tiers de bonne foi mis à titre de propriétaire en possession d'un meuble ¹⁹⁾).

Mais les parties ont pu donner à l'acte passé entre elles une autre signification.

Elles ont pu vouloir, pour garantir le prêt consenti, contracter un acte non plus simulé, mais effectif. Le créancier veut acquérir la propriété de l'objet qui lui est cédé en garantie, et le débiteur consent à aliéner cet objet. Mais à cette convention vient s'en ajouter une autre; sur ce premier contrat vient s'en greffer un second d'une façon plus ou moins étroite, et aux termes duquel le créancier prend à son tour un engagement: celui de ne pas se dessaisir de l'objet transmis, de n'en user que dans les limites convenues, de le restituer au débiteur, dès que celui-ci aura satisfait à son obligation, soit remboursé la somme empruntée. Ce second contrat, le premier dans l'ordre chronologique, pourra revêtir différentes formes, contenir un ou tous les éléments qui viennent d'être cités. Rien ne s'oppose non plus, puisqu'il s'agit maintenant d'une véritable aliénation, à ce que la propriété de l'objet servant de garantie ne soit transférée au créancier, l'acquéreur, qu'au moyen d'un simple constitut possessoire ²⁰⁾.

Rien n'a été apparemment changé à la première hypothèse, seule la volonté des parties a suffi à lui donner un caractère tout différent: nous ne sommes plus en face d'un acte simulé, mais en présence d'un acte fiduciaire.

La propriété de l'objet du contrat a été réellement, dans le second cas, transférée au créancier, l'acte n'est plus conclu en apparence et pour l'apparence seulement, il l'est en réalité.

Le transfert de propriété étant réellement voulu par les parties, il n'y a plus ici l'élément essentiel de la simulation: une contradiction entre l'accord de volonté et son expression. Quelle que soit l'intention qui a pu amener les parties à conclure cet acte plutôt que de constituer un gage, le transfert de propriété constitué aux yeux des tiers étant voulu, il ne

¹⁹⁾ C. c. s., art. 714 al. 2. — B. G. B., art. 932.

²⁰⁾ En ce qui concerne les tiers, v. ci-dessous, p. 178 ss.

saurait plus être question de déclaration de volonté émise, d'accord avec celui qui la reçoit, pour l'apparence seulement, dans le but de tromper les tiers en leur cachant la nature véritable de la convention²¹⁾.

Tandis que dans l'acte simulé, la convention tenue secrète dénature en quelque sorte l'acte manifesté, dans l'acte fiduciaire, la convention de fiducie²²⁾ ne sert qu'à compléter l'acte même et ne saurait partant en aucune façon intéresser les tiers.

3. Conclusions tirées des considérations qui précèdent pour la détermination de la nature de l'acte fiduciaire.

Si l'acte fiduciaire ne contient pas, comme l'acte simulé, une contradiction entre la volonté de ses auteurs et leurs déclarations, il n'en est pas moins vrai que l'acte passé n'exprime pas toute leur volonté.²³⁾

C'est dire déjà qu'il ne peut être question, dans l'examen d'un tel acte, de ne s'en tenir qu'aux déclarations seules des parties, ou à la dénomination qu'il leur a plu de donner à leur convention.²⁴⁾

Si tel est le cas, si la convention passée entre les parties et destinée à être communiquée aux tiers ne contient pas toute leur volonté, la conséquence nécessaire en est que, à côté de cette convention, il doit y en avoir une autre; car il ne peut exister d'accord de volonté, manifesté entre deux ou plusieurs personnes, en vue de faire naître un effet juridique, sans que cet accord constitue précisément une convention.

²¹⁾ V. ci-dessus p. 157.

²²⁾ C'est ainsi que nous appellerons, pour éviter une périphrase, la convention destinée à donner à l'acte son véritable caractère d'acte fiduciaire. Ne pas le confondre avec la convention de fiducie dans le sens romain étroit du terme. V. Oertmann, *die Fiducia im römischen Privatrecht*; Girard, *Manuel de droit romain* p. 514 ss.

²³⁾ Lang, *op. cit.*, p. 336. — Il est, comme s'exprime Kohler au sujet de la simulation, un fragment tiré du jeu intégral des volontés, qu'il plaît aux parties de communiquer. Jherings *Jahrbuch* vol. 28 p. 169.

²⁴⁾ V. Code fédéral des obligations art. 18 al. 1.

C'est en ceci que consiste surtout l'analogie entre l'acte fiduciaire et l'acte simulé: dans l'un comme dans l'autre cas, il ne peut s'agir d'un acte simple, tous deux sont des actes complexes.

L'acte fiduciaire est donc, comme l'acte simulé, formé de deux conventions: l'une publique,²⁵⁾ l'autre ne concernant que les parties en cause et pour cela tenue généralement²⁶⁾ secrète. Mais, avons-nous vu plus haut,²⁷⁾ au lieu de changer la nature de l'acte public, la convention de fiducie ne fait que la compléter.

La conséquence directe en est, que cet acte, tel qu'il est communiqué aux tiers, est réellement voulu par les parties et que par conséquent, tous les éléments requis pour la validité d'un acte juridique — accord de volonté et forme prescrite — s'y trouvant réunis,²⁸⁾ il déploiera tous ses effets. Ainsi lorsque l'acte fiduciaire consiste dans la vente d'un objet destiné à garantir une obligation, l'objet passe du patrimoine du débiteur dans celui du créancier dès sa tradition ou dès le moment du pacte de constitut; si l'acte fiduciaire consiste dans la cession d'une créance, en vue de donner au cessionnaire les pouvoirs d'en poursuivre la réalisation,²⁹⁾ le cédant n'en est plus le créancier, et seul le cessionnaire aura une action en exécution contre le débiteur cédé. Nous pourrions ainsi passer en revue les principaux cas d'actes fiduciaires, et partout nous trouverions les mêmes résultats.

Cette conclusion est cependant loin d'être généralement adoptée, et encore parmi les auteurs qui la défendent, beaucoup n'admettent-ils pas toutes ses conséquences logiques.

Sans vouloir faire ici un historique des nombreuses

²⁵⁾ C'est ainsi que nous appellerons l'acte fiduciaire, tel qu'il se présente aux tiers.

²⁶⁾ Le silence gardé sur la convention de fiducie, quoique de la nature de l'acte fiduciaire, ne lui est cependant pas essentiel.

²⁷⁾ V. ci-dessus p. 160.

²⁸⁾ Les autres conditions de validité de l'acte juridique, telles que par exemple la capacité des parties, ne présentant pas d'intérêt particulier dans l'étude de l'acte fiduciaire, nous en ferons abstraction ici.

²⁹⁾ Voir arrêts du tribunal fédéral XXXI 2 (1905) No. 15.

théories qui ont été établies au sujet de l'acte fiduciaire,³⁰⁾ il est nécessaire d'exposer au moins succinctement les principaux courants qui se rencontrent dans les ouvrages les plus récents.

La solution extrême, et qui, à premier examen, se présente sous un jour attrayant, puisqu'elle arriverait à résoudre les principales difficultés que fait naître l'acte fiduciaire, établit une scission très nette entre l'aspect interne et l'aspect externe de l'acte fiduciaire, entre les effets que doit avoir cet acte entre les parties contractantes elles-mêmes, et les effets qu'il doit avoir envers les tiers.³¹⁾

Quant aux tiers, abstraction faite des conséquences que peut avoir sur l'objet de l'acte fiduciaire la faillite du bénéficiaire, conséquences qu'il faudra, en raison du désaccord total qui règne à son sujet, traiter ultérieurement, les défenseurs de cette théorie font déployer intégralement à l'acte fiduciaire les effets qu'exige sa teneur. Tout autre, par contre, la solution en ce qui concerne les rapports existant entre les parties contractantes. Celles-ci ont bien voulu passer un acte qui mette à l'abri de toute action les tiers qui ont contracté avec la partie fiduciaire, mais vis-à-vis de la partie cédante, la première ne saurait s'appuyer sur cet acte et lui en opposer tous les effets; elle est bien plutôt limitée aux effets afférents à la convention intime passée entre elles, aux effets de la convention de fiducie. Ainsi le créancier, auquel une vente fiduciaire aura transmis la propriété d'un objet destiné à le garantir, ne sera véritablement propriétaire que vis-à-vis des tiers; dans ses rapports avec sa contre-partie, il ne sera que simple créancier gagiste. Ainsi le contractant, auquel une cession fiduciaire aura transféré une créance, ne sera créancier qu'en face des tiers, et spécialement du débiteur cédé; il ne sera, vis-à-vis de sa contre-partie, que fondé de pouvoirs ou représentant, suivant les cas.

³⁰⁾ Cet exposé historique a fait le sujet d'une thèse intéressante: Hertz, *die fiduziarischen Rechtsgeschäfte*, Erlangen 1905.

³¹⁾ V. Dernburg, *Pand. I*, § 100, p. 232; Crome, *System des Bürg. R.*, I, § 76, p. 333 ss.; Oertmann, *Komm. I*, 1, p. 351, 352. — Voir l'exposé de cette théorie dans Hertz, *op. cit.* § 4 p. 12.

Que cette théorie ait une tournure attrayante, on ne saurait le nier. Elle semble bien au premier abord correspondre le plus exactement à l'intention des parties. Suivant le nom que lui a donné la doctrine allemande „*Theorie des geteilten Eigentums*“, la propriété de l'objet de l'acte fiduciaire se trouve entre les mains de différentes personnes, suivant que l'on considère l'acte fiduciaire dans les rapports des parties entre elles ou avec les tiers. Dans le second cas, le fiduciaire est vraiment propriétaire. Dans le premier, cette qualité n'appartient qu'à la partie cédante. Mais il suffit de se rappeler ce qui a été exposé plus haut³²⁾ quant à la simulation, pour se rendre compte que cette théorie ne tend à rien moins, si l'on ne recule pas devant ses conséquences logiques, qu'à assimiler purement et simplement l'acte fiduciaire et l'acte simulé, et faire entre ces deux actes une distinction quelconque serait dès lors illusoire³³⁾.

Aussi cette théorie se voit-elle aujourd'hui abandonnée de plus en plus, et c'est vers la théorie de la transmission complète de propriété — „*Theorie des vollen Eigentumsüberganges*“ „*Theorie der vollen Rechtsübertragung*“ — que se tourne la plus grande partie des auteurs modernes³⁴⁾.

L'acte fiduciaire se compose de deux conventions dont l'une complète l'autre. Mais il y a lieu d'examiner de quelle nature est chacune d'elles. C'est ce qu'il sera le plus facile de démontrer par les effets que produisent l'une et l'autre et par leur mode d'agir³⁵⁾.

³²⁾ V. ci-dessus, p. 154 ss.

³³⁾ C'est à cette conclusion qu'est arrivé Dreyer, on ne peut lui disputer le mérite d'avoir été logique. V. Gruchots Beiträge, vol. 40, p. 233 ss. La *Theorie des geteilten Eigentums* n'a du reste plus aucune chance de succès en Allemagne, elle a été condamnée par le Tribunal d'Empire. Jur. Wochenschrift 1902, p. 80, 175, 318. — V. Schultze, Treuhänder, Jherings Jahrbuch, vol. 43, p. 28 ss.

³⁴⁾ V. Regelsberger, Archiv f. zivilist. Praxis, vol. 63; Pand. I, p. 518; Hellwig, Arch. f. ziv. Praxis, vol. 64, p. 369 ss.; Lang, Arch. f. ziv. Praxis, vol. 83, p. 336 ss.; Goltz, das fiduz. Rechtsgesch.; Hertz, op. cit., p. 35 ss. et les auteurs cités par ce dernier p. 11. — V. aussi les nombreux arrêts des tribunaux supérieurs allemands cités par Hertz, p. 22 ss.; le tribunal fédéral a fait siennes cette théorie vol. 31, 2, No. 15.

³⁵⁾ Comp. Hallbauer, von den Mitteln eine Forderung sicher zu stellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung; das Recht, vol. 9 (1905) p. 634.

Si l'acte fiduciaire ne doit pas être confondu avec l'acte simulé, il s'en suit nécessairement, comme il a été dit au cours des lignes qui précèdent, que l'acte, tel qu'il ressort des déclarations des parties, doit produire ses effets comme il les produirait, sans avoir aucun compte à tenir de la convention de fiducie : le propriétaire fiduciaire est bien propriétaire, non seulement vis-à-vis des tiers, mais vis-à-vis de sa contre-partie ; la personne, à qui une créance a été transférée à titre fiduciaire, est devenue créancier et non seulement représentant du véritable créancier. Les effets de cette première convention sont voulus par les parties, et en réalité ils se produiront tous.

Sur cette convention vient se greffer le pacte de fiducie. Les effets qu'il est destiné à produire, du moins si on les considère par leur côté négatif, montrent clairement qu'il ne peut s'agir ici d'une convention réelle, comme cela sera généralement le cas dans la convention résultant des manifestations des parties. En effet, le caractère commun de toute convention de fiducie, caractère que reconnaissent même les auteurs qui défendent la „*Theorie des geteilten Eigentums*“, est qu'elle ne peut être opposée aux tiers, que, vis-à-vis de ceux-ci, seule la convention publique est censée exister. Or le caractère essentiel de tout contrat réel est précisément qu'il peut être opposé à tout tiers, si, du reste, il satisfait aux conditions de forme et de publicité exigées par la loi.

Si la convention de fiducie ne doit pas avoir, selon la volonté des parties, un caractère réel, elle ne peut plus être qu'un contrat de nature simplement obligatoire. Celui-ci intervient, non pas pour détruire le contrat réel et l'empêcher de produire ses effets³⁶⁾, mais il impose à la partie bénéficiaire du contrat des obligations. Si le fiduciaire a acquis, de par le contrat réel, un pouvoir absolu sur l'objet de ce contrat, il a pris, vis-à-vis de sa contre-partie, l'obligation de ne pas faire de son droit un usage illimité, mais au contraire de ne l'exercer que dans les limites tracées par la convention de

³⁶⁾ V. Goltz, op. cit. p. 12 ss.

fiducie. L'acte fiduciaire dépasse le but que l'on veut atteindre³⁷⁾, la convention de fiducie lui impose des limites conformes à la volonté des parties; ainsi, pour nous en tenir aux exemples cités jusqu'ici, le créancier ayant obtenu la propriété de l'objet qui lui tient lieu de gage, a assumé, dans la convention de fiducie, l'engagement de ne pas s'en servir, ou même de le laisser entre les mains de son débiteur, la propriété n'en ayant été obtenue qu'au moyen d'un pacte de constitut; il s'est de plus engagé à ne pas se dessaisir de la chose au profit d'un tiers, et à la rendre à son débiteur, sitôt la créance éteinte. Ainsi le fiduciaire, à qui une créance a été transférée pour qu'il en obtienne la réalisation, est bien devenu seul et unique créancier, mais il s'est engagé vis-à-vis de son cocontractant à ne pas poursuivre pour lui-même l'exécution de la créance, mais à transférer au cédant les résultats obtenus.

Nous avons vu tour à tour au cours de cette étude, comment l'acte fiduciaire était composé de deux conventions, l'une réelle, l'autre simplement obligatoire. Nous avons exposé les deux principales théories qui se sont établies à ce sujet et leur manière de traiter l'acte fiduciaire et ses effets.

Un point controversé de la nature de l'acte fiduciaire demande encore quelques éclaircissements.

C'est un fait indiscutable dans le développement des institutions juridiques, fait correspondant du reste à l'extension des rapports juridiques et commerciaux, qu'une personne ne consent à entrer avec ses semblables dans des relations de droits et d'obligations, que lorsque des garanties sérieuses lui seront données pour l'exécution de ses droits. Le créancier devenant de plus en plus exigeant, le législateur a dû, dans l'intérêt même du crédit et partant du débiteur ou de celui qui tâche de le devenir, autoriser et créer de nouveaux modes de garanties, remplacer les garanties personnelles par des sûretés réelles. C'est ainsi que le droit de gage a remplacé l'ancienne fiducie romaine, que le législateur a permis de donner à certains droits de créance un caractère réel, et en a

³⁷⁾ V. Lang, op. cit. p. 336; A. T. F. vol. 31, 2 p. 109.

permis l'inscription au registre foncier : ainsi pour les droits d'emption, de préemption, de réméré³⁸⁾, pour la clause de retour³⁹⁾, pour les annotations d'autres droits personnels⁴⁰⁾.

Aussi devait-on forcément arriver à vouloir assurer par une garantie réelle les droits du fiduciaire⁴¹⁾.

Le cas, qui se présentera le plus fréquemment et qui s'impose de lui-même à la pensée, est celui du transfert de la propriété d'une chose à fin de garantie. Différents moyens s'offrent à la personne, qui veut ainsi donner en garantie un de ses biens, de conserver sur cette chose un droit réel au moins éventuel. Au lieu de transférer à son créancier la propriété pure et simple de cette chose, elle pourra se contenter d'en transférer une propriété conditionnelle. Elle pourra transférer la propriété de la chose au créancier avec la clause suivante : je vous fais propriétaire de tel de mes biens, mais cette propriété me sera acquise en retour, du moment où j'aurai satisfait à l'obligation que j'ai assumée envers vous. La condition résolutoire une fois réalisée, la propriété de la chose fera retour au fiduciaire⁴²⁾. La condition résolutoire venant à se réaliser, le fiduciaire n'est plus limité aux actions de nature obligatoire, il n'a plus seulement un droit de créance, mais un droit réel sur la chose remise en garantie ; il pourra donc exercer les actions réelles, et en premier lieu l'action en revendication, soit contre son cocontractant, soit même contre les tiers, sauf à respecter les dispositions légales relatives à la protection des tiers de bonne foi⁴³⁾.

³⁸⁾ C. c. s. 960. — 681.

³⁹⁾ C. c. s. 59 T. f. 273 i. CO (révisé) art. 247.

⁴⁰⁾ C. c. s. 959.

⁴¹⁾ V. entre autres Dernburg, Bürg. R. I., p. 567 ; Hallbauer, op. cit. 662.

⁴²⁾ Quant au mode d'agir de la condition résolutoire, aux actions réelles ou obligatoires auxquelles elle donne lieu, ainsi qu'aux difficultés qu'entraîne pour la force réelle de cette condition le transfert de la possession, voir ma thèse de doctorat : la donation à cause de mort, p. 83 ss.

⁴³⁾ V. Hallbauer, loc. cit., p. 662 ; C. c. s. art. 714 al. 2 ; voir étude détaillée dans Schultze, der Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jherings Jb. vol. 43.

Il en serait de même dans le cas, peu probable du reste, où le débiteur aurait, pour garantir son créancier, transféré la propriété d'un immeuble et fait inscrire, pour s'en assurer le retour, un droit de réméré.

Mais dans tous les cas, peut-on parler encore d'un acte fiduciaire? La fiducie, comme son nom l'indique, suppose nécessairement la confiance du fiduciant dans la loyauté du fiduciaire (fiducia). Celui-ci obtient sur la chose un pouvoir dépassant l'usage qu'il peut et doit en faire selon la convention de fiducie et le fiduciant sait que sa contre-partie peut, si elle le veut absolument, en abuser; mais elle a confiance qu'elle n'en fera rien. Or les droits du fiduciant ou soi-disant fiduciant n'étant plus de simples droits de créance, mais des droits sur la chose pouvant être opposés aux tiers acquéreurs, l'objet de la fiducie, de la confiance du premier propriétaire disparaît, si bien que l'on ne saurait plus parler d'un acte fiduciaire. Il peut y avoir encore dans ce cas un transfert de propriété dans un but de garantie (*Sicherheitsübereignung*), il n'y a plus de fiducie⁴⁴).

Il ressort d'autre part non moins clairement de la nature des deux conventions à la base de l'acte fiduciaire, que le fiduciaire est effectivement obligé envers le fiduciant ensuite de la convention de fiducie, qu'il y a entre eux un rapport d'obligation sanctionné par les actions générales en cette matière, et non seulement une obligation naturelle. La fiducie n'exige pas qu'on aille aussi loin dans la confiance qu'elle présuppose.

Nous avons essayé de donner dans les pages qui précèdent une notion exacte de la nature de l'acte fiduciaire, excluant les éléments incompatibles avec lui: la simulation, les garanties réelles rendant inutile la fiducie. Tenterons-nous de donner une définition s'appliquant à tous les actes fiduciaires? Une telle tentative serait bien osée, pour ne pas dire impossible⁴⁵). Toutefois, quelque différents qu'ils puissent

⁴⁴) V. Goltz, loc. cit. p. 13; Linckelmann, die Sicherheitsübereignung Archiv f. bürgerl. Recht, vol. 7 (1893) p. 211, 212.

⁴⁵) V. Wienstein, Bemerkungen zum Begriffe fiduz. Rechtsgesch., Gruchots Beitr., vol. 46 (1902), p. 241.

apparaître entre eux, tous les actes fiduciaires ont un caractère commun qui permet de les grouper sous un même vocable, et qui pourrait à la rigueur leur tenir lieu de définition au moins négative. „La nature de l'acte fiduciaire peut être le mieux comprise, si on rapproche ces actes des actes juridiques abstraits“, a dit Crome⁴⁶⁾, se servant de ce rapprochement pour y appuyer sa conception de l'acte fiduciaire, d'après laquelle il faudrait établir une scission nette entre les rapports internes et externes de l'acte fiduciaire, conformément à la théorie dite *des geteilten Eigentums*, et que nous avons réfutée plus haut⁴⁷⁾. Partant du même point, Brütt⁴⁸⁾ est arrivé à donner une idée fort juste de l'acte fiduciaire : toute prestation, a-t-il dit, constitue une mutation dans l'état actuel des droits et des obligations, procédant d'un acte de volonté de la partie passive au profit de la partie active, et par laquelle le patrimoine de la première se trouve diminué au profit de celui de la seconde. Mais toute mutation dans l'état des droits et des obligations ne constitue pas une prestation, alors même que l'une des parties y procède au profit d'une autre. Il est nécessaire, pour que l'on puisse en parler, qu'il y ait un changement effectif dans l'état des valeurs. C'est précisément ce qui fait défaut dans l'acte fiduciaire ; le disposant ne veut pas dans ces actes enrichir l'acquéreur, il veut seulement lui donner le pouvoir d'agir sur l'objet comme sur sa propre chose.

Partant de ces considérations, prenant comme trait commun de tout acte fiduciaire ce fait qu'il ne poursuit pas, au moins directement, l'enrichissement du fiduciaire, nous pouvons faire nôtre la définition négative qu'en donne Dernburg dans son traité de droit civil allemand : „L'acte fiduciaire consiste dans le transfert de choses ou de droits, qui ne se propose pas économiquement l'augmentation du patrimoine de l'acquéreur, mais poursuit au contraire d'autres buts“⁴⁹⁾.

⁴⁶⁾ Crome, Bürg. R., I, § 76, p. 333 ss. ; Dernburg, Bürg. R., I, p. 566.

⁴⁷⁾ V. ci-dessus, p. 163 ss.

⁴⁸⁾ Brütt, die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, p. 5 ss.

⁴⁹⁾ Dernburg, Bürg. R., I, p. 566, III.

II. Les actions résultant de l'acte fiduciaire.

L'acte fiduciaire étant, comme nous venons de le voir, composé de deux conventions de nature différente, les actions qui en résulteront seront, elles aussi, de deux sortes, suivant qu'elles naîtront de la première convention ou qu'elles auront leur origine dans le pacte de fiducie.

Quant aux actions résultant de l'acte tel qu'il a été ouvertement exprimé, elles seront, elles aussi, de deux sortes, selon que cet acte n'a encore qu'un caractère obligatoire ou bien qu'il a celui d'un contrat réel ou engendrant directement des droits réels.

Dans le premier cas, le fiduciaire aura contre le fiduciaire les actions appartenant au créancier contre son débiteur : action en exécution du contrat en premier lieu, et, en cas d'inexécution, des actions en dommages-intérêts.

L'acte fiduciaire a-t-il engendré des droits réels, soit que, ayant eu pour objet le transfert de propriété d'une chose, celle-ci a été remise au fiduciaire, et a fait l'objet d'un pacte de constitut ou d'une inscription au registre foncier, le fiduciaire a à son service les actions réelles en rapport avec le droit qu'il a acquis : avant tout l'action en revendication, soit contre l'auteur de son droit, soit contre les tiers détenteurs. Le fiduciaire pourra même abuser du droit réel qu'il a obtenu, le fiduciaire n'aura contre lui, dans ce cas, aucune des actions réelles, puisque tout droit réel lui fait dès lors complètement défaut sur l'objet de l'acte fiduciaire. Il ne pourra exercer l'action en revendication contre le tiers qui aurait acquis la chose à lui cédée par le fiduciaire, au mépris de la convention de fiducie ; il ne pourra non plus, et c'est là surtout que se montre le mieux le véritable caractère de l'acte fiduciaire, intenter cette action à sa contre-partie qui, bien que désintéressée, se refuserait à lui rendre l'objet du contrat ; il ne pourra même exercer l'action en revendication contre un tiers qui se trouverait sans aucun droit en possession de la chose en question. Le cédant a perdu par l'acte fiduciaire toute légitimation à intenter l'action en revendication, comme du

reste toute autre action réelle; la seule personne qui soit légitimée, c'est le fiduciaire, le seul et unique propriétaire de la chose transmise ou titulaire de la créance cédée.

Le fiduciant, ne pouvant s'en prendre qu'au fiduciaire même pour rentrer dans ses droits, après l'extinction de la cause de l'acte fiduciaire, courra évidemment le risque de ne pouvoir le faire, puisqu'il n'a plus aucun droit réel sur la chose. Mais c'est un des éléments de la fiducie qu'il devait prévoir en s'engageant dans la conclusion de l'acte fiduciaire: il s'est précisément fié à la loyauté de son cocontractant, il a mis en lui sa confiance et en sera victime, si la personne, à qui il s'est adressé, n'en était pas digne. Mais ici l'exposé de la nature de l'acte fiduciaire quitte le domaine strictement juridique pour entrer dans le domaine économique. Nous ne l'y suivrons pas⁵⁰⁾.

Le cédant sera-t-il donc dépourvu désormais de toute action pour faire valoir les droits que lui concède encore la convention de fiducie? Il n'en est rien. S'il a perdu, de par l'acte fiduciaire, tout droit sur la chose, il a, de par la convention de fiducie, acquis des droits contre le fiduciaire. S'il est dépourvu de tout droit réel, il a acquis des droits personnels, droits qu'il pourra exercer au moyen d'actions dirigées contre la personne de son cocontractant.

Le fiduciant pourra tout d'abord, comme tout créancier, poursuivre contre le fiduciaire l'exécution de la convention de fiducie comme action personnelle. S'il ne peut y parvenir, la loi met à son service deux espèces d'actions: les actions poursuivant un enrichissement illégitime et les actions en paiement de dommages-intérêts⁵¹⁾.

⁵⁰⁾ Voir à ce sujet Kohler, *Jahrbücher für Dogmatik*, vol. 16, p. 141; Goltz, *op. cit.*, p. 19 ss. Il y a d'après ces théories un certain désaccord entre le côté juridique et le côté économique de l'acte fiduciaire. „Au point de vue juridique, l'acte est régulier; on ne pourrait peut-être en dire autant au point de vue économique. Mais le côté économique ne saurait porter atteinte à l'acte juridique comme tel, et l'on voit que le côté juridique y prévaut, pour autant qu'il est licite et que les parties l'ont voulu.“ Goltz, p. 23.

⁵¹⁾ C. O., art. 62—67, 97 ss.

Ce sera en premier lieu le groupe des condictiones, destiné à poursuivre l'enrichissement illégitime. „Celui qui sans cause légitime s'est enrichi au dépens d'autrui est tenu à restitution“, déclare le Code fédéral des obligations en son article 62, et l'alinéa suivant ajoute: „on est tenu en particulier de restituer ce qu'on a reçu sans cause valable en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou en vertu d'une cause qui a cessé d'exister“.

C'est à ce premier groupe d'actions qu'aura recours le fiduciaire pour forcer à restitution de l'objet de l'acte fiduciaire le bénéficiaire de cet acte qui s'y refuserait, alors même que les causes en vertu desquelles les parties ont passé l'acte fiduciaire, ont cessé d'exister, que le bénéficiaire ait été désintéressé, ou qu'il ait rempli la mission dont il s'était chargé. Il possède en vertu d'une cause qui a cessé d'exister, celui qui garde la chose qui lui a été transférée pour le garantir, alors que sa créance est éteinte. Il possède sans cause aussi, celui qui se refuse à transférer au créancier primitif les résultats obtenus dans la poursuite d'une créance transférée au fiduciaire dans ce but.

L'action en poursuite d'un enrichissement illégitime n'est donc utile que lorsque l'objet de l'acte fiduciaire ou sa valeur se trouve encore entre les mains du fiduciaire. Si ce dernier s'en est dessaisi, les condictiones n'auront plus d'objet, puisqu'elles ne peuvent être mises en œuvre contre les tiers acquéreurs.

Le fiduciaire, qui n'a pu obtenir l'exécution de l'obligation, devra recourir alors à un second groupe d'actions: les actions résultant de l'inexécution d'obligations et poursuivant le paiement de dommages et intérêts.

Lorsque le créancier ne peut obtenir l'inexécution d'une obligation, ou qu'il ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de dommages-intérêts, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable⁵²⁾.

Ce n'est plus seulement au point de vue de l'enrichissement illégitime que se place le fiduciaire pour faire valoir ses

⁵²⁾ V. C. O., art. 97 al. 1.

droits. Dans la convention de fiducie, le fiduciaire a assumé envers le fiduciant des obligations: le fiduciaire a pu prendre dans la convention de fiducie divers engagements; ceux que l'on trouvera dans toute convention fiduciaire, puisqu'ils correspondent précisément au but que poursuit l'acte fiduciaire, seront: de ne faire de la chose ou de la créance transférée que l'usage conforme à la volonté des parties, de rendre après désintéressement ou après accomplissement du but cet objet au constituant.

Par le fait que le fiduciaire manque à ses engagements, qu'il faillit à ses obligations, il devient passible de dommages-intérêts. Il en sera ainsi notamment, s'il fait de la chose un autre usage que celui convenu, s'il en change la destination, s'il l'aliène, s'il néglige de la restituer.

Le fiduciaire, auquel une telle action en dommages-intérêts sera intentée, pourra toutefois, selon le droit commun, exciper du fait que, dans l'inexécution de l'obligation assumée dans le pacte de fiducie, aucune faute ne lui est imputable. Mais ici se greffe une question importante: laquelle des deux parties devra supporter la perte totale ou partielle de la chose, en d'autres termes, qui, dans chacun de ces cas, encourra les risques?

Il ne faudrait pas confondre cette question avec celle de savoir qui, dans une vente, supporte les risques de la chose? Car tandis qu'il ne s'agit dans ce dernier cas que d'un contrat n'emportant aucun droit réel avant le transfert de la possession, il y a eu, dans le cas qui nous occupe, transfert complet de propriété. Le fiduciaire ayant donc acquis sur la chose les droits d'un propriétaire, la chose étant sienne, il n'y a qu'à faire application de la règle générale „res perit domino“. Juridiquement et au point de vue du seul acte fiduciaire, tel qu'il a été communiqué au tiers, l'objet de l'acte venant à périr, sa perte atteint son seul propriétaire. Il n'en est pas moins vrai que, au point de vue économique, les risques sont aussi pour le constituant, car la perte de la chose sera une juste excuse que le fiduciaire opposera à l'action du fiduciant, lorsque celui-ci exigera de lui l'exécution des obligations assumées dans le pacte de fiducie.

L'action en dommages-intérêts pourra-t-elle être intentée contre le tiers acquéreur?

Cette question est en connexité étroite avec un problème que, sans vouloir le développer ici in-extenso, parce qu'appartenant aux principes généraux du droit, nous ne saurions passer complètement sous silence; celui des droits absolus et des droits relatifs.

La division des droits subjectifs en droits absolus et en droits relatifs n'est pas nouvelle, puisque nous la trouvons dans les sources romaines⁵³). Elle s'est posée avec un nouvel intérêt à la suite de l'exposé de Neuner⁵⁴). Les droits absolus, est-il nécessaire de le rappeler, sont ceux qui agissent envers toute personne, les droits relatifs ceux qui n'agissent que contre une ou un groupe de personnes déterminées⁵⁵). Qu'il soit encore permis de dire que cette distinction n'est pas adéquate avec celle de droits réels et de droits de créance, mais que certainement les droits de créance sont des droits relatifs. Ces suppositions présumées, la difficulté est celle de savoir si un droit de créance, qui se dirige de par son essence contre une personne déterminée, peut être lésé par un tiers quelconque, et si ensuite de cette lésion, le créancier peut avoir une action contre une personne étrangère au rapport d'obligation.

Neuner a cherché à enlever à cette distinction toute valeur pratique en disant notamment que à tout droit absolu ou relatif correspond un devoir général de toute personne de le respecter. Ainsi, dans le cas qui nous occupe, tout tiers serait obligé de respecter le droit de créance résultant pour le fiduciaire de la convention de fiducie, et à ce devoir général correspondrait une action particulière, compétant au fidu-

⁵³) I. 18 § 5, I. 19 D 4, 3.

⁵⁴) Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* (1868).

⁵⁵) Windscheid, *Pand. I*, p. 176. — Quant à la théorie générale des droits absolus et relatifs v. Windscheid, *loc. cit.*; Regelsberger, *Pand. I*, p. 205 ss.; Thon, *Rechtsnormen und subjektives Recht*, notamment p. 207 ss.; Oertmann, *der Dinglichkeitsbegriff*, *Jherings Jahrb. f. Dogmatik*, p. 415 ss. et surtout p. 458 ss.

cient, qui verrait l'objet de la fiducie devenir impossible par le fait d'un tiers.

Mais outre que cette obligation générale ne trouve de confirmation dans les lois d'aucun pays, elle ne peut soutenir la discussion. Thon rend l'impossibilité de son existence particulièrement frappante par l'exemple suivant devenu classique : un lièvre est pendu à ma fenêtre, mon voisin promet à son locataire de lui donner cette pièce de gibier après me l'avoir acheté. Mon voisin a contracté une obligation, il en sera libéré, si je mange ce lièvre ou refuse de le lui vendre. Or, c'est précisément ce que je fais, même après avoir eu connaissance du contrat passé entre mon voisin et son locataire. J'ai donc évidemment méconnu le droit de créance né du contrat. Le locataire, dont il s'agit, a-t-il de ce chef une action contre moi ? Non, et pourquoi ? Parce que je n'ai fait qu'user de mon droit et ne me suis rendu coupable d'aucun acte illicite. Il en résulte que l'on ne peut parler de cette obligation générale, mais qu'une action naîtra de l'acte illicite et non du contrat en lui-même ; le droit qu'il a fait naître n'en reste pas moins un droit relatif⁵⁶).

Il ne nous reste plus qu'à faire à l'acte fiduciaire l'application des résultats obtenus dans l'étude de la théorie des droits absolus et relatifs.

De même qu'il n'existe pas de norme générale ordonnant à l'humanité de respecter les contrats passés entre parties, on ne saurait où chercher une norme lui enjoignant de respecter les actes fiduciaires. Un tiers ne pourra donc être tenu du fait d'avoir empêché la réalisation de la convention de fiducie que s'il y a eu faute de sa part.

L'action en dommages-intérêts ne pourra donc être intentée contre un tiers de bonne foi ; c'est ce qui ne peut faire aucun doute. Le législateur de tout temps et de tout pays a été du reste préoccupé de protéger les tiers de bonne foi. Le législateur suisse l'a fait expressément en protégeant l'acquéreur de bonne foi en général⁵⁷), en protégeant, dans une

⁵⁶) V. Thon, op. cit., p. 210.

⁵⁷) Comp. C. c. s., art. 714 al. 2.

disposition particulière, le tiers de bonne foi auquel on tenterait d'opposer une exception de simulation⁵⁸). A fortiori ne saurait-on lui opposer une exception tirée d'un acte fiduciaire ou lui intenter de ce chef une action en restitution ou en dommages-intérêts.

La solution sera-t-elle la même en ce qui concerne les tiers qui ne peuvent invoquer leur bonne foi, soit qu'ils se soient rendus coupables de négligence, ayant omis de se renseigner sur la propriété ou les pouvoirs de leur auteur, soit qu'ils aient fait preuve de mauvaise foi, traitant avec le fiduciaire qu'ils savaient n'être qu'à ce titre propriétaire ou créancier.

Cette question n'a rien de commun avec celle de savoir si ce tiers coupable de faute ou même de dol a acquis du fiduciaire les droits sur l'objet de l'acte. En opposition avec l'acte simulé, on est obligé d'admettre que le tiers les a acquis, si du reste la convention intervenue entre lui et le fiduciaire n'est pas entachée d'un vice à elle particulier⁵⁹). Tandis que l'acte simulé n'est qu'un vain fantôme impuissant à engendrer un droit quelconque, puisque l'élément vital de tout contrat, la volonté, lui fait défaut, l'acte fiduciaire est un contrat valable entraînant avec lui tous les effets que comporte sa teneur. Le fiduciaire est donc devenu propriétaire de l'objet du contrat, il a partant qualité pour en disposer et l'aliénation qu'il en fait déploiera ses effets.

Il n'en reste pas moins vrai que le tiers qui a ainsi traité avec le fiduciaire, sans pouvoir arguer de sa bonne foi, a commis une faute en portant atteinte aux droits de créance résultant pour le fiduciaire de la convention de fiducie; il s'est rendu coupable d'un acte illicite, et pourra de ce chef être recherché en dommages-intérêts, conformément à l'art. 41 du Code fédéral des obligations.

⁵⁸) C. O., art. 18 al. 2. — V. ci-dessus p. 159 ad n. 18 et 19.

⁵⁹) V. Regelsberger, Pand. I, p. 518; Lang, op. cit., p. 338; cette conclusion est adoptée même par les défenseurs de la théorie *des geteilten Eigentums*; voir Dernburg, Pand. I, p. 232. Elle n'est pas poursuivie logiquement par les auteurs qui accordent au fiduciaire un droit exclusif sur la chose dans la faillite du fiduciaire. Ci-dessous, p. 187 ss.

III. L'acte fiduciaire constitue-t-il un moyen d'éluder la loi, et est-il de ce chef prohibé par l'ordre juridique?

1. L'acte fiduciaire en général.

La pratique judiciaire, ainsi que le prouvent les nombreux arrêts rendus par les tribunaux relativement à des actes fiduciaires, montre que la personne, qui veut attaquer un tel acte, cherche le plus souvent à le faire passer pour un acte simulé, et partant incapable de produire ses effets⁶⁰). Nous avons déjà démontré la différence qui existe entre ces deux actes, et c'est d'un autre moyen de défense, opposé généralement à la partie qui se prévaut d'un acte fiduciaire, que nous voulons parler maintenant: l'acte fiduciaire, dit-on, ne peut produire aucun effet, car il est interdit par l'ordre juridique, il constitue un moyen déloyal d'échapper à une défense légale, il forme ce que la doctrine allemande appelle „ein juristischer Schleichweg“.

Quand un acte juridique constitue-t-il un moyen détourné d'échapper à la loi?

Les Pandectes définissent ainsi cette manière de contourner la loi: *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit*⁶¹).

Il faut, pour qu'un acte juridique puisse être incriminé de ce chef, la réunion de deux conditions: qu'il ne porte extérieurement aucune atteinte à la loi, que rien dans sa teneur ne s'oppose au texte de la loi, mais que, d'autre part, cet acte, en apparence parfaitement licite, soit en contradiction avec l'esprit de la loi; ou, si l'on préfère, que l'acte juridique, en harmonie avec l'interprétation grammaticale, soit en opposition avec l'interprétation logique de la loi⁶²). Ainsi, le

⁶⁰) V. Kuhlenbeck, *Blätter für Rechtsanwendung*, vol. 70, p. 337. — A. T. F. 31, 2 No. 15. Arrêts des tribunaux allemands cités par Hertz, *op. cit.*, p. 22.

⁶¹) Paulus l. 29 D 1, 3.

⁶²) Regelsberger, *Pand. I*, p. 519; Kuhlenbeck, *loc. cit.*, p. 340; Pfaff, *zur Lehre vom sogenannten agere in fraudem legis*.

sénatus-consulte Macédonien interdisant le prêt d'argent à un fils de famille⁶³), un usurier lui vendait à crédit un objet quelconque et le lui rachetait immédiatement pour un prix inférieur. Cette double vente produisait en réalité les effets d'un prêt, elle était considérée comme nulle, parce que en opposition notoire avec l'esprit de la loi, soit le but que poursuivait le sénatus-consulte.

La sanction d'un tel acte juridique est la même que celle qui frappe l'acte interdit directement par la loi; celle-ci n'édicte pas en effet une défense dans le seul but de défendre tel acte, mais en vue d'obtenir un résultat économique.

Or l'acte fiduciaire constitue-t-il vraiment un moyen de passer outre les défenses légales, doit-il pour autant être rayé de l'ordre juridique?

Il ne peut s'agir d'un acte fait en fraude de la loi, que si l'on se trouve en présence d'une loi prohibitive. Si l'acte incriminé s'attaquait à une loi impérative, il ne serait pas nécessaire d'une plus longue discussion sur sa validité, sa sanction en serait la nullité.

Qu'en est-il des lois prohibitives? La législation suisse, pas plus que celles des principaux Etats, pour autant qu'elles nous sont connues, ne contient de dispositions prohibant dans leur ensemble les actes fiduciaires. Au contraire, nous trouvons des dispositions autorisant son principe au moins indirectement, comme l'art. 18 du Code fédéral des obligations, 117 de la législation allemande. L'acte fiduciaire en lui-même est valable et licite. Cette conclusion ne trouvera plus aujourd'hui dans sa généralité d'opposition sérieuse.

2. L'acte fiduciaire avec but de garantie en particulier.

La question sera plus difficile à résoudre, elle demandera un examen plus approfondi de chaque cas particulier, elle exigera du juge appelé à se prononcer un tact et un sens juridique plus fin, en ce qui concerne certains groupes d'actes

⁶³) l. 13 D 14, 6; autres exemples tirés du droit romain: l. 29 D 16, 3; l. 15 D 26, 8; Jhering, *Geist des römischen Rechts*, vol. 3, p. 538.

fiduciaires. Il faut citer ici au premier rang ces actes qui ont eu le mérite de faire étudier plus attentivement la nature de l'acte fiduciaire même, dans les dernières décades, ces actes que la jurisprudence et la doctrine allemande ont réunis sous le nom collectif de „*Sicherungs- ou Sicherheitsübereignung*“⁶⁴). Bien que ce travail n'ait pas pour objet spécial ce groupe d'actes, au moyen desquels un débiteur concède à son créancier des garanties réelles sans avoir recours à la constitution de gage, actes qui à eux seuls exigeraient une étude spéciale, nous ne saurions passer outre sans en toucher un mot, surtout étant donné les difficultés d'interprétation qui ne pourront manquer de surgir dès l'entrée en vigueur du nouveau code civil.

Le mode normal pour un débiteur de concéder à son créancier une garantie réelle est la constitution de gage. Or si, en matière immobilière, cette constitution est possible par simple inscription au registre foncier, le constituant restant en possession de la chose, cette constitution n'est possible, en matière mobilière, que par la remise au créancier de l'objet du gage, soit par nantissement. Sur ce point, presque toutes les législations sont d'accord, l'ancien Code fédéral des obligations et le Code civil suisse contiennent des dispositions identiques : les choses mobilières ne peuvent être constituées en gage que sous forme de nantissement, le droit de gage n'existe pas, tant que le constituant garde exclusivement la maîtrise effective de la chose⁶⁵). Il n'est pas besoin d'un plus long examen pour se rendre compte que cette disposition si expresse de la loi a pour but d'exclure du droit de gage le constitut. possesseur.

Mais les dispositions légales exigeant le nantissement ont une fâcheuse répercussion sur toute une classe de gens généralement dignes d'intérêt, désireux de se procurer du crédit et ne pouvant cependant abandonner la possession des seuls

⁶⁴) V. notamment Leist, die Sicherung von Forderungen durch Ueber-eignung von Mobilien (1889).

⁶⁵) C. O. (ancien) art. 210; C. c. s. art. 884; B. G. B. art. 1205; Code civil franç. art. 2073, 2076.

biens mobiliers qu'ils voudraient faire servir de garantie⁶⁶⁾. C'est pour ceux-ci que peu à peu s'est développée la pratique des actes fiduciaires, et le principe, vu tout d'abord avec méfiance et même vivement combattu⁶⁷⁾, du transfert de propriété à fin de garantie par constitut possessoire, a fini par triompher et a trouvé dans la jurisprudence, tant du tribunal fédéral suisse que du tribunal de l'empire allemand, sa pleine confirmation⁶⁸⁾.

Jusqu'au 1^{er} janvier 1912, sous le régime du Code fédéral des obligations, nul doute sérieux ne pouvait régner quant à la licéité du transfert de propriété qui nous occupe.

Sans aucunement méconnaître la maxime célèbre : „scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem“, il faut se garder de vouloir faire dire à la loi plus qu'elle n'a eu l'intention d'exprimer. Si le législateur s'est, à bon droit, formellement opposé à ce qu'un droit de gage puisse être créé autrement que par nantissement, il n'avait pas les mêmes motifs pour défendre le pacte de constitut dans tout autre mode de concession de garantie réelle. S'il l'avait voulu, du moins eut-il dû l'exprimer, mais il ne l'a pas fait et ne s'occupe au contraire que du droit de gage. Or le droit de gage, tel que l'entend le code et tel qu'il est réglé par lui⁶⁹⁾, est essentiellement différent du droit qui compète au fiduciaire du chef de l'acte fiduciaire⁷⁰⁾. Tandis que le droit de gage ne confère à son titulaire aucun pouvoir direct sur la chose, mais uniquement sur sa valeur⁷¹⁾, en cas de non-paiement de la créance ou en général de l'inexécution de l'obligation, tandis que le créancier gagiste n'a aucune légitimation pour aliéner l'objet du gage, et que le débiteur conserve le droit de propriété et les actions qui en découlent, l'acquéreur en

⁶⁶⁾ V. Wieland, Sachenrecht, p. 442 ss.

⁶⁷⁾ Bähr, Urtheile des Reichsgerichts 1883, p. 52 ss.; Hellwig, op. cit., p. 369 ss.; Kohler, op. cit., vol. 16, p. 91; Leist, op. cit., p. 69 ss. et 85,

⁶⁸⁾ V. ci-dessous, p. 197 ss.

⁶⁹⁾ C. O. (ancien) 210—223; comp. C. c. s. 884—906.

⁷⁰⁾ Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der Sicherungsübereignung, Sächsisches Archiv für Rechtspflege, vol. 2 (1907), p. 73.

⁷¹⁾ D'où le nom de „Wertrechte,“ voir Wieland, Sachenrecht, p. 2.

vertu de l'acte fiduciaire est devenu propriétaire de la chose, et d'après la théorie que nous avons admise, il en est le seul et unique propriétaire. Lui seul a donc le droit de se servir de la chose ou d'en concéder l'usage à qui bon lui semble, lui seul a légitimation pour l'aliéner, et les aliénations auxquelles il procédera, au mépris de la convention de fiducie même, seront désormais irrévocables, puisque cette convention n'a aucune valeur en ce qui concerne les tiers⁷²). Enfin, différence plus frappante encore, en ce qui concerne les effets de ces deux actes essentiellement différents, dans la faillite du créancier gagiste, les tiers ne sauraient englober l'objet du gage, tandis que, comme nous le verrons plus tard⁷³), l'objet de l'acte fiduciaire rentre de plein droit dans la masse du fiduciaire en faillite.

Toutes ces conséquences, on est obligé de les admettre, si l'on se place au point de vue de l'acte fiduciaire; les rejeter ou ne les admettre qu'en partie, c'est rejeter l'acte fiduciaire lui-même, et le considérer comme un acte simulé. A ce point de vue alors, et si les parties n'ont eu l'intention de ne procéder qu'à une constitution de gage dissimulée, il est évident qu'elles n'ont pu faire naître aucun droit, car l'acte dissimulé ne peut déployer d'effets que si toutes les conditions de forme et de fond requises pour sa validité ont été remplies: or il n'en est rien, puisqu'il manque justement la remise de la chose.

L'interprétation logique la plus large ne saurait donc étendre à un transfert de propriété une disposition spéciale au droit de gage.

L'analogie mènerait-elle peut-être à ce résultat, l'interprétation seule n'y parvenant pas? Mais, outre qu'il est fort dangereux de vouloir par l'analogie étendre le champ d'action d'une loi prohibitive, les motifs, qui ont poussé le législateur à exiger pour la constitution de gage la remise effective de la chose, ne peuvent être invoqués pour imposer la même condition à la constitution d'une garantie réelle par vente fidu-

⁷²) V. ci-dessus, p. 160 ss.

⁷³) V. ci-dessous, p. 187 ss.

ciaire. Les suppositions économiques à la base de la prohibition du pacte de constitut sont, dans l'un et l'autre acte, toutes différentes. Si le législateur a pu craindre, et à juste titre, qu'en autorisant la constitution de gage sans maîtrise effective du créancier gagiste, en autorisant, en d'autres termes, l'hypothèque mobilière, les bases du crédit ne soient bouleversées par l'extension que prendrait forcément un moyen aussi facile de s'en procurer, les mêmes dangers ne sont pas à craindre dans la vente fiduciaire. Les droits étendus découlant de cette vente au profit de l'acquéreur, la perspective pour le vendeur fiduciaire de voir ses biens aliénés ou dénaturés par son créancier, sans qu'il puisse opposer aucune action réelle, ou celle de les voir englober dans la masse en faillite de son créancier, serait un frein assez puissant pour empêcher une extension dangereuse de ces actes, surtout si on la combine avec l'exception de simulation qui pourra toujours être opposée, lorsque les parties n'auront eu en vue qu'une constitution de gage dissimulée.

Mais toute l'argumentation que nous venons d'établir se heurtera inmanquablement, dès l'entrée en vigueur du Code civil, à une disposition nouvelle : celle de l'art. 717, qui vise précisément la vente à fin de garantie à la suite de laquelle le transfert de propriété ne s'est effectué qu'au moyen du constitut possessoire. „Lorsque, dit cet article, celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier. — Le juge apprécie.“

Quelle est la portée de cet article ? C'est ce qu'il importe de déterminer pour ne pas tomber dans des exagérations d'un côté comme de l'autre, et pour ne pas faire dire au législateur ce qu'il n'a pas voulu exprimer.

La genèse du Code nous fournira les premiers éclaircissements. L'art. 717 précité est la reproduction exacte⁷⁴⁾ des deux derniers alinéas de l'art. 707 de l'avant-projet. Or si nous nous en rapportons aux déclarations de son auteur,

⁷⁴⁾ Seul dans le second alinéa le mot librement a été supprimé.

M. Huber, dans l'exposé des motifs, nous voyons que celui-ci met une singulière insistance à faire remarquer que cet article est en tous points conforme aux dispositions du Code fédéral des obligations⁷⁵).

A lire ces déclarations de l'auteur de l'avant-projet, on pourrait croire que rien n'a été changé dans l'état du droit actuel tel qu'il ressort du droit fédéral des obligations.

Et cependant le texte du Code civil contient une innovation sur le Code fédéral, auquel renvoie M. Huber; il déclare, ce que ne faisait pas le Code fédéral des obligations, le transfert de propriété non opposable aux tiers, s'il a eu pour but d'éluder les règles concernant le gage mobilier. Or, comme en matière d'interprétation de loi, le texte a la priorité sur les déclarations faites au cours des travaux préparatoires, on est forcé d'admettre qu'il y a en la matière un changement et que le Code civil suisse va plus loin que le Code fédéral des obligations.

Quel est donc le sens de l'art. 717 du Code civil? Défend-il purement et simplement le transfert de propriété, à titre de garantie, affecté du pacte de constitut? Déclare-t-il cet acte nul? On ne saurait l'admettre.

Et tout d'abord, considération importante, l'art. 717 ne frappe pas de nullité absolue un acte de ce genre; il le déclare seulement non opposable aux tiers. Il ne porte donc aucune atteinte au principe de l'acte fiduciaire tel que nous l'avons défendu. Bien au contraire il ressort précisément de la teneur de cet article que cet acte n'étant seulement pas opposable aux tiers, il doit, s'il n'est pas entaché de simulation, être opposable par les parties entre elles. Si tel n'était pas le cas, que resterait-il de cet acte, sans force aucune ni vis-à-vis des tiers, parce qu'ainsi en a décidé le législateur, ni vis-à-vis de chacune des parties, parce que, suivant la théorie „des geteilten

⁷⁵) Exposé des motifs, p. 495 ss. (Erläuterungen, p. 305). Le gage mobilier a été réglé uniformément par la loi fédérale sur le droit des obligations et notamment sur la base du nantissement. L'avant-projet s'y est tenu en principe et a reproduit en détail les dispositions du C. O. V. surtout p. 112 texte allemand.

Eigentums“, celles-ci n'ont voulu faire naître entre elles que les rapports de débiteur à créancier gagiste. Un tel acte eut donc été nul et la loi ne se serait pas servie, pour déclarer cette nullité, des termes de l'art. 717. Tout différent, le cas, si l'on adopte la théorie *des vollen Eigentumsüberganges* : si l'acte ne peut être opposé aux tiers, il reste opposable et produit tous ses effets vis-à-vis de chacune des parties. Entre elles, en effet, toutes les conséquences du transfert de propriété se sont réalisées telles que nous les avons décrites plus haut⁷⁶). Il ne peut donc plus s'agir, en conformité avec notre théorie, d'un acte nul, mais bien, comme le déclare la loi, d'un acte non opposable aux tiers.

Mais, en ce qui concerne les tiers, le transfert de propriété fiduciaire avec constitut possessoire ne pourra-t-il jamais leur être opposable, dès qu'il a pour but une garantie? L'admettre, ce serait aller plus loin que ne l'exige la loi. La disposition de l'art. 717 n'est pas aussi absolue; c'est ce que l'on peut déduire du second alinéa : le juge apprécie. Sur quelles normes reposera cette appréciation, c'est ce qu'il est assez difficile de dire, et sans vouloir aucunement faire la critique d'une disposition non encore en vigueur, peut-être sera-t-elle prétexte à de nombreux procès en suite du compromis qu'elle contient entre le côté juridique et le côté économique du problème⁷⁷). En règle générale cependant, le juge devra s'en tenir, pour apprécier les actes de ce genre qu'il aurait à juger, aux causes de ces actes, ou tout au moins aux motifs les plus rapprochés, car il est, en matière juridique surtout, difficile de lire les pensées qu'une personne n'a pas exprimées. La loi ne défend pas de garantir un créancier par un transfert de propriété fiduciaire, si le transfert a lieu par mise en possession. Elle n'a défendu le constitut possessoire en cette matière que eu égard aux tiers, et en général en considération du crédit public. Or si le constitut possessoire

⁷⁶) V. ci-dessus, p. 157 ss., 161 ss.

⁷⁷) V. Kahn, Deutsche Juristenzeitung 1903, p. 225 : „il est dangereux de reporter sans critique dans la jurisprudence les notions non sûrement établies d'une autre science.“

a lieu en des circonstances telles qu'il ne saurait nuire aux premiers, ni mettre en danger le second, il n'y a aucun motif de le proscrire. Certains auteurs, et notamment Kohler⁷⁸⁾ et Wieland⁷⁹⁾, ont proposé comme critère du constitut possessoire sérieux et partant ne pouvant être attaqué, le fait que le disposant continue à posséder dans l'intérêt de l'acquéreur; ils considèrent cette possession comme telle, lorsque le disposant possède comme dépositaire de l'acquéreur, tandis qu'ils traitent le contrat de louage comme fort douteux dans ce cas. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de la discussion. Ce que nous voulions constater, c'est que l'art. 717 du nouveau code ne porte aucun préjudice à l'acte fiduciaire comme tel; nous y avons trouvé en outre une confirmation non équivoque et des plus importantes, parce que tirée de la loi même, pour le principe adopté quant à la nature de l'acte fiduciaire: le Code civil suisse a fait sienne la théorie du transfert de propriété pleine et entière et exclu celle de la propriété mitigée.

La défense du pacte de constitut n'est pas la seule disposition prohibitive du droit de gage que l'on ait voulu étendre à l'acte fiduciaire à fin de garantie. Le Code civil suisse déclare nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage faute de paiement⁸⁰⁾. L'acquéreur fiduciaire est-il soumis à la même clause? Pas plus qu'il n'est soumis à la prohibition du pacte de constitut entre parties, et cela pour les mêmes motifs: différence essentielle entre droit de gage et droit de propriété fiduciaire, le fiduciaire n'est soumis à la défense du pacte comissoire⁸¹⁾. Au point de vue du droit réel, le fiduciaire est, de par le fait même de la vente fiduciaire, devenu propriétaire de la chose donnée en garantie; il ne saurait donc être question d'un pacte comissoire spécial. Quant à la convention de fiducie, les parties sont libres de régler d'avance et comme bon leur semble la manière dont l'objet de l'acte fiduciaire servira à désintéresser

⁷⁸⁾ Kohler, Vertrag und Uebergabe, A. f. Bürg. R. 18, p. 1 ss.

⁷⁹⁾ Wieland, Sachenrecht, p. 186, 449 ss.

⁸⁰⁾ C. c. s. 894; comp. B. G. B. 1229; Code franç. 2078.

⁸¹⁾ Hallbauer, Sächs. Archiv, loc. cit., p. 74 ss.

le créancier. Elles pourront décider que l'objet de l'acte restera sans autre la propriété du fiduciaire dès l'échéance de l'obligation et la demeure du débiteur, elles pourront en prévoir la vente selon le mode qui leur semblera à propos⁸²).

La vente avec but de garantie n'est pas le seul exemple d'acte fiduciaire incriminé de vouloir frauder la loi. La cession d'une créance à titre fiduciaire, dans le but de concéder au cessionnaire le pouvoir d'en poursuivre la réalisation, a aussi eu ses attaques à subir⁸³); c'est même ce genre de cession qui a donné au Tribunal fédéral l'occasion de s'exprimer in extenso sur l'acte fiduciaire, comme nous le verrons tout à l'heure⁸⁴).

L'examen de chacun de ces cas en particulier ne rentre pas dans le cadre d'une étude générale sur la nature de l'acte fiduciaire. Celui-ci est en lui-même licite et en parfaite harmonie avec la loi suisse, comme du reste avec la plus grande partie des législations étrangères. Si, dans un cas concret, les tribunaux devaient prononcer le contraire, il en faudrait rechercher la cause non dans l'acte fiduciaire même, mais dans l'intention des parties qui peuvent, dans ce domaine, comme dans tous ceux de l'activité humaine, abuser des moyens que l'ordre juridique met à leur disposition⁸⁵).

⁸²) Wieland, Sachenrecht, p. 449, ne met pas en doute que la *Sicherungsübereignung* s'harmonise avec le Code civil suisse. Plus loin il donne quelques exemples d'actes illicites (*Umgehungsgeschäfte*), qui font mieux ressortir encore le caractère de la cession avec but de garantie (p. 450 No. 11). Comme illicites il traite: la vente d'une chose avec constitut possessoire et pacte de réméré à terme; la clause de réméré pour un temps indéterminé, que se réserve le débiteur; la vente d'une chose sous condition résolutoire que, après paiement du prix, elle fasse eo ipso retour au débiteur. Comp. Schultze, op. cit., p. 19 ss.

⁸³) Comp. Kuhlenbeck, op. cit., p. 337.

⁸⁴) V. ci-dessous, p. 204 ss., A. T. F. 31, 2, No. 15.

⁸⁵) Comp. Hallbauer, Aphorismen, p. 73.

IV. L'acte fiduciaire et ses conséquences dans la poursuite et la faillite du fiduciaire et du fiduciaire.

1. La faillite du fiduciaire.

Si la théorie que nous avons défendue au cours des pages précédentes est fondée, elle doit pouvoir s'appliquer dans toutes ses conséquences et elle devra l'être à défaut d'exceptions expressément prévues par la loi.

Le fiduciaire acquiert, dès que les conditions légales sont remplies, un droit de propriété sur l'objet de l'acte fiduciaire, et non seulement, suivant les cas, un droit de gage ou les pouvoirs d'un représentant.

Que l'acte fiduciaire soit voulu, qu'il soit de nature essentiellement différente de celle de l'acte simulé, qu'il engendre ce droit de propriété dont nous venons de parler, c'est ce qui a été suffisamment démontré. Mais l'une des conséquences de la nature de l'acte fiduciaire, qui n'a pas, jusqu'ici, été unanimement reconnue, celle que ne peuvent admettre même certains auteurs, partisans de la théorie du plein transfert de propriété⁸⁶⁾, c'est celle qui doit en être tirée en matière de poursuite et faillite. Si la propriété a été acquise par le fiduciaire, il doit pouvoir la conserver, même au cas où son auteur tomberait en faillite; son droit passera à ses créanciers, s'il est lui-même sous le coup de cette procédure, et le cédant de l'acte fiduciaire n'aura aucune vocation pour le revendiquer. Or, aucun texte de loi ne venant mettre obstacle à ces conséquences par une disposition exceptionnelle, la théorie, exposée ci-dessus, quant à la nature de l'acte fiduciaire, serait caduque du jour où l'exception tentée en faveur du cédant dans la faillite du cessionnaire serait suffisamment établie⁸⁷⁾. Il n'en est rien jusqu'ici.

A la base de toute exécution forcée, les législations de tous pays ont consacré, sous une forme ou sous une autre,

⁸⁶⁾ V. ci-dessous, p. 192 ss.

⁸⁷⁾ Pflüger, Archiv f. ziv. Praxis, vol. 83, p. 352: „der Konkurs ist der Prüfstein der Dinglichkeit.“

ce principe de droit le plus élémentaire : les créanciers d'une personne n'ont d'action, pour se désintéresser en cas de non-paiement, que sur les objets qui rentrent dans le patrimoine de cette personne. De là les dispositions qui se retrouvent dans chaque loi concernant la revendication par les tiers propriétaires de leurs biens se trouvant mélangés à ceux de la personne sous le coup d'une exécution forcée⁸⁸).

Les effets de l'acte fiduciaire se montreront aussi clairement dans la faillite ou la saisie du fiduciaire que dans celle du fiduciaire.

Le cédant par acte fiduciaire a transféré au fiduciaire la propriété d'un objet, il lui a fait cession d'une créance. Mais pour une cause ou pour une autre, l'objet de l'acte fiduciaire se trouve entre les mains du cédant, au moment où il est saisi ou déclaré en faillite, soit ensuite d'un transfert de possession par simple constitut possessoire, soit que la chose ayant été effectivement livrée au cessionnaire, le cédant en ait possession comme dépositaire ou locataire.

L'acquéreur par acte fiduciaire étant devenu propriétaire de ces biens, il aura sans conteste le droit de revendiquer la propriété conformément aux art. 106 et 109, 225 et 242 de la loi fédérale sur les poursuites. Quant au débiteur en faillite, ou plutôt l'administrateur de la masse, il aura le choix entre deux alternatives : il pourra abandonner au revendiquant l'objet en question qui est sa propriété. Mais il pourra aussi, représentant le failli, désintéresser l'acquéreur fiduciaire et mettre ainsi celui-ci dans la nécessité de satisfaire à l'obligation assumée dans la convention de fiducie : transférer, après désintéressement, l'objet de l'acte fiduciaire au cédant. L'ouverture de la faillite rendant exigibles les dettes du failli⁸⁹), il importe peu que la créance soit échue ou non.

Il est indispensable d'examiner ici quels sont les rapports qui existent entre l'acte fiduciaire et la cause en vertu de laquelle les parties l'ont passé. L'acquéreur fiduciaire ne

⁸⁸) L. P., 106, 109, 112, 225, 242; D. K. O. 43—46.

⁸⁹) L. P., art. 208 al. 1.

pourra en effet revendiquer la propriété de l'objet qu'il a acquis à ce titre que s'il y a vraiment droit; sinon, triomphant dans l'action en revendication, il se verrait immédiatement succomber sous les coups d'une condition.

Le cas le plus fréquent, dans lequel l'acquéreur pourra revendiquer la chose acquise à titre fiduciaire et se prévaloir ensuite dans une condition éventuelle d'une juste cause, est celui où l'acte fiduciaire a été passé pour garantir une créance de l'acquéreur contre l'aliénateur. Une fois l'acte fiduciaire passé, dans quels rapports se trouve-t-il avec la créance qu'il s'agissait de garantir? Ici encore, les parties souveraines ont pu choisir pour arriver à leur but différents moyens. Elles ont pu conformer leur acte de telle sorte, que le prix de l'objet à transférer ou le montant de la créance cédée soit celui de la créance originaire, et compenser ainsi les deux créances, réservant à l'aliénateur un droit de réméré⁹⁰). Mais c'est là un moyen détourné et compliqué, difficile à concilier avec les nouveaux principes du Code civil suisse, et dont les parties n'ont aucunement besoin. Bien plus simplement, elles se contenteront d'un simple transfert de propriété sans l'accompagner de toutes les clauses qui caractérisent l'exemple précédent. Cette simple cession est en général bien plus conforme à la véritable intention des parties. La créance primitive en effet continue d'exister indépendamment de l'acte fiduciaire, et celui-ci ne met pas d'obstacles à ce que le créancier poursuive à l'échéance son débiteur en paiement de sa créance. Obtient-il satisfaction, il devra lui-même satisfaire à l'obligation assumée dans la convention de fiducie, mais il aura intérêt à le faire, si la valeur de l'objet dont la propriété lui a été transférée en garantie n'atteint pas celle de la créance.

A la faillite du débiteur, aliénateur dans l'acte fiduciaire, les choses pourront se présenter de différentes manières:

La créance primitive étant échue, l'acquéreur fiduciaire pourra simplement garder l'objet transféré ou en revendiquer

⁹⁰) V. Wieland, p. 450.

la propriété. Si sa valeur ne dépasse pas celle de la créance, il pourra en disposer comme bon lui semblera ; si, par contre, elle est supérieure, il sera tenu d'en bonifier l'excédent à la masse de son débiteur. Il pourra, s'il le préfère, s'inscrire dans la faillite du débiteur comme simple créancier chirographaire et, après avoir obtenu ses dividendes, restituer à la masse l'excédent de la valeur de l'objet en question.

Quant à l'administrateur de la faillite, il pourra, comme il a été dit plus haut, abandonner l'objet de l'acte fiduciaire à son propriétaire et lui en réclamer l'excédent de valeur, ou bien le désintéresser entièrement pour rentrer en propriété de la chose. Mais il ne pourra, sauf dans le cas d'une vente, telle que nous l'avons décrite tout à l'heure, refuser l'inscription comme chirographaire du créancier acquéreur pour le montant dont la créance dépasse la valeur de l'objet transféré par l'acte fiduciaire.

2. La faillite du fiduciaire.

a) Les différentes théories adverses et leur critique.

Le cas, auquel se sont arrêtés la plupart des auteurs, est celui de l'acquéreur fiduciaire, qui tombe en faillite avant d'avoir satisfait à l'obligation assumée dans la convention de fiducie. Si nous appliquons logiquement notre théorie, cette hypothèse ne nous occasionnera, pas plus que la première, de trop grandes difficultés. Le fiduciaire ayant acquis la propriété de la chose, on ne sait pourquoi sa faillite devrait l'en priver ou en priver ses créanciers. Aussi posons-nous en thèse avec, il est vrai, la minorité des auteurs⁹¹⁾, que l'aliénateur ou le cédant fiduciaire ne peut se prévaloir des articles ayant trait à la revendication en matière de poursuite et faillite (*Aussonderung*), pour revendiquer la propriété de l'objet de l'acte fiduciaire.

⁹¹⁾ Lang, op. cit., p. 345; Dreyer, op. cit., p. 458; Hellwig, op. cit., p. 393, Zivilprozess I, § 33 No. 13; Grünhut, Wechselrecht II, p. 144 No. 5; Regelsberger, Archiv f. ziv. Praxis, loc. cit., p. 341; Goltz, op. cit., p. 85 ss.; Hertz, op. cit.

La majorité des auteurs, par contre, soutient le point de vue contraire et accorde au fiduciaire une action en revendication lui permettant d'obtenir que l'objet de l'acte fiduciaire soit à son profit retiré de la masse et lui soit restitué (*Aussonderungsrecht*).

Outre que cette conclusion est en opposition avec la théorie que nous avons défendue, relativement à la nature de l'acte fiduciaire, ce qui nous fait oser prendre partie contre une théorie défendue par des auteurs aussi compétents, c'est que ceux-ci ne sont aucunement d'accord entre eux et qu'ils partent, pour défendre le droit à la revendication, de théories très différentes, de telle sorte que le point de vue de la moitié de ses défenseurs est attaqué par l'autre.

Ici encore, ce n'est pas une réfutation in extenso de toutes ces théories que nous avons en vue; une telle tâche serait oiseuse, car on retomberait nécessairement dans les arguments invoqués par les auteurs cités en note, comme défendant les conséquences logiques de la théorie du transfert plein et entier de propriété. Mais un exposé succinct des arguments de la théorie adverse nous paraît nécessaire, ne serait-ce que pour éviter le reproche de les avoir tus faute de pouvoir les réfuter.

1. Les théories absolues (Dernburg).

Les théories, qui soutiennent contre nous le droit de revendication du débiteur fiduciaire, peuvent, dans le fond, être divisées en deux grandes catégories: la première sera composée des théories qui n'accordent pas à l'acte fiduciaire, du moins en ce qui concerne les parties contractantes, les conséquences que nous en avons déduites. C'est ici qu'il faut ranger notamment Dernburg dans ses *Pandectes*, et les auteurs qui, avec lui, soutiennent la théorie „*des geteilten Eigentums*“⁹²⁾.

⁹²⁾ Dernburg, *Pand.* I, p. 232; Crome, *Lehrbuch B. G. B.*, p. 333 ss.; Jaeger, *Konk. O.*, p. 365; Oertmann, *op. cit.*, I, 1, p. 352, est plus réservé et ne se prononce pas sur les suites de la faillite. Quant à Dernburg, il semble avoir abandonné dans son traité du *Bürg. R.* sa théorie absolutiste des *Pandectes*, mais n'en défend pas moins énergiquement le droit de revendication: „La pratique ne peut se prêter ici aux conséquences de la logique,“ *op. cit.*, p. 567.

L'argumentation ici est fort simple, et on ne peut lui dénier le mérite d'une logique rigoureuse avec elle-même.

L'acte fiduciaire, déclarent ces auteurs, ne doit déployer tous les effets qu'exige sa teneur que vis-à-vis des tiers. Quant aux rapports existant entre les parties, ils ne sont jamais que ceux qui correspondent au but économique de l'acte : ceux de débiteur à créancier gagiste, de cédant à cessionnaire. Il est évident que, dans ce cas, les créanciers, qui en réalité ne font dans la faillite que représenter leur débiteur, ne peuvent avoir de droits plus étendus que lui ; or le droit de propriété étant en définitive resté chez le fiduciaire, on ne peut lui contester la revendication.

Cette argumentation est très juste en elle-même, mais elle devra fatalement s'effondrer, si le sol, sur lequel elle se fonde, s'écroule. Et c'est précisément ce qui arrive, comme nous l'avons démontré plus haut⁹³). La théorie dite *des geteilten Eigentums* est en opposition avec la loi qui ne connaît pas un droit de propriété appartenant en entier, sous différents rapports, à différents sujets, elle ne constitue, à regarder le fond des choses, qu'un acte entaché de simulation.

2. Les théories équitaires (Kohler).

C'est ce qu'a reconnu aussi la seconde partie des auteurs qui accordent au fiduciaire un droit de revendication dans la faillite du fiduciaire. Aussi partent-ils pour le défendre d'un point de vue tout opposé : ils ne se basent plus, ou tout au moins plus uniquement sur le droit, mais sur l'équité. Kohler est le fondateur de cette école ; à sa suite se rangent les Regelsberger dans les Pandectes, Cosak, Dernburg dans son traité de droit civil et plus récemment encore Brütt⁹⁴).

Ces auteurs, et notamment Kohler, sans tomber dans les erreurs d'une division du droit de propriété, considèrent comme une prérogative indéniable du fiduciaire, comme un „postulat de la justice“ — *Postulat der Gerechtigkeit* — le

⁹³) V. ci-dessus, p. 162 ss.

⁹⁴) V. plus amples citations dans Goltz, op. cit., p. 86 et Jaeger, op. cit., p. 311 ss.; Brütt, op. cit., p. 4 ss.

droit de revendication. Toute leur argumentation se résume en cet axiôme humanitaire : il ne faut pas que les créanciers d'un failli puissent être désintéressés aux frais d'une personne étrangère⁹⁵⁾. Aussi, ne pouvant accorder au fiduciaire la revendication strictement parlant, lui accorde-t-on une „*rei vindicatio utilis*“⁹⁶⁾. En ce qui concerne spécialement la législation allemande, certains auteurs, sentant le faible de l'argumentation tirée de la simple équité, se réclament des motifs de la loi sur les faillites (K.O. du 20 mai 1898)⁹⁷⁾.

La logique, arme principale de la première théorie, fait complètement défaut à celle-ci, et c'est ce que lui reproche Jaeger⁹⁸⁾ sans ménagement.

L'ordre juridique ne tolère pas de transaction, comme celle que voudraient amener ces auteurs, entre droit et équité, à moins de motifs péremptoirs. Mais nous allons voir que l'argument tiré de l'équité se tourne précisément contre ceux qui ont voulu l'invoquer.

Ou bien la propriété est, en ce qui concerne les parties en cause, restée au fiduciaire, malgré l'acte fiduciaire, et alors il peut revendiquer sa chose ; ou bien elle a été réellement transférée au fiduciaire, et le fiduciaire a perdu tout droit réel, partant celui à la revendication. La première alternative ayant été réfutée, il ne reste plus qu'à se soumettre à la seconde.

Quant à l'argument d'équité, l'invoquer et le défendre, c'est ouvrir la porte à tous les abus qui ont fait considérer l'acte fiduciaire comme illicite, et qui ont failli le faire rayer de l'ordre juridique.

Si, dans le premier état du droit romain, les parties étaient obligées, pour établir certains rapports de droit, de recourir à l'acte fiduciaire, il n'en est plus de même aujourd'hui. Si les parties y recourent, c'est qu'elles y trouvent un

⁹⁵⁾ Dernburg, Bürg. R., I, p. 567.

⁹⁶⁾ Kohler, Jh. Jb., vol. 16, p. 346; Konkursrecht, p. 179.

⁹⁷⁾ Jaeger, op. cit., p. 365 ss. Plus long Fuss, die Rechtsnatur des Vollgiros zu Inkassozwecken, p. 92 ss.

⁹⁸⁾ Jaeger, op. cit., p. 365.

avantage, c'est que la voie fiduciaire leur procure des avantages incompatibles avec la voie normale. Or, de ces commodités, qui en jouit en première ligne? C'est le fiduciaire. Que l'on songe au transfert de propriété fiduciaire à fin de garantie; l'acquéreur eût atteint son but par une simple constitution de gage; mais le débiteur eût dû pour cela se dessaisir de l'objet de gage. L'acte fiduciaire lui permet de se procurer un crédit sans se séparer de ses biens; l'équité n'exige-t-elle pas quelques risques en retour de ces avantages⁹⁹⁾? Garantir le débiteur, qui a eu recours à l'acte fiduciaire, de tout risque, comme tend à le faire la théorie qui réclame pour lui la revendication dans un but d'équité, c'est généraliser l'acte fiduciaire dans des proportions qui rendront tout crédit impossible.

b) Notre thèse.

Si le droit de revendication est irrémédiablement perdu pour l'aliénateur, il reste à voir quels seront les rapports qui existeront entre le fiduciaire et les créanciers du fiduciaire, soit l'administrateur de la masse.

Il y aura lieu d'examiner tour à tour une série d'hypothèses différentes.

Et d'abord, s'il s'agit d'un acte fiduciaire, ne contenant pas de rapports complexes, comme par exemple la cession d'une créance dans le but d'en faire poursuivre la réalisation par le cessionnaire fiduciaire, la cession d'un effet de change pour le faire encaisser (*Vollindossament zu Inkassozwecken*): le cédant ayant perdu tout droit sur la créance même, il ne lui reste plus que les droits découlant de la convention de fiducie: exiger le transfert à lui-même des résultats obtenus par le cessionnaire. Or ces droits ne se présentent que comme une simple créance contre le failli: le cédant n'aura que la ressource de se faire inscrire comme créancier chirographaire.

La question sera moins simple à résoudre, si au lieu d'un acte fiduciaire tel que celui dont nous venons de parler,

⁹⁹⁾ Lang, op. cit., p. 342 ss.

nous nous trouvons en face d'un acte complexe, présentant de part et d'autre des droits et des obligations, comme dans le transfert de propriété ou la cession à fin de garantie.

Il faudra distinguer ici les hypothèses suivantes.

Le débiteur avait déjà, au moment de l'ouverture de la faillite, satisfait à son obligation originaire, cause de l'acte fiduciaire; il avait réclamé, sans encore l'obtenir, la restitution de l'objet transféré à titre fiduciaire ou le remboursement de sa valeur; il demande, en d'autres termes, que son créancier satisfasse à l'obligation assumée dans la convention de fiducie. Cette réclamation se caractérise comme une action en exécution d'obligations intentée au créancier en faillite, c'est une créance contre ce dernier. Le cédant ne pourra dans ce cas que s'inscrire comme créancier chirographaire dans la faillite.

Autre hypothèse: le débiteur cédant n'avait pas encore, au moment de l'ouverture de la faillite, exécuté son obligation primitive, à laquelle l'objet de l'acte fiduciaire devait servir de garantie. Il est donc sous ce rapport débiteur de la faillite.

L'administrateur de la masse pourra alors vendre, pour se désintéresser, l'objet de l'acte fiduciaire; il pourra exiger du débiteur, si ce dernier est encore en possession de la chose ensuite d'un pacte possessoire, livraison de cette chose. Le débiteur aura de son côté deux alternatives: il pourra laisser vendre l'objet transmis par acte fiduciaire et, pour le cas où sa vente ou sa réalisation par l'administration de la masse rapporterait plus que le montant de son obligation, il aura droit à cet excédent. Il pourra aussi éviter la vente de la chose et exiger l'exécution de la convention de fiducie, en satisfaisant à son obligation; il aura droit dans ce cas à la valeur intégrale de l'objet, si celui-ci a été vendu entre temps. En effet, si la justice ne peut concéder au débiteur un droit de revendication, la stricte justice et non seulement l'équité ne peut exiger que ce débiteur paye ou satisfasse deux fois à son obligation, et c'est ce qui arriverait, s'il était obligé de payer à la masse le montant de sa créance et de lui laisser en outre le produit tiré de la vente ou de la réalisation de

l'objet de l'acte fiduciaire. Un tel profit se caractériserait pour la masse comme un enrichissement illégitime, et pour se défendre, le débiteur, ayant désintéressé la masse de son créancier, aura une action en enrichissement illégitime contre elle, et non seulement un droit aux dividendes. Le législateur suisse a estimé cette conclusion assez évidente pour n'avoir pas à la mentionner expressément, tandis que le législateur allemand en a fait l'objet d'une disposition spéciale contenue à l'art. 59 de la loi sur les faillites ¹⁰⁰⁾.

Un puissant argument en faveur de la conformité de la théorie que nous avons défendue, en refusant au fiduciaire tout droit de revendication, avec la loi fédérale sur les poursuites pour dettes et faillites, est la façon dont cette loi traite la personne qui, avant l'ouverture de la faillite, a vendu et livré un objet au débiteur. Ce vendeur ne peut ni résilier le contrat, ni réclamer l'objet, alors même qu'il se serait expressément réservé cette faculté, ce que cependant le Code fédéral des obligations lui permettait de faire ¹⁰¹⁾. Ainsi en dispose l'art. 212. La situation du vendeur, dont parle cet article, et celle de l'aliénateur fiduciaire présentent sur plus d'un point une certaine analogie. Comme le premier, le second a perdu sur la chose tout droit réel; vendeur et fiduciaire n'ont plus contre leur cocontractant qu'un droit de créance à faire valoir; tous deux ont placé leur confiance dans la personne actuellement déclarée en faillite. Serait-il conforme à l'esprit de la loi de donner, en s'appuyant sur une prétendue équité, un droit de revendication au fiduciaire, alors que la loi le refuse si énergiquement au vendeur dont il vient d'être question?

¹⁰⁰⁾ „Sont des dettes de la masse . . . 1 . . . 2 . . 3. les actions résultant d'un enrichissement illégitime de la masse“. Konkursordnung art. 59. — V. Hallbauer, Aphorismen, op. cit. p. 265 ss.

¹⁰¹⁾ C.O. art. 214 al. 3: „Lorsque l'acheteur a été mis en possession de l'objet de la vente avant d'en avoir payé le prix, sa demeure n'autorise le vendeur à se départir du contrat et à répéter la chose que s'il s'en est expressément réservé le droit“. V. Jaeger K. O. p. 377; Weber et Brüstlein eod. p. 265.

Il ne nous reste plus, en connexité avec les dispositions légales en matière de poursuites et faillites, qu'à traiter sommairement de certains actes fiduciaires nuls, en vertu des principes généraux du droit¹⁰²⁾, parce qu'ayant pour objet une chose illicite et contraire aux bonnes mœurs et soumis à l'action révocatoire par l'art. 288 de la loi fédérale.

Une des applications, et malheureusement non des moins fréquentes, de l'acte fiduciaire est celle qu'en fait un débiteur déloyal, à la veille de la faillite, pour soustraire à l'action de ses créanciers quelques-uns de ses biens. Il transfère alors à un acquéreur de connivence, en vertu d'une cause ou d'une autre, un objet quelconque, convenant avec lui que ce transfert de propriété ne doit avoir qu'un caractère fiduciaire, et qu'il pourra le faire valoir après la clôture de la faillite.

Quelle que soit la cause prétextée d'un tel acte fiduciaire et quelle qu'en soit la date, il est évident qu'il est nul et que les créanciers auront, pour faire valoir cette nullité, l'action révocatoire¹⁰³⁾.

V. L'acte fiduciaire dans la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Si bien établie que puisse paraître une théorie juridique, elle risque fort de ne pas avoir grande importance pratique, si elle ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence. Donner un aperçu général sur la façon dont les tribunaux supérieurs, et notamment le Tribunal fédéral suisse, ont jugé les rapports juridiques en relation avec les actes que nous avons étudiés, nous paraît nécessaire, si notre étude veut prétendre à quelque résultat pratique.

Malheureusement les arrêts que nous possédons de notre cour supérieure de justice ne se prononcent guère sur les

¹⁰²⁾ C. O. art. 20: Le contrat est nul, s'il a pour objet une chose impossible illicite ou contraire aux mœurs.

¹⁰³⁾ L. P. 288: sont enfin nuls, quelle que soit leur date, tous les actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains créanciers, avec leur connivence, au détriment des autres.

actes fiduciaires comme tels, et le terme fiduciaire ne se trouve-t-il énoncé que dans un seul et unique volume de la collection officielle des arrêts du Tribunal fédéral.

Mais, abstraction faite de cette dénomination, nombreux sont les jugements qui ont eu à s'occuper de l'objet de notre étude, soit en déterminant l'essence de la simulation, soit en examinant certaines applications pratiques de l'acte fiduciaire, et il faut citer ici en première ligne les transferts de propriété à fin de garantie et la cession des créances pour en faire poursuivre la réalisation¹⁰⁴).

Dans la plupart des arrêts cités en note, le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur la recevabilité ou l'irrecevabilité de l'exception de simulation opposée à un acte juridique. Il a donc été amené à s'exprimer sur la simulation et son essence; en rejetant, d'autre part, l'exception de simulation, il a dû donner certains critères, qui permettent de distinguer de l'acte simulé d'autres actes semblant s'en rapprocher par un certain désaccord entre le but poursuivi et les moyens d'y arriver, soit ce que nous avons appelé les actes fiduciaires.

¹⁰⁴) Comp. A. T. F. Recueil officiel							
Vol. 14	p. 114	consid. 4		Vol. 24	p. 580	consid. 3	
	" 208	" 1			" 582	" 5	
" 15	" 628	" 4		" 25	" 367	" 4	
" 19	" 304	" 3			" 838	" 3	
	" 347	" 4		" 26	" 148	" 2	
	" 893	" 5		" 28	" 56	" 5	
" 20	" 527	" 3			" 59	" 7	
	" 1084	" 3		" 29	" 523	" 4	
" 21	" 825	" 5		" 29	" 553	" 6	
" 22	" 235	" 2		" 30	" 554	" 3	
	" 1130	" 2			" 557	" 5	
" 23	" 735	" 3		" 31	" 109	" 3	
	" 823	" 4			" 438	" 4	
	" 924	" 4		" 32	" 694	" 3	
	" 1082	" 2		" 33	" 336	" 3	
" 24	" 365	" 2		" 34	" 73	" 3	
				" 35	" 111	" 3	

(depuis le volume 24 du recueil, la pagination se rapporte à la seconde partie de chaque volume).

En ce qui concerne la simulation tout d'abord, la définition qu'en donne le Tribunal fédéral et les caractères qu'il lui attribue sont en harmonie parfaite avec ceux que nous avons exposés. Pour qu'il puisse être question de simulation, „pour que l'on puisse caractériser un acte juridique de simulé, il ne suffit pas que l'un des deux contractants ne l'ait pas pris au sérieux, mais les deux parties doivent l'avoir envisagé de telle sorte, qu'il ne devait être émis que pour l'apparence“¹⁰⁵⁾. Donc distinction très nette de la simulation d'avec la réserve mentale. Quant à la simulation elle-même, elle consiste — outre cette entente entre les parties —, „dans le défaut de concordance entre la volonté réelle des parties et celle qu'elles ont exprimée dans l'acte“; et l'arrêt ajoute ces quelques mots, dont l'on peut déduire toute la manière dont le Tribunal fédéral envisage l'acte fiduciaire: „abstraction faite du but poursuivi“¹⁰⁶⁾. Le même arrêt examine plus loin encore sur quels points du contrat doit porter le désaccord entre volonté et déclaration; il doit porter sur la nature de la convention et non seulement sur des points de détail, et l'arrêt conclut en constatant que „la notion de la simulation, au sens de l'art. 16 du CO, n'est pas différente de celle généralement admise par la doctrine, d'après laquelle — conformément à notre exposé¹⁰⁷⁾ — il y a simulation, toutes les fois que les parties sont d'accord, que leur volonté exprimée dans le contrat n'aura pas les effets qu'elle devrait avoir naturellement et normalement d'après les termes qu'il exprime. Notamment il y a simulation, lorsque, d'après l'intention commune des parties, l'engagement contracté en la forme par l'une d'elles ne doit déployer en réalité aucun effet“¹⁰⁸⁾.

Les deux contrats dont nous avons parlé — acte simulé et convention de simulation — se dégagent particulièrement d'un arrêt du 14 septembre 1889 rendu en matière de société.

¹⁰⁵⁾ Vol. 24, p. 582.

¹⁰⁶⁾ Vol. 22 p. 1130 cons. 2. V. Revue vol. 13 p. 372 ss.

¹⁰⁷⁾ V. ci-dessus p. 154 ss.

¹⁰⁸⁾ Vol. 22 p. 1131 considérant 3.

Les conventions, y est-il dit en substance, passées avec des cofondateurs, et en vertu desquelles le paiement doit se faire d'une façon non exprimée par l'acte de paiement, peuvent donner lieu à des actions que pourront intenter entre eux les contractants en question; elles ne sont pas opposables à la société comme telle ¹⁰⁹⁾.

C'est encore dans des arrêts relatifs à une exception de simulation que le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur les actes fiduciaires et la plupart ont trait au transfert de propriété à fin de garantie.

Les principes de la vente de garantie, que le tribunal suprême a appliqués avec une continuité rare dans la jurisprudence ¹¹⁰⁾, se trouvent exposés dans un arrêt du 6 mai 1893 ¹¹¹⁾.

La différence entre simulation et acte fiduciaire, les rapports entre l'acte juridique et ses causes y sont exposés de façon si précise que la citation de ce passage a ici sa place indiquée: „Du fait en lui-même que l'acte a été conclu dans le but de garantir une créance, il ne s'en suit pas que les parties n'ont pas eu la volonté de conclure une vente et un transfert de propriété, mais une constitution de gage. Le but en vue n'exclut pas en lui-même l'existence d'une volonté sérieuse d'effectuer une vente et un transfert de propriété. Nonobstant ce but, les parties ont pu véritablement vouloir les suites juridiques d'une vente et d'un transfert de propriété. Car rien ne s'oppose en soi-même à ce que la garantie d'une créance ne s'effectue par le transfert de la propriété des choses. Un débiteur vend-il une chose à son créancier et lui en transfère-t-il la propriété avec cette clause, que le prix de vente sera imputé sur sa dette, mais qu'il pourra durant un certain laps de temps acquérir la chose en retour moyennant rembourser du

¹⁰⁹⁾ Vol. 15 p. 628 cons. 4.

¹¹⁰⁾ Nous ne trouvons pas la même continuité dans les arrêts du tribunal de l'empire allemand.

¹¹¹⁾ Vol. 19, p. 347, cons. 4. — Les mêmes conclusions se retrouvent dans un grand nombre d'arrêts v. vol. 14 p. 114; vol. 19 p. 893; vol. 21 p. 825, alors même que les circonstances de fait ont fait admettre la simulation; vol. 24 p. 580, et autres.

prix de vente, un tel acte poursuit économiquement parlant le même but qu'une constitution de gage; il n'en reste pas moins vrai que cet acte constitue, au point de vue du droit, une vente valable. De même, du fait que, ensuite d'un contrat de louage, la possession reste tout d'abord entre les mains du vendeur, il ne s'en suit pas que les parties n'aient pas voulu les suites juridiques de la vente et du transfert de propriété, car le fait que la possession reste encore entre les mains du vendeur n'exclut pas ses suites aux termes de l'art. 202 du Code fédéral."

Dans le volume suivant du Recueil officiel, nous trouvons un arrêt confirmant encore celui que nous venons de citer et le développant. A quel signe reconnaîtra-t-on que les parties ont réellement eu la volonté de conclure une vente, et non seulement une constitution de gage? Aux effets qu'elles ont eus en vue. „Leur intention était-elle vraiment que l'acquéreur supportât les profits et les pertes de la chose remise en garantie, on en peut conclure que les parties ont voulu les conséquences juridiques d'une vente et non seulement d'une simple constitution de gage, alors même que le but de cet acte consistât uniquement dans la garantie à fournir à l'un des contractants" ¹¹²⁾.

Des arrêts cités jusqu'ici, il ressort clairement déjà que le Tribunal fédéral, sans traiter pour elle-même la question du transfert de propriété intégral ou de la propriété divisée entre créancier et débiteur, fiduciaire et fiduciaire, n'a pas eu un seul instant la pensée de s'arrêter à une propriété changeant de titulaire, pour ainsi dire, suivant qu'il s'agit des rapports des contractants entre eux ou des contractants avec les tiers. Jusqu'ici on peut voir dans le tribunal supérieur un défenseur de la théorie que nous avons faite nôtre, celle „*des vollen Eigentumsüberganges*". Le transfert de propriété d'une personne à l'autre est complet, c'est l'acquéreur qui jouit de la chose, c'est l'acquéreur qui supporte les risques, c'est lui seul qui peut disposer de la chose, tout en lui révèle un droit

¹¹²⁾ Vol. 20 p 1084 cons. 3.

réel. Quant au débiteur, il n'a plus qu'un droit personnel à faire valoir contre son créancier: c'est que celui-ci lui transfère en retour la propriété de l'objet en question, lorsqu'il l'aura désintéressé. Ces conséquences tirées des faits, le Tribunal fédéral aura l'occasion d'y revenir quelques années plus tard et, toujours conséquent avec ces premiers arrêts cités, se prononcera expressément pour la théorie du transfert plein et entier de propriété¹¹³).

Mais avant de quitter le domaine de la vente dans le but de garantie, nous avons à revenir, en nous appuyant sur la même jurisprudence, aux objections qui lui ont été faites, et tirées de ce chef que l'acte fiduciaire, spécialement le transfert de propriété à fin de garantie, constituait une manière d'éluder la loi, un *agere in fraudem legis*¹¹⁴).

Toutes ces objections peuvent se résumer dans cette question que se pose le Tribunal fédéral au cours des lignes suivantes. Après avoir reconnu que le but de garantir une créance ne saurait empêcher de considérer un acte de vente comme sérieusement voulu, „il se demande si ce but de garantie ne peut pas mettre en question la validité de l'acte, pour autant que le législateur ne permet d'atteindre ce but que sous certaines conditions. Aux termes de l'art. 210 C.O., un droit de gage ne peut être constitué sur des choses mobilières que moyennant leur tradition aux créancier, et la tradition n'est pas considérée comme parfaite aussi longtemps que la chose se trouve en la possession du constituant de gage. Si la déclaration du demandeur comme quoi une tradition n'a pas été effectuée était exacte, il y aurait lieu d'examiner, si l'acte en question n'eut pas constitué un *agere in fraudem legis*, c'est-à-dire d'examiner, si l'art. 210 précité n'a trait qu'à la constitution de gage, ou si le législateur n'a pas voulu bien plus exclure en général la prestation de sûretés au créancier, au moyen de concession de droits réels sur des choses mobilières du débiteur, par constitut possessoire sans mise en possession du créancier“¹¹⁵).

¹¹³) V. plus loin, p. 204 ss., A. T. F., vol. 31, p. 109 consid. 3.

¹¹⁴) V. ci-dessus, p. 177 ss.

¹¹⁵) Vol. 20, p. 1085 ss. cons. 4.

La réponse à cette question se trouve dans un arrêt du 21 mars 1896, dans lequel la haute Cour se contente de renvoyer à un arrêt précédent que, partant, elle confirme. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a reconnu que rien ne s'oppose en soi en ce qu'une garantie soit donnée à un créancier sous la forme de transfert de propriété d'une chose¹¹⁶⁾.

Il ne s'agit plus dès lors que d'étudier comment, dans l'arrêt invoqué, le Tribunal fédéral envisage le rapport pouvant exister entre constitution de sûreté par transfert de propriété et *agere in fraudem legis*.

„Si l'acte juridique doit être considéré comme sérieusement voulu et non simulé, il faut voir encore, dit-il, s'il n'est pas nul néanmoins, parce que conclu *in fraudem legis*, en vue d'écluser les dispositions de l'art. 210 CO. Dans ce sens il est évident que les parties n'ont recouru à la forme juridique d'un transfert de propriété ensuite de vente, au moyen de constitut possessoire avec réserve du droit de rachat pour le vendeur, que, parce que aux termes de l'art. 210 C.O., on ne peut constituer de droit de gage sur des choses corporelles que par transfert effectif de possession. Si ce principe n'existait pas, les parties eussent simplement conclu un contrat de gage. On ne peut cependant considérer cet acte comme passé *in fraudem legis*. L'art. 210 C.O. ne se rapporte, d'après son texte, qu'à la constitution de gage; on ne peut donc admettre sans autre qu'il y ait eu en vue, malgré cela, non seulement la constitution de gage, mais en général tous les actes par lesquels une garantie réelle a été consentie à un créancier sur les biens mobiliers de son débiteur, en laissant à ce dernier la possession. Alors même que l'effet économique d'un transfert de propriété par constitut possessoire, dans le but de garantir une créance, soit sensiblement (*wesentlich*) le même que celui d'une constitution de gage sans transfert de possession, la forme juridique par laquelle ce but est visé en est cependant différente. Et dès lors on peut dire que l'art. 210 CO. repose sur le principe général que toute grevance de la fortune

¹¹⁶⁾ Vol. 22, p. 236.

mobilière doit être reconnaissable pour les tiers à des signes extérieurs, en sorte que toute grevance privée de ce caractère soit défendue, quelle que soit la forme employée. En effet, à côté de l'art. 210, il y a l'art. 202 qui permet, sans distinguer le but auquel il doit servir, le transfert de propriété par constitut possessoire; quant aux tiers, ils ne sont protégés que pour autant qu'on se proposait de les léser¹¹⁷⁾.

Cette arrêt est certes assez explicite; il est d'autant plus significatif qu'il a été prononcé en opposition voulue avec un jugement contraire du Tribunal de l'empire allemand, ainsi qu'il ressort de la citation qui en est faite¹¹⁸⁾.

Mais il est temps de citer maintenant l'unique arrêt dans lequel le Tribunal fédéral s'occupe ex professo de l'acte fiduciaire.

L'arrêt est récent, il date du 17 mars 1905¹¹⁹⁾. Il est d'un intérêt d'autant plus grand qu'il ne s'occupe plus, comme les arrêts précités, de la vente de garantie, dont l'application subira quelques modifications du fait de l'entrée en vigueur du nouveau code, mais que, en traitant de la cession fiduciaire d'une créance, il s'occupe d'une catégorie d'actes fiduciaires à laquelle le Code civil suisse n'a rien changé.

C'est la citation de cet arrêt, résumé des théories que nous avons exposées quant à la nature de l'acte fiduciaire, qui servira de conclusion à cette étude.

Le Tribunal fédéral se demande tout d'abord, dans un cas concret, si l'acte sur lequel il va se prononcer, la cession d'une créance afin d'en faire poursuivre l'exécution par le cessionnaire, est un acte simulé ou un acte fiduciaire. Il est donc amené à étudier la nature de l'un et de l'autre de ces actes. Voici le résultat de cet examen.

Quant à la simulation d'abord :

¹¹⁷⁾ Vol. 19, p. 348 ss. cons. 5.

¹¹⁸⁾ V. B ä h r, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen p. 52 ss. — V. aussi arrêt du tribunal civil de Bâle-Ville, *Revue der Gerichtspraxis*, III, No. 85.

¹¹⁹⁾ Vol. 31, p. 109 ss. cons. 3.

„Il y a, d'après la doctrine juridique générale, acte simulé, lorsque la volonté qui y est exprimée, ne doit pas, selon convention des parties, déployer en réalité les effets juridiques qui y correspondent, mais doit uniquement induire les tiers en erreur. Une cession notamment se présente comme simulée, lorsque les parties sont d'accord que ses effets juridiques, le transfert de la créance du cédant au cessionnaire, ne doivent pas se réaliser en fait, mais que seul un semblant de ces effets doit se produire aux yeux des tiers.“

Qu'est-ce maintenant que l'acte fiduciaire ?

„L'essence de l'acte fiduciaire consiste en ceci que les parties veulent sérieusement amener les effets juridiques correspondant à leur déclaration — dans la cession donc, le transfert de la créance — mais qu'elles sont d'accord sur ce point, que l'état de droit correspondant à leur volonté ne doit pas être exploité intégralement par la partie acquéreur, mais seulement dans un sens déterminé, éventuellement pas du tout. L'acquéreur en effet s'est vu concéder un droit allant plus loin que ne l'exige le but sur lequel se fonde l'acte juridique, ainsi dans le cas de cession d'une créance pour en poursuivre l'exécution ou bien pour garantir une obligation du cédant envers le cessionnaire.“

Quelle est la position que prend notre tribunal supérieur dans la discussion ouverte au sujet de la nature de l'acte fiduciaire; à laquelle des deux théories exposées se range-t-il ?

„La construction juridique de l'acte fiduciaire est discutée en doctrine. Suivant l'une des conceptions, les rapports internes des contractants entre eux sont différents des rapports externes vis-à-vis des tiers, en ce que, par exemple dans la cession d'une créance en vue d'en faire poursuivre l'exécution, le cessionnaire fiduciaire acquiert à l'extérieur la situation du créancier, qu'il est donc légitimé vis-à-vis du débiteur à poursuivre l'exécution de la créance, tandis qu'intérieurement, vis-à-vis du cédant, il n'apparaît que comme fondé de pouvoirs. L'autre théorie, très défendue, veut que l'acte fiduciaire déploie de tous côtés, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, les effets conformes à sa teneur, et que la fiducie ne fasse naître qu'un autre

rapport obligatoire entre les parties, existant indépendamment de ses effets réels généraux. Dans le cas de cession précitée donc, la créance sera de plein droit acquise au cessionnaire; celui-ci sera cependant d'autre part obligé envers le cédant de n'user de la créance que dans le sens de la convention de fiducie, c'est-à-dire de transférer au cédant le montant perçu du débiteur.

Sans hésiter, c'est à la seconde de ces théories qu'il faut s'arrêter, car distinguer entre effets juridiques dans les rapports internes et externes, dans le sens de la première théorie, ne peut s'accorder avec les effets (transfert de propriété ou de créance) conformes à la définition de l'acte fiduciaire. On ne peut donc en tous cas parler d'un acte fiduciaire en opposition à un acte simulé, que lorsque les parties sont d'accord que l'acte conclu doit déployer les effets conformes à sa teneur, non seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi dans les rapports des contractants entre eux.

Dans ce sens alors, un acte fiduciaire peut se concevoir et paraît parfaitement capable d'atteindre son double but: amener un effet, que celui-ci soit irréalisable d'une autre façon d'après les lois en vigueur — que l'on songe au fideicommiss du droit romain ou au *Sicherheitswechsel* du droit moderne — ou que, possible d'un côté, il soit, en fait et suivant les circonstances, inséparable de certains inconvénients que ne présente pas le détour de l'acte fiduciaire; ainsi en sera-t-il de l'endos intégral dans le but de faire poursuivre l'encaissement (*Vollindossament zu Inkassozwecken*), de la cession d'une créance dans un but de garantie.“
