

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:	77 (1958)
Artikel:	La vente à tempérament et la vente-épargne, de lege ferenda
Autor:	Jeanprêtre, Raymond
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896353

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: 06.02.2026

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

La vente à tempérament et la vente-épargne, de lege ferenda

Rapport présenté par
Raymond Jeanprêtre,
Juge cantonal
et professeur à la Faculté de droit,
Neuchâtel

Avant-propos

Le 19 mars 1954, le Conseil national accepta un postulat Bourgknecht, invitant le Conseil fédéral à modifier et compléter la législation sur les ventes à tempérament, pour mettre fin aux abus de tous ordres qui s'attachent à ce système de vente. Le même jour, le Conseil national adopta un postulat Rosset, invitant le Conseil fédéral à présenter un projet de loi réglementant la vente à prépaiement, eu égard aux dangers incontestables que ce contrat peut présenter pour l'acheteur.

Le 5 mai 1955, le Département fédéral de justice et police convoqua une conférence consultative réunissant, avec les auteurs des deux postulats mentionnés plus haut, des représentants du commerce, de l'industrie et de différentes associations. La conférence conclut à la nécessité de légiférer sur les ventes à tempérament et les ventes-épargnes. Elle donna la préférence à une réglementation de droit privé.

Mandaté par le Département fédéral de justice et police, notre co-rapporteur, M. Hellmuth Stofer, présenta en mai

1956 un rapport et un avant-projet de loi fédérale sur les ventes à tempérament et à prépaiement. Le Département soumit le premier avant-projet Stofer à de nombreuses associations. Il reçut de volumineuses observations, résumées dans un «digeste» de 150 pages publié en mars 1957. Sur quoi M. Stofer élabora un deuxième avant-projet, déposé en septembre 1957.

En mettant la vente à tempérament et la vente-épargne au programme de son assemblée de 1958, la Société suisse des juristes arrive à point. Au cours des travaux préparatoires de la future loi fédérale, le gouvernement a déjà consulté des associations de banquiers et d'ouvriers, de marchands et de paysans, de syndicalistes et de féministes, de fabricants de pianos et de vendeurs de radios. Le moment n'est-il pas venu d'entendre les juristes ?

* * *

M. le Président Panchaud a invité les rapporteurs à limiter l'ampleur de leurs travaux à un certain nombre de pages, pour des raisons d'ordre budgétaire. Les membres de la Société ne s'en plaindront pas. Les brochures vertes qu'ils glissent dans leurs valises, en partant en vacances, ne doivent pas atteindre les dimensions des traités et des commentaires. Elles doivent, plus modestement, préparer les débats de l'assemblée d'automne.

Notre sujet – notre double sujet – est vaste. Les pages pour le traiter nous sont comptées. Nous pouvions, ou traiter brièvement toutes les questions, ou approfondir certains points et négliger les autres. La seconde méthode nous a paru la plus intéressante. D'ailleurs, dans ses rapports au Département fédéral de justice et police, M. Stofer a étudié tous les aspects des ventes à tempérament et à prépaiement, avec autant de science que de conscience. Sans doute fera-t-il de même dans son rapport à la Société suisse des juristes. Nos lecteurs y trouveront ce qui manque dans nos «chapitres choisis».

La vente à tempérament

Introduction

La vente à tempérament et le pacte de réserve de propriété sont régis depuis 1912 par les art. 226 à 228 CO ainsi que par les art. 715 et 716 CC. Peu de dispositions, dans notre droit privé, ont fait l'objet d'une jurisprudence plus abondante, de monographies, d'articles de revues et de thèses plus nombreuses. *De lege lata*, tout a été dit, ou presque. Seuls quelques points de détail sont encore controversés. Dans le cadre de ce rapport, un exposé du droit positif est superflu. Nous renvoyons nos lecteurs à la jurisprudence et à la doctrine, notamment à la récente et excellente étude de M. Scherrer, dans son commentaire des art. 715 et 716 CC¹.

De même, sur le plan économique et social, il est peu d'institutions aussi discutées que la vente à tempérament. Les juristes ne sont pas seuls à prendre part au débat. Les économistes et les sociologues, les banquiers, les commerçants, les industriels et les voyageurs de commerce, les fonctionnaires de l'assistance publique et les assistantes sociales, les sociétés de bienfaisance, les syndicats patronaux et ouvriers, chacun participe à la discussion. Sur notre sujet, les articles publiés dans les quotidiens et les revues sont légion. Nous ferons grâce à nos lecteurs d'une étude sur les avantages et les inconvénients de la vente à tempérament. Ils sont suffisamment renseignés. Ils le sont mieux que personne, par leur activité professionnelle de juge ou d'avocat.

En tête d'une étude *de lege ferenda*, nous rappellerons seulement ceci:

Le contrat de vente à tempérament, conclu à la légère, conduit les gens modestes à s'endetter outre mesure. Il s'agit donc de rendre plus difficile la conclusion du contrat.

¹ Haab-Simonius-Scherrer. *Das Sachenrecht*. 2e éd., en cours de publication. M. Scherrer est l'auteur du commentaire des art. 715 et 716 CC.

Du même coup, on éloignera le danger d'inflation, né de l'extension exagérée du crédit. D'autre part, si l'acheteur, même sans sa faute, est en retard dans ses versements, il risque de perdre et la chose et les acomptes déjà versés. Il s'agit donc de revoir les dispositions sur la demeure de l'acheteur et sur les voies d'exécution.

Devrions-nous au début de cette étude, chercher la meilleure définition théorique de la vente à tempérament? On pourrait disserter là-dessus à l'infini. Pour des raisons d'ordre pratique, nous ferons notre la définition adoptée par notre co-rapporteur². Aux fins de la présente étude, la vente à tempérament est la vente à crédit d'une chose mobilière où le prix est payable en quatre acomptes au moins.

CHAPITRE PREMIER

Le versement initial

I. Généralités

Il est facile de s'engager. Il est plus difficile de payer. Dans la vente à tempérament, l'acheteur s'engage trop facilement. S'il doit payer d'emblée une partie du prix de vente, il réfléchira avant de conclure. La loi devra donc l'astreindre au paiement d'un versement initial: l'acompte au comptant.

Sur la nécessité de prescrire un versement initial, les projets de réforme législative sont unanimes. L'avant-projet de loi fédérale dû à notre co-rapporteur prévoit, avec des variantes et des cas d'exemption, un versement initial de 25%, exigible au plus tard lors de la livraison³. Les organisations consultées par le Département fédéral de justice et police divergent sur le taux et les modalités du versement

² Stofer, Avant-projet II, art. 1, al. 1.

³ Stofer, Avant-projet II, art. 3.

initial. Elles sont toutes favorables au principe, à de rares exceptions près⁴.

La disposition sur l'acompte au comptant est la pierre angulaire de la loi en préparation. Dans son principe, elle est facile à énoncer. Dans ses modalités, elle réserve au législateur de multiples difficultés. Nos lecteurs s'en rendront compte dans les pages qui suivent.

II. Le versement initial à l'étranger

La vente à tempérament a trouvé aux *Etats-Unis* son pays d'élection. Elle y a pris un développement extraordinaire. En 1957, le crédit à la consommation s'élevait à 41 milliards de dollars. Il avait augmenté de 12 milliards en une année. Dans aucun pays, la vente à tempérament n'a été étudiée aussi à fond⁵.

Aux *Etats-Unis*, la compétence législative en matière de vente à tempérament appartient normalement aux *Etats*⁶. Toutefois, en 1941, les autorités fédérales ont édicté un règlement sur le crédit à la consommation, la *Regulation W*⁷. L'application en est suspendue depuis 1952.

Selon la *Regulation W*, les établissements financiers et les marchands qui s'occupent de vente à tempérament doivent avoir une patente. Ils doivent exiger, avant la livraison, un versement initial de $33\frac{1}{3}\%$ du prix pour les automobiles, de

⁴ Dép. féd. de just. et pol., *Zusammenstellung, passim*. Les marchands d'appareils de radio et de télévision et les vendeurs de pianos sont rebelles au versement initial.

⁵ Signalons une étude officielle, en 6 volumes et 1900 pages, due à la plume de 46 experts: *Board of Governors of the Federal Reserve System. Consumer Instalment Credit*. Washington 1947. (V. *The American Economic Review XLVII*, 1957, 966). Les auteurs de cette somme ne seraient arrivés qu'à une seule conclusion commune: *Instalment credit is here to stay!* (Alistair Cooke dans *The Manchester Guardian Weekly* du 28. 3. 57).

⁶ Mason, p. 13.

⁷ *Board of Governors of the Federal Reserve System. Consumer Credit. Regulation W*.

15% pour d'autres articles⁸. Le crédit ne doit pas dépasser dix-huit mois. Pour les cas où ses dispositions seraient violées, la *Regulation W* ne prévoit qu'une sanction administrative: le retrait de la patente. Elle exclut expressément toute sanction de droit privé⁹.

En Angleterre, la location-vente (*hire-purchase*) correspond à notre vente à tempérament. En droit privé, elle est régie par deux lois de 1938 et 1954¹⁰. Ces lois ne prévoient ni versement initial obligatoire ni durée maximum du crédit. En revanche, deux ordonnances du Board of Trade, des 17 février et 15 août 1956¹¹ prescrivent

- un versement initial de 50% du prix au comptant et un crédit maximum de deux ans pour les véhicules à moteurs, les appareils de radio et de télévision, les aspirateurs à poussière, les machines à coudre, etc.,
- un versement initial de 20% et un crédit maximum de deux ans pour les mobiliers, les montres, les bicyclettes, les machines à laver (4 ans de crédit), etc.

Rien n'indique que les ordonnances du Board of Trade auraient une portée de droit privé. En revanche, la violation de leurs dispositions est une infraction pénale¹².

Les vendeurs à tempérament font crédit aux acheteurs. En général, leurs fonds propres n'y suffisent pas. Ils doivent eux-mêmes se procurer du crédit auprès de tiers. Dans le crédit à la consommation, il faut donc distinguer

⁸ En cas de vente à l'essai, l'acheteur doit, en règle générale, déposer auprès du vendeur le montant du versement initial: Section 6 (f).

⁹ ... all provisions of this regulation are designated as being for administrative purposes ... noncompliance with provisions of the regulation shall not affect the right to enforce contracts: Section 8 (e).

¹⁰ Hire-Purchase Act, 1938; Hire-Purchase Act, 1954.

¹¹ The Hire-Purchase and Credit Sale Agreements (Control) Order, 1956 et The Hire-Purchase and Credit Sale Agreements (Control) (Amendment) Order, 1956 (Statutory Instruments 1956 N° 180 et N° 12707).

¹² Lyell, p. 38; cf. l'ordonnance du 17. 2. 56, art. 6 ch. 4.

deux stades. Le stade du *financement* comprend les relations entre les établissements financiers et les marchands. Le stade de la *vente* comprend les relations entre les marchands et les acheteurs.

En *France*, dans le domaine du versement au comptant et de la durée du crédit, le législateur n'est intervenu d'abord qu'au stade du financement. Agissant en vertu de lois promulguées en 1941 et 1945, le Conseil National du Crédit a édicté des règles concernant les établissements financiers. Ces derniers devaient subordonner le financement des ventes à deux conditions :

- versement comptant par l'acheteur de 20% au moins du prix au comptant,
- limitation à 18 mois de la durée du crédit¹³.

En 1956 seulement, le gouvernement français intervint au stade de la vente pour imposer directement aux marchands les normes applicables aux établissements financiers¹⁴. En 1957, le Conseil National du Crédit a élevé à 35% du prix au comptant le montant du versement initial obligatoire et réduit à 12 ou 15 mois, selon les articles, la durée maximum du crédit¹⁵.

L'inobservation des ordonnances prises par le Conseil National du Crédit ne comporte apparemment que des sanctions pénales et administratives. Comme pratique de prix illicite, elle est passible d'emprisonnement ou d'amende. Elle peut entraîner la fermeture de l'entreprise coupable¹⁶.

¹³ Exposé des motifs du Décret N° 55-585 du 20 mai 1955, relatif aux ventes à crédit, Gaz. Pal. 1955, p. 849.

¹⁴ Décret N° 55-585 cité à la note précédente; Décret N° 56-775 du 4 août 1956, Bull. législ. Dalloz 1956, p. 565.

¹⁵ Décision du 27 juin 1957. Avis du 30 juin 1957 relatif à l'application du Décret N° 56-775, Bull. législ. Dalloz 1957, p. 418.

¹⁶ Cf. Ordinance N° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, Bull. législ. Dalloz 1945, p. 227, ou Lois ann. Sirey 1945, p. 1898, et Ordinance N° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la répression des infractions à la législation économique, Bull. législ. Dalloz 1945, p. 234, ou Lois ann. Sirey 1945, p. 1903 (avec exposé des motifs).

Les réglementations américaine, anglaise et française ont des traits communs. Elles tendent principalement, sinon exclusivement, à lutter contre l'inflation. Elles relèvent du droit public. Elles prévoient contre les contrevenants des sanctions pénales et/ou administratives. Elles n'émanent pas du pouvoir législatif. Elles sont édictées par des organismes spécialisés: Federal Reserve Board, Board of Trade, Conseil National du Crédit. Le taux du versement initial peut être modifié rapidement selon les exigences de la politique économique. Le taux est différent selon les objets vendus. D'où la nécessité de grouper les objets en catégories, avec parfois un grand luxe de détails¹⁷.

En *Belgique*, la Loi réglementant les ventes à tempérament et leur financement¹⁸, du 9 juillet 1957, est entrée en vigueur le 1^{er} février 1958¹⁹. Elle combine des dispositions de droit public et des règles de droit privé.

Nul ne peut, à peine d'emprisonnement ou d'amende, pratiquer habituellement la vente à crédit ou le financement de cette vente sans une autorisation officielle. L'autorisation est retirée à qui n'observe pas la Loi.

Sur le versement initial, l'art. 5 de la Loi porte qu'

aucune vente à tempérament n'est parfaite tant qu'il n'y a pas paiement d'un acompte qui ne peut être inférieur à 15% du prix d'achat au comptant²⁰.

Du rapport de la Commission du Sénat chargée d'examiner le projet de loi, nous extrayons le passage suivant²¹:

Elle (la commission) a supprimé (la disposition du projet) qui interdisait au vendeur de livrer l'objet avant

¹⁷ Cf., en France, l'Arrêté du 11 janvier 1957 (Bull. législ. Dalloz 1957, p. 72) qui réglemente la vente à tempérament des clavecins, des harmoniums, des orgues et des harpes!

¹⁸ Moniteur belge, 1957, p. 5312.

¹⁹ Arrêté d'exécution du 23 décembre 1957 (Moniteur belge, 1957, p. 9468), art. 10.

²⁰ Pour les autos: 25%. Arr. d'exéc. art. 4.

²¹ Doc. Sénat N° 91. Session 1956–1957, p. 29.

paiement de l'acompte ... en considérant qu'il était plus efficient de dire dans la loi qu'aucune vente à tempérament ne sera parfaite tant qu'il n'y a pas paiement de l'acompte minimum prévu. *Aussi longtemps que cet acompte n'est pas réellement payé, il n'y a pas vente ... La signature du contrat ne vaut même pas promesse de vente ou d'achat, si elle n'est accompagnée du paiement de l'acompte. La commission a vu dans cette mesure une protection tant contre l'emballlement de l'acheteur que contre le zèle entreprenant des démarcheurs.* La preuve du paiement de l'acompte devra donc pouvoir être faite tant par le vendeur que par l'acheteur en cas de contestation au sujet de l'existence même de la vente.

Ainsi, le droit belge sanctionne doublement l'obligation de payer un acompte au comptant. Le marchand qui enfreint l'obligation s'expose au retrait de l'autorisation d'exercer sa profession: sanction administrative. Pour les deux parties, le contrat est inexistant tant que le versement initial n'a pas été payé: sanction de droit privé.

III. La nature juridique du versement initial

Il serait vain de prescrire l'acompte au comptant sans attacher une sanction à la violation de la règle. La prescription resterait lettre morte.

La sanction dépend de la nature juridique de la règle. On aura une sanction de droit public (amende, retrait de patente) si la règle relève du droit public. On aura une sanction civile (nullité, annulabilité) si la règle relève du droit privé. On aura l'une et l'autre si la règle est *utriusque juris*.

1. La règle de droit public

La loi pourrait punir d'amende ou d'emprisonnement la violation des règles sur l'acompte au comptant. La France et l'Angleterre connaissent le système de la sanction pénale. Nous le mentionnons ici pour mémoire. A notre connaissance, personne, en Suisse, n'en propose l'adoption.

Une sanction administrative consisterait à retirer aux marchands l'autorisation d'exercer leur industrie, s'ils né-

glient d'exiger le versement initial. Il faudrait au préalable soumettre tous les marchands à un régime d'autorisation administrative. C'est le système adopté dans les quatre pays dont nous avons étudié plus haut la législation. Il serait prématué de l'introduire en Suisse aujourd'hui. Seule une grave crise inflationniste justifierait une telle mesure, avec le vaste appareil administratif qu'elle comporterait²².

2. La règle civile

a) Le système de l'avant-projet

L'avant-projet de loi fédérale sur la vente à tempérament porte ce qui suit:

Au plus tard lors de la livraison de la chose, l'acheteur a l'obligation de payer au moins le quart du prix total ...
Si le vendeur livre tout ou partie de la chose à l'acheteur avant d'avoir reçu l'acompte fixé par la loi, il perd tout droit à cet acompte ...²³

Selon ce texte, la vente à tempérament reste un contrat consensuel. L'accord des parties scelle le contrat. Mais si le vendeur commet l'imprudence de livrer avant d'avoir reçu l'acompte au comptant, le prix de vente est *ipso facto* réduit du montant de l'acompte.

Ce système présente à notre avis un défaut majeur: l'acheteur est lié dès la signature du contrat. Il n'aura pas dû, avant de s'obliger, débourser une partie du prix. Le versement initial obligatoire tend à prévenir les engagements hâtifs, les contrats conclus à la légère. Si l'acompte au comptant peut être payé après la conclusion du contrat, il

²² Une mesure administrative moins lourde consisterait à n'intervenir qu'au stade du financement. On aurait à contrôler, en Suisse, une centaine d'entreprises de financement au plus, et non pas des milliers de marchands. C'était le système français de 1945 à 1956. On trouve la même idée dans la loi belge de 1957 (art. 23 à 27): les établissements financiers sont soumis au régime de l'agrément, plus strict que le régime de l'inscription réservé aux marchands.

²³ Stofer, Avant-projet II, art. 3 al. 1 *in initio* et al. 2 *in initio*.

manque son but. Certes, la perspective de devoir payer un fort acompte avant la livraison incitera à la prudence les acheteurs réfléchis. Or ce sont les gens irréfléchis qu'il s'agit de protéger. Ainsi conçu, le versement initial n'est pas le frein efficace qu'on attend de la révision législative.

Un autre inconvénient du système de l'avant-projet est son caractère draconien. Il frappe durement le vendeur qui, pour obliger l'acheteur, livrera avant d'avoir reçu la totalité de l'acompte au comptant. Il pourrait être une prime à la mauvaise foi de certains acheteurs. Supposons une vente de meubles. Le vendeur a fait connaître la date de la livraison. Il a averti l'acheteur d'avoir à payer à ce moment-là le versement initial. Lorsque le camion du vendeur est devant la maison, l'acheteur s'excuse. Il n'a pu réunir qu'une partie des fonds. Il paiera le solde la semaine prochaine. Le vendeur devrait alors remporter sa cargaison, peut-être dans un autre canton. S'il fait confiance à l'acheteur, s'il décharge son camion, il risque de perdre le solde impayé du versement initial. La sanction est inéquitable.

Il peut arriver qu'une vente à tempérament soit en même temps une vente à l'essai (CO art. 223 à 225). En général, l'examen de la chose a lieu chez l'acheteur (CO art. 225). Ce type de vente rend service. Il permet à l'acheteur de se décider en connaissance de cause. Or il serait difficilement conciliable avec une règle prescrivant le paiement de l'acompte au comptant *avant* la livraison. Le vendeur devrait reprendre la chose agréée par l'acheteur, et la livrer à nouveau après paiement de l'acompte²⁴. Ou alors il faudrait prescrire le dépôt de l'acompte en mains du vendeur, avant la livraison à l'essai²⁵. Ce qui risquerait de paralyser un système de vente parfaitement légitime.

²⁴ C'est là une des raisons qui ont détourné le législateur belge d'adopter la règle discutée ici (Doc. Sénat N° 91, Session 1956–1957, p. 29).

²⁵ La *Regulation W* contenait une disposition en ce sens. V. *supra* p. 366 a, n. 8.

b) *Le système du contrat réel*

Nous proposons de faire du paiement de l'acompte au comptant une condition de la validité du contrat. Tant que l'acompte n'aurait pas été versé, l'accord des parties serait inopérant, le contrat ne serait pas conclu. La vente à tempérament deviendrait un de ces actes juridiques dont la validité exige, en sus du consentement, un fait matériel: la remise d'une somme d'argent. Elle serait une sorte de contrat réel (*Realgeschäft*). Le droit romain connaissait l'institution²⁶. Le droit moderne la connaît encore²⁷. C'est, pour la vente à tempérament, la solution du droit belge.

Dans le système du contrat réel, le versement initial réalise pleinement le but cherché: freiner les engagements hâtifs, pris à la légère. Comme on l'a dit au parlement belge,

cette mesure (est) une protection tant contre l'emballement de l'acheteur que contre le zèle entreprenant des démarcheurs.

Ouvrir son porte-monnaie ou son portefeuille, en sortir des espèces, les remettre au vendeur, la personne la plus bornée réalise immédiatement la portée de tels actes. Comme frein, ils sont plus efficaces que n'importe quelle autre règle de forme.

Le paiement est un acte de disposition (*Verfügung*), qu'on oppose à l'acte génératrice d'obligation ou engagement (*Verpflichtung*). Le résultat économique de l'opération étant le même, la loi protège souvent par des règles de forme celui qui s'engage; elle juge superflu de protéger celui qui dispose. Notre droit en fournit maints exemples²⁸.

²⁶ *Inst. III 14, Quibus modis re contrahitur obligatio.*

²⁷ Von Tuhr (trad. Thilo) § 20 VI 2; Oser-Schönenberger ad art. 11 CO n. 26.

²⁸ La promesse de donner est soumise à la forme écrite, pas la donation manuelle (CO art. 242 et 243). L'art. 177 al. 3 CC protège la femme qui s'engage dans l'intérêt de son mari, pas celle qui dispose (ATF 57 II 10, 59 II 217, 75 I 183; JdT 1932 106, 1934 4, 1949 630). La caution, qui s'engage, est protégée par des règles de forme (CO art. 493) jugées superflues pour celui qui nantit son bien en faveur d'autrui. Cf. Guhl (trad. Des Gouttes), p. 76.

Notre co-rapporteur reproche à ce système d'obliger l'acheteur à faire crédit au vendeur, du jour du paiement au jour de la livraison. Il serait paradoxal, dit-il, d'introduire ce système au moment où l'on se préoccupe, dans la vente-épargne, de garantir le crédit accordé par l'acheteur au vendeur²⁹. L'inconvénient existe. Il ne nous semble pas déterminant. La comparaison avec la vente-épargne nous paraît forcée. Dans la vente-épargne, l'acheteur accorde au vendeur un crédit qui peut atteindre plusieurs milliers de francs et durer plusieurs années. Dans la vente à tempérament, il s'agirait d'un crédit de quelques mois au plus et qui porterait en général sur des montants moins élevés.

M. Stofer adresse une autre critique au système du contrat réel: il entraverait considérablement la conclusion des ventes négociées par les voyageurs de commerce. Ceux-ci n'auraient que rarement la chance d'arriver chez des clients au moment précis où ils disposent de quoi payer le versement initial. Nous tenons cet inconvénient pour un avantage. Une bonne part des critiques adressées à la vente à tempérament vise en réalité «le zèle entreprenant des démarcheurs». Trop souvent, sitôt après avoir signé un bulletin de commande, les acheteurs se repentent d'avoir cédé à l'éloquence persuasive et à l'insistance tenace d'un voyageur de commerce³⁰.

Pour défendre l'acheteur à tempérament, notre co-rapporteur propose de lui conférer le droit inaliénable de révoquer son consentement, dans les 3 jours (ou les 5 jours) après la conclusion du contrat³¹. Le droit de révocation

²⁹ Stofer, Gutachten I, p. 151.

³⁰ L'auteur de ces lignes a été pendant quatorze ans juge des mainlevées dans un tribunal de district. A d'innombrables reprises, il a entendu les doléances des défendeurs sur les procédés des voyageurs de commerce.

³¹ Stofer, Avant-projet II, art. 2. Dans son premier avant-projet, M. Stofer envisageait de limiter le droit de révocation au cas de l'acheteur sollicité chez lui par le vendeur (Gutachten I, p. 147 et Avant-projet I, variante de l'art. 4 al. 1).

serait bien accueilli dans les milieux qui se préoccupent en premier lieu de protéger l'acheteur et sa famille³². Les marchands s'y opposeront vivement. Les juristes y verront sans doute une sérieuse entorse au principe *pacta sunt servanda*. A notre avis, si le paiement de l'acompte initial est une condition de la validité du contrat, l'acheteur sera efficacement protégé contre la tentation de céder hâtivement au bagoût d'un vendeur. Il serait superflu de lui accorder en outre un droit de révocation.

c) *Le système de la condition suspensive*

Dans ce système, le contrat serait conclu lors de l'échange des manifestations de volonté concordantes des parties, ou lors de la signature de la convention (si la forme écrite est prescrite). Mais il ne sortirait effet qu'à l'arrivée d'un évènement incertain: le paiement de l'acompte initial. Le contrat serait affecté d'une condition suspensive, au sens des art. 151 et suiv. CO. La condition serait purement potestative. Ce système protégerait l'acheteur aussi bien que le précédent. Il aurait l'inconvénient de lier le vendeur, *pendente conditione*, en attendant que l'acheteur se décide à payer ou à ne pas payer l'acompte au comptant³³. Le système du contrat réel est plus équitable. Avant l'acquittement du versement initial, aucune partie n'est liée.

IV. La réglementation du versement initial

1. La base de calcul

Le versement initial doit être calculé en pourcent du prix de vente. Tout le monde est d'accord là-dessus. Mais de quel prix de vente? Dans les opérations à tempérament, on en distingue deux: le prix auquel la chose serait vendue au comptant (prix au comptant) et le total des prestations dues par l'acheteur, y compris la majoration pour vente à crédit (prix global).

³² Cf. Herold, p. 27, 28 et 40.

³³ Stofer, Gutachten I, p. 152.

Notre préférence va au système de calcul fondé sur le prix global (*Gesamtkaufpreis*)³⁴.

En premier lieu, selon une statistique bâloise de 1953³⁵, sur le total des contrats enregistrés qui prévoient un versement initial, la moitié environ n'indiquent pas le prix au comptant.

En second lieu, pour l'acheteur, le prix réel est égal au total de ses prestations. Seul l'acheteur avisé se préoccupera de décomposer le prix global en ses deux éléments: le prix au comptant et la majoration pour vente à crédit. Or il est superflu de légiférer pour l'acheteur avisé.

En troisième lieu, il faut rappeler le but du versement initial. Il s'agit de détourner l'acheteur d'achats inconsidérés, hors de proportion avec ses moyens. Dans cette perspective, celui qui s'engage à payer le solde du prix en trente mois doit être freiné plus puissamment que celui qui s'engage à payer en six mois. Si on calcule le versement initial sur le prix au comptant, le frein est le même dans les deux cas. Or il devrait être plus puissant dans les engagements à long terme. Nous concédonsons que cet argument est plus théorique que pratique. Une fois chiffrée, la différence entre les deux systèmes représente assez peu de chose.

Enfin, dans la pratique, la notion de prix au comptant est beaucoup moins claire que celle de prix global. Nous en ferons la démonstration plus loin³⁶.

2. *Le montant*

Sur le montant de l'acompte initial, les solutions et les propositions sont aussi nombreuses que variées. Le législateur n'aura que l'embarras du choix³⁷. Il devra opter entre un taux unique, un taux différentiel selon le montant du

³⁴ Idem: Stofer, Avant-projet II, art. 3 al. 1.

³⁵ Wirtschaft und Verwaltung, 1954, p. 84.

³⁶ V. *infra* p. 386 a.

³⁷ V. *Zusammenstellung*, p. 68 ss. (ad art. 6 al. 1 de l'avant-projet I).

prix, un taux différentiel selon la nature de l'objet vendu (ces deux derniers systèmes pouvant être combinés). Il pourra hésiter entre un taux fixé *ne varietur* par la loi et un taux élastique, susceptible d'être modifié en tout temps par ordonnance gouvernementale. Il devra choisir le taux dans toute une gamme qui va de 15%, comme en Belgique, à 50% comme en Angleterre. Il devra peser des arguments de politique monétaire, d'économie politique, d'économie commerciale, de protection sociale, de technique législative.

Le juriste n'est guère mieux placé qu'un autre pour trouver la meilleure solution. Il peut s'efforcer, cependant, d'apporter un peu d'ordre dans le débat.

Il faut tout d'abord définir clairement le but poursuivi par le législateur. L'institution du versement initial peut tendre à deux buts différents :

1. un but de *protection de l'individu*: l'acompte au comptant tend à détourner l'acheteur de s'engager sans réfléchir et de s'endetter outre mesure,

2. un but de *politique économique*: le versement initial tend à diminuer le volume du crédit, à empêcher la hausse des prix, à freiner l'expansion des affaires, bref à lutter contre l'inflation.

Pour lutter contre l'inflation, il faut fixer, pour chaque article, un taux supérieur au taux usuel: d'où l'adoption de taux différentiels selon l'objet de la vente. Il faut pouvoir modifier le taux à bref délai, selon l'évolution de la situation économique. D'où l'adoption de taux élastiques, susceptibles d'être modifiés par ordonnances gouvernementales. Il faut enfin, à en juger d'après les expériences faites à l'étranger, prendre des mesures de droit public, assorties de sanctions pénales et administratives. Pour l'instant, il s'agit en Suisse de modifier le Code des obligations et le Code civil. Or il ne faut pas demander au droit privé plus qu'il ne peut donner. Si le législateur juge indispensable de lutter contre l'inflation, le droit public lui fournira des armes plus efficaces que le droit civil. De plus, il suffirait

peut-être d'intervenir au stade du financement³⁸. Nous arrivons ainsi à une première conclusion: le montant de l'acompte au comptant doit être fixé en tenant compte principalement, sinon exclusivement, de motifs relevant de la protection de l'individu.

La règle de droit privé doit être stable. D'où il suit que le taux du versement initial doit être fixé par la loi.

C'est le montant absolu de l'acompte au comptant qui fait réfléchir l'acheteur, plus que l'importance du versement relativement au prix global. Pour les objets coûteux, on pourrait se contenter d'un taux plus bas que pour les objets moins onéreux. D'où un taux différentiel selon la valeur de la chose: par exemple 30% jusqu'à 1000 francs et 20% à partir de 1000 francs. Mais ici intervient une autre considération. La loi doit être aussi simple que possible. A cet égard, un taux unique est préférable à deux ou plusieurs taux.

Faut-il faire une différence selon l'objet de la vente? Qu'en est-il dans la pratique? Selon une statistique bâloise de 1953³⁹, les taux pratiqués vont de 10 à 22%. On ne trouve des taux supérieurs que pour les fonds de commerce (29%), les motocyclettes (31%) et les autos (41%). Selon une statistique neuchâteloise de 1956⁴⁰, les taux varient de 15 à 22%. On ne trouve un taux supérieur que pour les véhicules (37%). Réservons le cas des véhicules à moteur. Il pose le problème particulier des reprises en nature. Nous le retrouverons plus loin. Pour les autres objets, il n'apparaît pas qu'un taux différentiel (selon l'objet) s'impose. Adoptions donc un taux unique.

A quel chiffre faut-il s'arrêter? Il s'agit encore une fois, d'obliger l'acheteur à réfléchir avant de conclure. A cet égard, nous proposons un frein efficace: le système du contrat réel. L'acheteur ne sera pas lié avant d'avoir déboursé. Nous pouvons donc nous contenter d'un taux plus bas que

³⁸ V. *supra* p. 370 a, n. 22.

³⁹ Wirtschaft und Verwaltung, 1954, p. 85.

⁴⁰ Rapport de la Banque Cantonale Neuchâteloise, 1957.

dans le système de l'avant-projet de loi fédérale⁴¹. Nous proposons d'adopter le taux de 20%.

3. *Les reprises en nature*

Dans la vente de certains objets, les marchands ont coutume d'accepter, en paiement partiel du prix, une chose usagée livrée par l'acheteur. Le contrat de vente arrête la valeur de cette chose. C'est le système de la reprise en nature. On le rencontre dans le commerce des meubles, des machines à coudre, des fourneaux de cuisine, etc. Il joue un rôle de premier plan dans le commerce des automobiles.

Dans les ventes à tempérament, la valeur conventionnelle de l'objet repris fait partie de l'acompte au comptant. Parfois, elle constitue à elle seule tout l'acompte initial. Cette circonstance explique en bonne partie le taux particulièrement élevé du versement initial dans la vente à tempérament des automobiles.

Les législations qui prescrivent un acompte au comptant tiennent compte des reprises en nature. Elles autorisent les parties à imputer la valeur de l'objet repris sur le montant du versement initial⁴². De même notre co-rapporteur propose d'autoriser le versement initial en nature, l'objet repris devant être compté à sa valeur marchande (*Verkehrswert*)⁴³.

Ce système appelle plusieurs objections:

Premièrement, les acheteurs ne tiennent pas à conserver un objet usagé quand ils achètent un objet neuf de même nature. Au contraire, ils sont heureux de s'en débarrasser et d'acquitter du même coup, une partie du

⁴¹ Stofer, Avant-projet II, art. 3 al. 1, où un taux de 25% est proposé.

⁴² V. par exemple aux Etats-Unis, la section 6 (c) (3) de la *Regulation W*. L'acte de vente doit indiquer: *The amount of the purchaser's down payment (i) in cash and (ii) in property accepted as trade-in ... stating the monetary value assigned thereto in good faith.*

⁴³ Stofer, Avant-projet II, art. 3 al. 3.

prix du nouvel objet. La reprise en nature, si on l'admet dans une règle sur le versement initial obligatoire, affaiblit considérablement la règle. Elle l'empêche d'agir comme un frein aux impulsions de l'acheteur.

Deuxièmement, si la reprise en nature doit jouer le rôle dévolu à l'acompte initial, la chose reprise ne doit pas être surestimée. Peut-on, sur ce point, faire confiance aux parties ? C'est douteux. On voit des marchands offrir

la reprise de votre ancien appareil, de n'importe quelle marque, dans n'importe quel état.

En pareil cas, l'objet repris peut être sans valeur. Il s'agit en réalité d'une réduction de prix déguisée. Dans le commerce des autos, la voiture reprise est parfois surestimée. Le marchand vend théoriquement «au prix du catalogue». En réalité, il consent un rabais. Enfin, le risque est grand de voir les parties surestimer la chose reprise dans l'intention délibérée d'éviter la règle sur le versement initial.

Troisièmement, dans le système proposé, nous craignons pour la sécurité des transactions. Plusieurs mois après la conclusion du contrat, un acheteur pourrait soutenir que la chose reprise a été surestimée. Il sera souvent difficile d'en établir a posteriori la valeur marchande.

Dans ces conditions, le plus simple est de prescrire le paiement de l'acompte initial *en espèces*. Si le taux de l'acompte est fixé assez bas, comme nous le proposons, il n'y a pas lieu de craindre que les marchands qui pratiquent la reprise en nature soient sensiblement entravés dans leurs affaires.

4. La fraude à la loi

Das Tragische jeder Reglementierung des Abzahlungsgeschäfts ist, dass der Mensch gegen sich selbst geschützt werden muss.⁴⁴

A l'égard de toute réglementation sur l'acompte au comptant, la fraude est possible. Elle est même facile. Voilà

⁴⁴ Herold, p. 31.

deux parties d'accord sur une vente à 2000 francs sans versement initial. Elles stipuleront une vente à 2500 francs et le vendeur délivrera une quittance pour un paiement de 500 francs. Un acompte au comptant de 20% aura été créé de toutes pièces. La preuve de la fraude sera souvent difficile, parfois impossible.

Est-ce une raison pour renoncer à légiférer? Ou pour prévoir d'emblée des sanctions pénales et administratives? Ou pour faire contrôler officiellement les livres des marchands? Nous ne le croyons pas. Nous pensons que la nouvelle règle, une fois entrée dans les mœurs, sera généralement observée. L'observation en sera facilitée si le taux de l'acompte n'est pas trop élevé.⁴⁵ Certes, il y aura toujours des acheteurs qui arriveront à éluder l'acompte au comptant. On s'en consolera: sans la vente à tempérament, ils auraient trouvé sans doute un autre moyen de s'endetter.

CHAPITRE II

La forme et les clauses nécessaires du contrat

I. La forme

Notre co-rapporteur propose de soumettre la vente à tempérament à la forme écrite⁴⁶.

Dans la conception classique, l'obligation d'observer une forme incite à la réflexion et met obstacle aux décisions inconsidérées. Au cours des pourparlers, elle empêche qu'un contractant soit pris au mot avant de s'être décidé. Elle vise à protéger la partie à l'acte juridique. Elle rend l'engage-

⁴⁵ Cet argument a été développé au Sénat belge (*Annales parlementaires, Sénat, Session ord. 1956-1957*, p. 940).

⁴⁶ Stofer, *Avant-projet II*, art. 1 al. 2 in *initio*.

ment plus difficile⁴⁷. La forme, dit le Tribunal fédéral, a pour but essentiel de mettre en garde les parties contractantes contre toute hâte exagérée, contre toute décision précipitée. Le législateur la prescrit pour empêcher, dans la mesure du possible, les opérations irréfléchies⁴⁸.

S'agissant de la forme écrite⁴⁹, tout cela était bel et bon à l'époque où l'on pouvait dire: «contracter, c'est marchander»⁵⁰. Les temps ont changé.

La concentration des affaires entre les mains des grandes entreprises a obligé ces dernières à organiser minutieusement la conclusion de leurs contrats avec la clientèle. Il leur est devenu impossible de discuter avec chaque cocontractant. La clientèle ne peut entrer en contact qu'avec des employés subalternes, incapables de discuter les conditions du contrat. Les grandes entreprises ont pris l'habitude de préparer d'avance le texte des contrats qu'elles proposent à leur clientèle. La clientèle n'a plus que le choix de conclure le contrat proposé, avec toutes ses clauses fixées d'avance, ou de renoncer à l'affaire. Le client peut seulement *adhérer* aux conditions proposées sans pouvoir les discuter⁵¹.

La plupart des ventes à tempérament sont des contrats d'adhésion. La cause n'en est pas seulement la concentration des affaires dans les mains des grandes entreprises. Les maisons moyennes et petites utilisent aussi la formule de convention, et cela pour plusieurs raisons:

⁴⁷ Von Tuhr, § 30 I; Oser-Schönenberger ad art. 11 CO n. 5.

⁴⁸ ATF 50 II 142, JdT 1924 433 c. 3; ATF 53 II 162, JdT 1927 618 c. 2; JdT 1933 366 c. 4 (pas publié au RO); ATF 65 I 65, JdT 1939 553 c. 5.

⁴⁹ La force protectrice de la forme authentique subsiste lorsque les parties comparaissent personnellement devant l'officier public. Elles peuvent malheureusement s'en dispenser, et le mandat de conclure un acte authentique n'est soumis à aucune forme (ATF 81 II 227, JdT 1956 147 c. 3). Pour revaloriser la forme authentique, il faudrait y soumettre la procuration *ad hoc*, comme on l'a fait en matière de cautionnement (CO art. 493 al. 6).

⁵⁰ Morin, cité par Patry, p. 367.

⁵¹ Patry, p. 371.

1. Dans plusieurs branches, la conclusion des contrats est confiée à des voyageurs de commerce. Il est plus simple et plus sûr de leur remettre des formules que leur donner des instructions⁵².
2. Nombreux sont les marchands qui cèdent leurs contrats à des établissements financiers. La même formule contient et le contrat de vente et l'acte de cession (CO art. 165 al. 1).
3. La convention sous seing privé permet au vendeur d'obtenir la mainlevée provisoire de l'opposition (LP art. 82).
4. Le contrat écrit permet l'enregistrement du pacte de réserve de propriété⁵³.

Dans notre domaine, la forme écrite est entrée dans les mœurs au point qu'on ne rencontre presque jamais de ventes à tempérament verbales ou tacites. Sans être prescrite en droit, elle est observée en fait. Or, par l'emploi de formules préparées d'avance et dans le cadre d'un contrat d'adhésion, la forme écrite ne déploie en aucune façon l'effet protecteur qu'en attendait la doctrine classique. Les clauses portées sur les bulletins de commandes peuvent être nombreuses et longues. Leur rédaction ne pêche pas par excès de clarté. Elles sont souvent imprimées en petits caractères, au verso de la page où figurent les signatures. En général, l'acheteur néglige de les lire; s'il les lit, le sens et la portée ne lui en apparaissent pas immédiatement. Il signe. Or il est lié par sa signature. Il doit souffrir que le document lui soit opposé même s'il ne s'est pas soucié de son contenu. La jurisprudence l'admet à prouver que le contenu de la déclaration n'était pas voulu et que le destinataire l'a su ou

⁵² Les formules portent souvent que les dérogations aux clauses imprimées sont soumises à la forme écrite. Le vendeur se protège ainsi contre les promesses verbales qu'aurait pu faire son représentant. La réserve de la forme écrite est valable (CO art. 16). Elle peut donner lieu à des abus: SJZ 1956 112.

⁵³ Ord. du TF conc. l'inscription des pactes de réserve de propriété, art. 4.

devait le savoir⁵⁴. La preuve est généralement impossible à rapporter.

Le problème n'est pas de protéger l'acheteur *par* la forme écrite. Il est de le protéger *contre* la forme écrite.

Le problème est difficile. Le Tribunal fédéral l'a résolu dans un domaine particulier, celui de la garantie du for du domicile (Cst. féd. art. 59). On peut renoncer à cette garantie par une clause de prorogation de for. Or il arrive qu'une telle clause figure dans un bulletin de commande qu'une partie a signé

sans en avoir pesé tous les termes, en la présence et sur la sollicitation d'un voyageur de commerce bavard et pressant⁵⁵.

Le Tribunal fédéral n'admet pas sans autre la validité d'une clause de prorogation de for insérée dans une formule imprimée. Pour être valable, la clause doit être rédigée de façon claire et précise. Elle doit être mise en évidence par des moyens typographiques appropriés⁵⁶.

Pourrait-on généraliser ce principe jurisprudentiel, en tirer une règle législative ? Nous en doutons. Dans la vente à tempérament, ce n'est pas une clause seulement qu'il faudrait imprimer en gros caractères pour éveiller l'attention de l'acheteur. De nombreuses clauses mériteraient cet honneur. Un article en grandes capitales attire l'attention. Appliqué à une dizaine de clauses, le procédé typographique n'aurait plus le même effet. La règle ne peut être généralisée sans perdre son efficacité.

Devrait-on soumettre les formules de contrat au contrôle et à l'approbation d'une autorité ? D'aucuns le proposent⁵⁷. Les compagnies d'assurances sont astreintes à ce régime. Elles doivent soumettre leurs conditions géné-

⁵⁴ ATF 76 I 338, JdT 1951 239 c. 4; cf. Oftinger, Festgabe Simonius, p. 263 ss.

⁵⁵ ATF 57 I 9.

⁵⁶ ATF 52 I 267, 49 I 48, 57 I 9, 71 I 23 c. 3 in fine, JdT 1945 II 93.

⁵⁷ V. Herold p. 28 et 37. Cf. Patry, p. 388.

rales au Conseil fédéral⁵⁸. Le contrôle des formules de vente à tempérament exigerait un appareil administratif important. Il supposerait l'enregistrement de tous les marchands du pays. Il devrait être assorti d'un système de sanctions, pénales ou administratives. Le législateur fédéral étudie actuellement une réforme du droit privé. Il serait sage d'attendre les effets de cette réforme avant de la déclarer inefficace et d'édicter des règles de droit public. Pour l'instant, il faut se borner à protéger l'acheteur par les dispositions impératives de la législation civile⁵⁹. Il faut aussi, *de lege lata*, appliquer strictement le principe *in dubio contra stipulatorem*⁶⁰.

II. Les clauses nécessaires

1. Généralités

L'avant-projet de loi fédérale sur la vente à tempérament ne se borne pas à prescrire la forme écrite. Il donne, pour les contrats conclus par le vendeur à titre professionnel, les clauses nécessaires de la convention⁶¹. En voici la liste:

1. le nom et le domicile des parties,
2. l'objet de la vente,
3. le prix au comptant,
4. le supplément pour vente à crédit et le taux d'intérêt annuel moyen, calculé sur le solde du prix,
5. les autres prestations, en espèces ou en nature, incombant à l'acheteur,
6. le prix total,
7. le montant et l'échéance du versement initial et des acomptes, le délai de livraison et la durée du contrat,
8. le droit de révocation de l'acheteur et la peine conventionnelle due en cas de révocation,
9. le cas échéant, le pacte de réserve de propriété.

⁵⁸ LF concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance, art. 2 ch. 1 al. 1.

⁵⁹ Oser-Schönenberger ad art. 226 CO, n. 6.

⁶⁰ ATF 81 II 155 c. 4 litt. b, 82 II 445 c. 2, JdT 1957 360.

⁶¹ Stofer, Avant-projet II, art. 1 al. 2.

La place nous manque pour discuter ce projet, sinon brièvement. Il paraît superflu de prescrire l'indication du nom et du domicile des parties (1). Dans la pratique, cette indication n'est jamais omise. De plus, si la forme écrite est prescrite, la signature des parties indique leur nom (CO art. 13 al. 1). Il en va de même de l'objet de la vente (2). C'est là un *essentiale negotii*. A défaut d'accord sur la chose, le contrat est inexistant (CO art. 2 al. 1). L'obligation d'observer la forme écrite s'étend évidemment à la désignation de l'objet⁶².

Nous ne voyons pas non plus la nécessité de prescrire l'indication du délai de livraison (7). La loi porte qu'à défaut de terme stipulé, la prestation est immédiatement exigible (CO art. 75). Si le vendeur entend s'accorder un délai de livraison, il doit le stipuler. Il n'y manquera pas⁶³.

Nous ne sommes pas partisans, nous l'avons déjà dit, d'un droit de révocation (8) accordé à l'acheteur *ex lege*⁶⁴. Il nous paraît indiqué, en revanche, de soumettre à la forme écrite le pacte de réserve de propriété (ou le contrat d'hypothèque mobilière que nous lui préférons). *De lege lata*, la seule forme requise est l'enregistrement du pacte (CC art. 715). Les parties peuvent comparaître ensemble devant le préposé au registre et le requérir oralement d'inscrire leur convention. Elles peuvent aussi laisser à l'une d'elles (le vendeur) le soin de requérir l'inscription en produisant le contrat de vente sous seing privé⁶⁵. Actuellement, cette

⁶² ATF 68 II 229, JdT 1943 70 cons. I/1.

⁶³ Comparant le CO et le CC à des lois plus récentes, Simonius écrivait: *Neuere Gesetze ... zeigen das Bestreben, alles zu erwähnen, auch das von allgemeinen Prinzipien ohne weiteres Ableitbare, das bereits anderswo im Gesetze Gesagte und das schon durch die Judikatur Festgelegte. Ihre Artikel sind deshalb von einer breiten Ausführlichkeit, die man in der Schweiz bisher nicht gekannt hatte. Wie eine in diesem Geiste verfasste Kodifikation aussähe, lässt sich nur mit Grauen vorstellen ...* ZfSR 76 (1957) 304.

⁶⁴ V. *supra* p. 373a.

⁶⁵ OTF concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété, art. 4; cf. Scherrer ad art. 716 CC n. 59.

seconde manière de faire est seule utilisée. En fait, le *pac-tum reservati dominii* est devenu un contrat soumis à la forme écrite. Il se justifie, ici, d'aligner le droit sur le fait.

Les autres clauses nécessaires de la vente à tempérament – selon l'avant-projet de loi fédérale – appellent des observations plus étendues.

2. *Le prix au comptant*

L'avant-projet de loi fédérale prescrit l'indication

- a) du prix au comptant,
- b) du supplément pour vente à crédit,
- c) du prix total.

La notion de prix total est claire. Elle comprend l'ensemble des prestations dues par l'acheteur. La notion de prix au comptant, elle, n'est claire qu'en apparence.

On sait que de nombreux marchands ne financent pas eux-mêmes leurs ventes à tempérament. Après le paiement du versement initial, ils cèdent à un bailleur de fonds leurs créances contre l'acheteur. Le contrat, dressé sur une formule établie par l'établissement financier, se présente en général comme suit :

Prix de l'objet au comptant	Fr. 1000.—
— versement initial	Fr. 200.—
Solde du prix	Fr. 800.—
+ supplément pour vente à crédit ⁶⁶ . . .	Fr. 72.—
Somme due par l'acheteur	Fr. 872.—

Le marchand cède le contrat pour 800 francs au financier. Ce dernier recevra 872 francs de l'acheteur.

Dans l'exemple ci-dessus, le prix total est de $200 + 872 = 1072$ francs. Le prix au comptant est-il de 1000 francs ? Oui et non. Oui selon la lettre du contrat. Non – peut-être – selon la pratique des affaires. Expliquons-nous. Dans notre cas, il s'agit d'un contrat destiné à être cédé à un bailleur de

⁶⁶ Nous supposons ici un crédit d'un an et un taux de 9% sur le montant initial du crédit.

fonds. Ce dernier se réserve toujours la faculté de rétrocéder les mauvais contrats au marchand. Le vendeur doit compter avec la possibilité de devoir rembourser à l'établissement financier la somme reçue lors de la cession. Le marchand tient compte de ce risque en fixant «le prix au comptant». Mais ce risque n'existe pas si l'objet est vraiment vendu au comptant. Le vendeur en tient compte aussi en accordant alors un rabais qui va jusqu'à 10% du «prix au comptant». D'où il suit, dans notre exemple, que le véritable prix au comptant n'est pas 1000 francs, mais 950 ou 900 francs.

Les enseignements de la pratique nous amènent à la conclusion byzantine que le prix au comptant dans la vente au comptant n'est pas nécessairement le prix au comptant dans la vente à crédit.

En écrivant ces lignes, nous avons sous les yeux trois annonces publicitaires: l'une vante des appareils de radio, l'autre une machine à coudre, la troisième une machine à laver. Les trois marchands promettent «12 mois de crédit gratuit, sans aucun frais ni intérêt» ou «12 mois de crédit sans augmentation». Puis ils ajoutent «escompte 10% au comptant». De plus, ils offrent, alternativement, la vente au comptant, la vente à crédit et la vente avec reprise «avantageuse» d'un ancien appareil. De tout cela, il résulte qu'en réalité

- dans la vente à crédit, le prix «sans augmentation» est un prix total, et comprend la majoration pour vente à crédit,
- dans la vente au comptant, le prix est égal aux 90% du prix à crédit,
- dans la vente avec reprise, le prix est à débattre.

Nous avons aussi sous les yeux le prospectus d'un grand marchand de confection par correspondance. Les clients sont invités à choisir le mode de paiement qu'ils préfèrent, à savoir:

- «a) à 30 jours pour profiter des prix au comptant;
- «b) par versement mensuels pratiques (frais de service: seulement 6%)».

Il saute aux yeux que le «prix au comptant» mentionné dans ce prospectus est en réalité un prix à crédit (pour un crédit de 30 jours).

On voit combien ces procédés publicitaires et commerciaux compliquent la notion – apparemment simple – du prix au comptant.

La distinction entre le prix au comptant stipulé et le véritable prix au comptant n'a pas échappé aux législateurs étrangers. En Angleterre, le vendeur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, le prix auquel il vendrait la marchandise contre espèces⁶⁷. Aux Etats-Unis, la loi définit le prix au comptant comme un prix fixé de bonne foi, net de tout rabais ou escompte⁶⁸. En Belgique, il est question du prix auquel l'objet peut être acquis au comptant⁶⁹. Ces législations paraissent exiger l'indication du véritable prix au comptant.

Quelle est la *ratio legis* d'une disposition prescrivant l'indication du prix au comptant ? Sans doute la protection de l'acheteur. Il s'agit d'attirer son attention sur la différence entre le prix au comptant et le prix à crédit, de lui faire voir combien le crédit est onéreux.

Ceci étant, on ne saurait se contenter de l'indication d'un prix au comptant purement formel, fixé librement, voire arbitrairement par les parties, en dehors de toute réalité. L'indication ne permettrait pas à l'acheteur d'apprécier le coût du crédit. Elle perdrait l'effet protecteur que lui assigne le législateur.

Il faudrait donc prescrire l'indication du véritable prix au comptant, du prix que ferait le vendeur à un acheteur prêt à s'acquitter séance tenante et en espèces. Mais ici,

⁶⁷ Hire-Purchase Act 1938. Section 2 (1): *Before any hire-purchase agreement is entered into ..., the owner shall state in writing to the prospective hirer ... a price at which the goods may be purchased by him for cash (cash price).*

⁶⁸ Regulation W. Section 8 (j) (7): “*cash price*” means the bona fide purchase price of an article (net of any rebate or sales discount).

⁶⁹ Loi réglementant les ventes à tempérament, du 9 juillet 1957, art. 4, ch. 5.

une autre difficulté nous attend. Supposons que, selon l'acheteur, le prix au comptant stipulé ne soit pas le véritable prix au comptant. Que va-t-il se passer? Si la prescription légale est une simple règle d'ordre, elle sera inefficace. Il faut donc en faire une formalité essentielle. Le défaut d'indication du véritable prix au comptant entraînerait la nullité du contrat. Mais alors quel danger pour la sécurité des transactions. Quelle porte ouverte à la chicane.

Prescrire l'indication du prix au comptant répond au désir louable de protéger l'acheteur. Or nous doutons que la protection soit efficace, à voir la légèreté qui préside à la conclusion des contrats. Nous doutons surtout que la notion de prix au comptant soit assez claire, solide, stable pour servir de base à une règle législative pratique.

3. *L'indication du taux de l'intérêt*

L'avant-projet de loi fédérale prescrit l'indication, dans les contrats de vente à tempérament, du taux de l'intérêt annuel moyen, calculé sur le solde du prix. De quoi s'agit-il? Reprenons l'exemple de contrat donné plus haut:

Prix de l'objet au comptant	Fr. 1000.—
— versement initial	Fr. 200.—
Solde du prix	Fr. 800.—
+ supplément pour vente à crédit . . .	Fr. 72.—
Somme due par l'acheteur	Fr. 872.—

Nous supposons que l'acheteur doive payer son dû en douze mensualités égales, dont la première serait exigible un mois après l'octroi du crédit.

En pareil cas, on parle dans les affaires d'un taux d'intérêt de 9% puisque $72 = 800:100 \times 9$. Mais qui dit taux d'intérêt pense généralement au taux d'intérêt *annuel*. Or, dans notre exemple, la durée du crédit n'est pas d'un an. L'acheteur commence à rembourser le capital dès le mois qui suit l'octroi du crédit. Il faut donc calculer au préalable la durée moyenne du crédit. Dans notre cas, on utilisera la formule:

$$1 + 2 + 3 + \dots + 12 = 78 : 12 = 6,5.$$

La durée moyenne du crédit est de 6 mois et demi. En conséquence, le taux de l'intérêt annuel est de :

$$9 : 6,5 \times 12 = 16,7\%.$$

Dans notre cas, le contrat devrait indiquer que le taux de l'intérêt annuel moyen est de 16,7%.

La *ratio legis* du projet est claire. Il s'agit, ici encore, d'attirer l'attention de l'acheteur sur le coût élevé de la vente à tempérament. En soi, l'intention est louable. Dans l'application, la règle proposée nous paraît inéquitable pour le vendeur.

Dans le grand public, quand on parle du taux de l'intérêt, on pense au taux de 2 1/2% servi sur les livrets d'épargne, au taux de 3 3/4% des hypothèques en premier rang, au taux de 4 ou 4 1/2% des grands emprunts publics. Comparés à ces taux-là, les taux pratiqués dans la vente à tempérament paraissent exorbitants. Si on en prescrit l'indication, tous les marchands passeront pour des usuriers. Ce serait injuste. Dans les prêts hypothécaires, dans les emprunts publics, l'intérêt ne représente guère que le loyer de l'argent sur le marché des capitaux. Dans les ventes à tempérament, l'intérêt représente, en plus du loyer de l'argent, une prime de risque et la contrepartie des frais d'administration. Ces frais sont fixes. Plus le crédit est petit plus leur importance en pourcentage du capital est élevée.

Nous avons sous les yeux l'annonce d'un marchand de rasoirs électriques. Il les offre à 58 francs au comptant ou à 62 francs à crédit, le prix étant payable alors en un versement initial de 15 francs 50, suivi de trois mensualités de même montant. Arrêté à 4 francs, le supplément pour vente à crédit est particulièrement bas. Les spécialistes de la vente à tempérament diront qu'il ne couvre pas les frais d'administration (enregistrement de la commande, ouverture d'un compte, passation des écritures à chaque versement, rappels, taxes des chèques postaux, etc.), sans parler de la prime de risque.

Calculons maintenant l'intérêt annuel:

Prix au comptant	Fr. 58.—
— versement initial	Fr. 15.50
	<hr/>
Solde du prix	Fr. 42.50
+ supplément pour vente à crédit . . .	Fr. 4.—
	<hr/>
Somme due par l'acheteur	Fr. 46.50
	<hr/>

Par rapport à un crédit de 42 francs 50, le supplément de 4 francs représente un intérêt de 9,4%. Mais la durée moyenne du crédit n'est pas de 12 mois. Elle est de $1 + 2 + 3 = 6 : 3 = 2$ mois. Le taux d'intérêt annuel est donc 6 fois plus élevé. Il s'élève à $6 \times 9,4 = 56,4\%$! Or ce taux, d'apparence évidemment usuraire, doit être considéré comme peu élevé, nous venons de le voir.

Notre exemple est un cas-limite, nous en convenons. Le capital y est particulièrement faible, la durée moyenne également. Il montre néanmoins que la notion d'intérêt annuel doit être appliquée prudemment dans le domaine de la vente à tempérament. Le taux de 16,7% (soit 9% d'un capital initial à rembourser en douze mensualités) est couramment employé. Il apparaîtra élevé au grand public⁷⁰. Or bien des établissements financiers estiment que, pour un crédit inférieur à 300 francs, il ne couvre pas les frais d'administration.

Le supplément pour vente à crédit, exprimé en francs et en centimes, donne à l'acheteur une idée claire du coût de la vente à tempérament (à supposer qu'on puisse tabler sur le «véritable» prix au comptant). Dans l'exemple d'un objet de 1000 francs, vendu 1072 francs à crédit, l'acheteur comprend facilement qu'il économiserait 72 francs à payer comptant. L'indication du taux d'intérêt annuel n'y ajouterait rien. Elle serait une source de confusions pour les esprits non avertis.

⁷⁰ De même le grand public s'étonne du taux de 18% admis par les lois sur l'usure (Loi zurichoise du 21. 11. 42, loi genevoise du 24. 6. 44, concordat intercantonal d'oct. 57).

CHAPITRE III

La garantie réelle des droits du vendeur

La vente par acomptes est une vente à crédit. Les acheteurs à tempérament sont en général des gens modestes. S'ils sont insolubles, la créance du vendeur est sans valeur. Pour parer ce risque, les marchands se font donner des sûretés: sûretés réelles (droit de gage, réserve de propriété) ou personnelles (cautionnement, cession de créance).

Depuis 1912, le Code civil offre aux vendeurs une sûreté réelle: la réserve de propriété. Faut-il, *de lege ferenda*, conserver cette sûreté ou la remplacer par une autre?

I. Historique de la réserve de propriété

En droit fédéral, le pacte de réserve de propriété a un acte de naissance: l'arrêt *Schmid c. Masse Rothermel*, rendu par le Tribunal fédéral le 10 mars 1888⁷¹. Auparavant, sa validité était incertaine. Dans le projet de Code fédéral des obligations de 1879, il était prohibé⁷². Au cours des travaux parlementaires, la prohibition disparut⁷³. Le législateur voulait-il admettre le *pactum reservati dominii*? Ou estimait-il au contraire que la prohibition allait de soi? On l'ignore⁷⁴. Quoi qu'il en soit, le CFO de 1881 ne mentionnait pas le pacte de réserve de propriété au titre des droits réels sur les biens meubles (art. 199–228), comme il ignorait d'ailleurs la vente par acomptes au titre de la vente (art. 229–273).

En 1888, l'arrêt *Schmid c. Masse Rothermel* tranche la question: la vente avec réserve de propriété n'est pas prohibée par le code, elle ne constitue pas un cas de fraude à la loi, donc elle est admissible; le vendeur peut revendiquer la chose vendue dans la faillite de l'acheteur⁷⁵. Le Tribunal

⁷¹ ATF 14 111 c. 4.

⁷² Message du CF du 27. 11. 1879, FF 1880 I 115, 167.

⁷³ FF 1881 I 212 ss.

⁷⁴ Oser, ZfSR NF 44 (1905) 463 ss.

⁷⁵ *Die Motivierung ist ja nicht gerade tiefgründig*: Oser, loc. cit. p. 472, cf. Martin, p. 23.

fédéral confirma ce premier arrêt par toute une série d'autres⁷⁶. Il semble avoir eu, par la suite, des doutes sur la valeur de l'institution. Mais la jurisprudence était trop bien assise pour être renversée⁷⁷.

Néanmoins, au début de ce siècle, bien des juristes n'étaient pas acquis au pacte de réserve de propriété. Eugène Huber⁷⁸, Alfred Martin⁷⁹, Oser⁸⁰, proposaient de l'abolir. Ils y voyaient un moyen d'éviter les règles sur le nantissement. Ils lui reprochaient de dépasser son but. Le vendeur, disaient-ils, a besoin d'une sûreté réelle. Le *pactum* lui donne des droits inutilement étendus. Il suffirait d'accorder au vendeur une hypothèque mobilière, une *Fahrnissverschreibung*, telle que la connaissaient – avant 1881 – plusieurs droits cantonaux⁸¹. L'hypothèque mobilière serait plus simple à manier que la réserve de propriété⁸².

Huber inséra dans l'Avant-projet de CCS des dispositions sur l'hypothèque mobilière (art. 884 à 889). A la Commission d'experts, elles furent vivement discutées⁸³. On leur reprocha entre autres de favoriser l'endettement. Le grief était fondé. Selon l'Avant-projet, l'hypothèque mobilière n'était pas limitée à la créance du vendeur. Elle pouvait garantir n'importe quelle créance. Les propositions de Huber furent néanmoins adoptées de justesse et passèrent dans le Projet du Conseil fédéral (art. 890 à 895)⁸⁴.

⁷⁶ ATF 20 535 c. 7, 24 II 84 c. 5 in fine, 25 II 492 c. 2, 29 II 707 c. 3, 32 II 162 c. 4, 33 II 270 c. 4, 40 II 109 c. 2.

⁷⁷ Bull. stén. 1906, p. 711 (Bühlmann); ATF 32 II 162 c. 4.

⁷⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de CCS, p. 663; Message du CF conc. le projet de CCS, p. 68.

⁷⁹ *Pactum reservati dominii et hypothèque mobilière*, p. 55 ss.

⁸⁰ ZfSR NF 44 (1905) p. 483.

⁸¹ Huber, IV p. 817.

⁸² Oser, ZfSR NF 44 (1905) p. 498.

⁸³ Schw. Civilgesetzbuch. Expertenkommission. III et IV p. 100, 163 à 180.

⁸⁴ Le projet prohibait expressément le pacte de réserve de propriété (art. 702).

Le Projet vint devant les Chambres. Le Conseil national adopta les dispositions proposées⁸⁵, avec une importante réserve : l'hypothèque mobilière ne pouvait garantir que le prix de vente. L'institution remplaçait exactement le pacte de réserve de propriété. Le Conseil des Etats fut d'un avis opposé⁸⁶. Il supprima l'hypothèque mobilière et introduisit le pacte de réserve de propriété. Il améliorait l'institution jurisprudentielle en prescrivant l'inscription du *pac-tum* dans un registre public et en prohibant la clause de péremption. Le Conseil national se rallia aux propositions du Conseil des Etats⁸⁷, Huber sans enthousiasme, d'autres en qualifiant de formule idéale, voire de solution géniale, le texte de la chambre haute. Ainsi virent naissance les art. 715 et 716 CCS⁸⁸.

II. La notion d'hypothèque mobilière

Nous nous proposons de rouvrir le débat clos par l'adoption des art. 715 et 716 CC⁸⁹. L'hypothèque mobilière présente-t-elle, sur le pacte de réserve de propriété, une supériorité telle qu'il faille adopter la première de ces institutions et abandonner la seconde ?

Par hypothèque mobilière, nous entendons un droit de gage mobilier constitué sans nantissement, par inscription dans un registre public ad hoc. Notre droit privé connaît déjà l'institution. Mais il en a restreint l'application à deux catégories d'objets : le bétail⁹⁰ et les bateaux⁹¹. Mais entre

⁸⁵ Bull. stén. 1906, p. 566, 699 ss.

⁸⁶ Bull. stén. 1906, p. 1346 à 1355.

⁸⁷ Bull. stén. (N) 1907, p. 318 à 323.

⁸⁸ Bull. stén. (E) 1907, p. 314, 316.

⁸⁹ Cf. Scherrer, ad art. 716 CC n. 14b.

⁹⁰ CC art. 885, OCF sur l'engagement du bétail du 30. 10. 1917, RS 2, p. 658 et ROLF 1957, p. 689.

⁹¹ LF sur le registre des bateaux, du 28. 9. 1923, RS 7, p. 305 et Ordon. d'exéc. du 24. 3. 1924, RS 7, p. 321; LF sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23. 9. 1953, ROLF 1956, p. 1395, art. 37 ss.

l'engagement du bétail et l'hypothèque des bateaux, d'une part, et l'institution que nous décrivons ici, d'autre part, signalons d'emblée une différence capitale. *L'hypothèque mobilière garantirait exclusivement la créance du vendeur contre l'acheteur, en paiement du prix de vente*⁹². Il n'est pas question ici d'autoriser le propriétaire d'une chose mobilière à hypothéquer son bien pour emprunter de l'argent. Ce serait vider de leur substance les règles sur le nantissement et favoriser l'endettement. Non sans raison, le Conseil fédéral a refusé, en 1950, d'admettre l'hypothèque mobilière (générale) sur les véhicules automobiles⁹³.

Le vendeur dispose aujourd'hui d'une sûreté réelle, la réserve de propriété. On la supprimerait pour la remplacer par une autre, l'hypothèque mobilière. Au point de vue économique, cela revient au même. La substitution n'aurait aucune incidence sur le crédit.

III. La nature hybride de la réserve de propriété

Le pacte de réserve de propriété donne au vendeur le droit de reprendre la chose quand le prix n'est pas payé. Le vendeur désire-t-il vraiment reprendre la chose? Bien sûr que non.⁹⁴ Le vendeur n'a que faire de la chose. Il veut être payé. C'est là sont but. Le *pactum* n'est qu'un moyen mis à sa disposition par la loi pour atteindre ce but. Ce n'est qu'une garantie, une sûreté réelle, la seule dont le vendeur puisse faire usage. Or, en bonne doctrine, la véritable sûreté réelle n'est pas la réserve de propriété. C'est un droit réel restreint, le droit de gage.

Que la réserve de propriété soit un droit de gage déguisé, un succédané du gage, tout le monde en convient. Dans son

⁹² On pourrait cependant assimiler à cette créance celle de l'entrepreneur, en paiement du prix d'un ouvrage mobilier.

⁹³ Conseil national, session d'hiver 1950, réponse du CF au conseiller national Bridel, du 28. 11. 50.

⁹⁴ Scherrer ad art. 716 CC n. 16.

message de 1879 à l'appui d'un projet de loi sur les obligations, le Conseil fédéral écrivait :

Le but du pacte de réserve de propriété n'est au fond que la constitution, sous les apparences du droit de propriété, d'un droit de gage très étendu en faveur de celui qui a aliéné la chose⁹⁵.

En 1911, le Tribunal fédéral considérait que :

au point de vue économique, la réserve de propriété n'est pas autre chose qu'un droit de gage du vendeur⁹⁶.

La doctrine, celle d'autrefois⁹⁷ et celle d'aujourd'hui⁹⁸, est bien du même avis.

Le *pactum reservati dominii* confère au vendeur, juridiquement un droit de propriété, économiquement un droit de gage. Institution hybride – pour ne pas dire bâtarde – la réserve de propriété pâtit de ce dualisme. Nous en voulons pour preuve deux exemples tirés de la jurisprudence fédérale.

Notre premier exemple a trait à la saisie des objets vendus avec réserve de propriété. En 1911, le Tribunal fédéral constatait qu'au point de vue économique la réserve de propriété n'est pas autre chose qu'un droit de gage du vendeur. En conséquence, les dispositions relatives à la saisie et à la réalisation de choses grevées d'un droit de gage (LP art. 106, 107, 126 et 127) devaient être appliquées par analogie à la saisie et à la réalisation des choses vendues avec réserve de propriété⁹⁹. Une autorité cantonale tira de l'analogie cette conséquence logique : lorsque la chose vendue avec réserve de propriété est saisie, et lorsqu'il est fait une offre supérieure au solde du prix de vente, le vendeur ne

⁹⁵ FF 1880 I 168.

⁹⁶ Ch. des pours. et faillites, circ. N° 29 du 31. 3. 1911. Cf. ATF 80 III 25, JdT 1954 II 86.

⁹⁷ Oser, ZfSR 44 (1905) p. 460; Martin, p. 18; Huber, Exp. des motifs de l'avant-projet de CCS, p. 663, parle d'un *subterfuge*.

⁹⁸ Scherrer, ad art. 716 CC, n. 16, parle d'une *pfandrechtsähnliche Sicherung*.

⁹⁹ Ch. des pours. et faillites, circ. N° 29 du 31. 3. 1911; cf. ATF 80 III 25, JdT 1954 II 86.

peut plus revendiquer. C'était traiter le vendeur comme un créancier gagiste, qui doit se tenir pour satisfait si sa créance est couverte par la réalisation du gage. Le Tribunal fédéral refusa d'aller si loin. Il décida en 1922 que la saisie ne porte aucune atteinte à la faculté du vendeur de faire valoir son droit de propriété. Lorsque le vendeur revendique la chose, la saisie ne peut plus porter que sur le droit de l'acheteur d'obtenir la restitution des acomptes versés, sous déduction du loyer équitable et de l'indemnité d'usure. Le Tribunal fédéral réglementa la saisie et la réalisation de ce droit¹⁰⁰. Réglementation nécessairement compliquée, souvent critiquée¹⁰¹. Les critiques devraient viser l'institution de la réserve de propriété. Dans leur seconde décision, les juges fédéraux ont raisonné en juristes plutôt qu'en économistes. On ne saurait le leur reprocher.

Voici un second exemple de la nature hybride de notre institution. Lorsque le vendeur revendique la chose, l'acheteur doit trois prestations: la chose elle-même, le loyer équitable et l'indemnité d'usure (CC art. 716, CO art. 227). Dans un arrêt de 1936, en la cause *Motorwagenfabrik Berna AG c. Eschmann-Horand*¹⁰², le Tribunal fédéral tient pour évident que ce loyer et cette indemnité ne peuvent, ajoutés à la valeur de la chose reprise, dépasser le montant du prix de vente. C'est raisonner comme en matière de gage. Le créancier gagiste n'a droit au produit de la réalisation du gage qu'à concurrence du montant de sa créance (LP art. 157 al. 2). La loi prohibe le pacte commissoire, qui permettrait au créancier gagiste de recevoir plus que le montant de sa créance (CC art. 816 al. 2 et 894). Par analogie, le vendeur avec réserve de propriété ne devrait pas recevoir plus que le prix de vente.

En 1942, changement de jurisprudence. Dans un arrêt *Lévy c. Faillite Strautmann*¹⁰³, le Tribunal fédéral juge que

¹⁰⁰ TF, circ. N° 14 du 11. 5. 1922.

¹⁰¹ Cf. Scherrer ad art. 716 CC, n. 122.

¹⁰² ATF 62 II 30, JdT 1936 411.

¹⁰³ ATF 68 II 292.

l'arrêt précédent introduit dans le règlement de comptes un élément que la loi ne prévoit pas : l'intérêt du vendeur à l'exécution du contrat (intérêt égal au montant du prix de vente, plafond des prestations de l'acheteur selon l'arrêt *Motorwagenfabrik Berna AG*). Le système légal ne comporte pas cet élément de calcul. Il peut donc arriver que, par l'addition de la valeur de la chose au moment de la restitution, du loyer équitable et de l'indemnité d'usure, le vendeur reçoive plus que le montant du prix de vente.

L'arrêt *Lévy c. Faillite Strautmann* a été souvent critiqué¹⁰⁴. Il nous paraît juridiquement correct, si l'on considère le vendeur comme un propriétaire et non comme un créancier-gagiste. *De lege ferenda*, notre co-rapporteur propose de revenir au principe posé par l'arrêt *Motorwagenfabrik Berna AG*¹⁰⁵. La disposition qu'il propose est évidemment équitable. Elle resterait logiquement critiquable dans le système de la réserve de propriété. Elle serait superflue dans un système d'hypothèque mobilière.

Institution hybride, la réserve de propriété est mal adaptée à son but. Ce but, rappelons-le, est de fournir au vendeur une sûreté réelle. Or qui dit sûreté réelle dit droit de gage. Oser le disait déjà aux juristes suisses, en 1905 :

*Was hat es für einen Sinn, einen Schleichweg aufzusuchen, wenn auf der breiten Heerstrasse das Ziel erreicht werden kann*¹⁰⁶.

IV. La supériorité pratique de l'hypothèque mobilière

1. Généralités

Pour donner au vendeur une garantie réelle, l'hypothèque mobilière est, comme droit de gage, une institution appropriée à son objet. La réserve de propriété, au contraire, n'est pas adaptée à ce même objet. Toutefois, nous

¹⁰⁴ Guhl, ZBJV 79 (1943) p. 364 et 365; Scherrer ad art. 716 CC, n. 109.

¹⁰⁵ Stofer, Avant-projet I, art. 12 al. 2; Av.-projet II, art. 9 al. 1.

¹⁰⁶ ZfSR 44 (1905) p. 498.

hésiterions à proposer le remplacement de l'une par l'autre pour des raisons purement théoriques. Aussi convient-il d'indiquer maintenant les raisons pratiques qui justifient notre choix. Elles découlent principalement de ceci: dans le système de la réserve de propriété, en cas de résolution du contrat, le vendeur cesse d'être créancier du prix de vente. Il a une action en revendication de la chose et une action en paiement d'indemnités (loyer équitable et indemnité d'usure). Ces actions soulèvent des questions délicates, de forme et de fond. Dans le système de l'hypothèque mobilière, l'acheteur reste débiteur d'une somme d'argent dont le montant est connu dès le début: le prix de vente. Dans le premier système, l'action en revendication relève de la procédure cantonale. Dans le second, la poursuite en réalisation de gage est réglée uniformément par la LP.

2. La protection de l'acheteur en demeure

L'action en revendication (dans le système de la réserve de propriété) et la poursuite en réalisation de gage (dans le système de l'hypothèque mobilière) tendent toutes deux à priver l'acheteur de la chose achetée. La différence est dans la manière.

Dans le système de la réserve de propriété, le vendeur ouvre action en revendication. Dans de nombreux cantons, il peut obtenir d'entrée de cause la délivrance ou le séquestre de la chose par ordonnance de mesures provisoires¹⁰⁷. L'acheteur se voit privé d'un objet peut-être nécessaire avec une soudaineté parfois brutale. L'équité n'y trouve pas son compte.

Dans le système de l'hypothèque mobilière, le vendeur ne pourrait requérir la vente qu'un mois au plus tôt après la notification du commandement de payer (LP art. 154). L'office des poursuites ne pourrait enlever la chose qu'après avoir reçu la réquisition de vente¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Scherrer ad art. 716 CC, n. 104.

¹⁰⁸ ATF 71 III 119, JdT 1946 II 38.

Pour protéger l'acheteur contre la rigueur d'un enlèvement précipité de la chose, M. Stofer propose d'insérer dans la loi la disposition ci-après:

Lorsque l'acheteur est en demeure, le juge peut lui accorder des facilités de paiement et refuser au vendeur la reprise de la chose, si l'acheteur garantit (*Gewähr bietet*) pour l'avenir l'exécution de ses engagements et si le sursis ne cause pas de dommage au créancier.¹⁰⁹

Quels que soient ses mérites, ce texte a le défaut d'être nouveau. Comment sera-t-il interprété? Quel sera le juge compétent? Y aura-t-il des voies de recours? Qui avancera et supportera les frais? Nul ne le sait.

A ce saut dans l'inconnu, ne faut-il pas préférer une règle connue et éprouvée, celle de l'art. 123 LP.

Si le débiteur rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés financières sans faute de sa part et s'il s'engage à verser à l'office des acomptes réguliers et opère immédiatement le premier versement, le préposé peut renvoyer la vente de sept mois au plus.

Le droit de poursuite tranche de nombreuses questions qu'un texte nouveau laisserait à l'évolution imprévisible des jurisprudences cantonales. On sait que le débiteur peut s'acquitter de sa dette en huit mensualités. On sait que la décision de sursis est prise par un fonctionnaire expérimenté. On sait qu'il existe des voies de recours (LP art. 17 à 19 et 123 al. 5). On sait qu'elles sont gratuites (Tarif des frais, art. 69).

Certes, l'art. 123 LP est parfois appliqué trop libéralement¹¹⁰. Un texte nouveau pourrait l'être aussi. Et il n'offrirait pas au créancier des voies de recours aussi facilement accessibles que la LP.

Ainsi, il apparaît souhaitable d'appliquer l'art. 123 LP à la poursuite du vendeur à tempérament contre l'acheteur. Mais pour cela il faut que l'acheteur en demeure reste débiteur d'une somme d'argent et que le vendeur ne puisse agir

¹⁰⁹ Stofer, Avant-projet II, art. 10.

¹¹⁰ Rohrer, Aarg. Beamtenblatt 1957, p. 157.

contre lui que par la poursuite en réalisation de gage. En d'autres termes, il faut remplacer la réserve de propriété par l'hypothèque mobilière.

Le sursis de l'art. 123 LP n'est qu'un exemple de la protection accordée par le droit fédéral au débiteur d'une somme d'argent. Il en est d'autres. Pendant les quatre quinzaines de Noël, de Pâques, de Pentecôte et du Jeûne fédéral, l'institution des fêtes donne du répit au débiteur (LP art. 56). La poursuite dirigée contre un débiteur au service militaire est suspendue (LP art. 57). Elle est suspendue aussi pendant deux semaines à l'égard du débiteur qui a perdu un proche parent (LP art. 58). Normalement, l'acheteur à tempérament est débiteur d'une somme d'argent. Il devrait bénéficier des dispositions protectrices de la LP. Il en est privé parce que l'institution artificielle de la réserve de propriété donne au vendeur une action en revendication, soumise à la procédure cantonale. En adoptant l'hypothèque mobilière, on rend à l'acheteur sa position normale de débiteur d'une somme d'argent.

3. Le règlement de comptes de l'art. 227 CO

La réserve de propriété, nous le savons, fait fonction de gage. Le but du gage est de garantir au créancier le paiement d'une somme d'argent. A cette fin, le gage confère au créancier gagiste le droit de faire réaliser à son profit une chose déterminée. Le droit du créancier gagiste prime les prétentions des autres créanciers du débiteur, quant à l'objet engagé. L'existence d'un gage reste sans influence sur le montant de la créance. Le créancier doit recevoir son dû, rien de moins, rien de plus.

La réserve de propriété est un mauvais droit de gage parce qu'elle a pour effet de modifier la créance du vendeur, quant à sa nature et quant à son montant. Le vendeur commence par être créancier du prix de vente. S'il fait valoir la réserve de propriété, sa créance s'éteint. A la place, il reçoit le droit de revendiquer la chose et une créance chirographaire en paiement du loyer équitable et de l'indemnité

d'usure (CO art. 227, CC art. 716). Si la valeur de ces prétentions est égale au montant du prix de vente (compte tenu de la restitution des acomptes), c'est par l'effet d'un heureux hasard. La loi ne se préoccupe pas d'établir cette égalité. La valeur de la chose n'est pas un facteur du règlement de comptes institué par la loi; elle peut tout au plus constituer un indice de l'usure¹¹¹.

Examinons, pour prendre un exemple commun, une vente avec réserve de propriété portant sur une auto d'occasion. Au bout d'un an, l'acheteur doit restituer l'auto. Il l'a peu employée et bien soignée. Si la valeur des autos d'occasion a baissé depuis la conclusion du contrat, le vendeur se fera allouer de ce chef une indemnité dite d'usure. La jurisprudence du Tribunal fédéral l'y autorise¹¹². En revanche, si le marché est à la hausse, la plus-value appartient au vendeur sans contre-prestation. On peut défendre ce résultat en disant que l'acheteur doit supporter les conséquences de l'inexécution du contrat. La solution n'en est pas moins complètement étrangère à la fonction de gage dévolue à la réserve de propriété.

Venons-en maintenant au loyer équitable. A ce titre, le vendeur doit recevoir ce qu'il aurait pu se procurer en louant la chose pendant le temps où elle fut en possession de l'acheteur.¹¹³ Ce loyer équitable est une vue de l'esprit, tout artificielle, sans rapport avec la réalité. On l'applique en effet à des choses *qui n'ont pas de valeur locative*, pour la bonne raison que, pratiquement, elles ne font jamais l'objet d'un bail. A-t-on jamais vu un bail portant sur un mobilier (un mobilier neuf s'entend)? On loue parfois des autos usagées, pour quelques jours ou quelques semaines, jamais des autos neuves pour des mois ou des années. Loue-t-on à long terme des machines à laver, des cuisinières électriques, des aspirateurs à poussière (neufs)?

Dans leurs formules de contrat, les marchands d'objets

¹¹¹ ATF 68 II 292 *in fine*.

¹¹² ATF 75 II 33, JdT 1949 528; cf. ATF 60 II 412.

¹¹³ ATF 75 II 33, JdT 1949 528 cons. 2.

neufs stipulent souvent, pour le loyer équitable, des taux dégressifs. Ils fixeront par exemple un loyer de 30% du prix de vente pour les six premiers mois puis un taux inférieur pour chaque mois après le premier semestre. Les conventions des parties ne lient pas le juge (CO art. 227 al. 3). Les tribunaux fixent librement le loyer équitable. D'ordinaire, ils l'arrêtent à un taux uniforme, par exemple à 1,5% pour les mobiliers, 1% par mois pour une machine¹¹⁴. Au point de vue économique, les marchands sont dans le vrai. Une utilisation de quelques mois fait d'un objet neuf un objet d'occasion. La dépréciation est considérable. S'il s'agissait d'un bail, le loyer devrait en indemniser le bailleur. Par le système des taux uniformes, les juges refusent pratiquement au vendeur ce qu'ils lui accordent théoriquement: l'équivalent d'un loyer. Pour ménager l'acheteur, ils font violence au régime légal.

Supposons le cas d'un mobilier neuf, restitué par l'acheteur après trois mois. Selon les normes actuelles des tribunaux, le vendeur recevra 4,5% du prix de vente. La dépréciation subie par l'objet est bien supérieure. Le loyer n'est pas équitable. Supposons au contraire que le mobilier soit restitué après plusieurs années. Le loyer représentera une somme considérable. Il sera inéquitable pour l'acheteur.

Ainsi, dans bien des cas, le loyer dit équitable est inéquitable. Dans son principe, il méconnaît la fonction de gage dévolue à la réserve de propriété.

Reste l'indemnité d'usure. Selon le Tribunal fédéral¹¹⁵, elle couvre l'usure anormale de la chose, non couverte par le loyer, et toute autre diminution de valeur (baisse des prix) non comprise dans le loyer. Pour l'usure anormale, les juges s'en remettent souvent à des experts. Ceux-ci ont bien de la peine à distinguer l'usure normale et l'usure anormale. Quant à la diminution de valeur résultant d'une baisse des prix, elle ne joue, on l'a vu, qu'en faveur du vendeur.

¹¹⁴ ZBJV 90 (1954) 41; SJZ 1953 128; ATF 75 II 33, JdT 1949 528 c. 3.

¹¹⁵ ATF ci-dessus, cons. 3 et 4.

La réserve de propriété, répétons-le, a pour fonction de fournir au vendeur une sûreté réelle. Cette fonction, elle la remplit mal. L'étude du décompte prévu aux art. 716 CC et 227 CO nous en donne la preuve. L'hypothèque mobilière au contraire fournit nécessairement la solution «juste». Certes, dans certains cas, la réalisation forcée du gage pourra se révéler moins avantageuse pour l'acheteur que le régime actuel. Mais l'acheteur bénéficierait de la protection étendue accordée par la LP au débiteur d'une somme d'argent. Ceci compense cela.

4. Procédure et voies d'exécution

Dans le système de la réserve de propriété, lorsque l'acheteur en demeure est récalcitrant, le vendeur doit ouvrir une action judiciaire: action réelle en revendication de la chose, action personnelle en paiement du loyer équitable et de l'indemnité d'usure. Après avoir obtenu gain de cause, il devra souvent recourir à l'exécution forcée: selon la procédure cantonale pour la restitution de la chose, selon la LP pour le paiement des indemnités.

Dans le système de l'hypothèque mobilière, le vendeur ouvrirait d'emblée une poursuite en réalisation de gage (LP art. 151 ss.). Si l'acheteur fait opposition quant à la créance ou quant au gage¹¹⁶, le vendeur demandera la mainlevée¹¹⁷. A défaut d'action en libération de dette ou en libération de gage¹¹⁸, ou après liquidation d'une telle action, le vendeur n'aura plus qu'à requérir la vente. L'office enlèvera la chose¹¹⁹ et la réalisera. S'il n'est pas complètement désintéressé, le vendeur recevra un acte d'insuffisance de gage. Il

¹¹⁶ Le débiteur doit mentionner expressément l'opposition quant au gage: ORI 85 al. 1. ATF 57 III 23, JdT 1931 II 156 c. 2.

¹¹⁷ Sur la mainlevée quant au gage, v. Favre p. 226, Fritzsche I p. 289, Panchaud et Caprez § 53; cf. ATF 62 III 7, JdT 1936 II 114; ATF 75 I 97, JdT 1950 II 27, cons. 2 litt. a.

¹¹⁸ Blumenstein p. 518, Jaeger-Däniker ad art. 153 LP n. 3; ZBJV 68 (1932) 392.

¹¹⁹ ATF 71 III 119, JdT 1946 II 38.

pourra procéder contre l'acheteur par voie de poursuite ordinaire, sans nouveau commandement de payer s'il agit dans le mois (LP art. 158 al. 2). Selon l'opinion dominante, l'acte d'insuffisance de gage vaut reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP¹²⁰.

Comparons ces deux procédures:

a) Dans le système de la réserve de propriété, l'action en revendication et en paiement des indemnités relève de la procédure cantonale; l'exécution forcée relève en partie du droit cantonal. Dans le système de l'hypothèque mobilière, la procédure relèverait presque exclusivement du droit fédéral. Le droit cantonal ne régirait guère que les demandes de mainlevée qui sont simples, et les actions en libération de dette ou de gage, qui sont rares.

Dans le domaine de la vente à tempérament, nombreux sont les marchands qui font des affaires dans plusieurs cantons. La réforme que nous proposons simplifierait leur contentieux.

b) Contre un acheteur récalcitrant, le vendeur avec réserve de propriété doit ouvrir une action au fond. C'est nécessaire pour la revendication de la chose. C'est la règle aussi pour l'action en paiement des indemnités. Garanti par une hypothèque mobilière, le vendeur s'en tirera généralement avec une réquisition de poursuite, une réquisition de vente et, peut-être, une demande de main-levée. Reste l'éventualité d'une action en libération de dette ou de gage. Elle se réalise rarement, nous l'avons déjà dit. Quant aux incidents de la poursuite, ils seront liquidés par la procédure de plainte à l'autorité de surveillance, procédure simple et gratuite.

Si l'hypothèque mobilière remplaçait la réserve de propriété, les parties feraient donc l'économie d'un procès au fond (souvent agrémenté d'une expertise). Elles useraient

¹²⁰ Panchaud et Caprez, § 57; Favre p. 229; Brand, FJS 991, p. 4; Jaeger-Däniker ad art. 158 LP n. 3; *contra*: Fritzsche I p. 297.

d'une procédure plus simple et moins coûteuse que celle d'aujourd'hui. D'où, pour toutes deux, gain de temps et gain d'argent.

c) L'objet vendu à tempérament peut être saisi par des tiers. Dans le système de la réserve de propriété, si le vendeur fait valoir son droit de propriété, la saisie ne peut plus porter que sur le droit de l'acheteur d'obtenir la restitution des acomptes versés. Réglementée par la circulaire du Tribunal fédéral du 11 mai 1922, la procédure de saisie est particulièrement compliquée. Nous en avons déjà parlé. En comparaison, la saisie de l'objet grevé d'un droit de gage est beaucoup plus simple. En premier lieu, le préposé peut renoncer à la vente s'il apparaît d'emblée impossible qu'une adjudication couvre la créance garantie par gage (LP art. 127). En second lieu, si l'adjudication peut être faite à un prix suffisant (LP art. 126), le créancier gagiste – le vendeur dans notre cas – sera désintéressé qu'il le veuille ou non, même si la créance n'est pas exigible¹²¹.

d) Il arrive que l'acheteur à tempérament tombe en demeure alors qu'il a déjà payé la presque totalité du prix. Dans le système de la réserve de propriété, même s'il ne doit plus qu'un cinquième ou qu'un dixième du prix, il devra restituer la chose, toute la chose. D'aucuns ont proposé que la loi prohibe la résolution du contrat lorsque l'acheteur a payé les quatre cinquièmes du prix¹²². Avec raison, notre co-rapporteur s'est opposé à une réforme qui dévaloriserait toute l'institution de la réserve de propriété et profiterait surtout aux mauvais payeurs et aux querulants¹²³.

Il n'en reste pas moins choquant de devoir résoudre l'ensemble du contrat quand l'acheteur ne doit plus qu'une faible partie du prix de vente. Lorsque la vente porte sur

¹²¹ ATF 64 III 191, JdT 1939 II 30 (rés.).

¹²² Rapport de la Commission suisse pour la protection de la famille, cité par Herold, W. und R., 1954 p. 28.

¹²³ Stofer, Gutachten I p. 110 et 111.

plusieurs objets, un mobilier par exemple, le système de l'hypothèque mobilière pourrait fournir une solution équitable. Si l'adjudication d'un ou deux objets couvrait la créance du vendeur, les autres objets ne seraient pas vendus. L'acheteur pourrait sauver au moins une partie de son acquisition.

En résumé, dans le système de l'hypothèque mobilière, la procédure serait plus simple, plus rapide et moins coûteuse que sous le régime actuel. C'est une nouvelle raison de le préférer à la réserve de propriété.

CHAPITRE IV

Le droit de résolution du vendeur

Dans les contrats bilatéraux, lorsqu'une partie n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut se départir du contrat. Si elle a déjà exécuté sa propre prestation, elle peut la répéter (CO art. 107 à 109). La vente est un contrat bilatéral. Pourtant, lorsque l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur n'a pas toujours la faculté de résoudre le contrat. Le droit de résolution lui appartient *ex lege* dans la vente à prépaiement et dans la vente au comptant (CO art. 214 al. 1). La carence de l'acheteur autorise le vendeur à annuler le contrat *ex tunc* et à refuser la livraison de la chose. Il en va différemment dans la vente à crédit. L'art. 214 al. 3 CO porte ce qui suit:

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.

Contre l'acheteur en demeure, le vendeur à crédit a des droits moins étendus que le créancier contractuel en général (CO art. 107 à 109) ou que le vendeur *praenumerando* ou au comptant en particulier (CO art. 214 al. 1). *Ex lege*, il n'a pas le droit de résoudre le contrat et de répéter la chose.

Mais il peut l'acquérir *ex contractu*, par une clause spéciale du contrat de vente. Cette clause est la *lex commissoria*¹²⁴. Elle doit être expresse. Lorsque le vendeur s'est réservé la propriété de la chose, la faculté de résolution est le complément nécessaire de la revendication. Elle existe alors sans avoir été expressément stipulée¹²⁵.

Quand elle n'est pas assortie d'un *pactum reservati dominii*, la *lex commissoria* ne confère au vendeur qu'un droit personnel en restitution de la chose. Elle n'est pas opposable aux créanciers de l'acheteur (LP art. 212). Elle n'empêche pas l'acheteur, devenu propriétaire de la chose par la tradition (CC art. 714), d'en disposer librement.

Dans les ventes à tempérament, on rencontre parfois la *lex commissoria* sans réserve de propriété. Nous avons proposé de supprimer le *pactum reservati dominii* et de le remplacer par l'hypothèque mobilière. Nous refusons donc au vendeur l'action réelle en revendication. Faut-il lui laisser, en vertu d'une clause expresse du contrat, l'action personnelle en répétition donnée par l'art. 214 al. 3 CO ?

Comme nous l'avons vu, dans la vente à crédit, le droit suisse prohibe en principe la résolution du contrat par le vendeur en cas de demeure de l'acheteur mais réserve les conventions contraires. En Allemagne, dans la vente à crédit, le § 454 BGB prohibe également le droit de résolution mais ne réserve pas les conventions contraires. Les auteurs ne disent même pas que le § 454 serait de droit dispositif¹²⁶. En revanche, la législation allemande déroge au principe en accordant dans deux cas particuliers un droit de résolution au vendeur. Le premier cas est celui de la vente avec réserve de propriété (BGB § 455). Le second cas est celui du *Fixhandelskauf*, soit de la vente commerciale

¹²⁴ *Dig. XVIII. 3 De lege comm.*

¹²⁵ ATF 60 II 412; ATF 73 III 165, JdT 1948 II 86, cons. 1.

¹²⁶ Planck, ad § 454 BGB n. 1; Crome II 426; Enneccerus-Kipp-Wolff II, II. § 105 et § 118; Soergel ad § 454 BGB n. 1 et 5; seul Cosack (I 456) parle d'un droit de résolution conventionnel.

avec délai d'exécution exactement fixé (HGB § 376)¹²⁷. Nous pouvons laisser de côté ce deuxième cas: la vente à tempérament n'est jamais, ou presque jamais, une vente commerciale. Il apparaît ainsi qu'en Allemagne la *lex commissoria* ne joue pas de rôle dans la vente à tempérament, en dehors du *pactum reservati dominii*.

De même, en Suisse, le maintien de la *lex commissoria* dans les ventes à tempérament ne se justifierait plus si la réserve de propriété était prohibée. En effet, une bonne partie des défauts de la *lex commissoria* avec *pactum reservati dominii* se retrouvent dans les contrats où le vendeur s'est réservé le droit de résoudre *sans* se réserver la propriété. Les complications du décompte de l'art. 227 al. 2 CO subsistent. L'action personnelle en répétition n'est pas plus simple que l'action réelle en revendication. Les deux actions privent l'acheteur de la protection accordée par la LP au débiteur d'une somme d'argent¹²⁸.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion qu'en supprimant la réserve de propriété – pour la remplacer par l'hypothèque mobilière – il faut prohiber du même coup la *lex commissoria*. La situation sera claire. Que le vendeur stipule ou non une hypothèque mobilière, il n'aura contre l'acheteur que l'action en paiement du prix de vente. Cette action, il la fera valoir par la poursuite en réalisation de gage dans le premier cas, par la poursuite ordinaire dans le deuxième cas. Toute action en restitution de la chose, réelle ou personnelle, serait exclue.

La *lex commissoria* ne serait prohibée impérativement que dans les ventes à tempérament. La prohibition resterait de droit dispositif, selon l'art. 214 al. 3 CO, dans les autres ventes à crédit.

¹²⁷ Gessler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder, II, Anhang zu § 368 HGB n. 15 et ad § 376 n. 11; Staub, ad § 376 HGB n. 32.

¹²⁸ V. *supra*, p. 399 a.

CHAPITRE V

**L'avant-projet de loi fédérale sur la vente
à tempérament**

Les limites assignées à ce rapport ne nous permettent pas d'étudier tous les aspects de la vente par acomptes. Pour donner néanmoins au lecteur un aperçu des problèmes qui se posent au législateur, nous croyons utile de résumer succinctement le deuxième avant-projet de loi fédérale sur la vente à tempérament. Ici et là, nous prendrons brièvement position sur les propositions de notre co-rapporteur.

Art. 1. Notion et forme

Selon le premier alinéa de cet article, la vente à tempérament est une vente à crédit où l'acheteur s'acquitte du prix en quatre acomptes ou plus.

Il nous paraît utile de distinguer la vente à tempérament des autres ventes à crédit. Le critère proposé est simple et pratique.

Les alinéas 2 et 3 du même article traitent de la forme et des clauses nécessaires du contrat. Nous avons consacré à ces questions le deuxième chapitre de ce rapport (v. *supra* p. 380a).

Art. 2. Droit de révocation

L'avant-projet accorde à l'acheteur le droit de se départir du contrat, dans les trois jours dès la conclusion, moyennant un dédit n'excédant pas le 3% du prix de vente au comptant.

Discutable en principe, le droit de révocation nous paraît superflu en pratique, si on fait du versement initial une condition de la validité du contrat (v. *supra* p. 372a).

Art. 3. Versement initial et durée du contrat

Sur le versement initial, nous avons décrit plus haut le système de l'avant-projet et le système que nous lui préférons (v. *supra* p. 370a).

L'auteur de l'avant-projet propose de limiter à deux ans et demi (avec des variantes) la durée du contrat. Le vendeur n'aurait aucun droit aux acomptes devenus exigibles après l'expiration de la durée légale.

Art. 4. Contrats de prêt

Le versement initial doit freiner la conclusion des ventes à tempérament. Si l'acheteur emprunte à un tiers le montant de l'acompte au comptant, le frein perd de son efficacité. L'art. 4 frappe de nullité le prêt d'argent, lorsque le prêteur sait ou doit savoir que l'emprunteur entend se procurer ainsi le versement initial d'une vente par acomptes. L'intention est bonne. Nous craignons toutefois que cet article, d'ailleurs dangereux pour la sécurité des transactions, soit facile à éluder, donc inefficace.

L'avant-projet frappe aussi de nullité le prêt à tempérament, s'il est destiné à financer une vente au comptant. Cette disposition ne nous paraît pas plus efficace que la précédente. De plus, elle est contestable dans son principe. Economiquement, la vente à tempérament d'une part, la vente à crédit doublée d'un prêt à tempérament d'autre part, sont des opérations semblables. Il est difficile d'autoriser l'une et de prohiber l'autre. Certes, dans le prêt remboursable par acomptes, le frein du versement initial n'existe pas. En revanche, dans plusieurs cantons, les opérations de petit crédit sont soumises à une surveillance administrative qui protège efficacement l'emprunteur. Ceci compense cela.

Art. 5. Cession de salaire

L'avant-projet limite dans deux directions les cessions de salaire consenties par l'acheteur au vendeur. Elles n'auraient effet que pendant deux ans et demi. Elles ne pourraient porter que sur la partie saisissable du salaire (LP art. 93).

Que les cessions de salaire soient une plaie, nous en sommes convaincus. Par analogie avec la saisie de salaire,

nous limiterions même à une année la validité de la cession. Toutefois, en bonne systématique, le problème devrait être traité dans le cadre de la révision du titre X du Code des obligations. Cette révision est actuellement en cours.

Art. 6. Exceptions de l'acheteur

Selon cet article, l'acheteur ne pourrait renoncer d'avance

- ni au droit de compenser ses dettes avec ses créances contre le vendeur (CO art. 126),
- ni au droit d'opposer ses exceptions contre le vendeur à un cessionnaire du vendeur (CO art. 169).

Les deux règles seraient utiles, la seconde en particulier. Certes, si l'acheteur a signé des traites, le porteur serait protégé par l'art. 1007 CO. L'usage de faire signer des traites est heureusement peu répandu dans la vente à tempérament (sinon dans le commerce des autos).

Art. 7. Paiement anticipé

Sous le nom de *Barauskauf*, l'avant-projet impose l'octroi d'un rabais à l'acheteur qui paie le solde de sa dette d'un coup, sans attendre les échéances contractuelles. Dans la pratique, certaines maisons accordent un rabais en pareil cas. *De lege ferenda*, la difficulté consiste à trouver, pour déterminer la quotité du rabais, une formule à la fois simple et équitable.

Art. 8. Demeure de l'acheteur

Si l'acheteur est en demeure de payer le versement initial, l'alinéa premier de cet article donne au vendeur, alternativement, une action en résolution du contrat et une action en paiement.

Si le versement initial devient une condition de la validité du contrat, comme nous le proposons (v. *supra* p. 372a), l'action en résolution n'aurait pas d'objet et l'action en paiement ne serait pas admise.

Si l'acheteur est en demeure pour le paiement des accom-

tes, le deuxième alinéa donne au vendeur une action en paiement et une action en résolution. Nous lui refusons la seconde action (v. *supra* p. 409a).

Art. 9. Conséquences de la résolution

Cet article reprend, en l'améliorant, la formule de l'art. 227 al. 2 CO. Il serait sans objet si on prohibe la résolution du contrat (v. ad art. 8 *supra*).

Art. 10. Sursis

L'avant-projet permet au juge d'accorder des facilités de paiement à l'acheteur. Dans le système que nous préconisons, l'acheteur serait protégé par l'art. 123 LP (v. *supra* p. 400a).

Art. 11. Prorogation de for et clause compromissoire

Selon cet article, l'acheteur ne pourrait renoncer d'avance ni au for de son domicile ni à la juridiction des tribunaux ordinaires. Nous nous demandons si l'art. 11 de la LF sur les voyageurs de commerce ne rend pas superflue la première règle, et si la seconde répond vraiment à un besoin.

Art. 12. Champ d'application

La loi nouvelle serait applicable par analogie à toutes les conventions poursuivant le même but économique que la vente à tempérament, et notamment à la location-vente et à la vente à tempérament de bons d'achat.

Elle ne serait applicable que partiellement

- si l'acheteur est inscrit au registre du commerce,
- si le prix total dépasse 15 000 francs,
- si la chose vendue sert à l'exercice d'une industrie ou d'une profession.

La vente-épargne

Introduction

I. Sur la vente à tempérament, tout a été dit, ou presque. Sur la vente-épargne, tout est à dire, ou presque. Institution jeune, multiforme, en pleine évolution, elle est mal connue. Sur la technique de la vente-épargne, sur ses incidences économiques, financières, sociales, les études d'ensemble sont rares¹²⁹. Au point de vue juridique, nous disposons de quelques articles de revue¹³⁰, d'une quinzaine d'arrêts cantonaux rendus pour la plupart en 1956 et 1957¹³¹, d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu en 1958, l'arrêt *Treuvag et Brunner c. Staub*. Pour juger de l'institution, en fait comme en droit, nous manquons de recul.

Une étude complète et approfondie de la vente-épargne exigerait un gros volume. Nous devons être brefs. Concentrant notre attention sur certains aspects de la question, nous serons nécessairement incomplets. Nous nous en excusons.

II. Nous appelons vente-épargne une convention par laquelle une partie s'oblige à payer par acomptes une somme d'argent fixée d'avance, l'autre partie s'engageant à livrer une marchandise contre remise de la somme prévue.

Cette définition n'a pas de prétention juridique. Nous l'employons ici pour donner une première idée de l'institution.

L'objet de notre rapport n'a même pas de dénomination généralement acceptée: contrat d'épargne, abonnement

¹²⁹ Signalons ici une thèse de doctorat ès sciences économiques présentée à l'Université de Neuchâtel par M. Kurt Arm. Intitulée «La vente à prépaiement», cette thèse, acceptée en 1956, n'est pas encore imprimée. Nous la citons d'après le manuscrit.

¹³⁰ V., dans la Bibliographie, les articles de Flattet, Moser, Picenoni et v. Rechenberg.

¹³¹ Nous donnons en annexe, *infra* p. 453a, un tableau de la jurisprudence sur la vente-épargne. Nous citons la jurisprudence cantonale par le sigle du canton et la date de l'arrêt. Ex.: BE 23 III 57 = arrêt bernois (Cour d'appel) du 23 mars 1957.

d'épargne, vente avec paiements préalables, vente à prépaiement par acomptes, etc.¹³². Le terme de vente-épargne est plus expressif. Certes, il est publicitaire. L'épargne est une vertu. La vente-épargne a quelque chose de vertueux, de moral, de philanthropique. On l'oppose à la vente à tempérament présentée comme vaguement immorale, destinée aux gens légers sinon aux prodiges. Nous proposons de conserver le terme de vente-épargne. Il permettra au législateur d'être exigeant. L'institution devra pratiquer les vertus qu'elle affiche.

III. La vente-épargne est apparue en Suisse pendant l'entre-deux-guerres, dans le commerce des machines à coudre. Lancée par une grande entreprise américaine, elle fut adoptée par d'autres maisons de la même branche¹³³.

Après la deuxième guerre mondiale, la vente-épargne gagna le commerce des meubles et celui des textiles, de nouveau sous l'impulsion, dans chaque branche, d'une entreprise importante. Dans le commerce du meuble, en 1955, environ trois cents marchands pratiquaient la vente-épargne. Selon certaines estimations¹³⁴, leur portefeuille de contrats s'élevait à 175 millions de francs au 31 décembre 1955. Il s'était accru de 50 millions de francs au cours de la seule année 1955. Dans le commerce des machines à coudre, un groupe de marchands a déjà encaissé plus de 7 millions de francs répartis sur 25000 contrats (à fin 1954).

La pratique de la vente-épargne exige d'importants moyens financiers. Les grandes entreprises s'y taillent la part du lion. Dans le commerce des meubles, en 1955, huit

¹³² En Suisse allemande: *Vorsparvertrag*, *Sparabonnement*, *Aussteuer-Sparvertrag*, *Sparvereinbarung*, *Spar- und Kaufvertrag*, etc.

¹³³ En Allemagne, le régime national-socialiste pratiqua la vente-épargne en grand pour lancer l'auto VW. Quelque 337000 *Volkswagensparer* déboursèrent 280 millions de marks en vue d'acquérir la voiture du peuple. Après la guerre, ils tentèrent d'obtenir l'auto promise ou de rentrer dans leurs fonds. Sans succès jusqu'à maintenant semble-t-il.

¹³⁴ Arm, chap. 6; cf. Picenoni ZfSR 1956 493.

maisons se partageaient le 70% des affaires. Deux d'entre-elles détenaient pour 40 millions de francs de contrats, sur un total de 175 millions.

Bien des entreprises moyennes et petites n'arrivent pas, faute de moyens, à suivre le mouvement. Certaines luttent contre le développement de la vente-épargne¹³⁵. D'autres se sont groupées pour pouvoir y participer. Elles ont mis sur pied des organisations qui les déchargent des travaux administratifs nécessités par la pratique de cette vente¹³⁶.

La vente-épargne a gagné le commerce des armoires frigorifiques, des machines à laver, voire celui des véhicules à moteur. Néanmoins, son domaine d'élection est resté le commerce des trousseaux et des meubles. A une exception près, toute la jurisprudence publiée en matière de vente-épargne a trait à des affaires de meubles et de trousseaux. Ces articles-là font toujours l'objet de ventes où la chose et le prix sont indéterminés. D'où l'importance pratique que revêt à notre avis le problème de la déterminabilité.

CHAPITRE PREMIER

La vente-épargne en fait¹³⁷

I. Les clauses usuelles du contrat

1. Dans tous les contrats de vente-épargne, un contractant promet de payer par acomptes une somme d'argent en

¹³⁵ La brochure de Moser, qui souligne les défauts de la vente-épargne, a été écrite par mandat de deux associations professionnelles de l'industrie du meuble.

¹³⁶ Treuhandgenossenschaft des Verbandes Schweizerischer Nähmaschinenhändler (TGVSN); Schweizerische Möbel-Treuhandgenossenschaft (SMTG); toutes deux à Weinfelden.

¹³⁷ Nous devons une bonne partie des indications contenues dans ce chapitre à la thèse de M. Arm. Les sources imprimées sur notre sujet sont maigres. L'auteur y a suppléé par une vaste enquête auprès des maisons de commerce et des associations professionnelles. (V. *supra*, p. 414a, n. 129).

vue d'acquérir une chose. Nous l'appellerons l'acheteur. L'autre contractant est un marchand. Il promet de livrer une chose contre remise de la somme prévue. Nous l'appellerons le vendeur. En principe, l'acheteur doit payer toute la somme prévue avant de recevoir la chose.

2. L'objet de la vente peut être déterminé ou indéterminé. Dans le premier cas, la vente porte par exemple sur une machine à coudre ou une motocyclette dont le contrat indique la marque, le modèle et le prix. Dans le second cas, l'acheteur s'oblige à payer une somme arrêtée à un nombre rond: 3000 francs, 5000 francs. C'est la somme à épargner, ou somme de l'achat (*Kaufsumme*). Il incombe à l'acheteur de choisir, après avoir payé la somme de l'achat et à concurrence de son montant, les choses qu'il désire acquérir. Le contrat indique seulement le genre de ces choses: mobilier, lingerie. Il n'en détermine pas le prix.

La vente-épargne à objet indéterminé est beaucoup plus importante que l'autre.

3. Dans la vente à objet indéterminé, l'acheteur ne peut choisir en principe que des objets figurant dans le stock du vendeur au moment du choix. Parfois, il peut aussi faire son choix dans d'autres entreprises, désignées par le contrat. Les prix au comptant pratiqués par le vendeur au moment du choix font règle.

4. La somme de l'achat est payable en mains du vendeur. Parfois, elle est stipulée payable dans une banque, à un compte d'épargne au nom de l'acheteur. Aucune partie ne peut faire un prélèvement sur le compte d'épargne sans le consentement de l'autre.

Les deux systèmes peuvent être combinés. Les premiers acomptes, à concurrence de 10% de la somme de l'achat, seront payés au vendeur; le solde est versé au compte d'épargne.

5. Parfois, le vendeur ouvre le compte d'épargne par un «cadeau» à l'acheteur (en général 1% de la somme à épargner). Souvent, il verse au compte d'épargne la diffé-

rence entre l'intérêt bancaire (2 1/2 %) et un taux convenu (5 %), pendant une période limitée (5 ans).

6. Le contrat contient souvent une clause de conversion. Quand il a payé une partie du montant de l'achat (un tiers, deux cinquièmes), l'acheteur peut demander la livraison de la marchandise et la conversion de la vente-épargne en vente à tempérament. Les sommes épargnées constituent le versement initial de la vente par acomptes. Les modalités de la vente à tempérament sont celles pratiquées par le vendeur au moment où l'acheteur demande la conversion.

7. L'acheteur doit faire son choix dans un certain délai, dix ans par exemple. Il aura dû, au préalable, payer la somme de l'achat (ou obtenir la conversion en vente à tempérament).

8. Le contrat autorise parfois l'acheteur à résoudre le contrat. Résolution sans indication de motifs, moyennant un dédit; résolution sans dédit, pour certains motifs déterminés (par exemple, lorsque l'acheteur ne se marie pas dans les dix ans).

9. En résumé, la vente-épargne peut être :

- à objet déterminé ou indéterminé,
- avec ou sans latitude de choisir en dehors de l'entreprise du vendeur,
- avec ou sans dépôt des acomptes en compte d'épargne,
- avec ou sans clause de conversion,
- avec ou sans clause(s) de résolution.

Nous affirmions que la vente-épargne est multiforme. Nous croyons l'avoir démontré, sans avoir épuisé, d'ailleurs, la liste des variantes rencontrées dans la pratique.

II. Le fonctionnement de la vente-épargne

1. La majeure partie des contrats de vente-épargne, dans le commerce des meubles et des trousseaux, sont conclus par l'intermédiaire de voyageurs de commerce. Cer-

taines grandes entreprises ont plus de cinquante voyageurs à leur service.

En plus d'un salaire fixe et du remboursement de ses frais, le voyageur reçoit une provision fixée généralement à 5% du chiffre d'affaires. Comme dans la vente à tempérament, le zèle intempestif de certains voyageurs donne lieu à des plaintes.

2. Avant de rapporter quoi que ce soit, la vente-épargne coûte cher au marchand. L'acquisition – par l'intermédiaire de voyageurs de commerce – est onéreuse. Puis viennent le cadeau initial et le supplément d'intérêt bonifiés à l'acheteur. Le contrôle des encaissements entraîne d'autres dépenses. Ces frais peuvent dépasser le 15% de la somme de l'achat¹³⁸. Si les acomptes sont versés en compte d'épargne, le marchand ne récupère ses frais qu'à la livraison, plusieurs années après la conclusion du contrat.

3. Les contrats sont conclus par écrit, au moyen de formules établies par le vendeur.

4. La clientèle (pour les meubles et les trousseaux) se recrute dans des milieux modestes. La majeure partie des acheteurs est formée de jeunes gens et jeunes filles qui se préoccupent de leur futur ménage. Le 80% des contrats sont conclus avec des personnes de 20 à 25 ans, le 8% avec des mineurs¹³⁹.

5. La somme de l'achat est fixée de cas en cas. Dans le commerce des meubles, on rencontre fréquemment des montants de 3000, 4000 et 5000 francs.

Pour fixer le montant des mensualités, les marchands s'efforcent de tenir compte des possibilités de chaque acheteur. Certains exigent des acomptes d'au moins 15 francs par mille francs de montant à épargner. Compte tenu du «cadeau» initial et de l'intérêt (à 5% l'an), cette norme permet d'arriver en cinq ans à la somme de l'achat.

¹³⁸ V. Arm, chap. 5; Moser, *Stellungnahme*, p. 11.

¹³⁹ Moyenne des chiffres donnés par trois grandes entreprises, pour 1954.

D'autres marchands se contentent de mensualités égales à 1% du montant à épargner. Il faut alors 7 ans et 4 mois pour réunir la somme de l'achat.

6. Dans une grande maison de meubles, 20% des contrats se révèleraient «mauvais», 80% se termineraient par une livraison, à raison de 10% par an (10% la première année, 10% la seconde, etc.). La durée normale des contrats dépasse en général 5 ans. Il semble donc que de nombreux acheteurs demandent la conversion de la vente-épargne en vente à tempérament (ils peuvent aussi, cela va de soi, obtenir la livraison en payant d'un coup le solde du montant de l'achat). A première vue, moins de la moitié des ventes-épargne sont exécutées conformément à la convention initiale.

7. Souvent, nous l'avons vu, l'acheteur s'engage à verser les mensualités à un compte d'épargne. A cet égard, on rencontre dans la pratique différents systèmes. De nombreux marchands font établir un livret d'épargne au nom de l'acheteur. Parfois, le livret est remis à l'acheteur. Parfois il reste en mains de la banque. Selon d'autres contrats encore, on se contente d'ouvrir au nom de l'acheteur un compte d'épargne, sans créer de livret. Dans tous les cas, aucun prélèvement ne peut être opéré sans le contre-seing du vendeur.

III. Avantages et inconvénients de la vente-épargne

La vente-épargne offre de grands avantages aux marchands. Preuve en soit son développement rapide et considérable. Les petites entreprises, toutefois, en profitent moins que les grandes.

Le succès de l'institution ne prouve pas nécessairement qu'elle soit avantageuse pour l'acheteur. La publicité des marchands et l'habileté des vendeurs peuvent avoir égaré les clients sur leurs véritables intérêts. *De lege ferenda*, le législateur se préoccupe des intérêts de l'acheteur. C'est à

son point de vue que nous tenterons d'apprécier la vente-épargne.

La vente-épargne oblige l'acheteur à épargner, c'est-à-dire à pratiquer une vertu. Tel est le principal argument en faveur de la nouvelle institution. Il n'est pas dénué de fondement. Mieux vaut, pour un jeune homme, économiser son argent en vue d'un futur établissement que le gaspiller en vains plaisirs. Mieux vaut, pour la société, encourager les économies que les prodiges¹⁴⁰.

Au point de vue économique, en revanche, l'épargne est devenue une opération discutable. Depuis vingt ans, les prix ne cessent d'augmenter. Chaque année, l'argent vaut moins que l'année précédente. A cet égard, épargner de l'argent, c'est en perdre.

Faut-il compter, dans les avantages de la vente-épargne, les «cadeaux» du vendeur: versement initial sur le livret de l'épargnant et supplément d'intérêt? Nous en doutons. Dans le commerce, il n'y a pas de cadeaux. Ceux de la vente-épargne nous paraissent illusoires.

En premier lieu, ces cadeaux sont moins importants qu'il ne paraît à première vue. Prenons un contrat d'un type courant: somme de l'achat: 5000 francs; mensualités: 50 francs; supplément d'intérêt: 2 1/2% l'an pendant 5 ans; cadeau initial: 1%. Les prestations du vendeur, cadeau initial et supplément d'intérêt, représentent le 5,6% de la somme de l'achat¹⁴¹.

En second lieu, il faudrait être sûr qu'au moment du choix, l'acheteur paie le «véritable» prix au comptant¹⁴². Si le vendeur accorde un rabais à ceux qui achètent vraiment

¹⁴⁰ Le Tribunal fédéral n'est pas resté insensible à cet argument: *Es ist keineswegs stossend, dass ein junger Mann im Hinblick auf die Möglichkeit der Verheiratung, ... schon vom zwanzigsten Altersjahr an einen Teil seines Verdienstes zurücklegt. Wer sich in diesem Sinne bindet ... bekundet Verständnis für die Anforderungen, die das Leben an ihn stellt.* ATF *Treuvag*, cons. 4. d.

¹⁴¹ Moser, *Stellungnahme*, p. 15 et 16.

¹⁴² Sur la notion de prix au comptant et son caractère ambigu, v. *supra* p. 386a.

au comptant, les avantages concédés à l'acheteur-épargnant s'évanouissent.

Au passif de la vente-épargne, il faut inscrire tout d'abord l'insécurité des acomptes versés en mains du vendeur. Le marchand peut les employer comme il l'entend. Malhonnête, maladroit ou malchanceux, il les dissipera. Dans sa faillite, les acheteurs seront colloqués en 5^{ème} classe. Ils ne recevront rien ou pas grand chose. L'histoire de la vente-épargne en Suisse est courte. Elle fournit déjà des exemples de déconfitures où les acheteurs-épargnans ont subi de lourdes pertes.

L'acheteur au comptant ou à crédit sait ce qu'il fait. Il peut comparer les articles et le prix d'un marchand avec ceux de la concurrence. Il peut débattre les conditions de la vente. Il est libre de ne pas acheter. S'il s'oblige, en échange d'un prix certain, il acquiert une chose certaine. Dans la vente-épargne (à objet indéterminé), seule la dette de l'acheteur est certaine. Ses droits sont incertains. Au moment de la livraison, il n'est pas libre. Pour ne pas perdre son argent, il doit acheter. Il est lié à un marchand, au choix d'articles et aux prix de celui-ci. Il ne peut ni comparer, ni discuter, ni s'en aller. Selon certains contrats, l'acheteur peut faire son choix non seulement chez le vendeur, mais dans d'autres entreprises. L'acheteur-épargnant n'en reste pas moins dans la dépendance du vendeur.

A ces désavantages majeurs s'en ajoutent d'autres.

Par la clause de conversion, la vente-épargne est souvent l'antichambre de la vente à tempérament. Elle favorise une institution dont elle se prétend l'antithèse et l'antidote. L'acheteur-épargnant ne peut pas discuter librement cette vente à tempérament. Il doit accepter les conditions du vendeur ... ou attendre des années avant d'obtenir la livraison.

La dévalorisation continue de l'argent favorise l'acheteur à tempérament. Elle est défavorable à l'acheteur-épargnant.

Enfin, les méthodes d'acquisition suscitent bien des

plaintes dans les secteurs les plus importants de la vente-épargne (meubles, trousseaux). Ces méthodes sont d'autant plus efficaces que les acheteurs-épargnants sont, dans neuf cas sur dix, des jeunes gens sans expérience des affaires.

La vente-épargne donne lieu à pas mal de contentieux. Les hommes de loi, avocats et juges, commencent à la bien connaître: généralement, ils la tiennent en piètre estime. Leur jugement nous paraît fondé. Tous comptes faits, le bilan de la vente-épargne nous semble accuser un excédent de passif. Il s'agit maintenant de savoir si, *de lege ferenda*, on peut arriver au moins à équilibrer ce bilan.

CHAPITRE II

La vente-épargne en droit

I. La nature juridique du contrat

Selon l'opinion dominante, notre contrat est une vente¹⁴³. Tel est aussi notre avis. Cela résulte du but économique poursuivi par les contractants. L'un et l'autre se proposent d'échanger une chose contre une somme d'argent. Nous sommes bien dans le cadre de la convention définie à l'art. 184 CO.

Certains auteurs ont vu dans la vente-épargne un dépôt irrégulier (CO art. 481)¹⁴⁴. Cette construction serait avantageuse pour l'acheteur. Il pourrait réclamer en tout temps, nonobstant toute convention contraire, la restitution de ses versements (CO art. 475). Toutefois, le déposant cherche en premier lieu à mettre en lieu sûr la chose déposée (CO art.

¹⁴³ Moser, SJZ 1956 246; Picenoni, ZfSR 1956 496; von Rechenberg, SJZ 1957 66; ATF *Treuvag*, cons. 1; BS 1 VI 53; GE 16 X 56; FR 8 VII 52; VD 25 X 56.

¹⁴⁴ Flattet, Courrier du comptable 1951, p. 44; cf. Grossen, p. 13.

472). Tel n'est pas le but poursuivi par l'acheteur-épargnant. A tout le moins, ce n'est pas son but principal.

La vente-épargne est-elle une vente proprement dite, ou seulement une promesse de vente, c'est-à-dire un précontrat (CO art. 22 et 216 al. 2)? Elle peut être l'un et l'autre. Cela dépend des clauses de la convention. Certains contrats sont nettement des ventes, d'autres, tout aussi nettement, des promesses de ventes. Dans certains cas, on peut hésiter. Aux fins du présent rapport, il n'importe. Les problèmes relatifs à la conclusion du contrat, à la licéité de son objet, aux vices du consentement, à la lésion, le problème de la déterminabilité de l'objet et celui de la sécurité des fonds épargnés, peuvent être tranchés identiquement, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'un précontrat.

On tient souvent la vente-épargne pour une espèce de la vente à prépaiement, comme la vente à tempérament est une espèce de la vente à crédit. Cela est vrai si les acomptes sont payables en mains du vendeur. Qu'en est-il si les acomptes sont payables dans un compte d'épargne ouvert au nom de l'acheteur? Dans cette hypothèse, en versant un acompte, l'acheteur ne paie pas une partie du prix. Il dépose des fonds dans un compte qui lui appartient. C'est seulement au moment de la livraison qu'il libérera les fonds en faveur du vendeur. La vente-épargne est alors une vente au comptant dont l'exécution est différée. Elle est doublée d'une promesse de constituer par acomptes des sûretés en faveur du vendeur¹⁴⁵.

La clause de conversion enlève aussi, partiellement, à la vente-épargne, son caractère de vente à prépaiement. Par avance, le vendeur s'oblige à faire crédit pour une partie du prix.

En résumé, la vente-épargne est une vente ou une promesse de vente dans laquelle l'acheteur s'oblige, ou à verser d'avance et par acomptes tout ou partie du prix, ou à constituer d'avance et par acomptes des sûretés garantissant totalement ou partiellement le paiement du prix.

¹⁴⁵ Picenoni, ZfSR 1956 493.

II. La vente-épargne est-elle contraire aux mœurs ?

Nombre de tribunaux ont jugé la vente-épargne nulle parce qu'immorale au sens de l'art. 20 CO¹⁴⁶. D'autres cours se sont prononcées en sens contraire¹⁴⁷. Avec l'arrêt *Treuvag*, le Tribunal fédéral a tranché en faveur de la validité du contrat. Sans doute, tous les arrêts rendus sur la vente-épargne ne sont pas comparables *in abstracto*. Les juges ont prononcé d'après les circonstances particulières à chaque cause. On discernait néanmoins dans la jurisprudence cantonale, deux tendances opposées. A Mon-Repos, une tendance l'a emporté: celle qui tient la vente-épargne pour conforme aux mœurs.

Roma locuta est. Il serait vain, *de lege lata*, de discuter ici tous les détails de la controverse. Nous en reprendrons cependant certains aspects. *De lege ferenda*, ils sont riches d'enseignement.

Contracter une obligation, c'est restreindre sa liberté. La restriction est contraire aux mœurs, au sens de l'art. 20 CO, si le contractant met en danger les bases de son existence économique¹⁴⁸. On parle alors d'un lien insupportable (*übermässige Bindung*). Pour en juger, dans le cas de la vente-épargne, il est utile de comparer le contrat aux autres conventions de la vie économique, de mettre en parallèle la situation de l'acheteur-épargnant et celui d'autres contractants. A négliger ces comparaisons, à se limiter au cas particulier de la vente-épargne, certaines cours cantonales sont arrivées à une notion trop étendue de l'immoralité.

a) La vente-épargne fait supporter à l'acheteur le risque d'inflation. Est-ce immoral ? Le Tribunal fédéral ne l'admet pas. Sinon tous les contrats d'assurances et tous les contrats d'épargne seraient nuls. Ces comparaisons ne nous semblent

¹⁴⁶ BS 6 VI 57, GE 20 II 56, FR 8 VII 52, LU 25 IX 57, SH 20 I 56, TG 7 VII 56, ZH 28 X 56, ZH 6 III 57, Cf. Moser, SJZ 1956 247.

¹⁴⁷ BE 23 III 57, ZH 9 X 57, cf. von Rechenberg, SJZ 1957 67, Picenoni ZfSR 1956 506.

¹⁴⁸ ATF 51 II 162, cons. 3.

pas entièrement pertinentes. L'assuré peut réduire ou racheter son assurance sur la vie (LCA art. 90). Le titulaire du livret d'épargne peut retirer ses fonds. Une autre comparaison peut être faite avec le prêt à long terme. Si les CFF remboursent en 1958 leur emprunt de 1938, les prêteurs ne recevront, en valeur réelle, que le 55 % de leur mise. Qui donc oserait taxer d'immoralité les emprunts des CFF ? Le souscripteur d'emprunt est cependant mieux placé que l'acheteur-épargnant : il peut facilement vendre son obligation.

b) Dans l'affaire *Treuvag*, l'acheteur était un jeune fonctionnaire communal, célibataire. Il s'était engagé à payer 5000 francs en sept ans et demi, dont une première tranche de 1500 francs par mensualités de 50 francs. Le Tribunal fédéral n'a pas admis que cet engagement mît en danger l'existence économique de l'acheteur. Dans des cas analogues, certains tribunaux de première instance ont prononcé la nullité du contrat¹⁴⁹.

Aux taux actuels des salaires, de tels engagements – même souscrits par des manœuvres – n'apparaissent pas immoraux au sens de l'art. 20 CO. Que ces engagements soient déraisonnables, qu'ils réservent des difficultés à ceux qui les prennent, c'est possible. Mais de là à les annuler, il y a un pas qu'on ne peut franchir sans porter une grave atteinte à la sécurité des transactions. Comme le dit excellentement l'arrêt *Treuvag*, l'art. 20 CO ne permet pas au juge de s'ériger en tuteur de contractants qui ont l'exercice des droits civils.

c) Par *durée* de la vente-épargne, on entend le temps nécessaire à l'acheteur pour payer la somme de l'achat au moyen des mensualités prévues par le contrat. Pour calculer la durée, il faut tenir compte des intérêts servis par la banque (débitrice du compte d'épargne) et, le cas échéant, du «cadeau» initial et des intérêts supplémentaires servis par le vendeur. A maintes reprises, des cours cantonales ont jugé contraire aux mœurs parce qu'exagérément longue,

¹⁴⁹ ZH 6 III 57, BS 6 VI 57.

la durée de la vente-épargne¹⁵⁰. Le Tribunal fédéral a jugé «parfaitement normale» une durée de sept ans et demi.

Ici aussi, il faut comparer la vente-épargne avec d'autres contrats. Il a été jugé qu'un contrat conclu pour la vie d'un contractant est en principe admissible¹⁵¹. Un employé ne peut s'engager pour plus de dix ans (CO art. 351), mais l'obligation de l'employé est singulièrement plus lourde qu'un engagement de payer chaque mois quelques dizaines de francs. Sans parler des contrats de rente viagère et d'entretien viager (CO art. 516 ss.), on rencontre souvent dans la pratique des contrats d'assurance, des baux, de prêts dont la durée est de dix ans ou plus (il est vrai que le prêteur peut en général céder sa créance). La durée de la vente-épargne n'a rien d'exceptionnel. Elle est d'autant moins un facteur d'immoralité qu'elle est stipulée en faveur de l'acheteur. Elle ne l'oblige pas. Elle lui donne un droit, celui d'acquitter son dû par acomptes. Juridiquement, rien n'empêche l'acheteur de payer sa dette avant terme. La notion de durée, dans la vente-épargne, est bien différente de la notion de durée dans le bail ou le contrat de travail.

d) D'aucuns tiennent la vente-épargne pour contraire aux mœurs en raison des circonstances qui entourent la conclusion du contrat. La rédaction obscure de la convention et l'habileté du vendeur empêchent l'acheteur d'apprécier la portée de ses droits et de ses obligations. Il croit épargner alors qu'il constitue un gage en faveur du vendeur. Il n'aperçoit pas le caractère factice des cadeaux et compléments d'intérêts qui lui sont promis. Il croit son argent en sûreté parce qu'il paie ses acomptes à une caisse d'épargne ... sur le compte du vendeur. Son inexpérience l'empêche de voir que, lié au vendeur, il ne pourra pas discuter librement le prix des objets choisis, ni obtenir de rabais¹⁵².

¹⁵⁰ LU 25 IX 57 (11 ans), SH 20 I 56 (plus de 10 ans), TG 7 VII 56 (10 ans), ZH 28 X 56, ZH 6 III 57.

¹⁵¹ ATF 56 II 189, JdT 1930 546.

¹⁵² V. Picenoni, ZfSR 1956 506 et BS 6 VI 57, LU 25 IX 57, TG 7 VII 56, ZH 28 X 56.

L'arrêt *Treuwig* a mis de l'ordre dans ce débat en rappelant quelques principes fondamentaux du droit des obligations. L'immoralité, au sens de l'art. 20 CO, n'est pas une panacée à utiliser pour tous les maux dont peut souffrir un contrat. C'est une notion technique dont le champ d'application est limité. Elle vise exclusivement le contenu du contrat, son objet: les engagements des parties, leurs actes de disposition, les conditions stipulées, etc. Le contrat dont l'objet n'est ni déterminé ni déterminable n'est pas immoral, au sens de l'art. 20 CO. Il est inexistant, par application des règles sur le consentement (CO art. 1 ss.). Le contrat conclu par erreur ou obtenu par tromperie n'est pas immoral. Il peut être annulé en vertu des normes sur les vices du consentement (CO art. 23 ss.). Le contrat où une partie donne plus qu'elle ne reçoit n'est pas immoral. Il peut être attaqué pour cause de lésion (CO art. 21).

e) Avec l'arrêt *Treuwig*, il devient difficile à l'acheteur de plaider que la vente-épargne est nulle parce que contraire aux mœurs. Dans la majorité des cas, il sera débouté. La jurisprudence cantonale était plus équitable. L'arrêt fédéral assure mieux la sécurité des transactions, la stabilité et la clarté du droit.

Le praticien ne consultera plus guère les arrêts cantonaux sur la vente-épargne. Le législateur, lui, devra s'en souvenir. Les juges ne sont-ils pas des observateurs impartiaux et bien placés de la vie sociale ? Leur réaction devant la vente-épargne est symptomatique des appréhensions suscitées par cette forme nouvelle de la technique commerciale.

CHAPITRE III

La déterminabilité de la chose et du prix

Sous-chapitre premier

Le principe de la déterminabilité objective

Dans tout contrat, le consentement doit porter sur les *essentialia negotii* (CO art. 2). Dans la vente, les *essentialia* sont la chose et le prix.

La chose et le prix peuvent être déterminés. Il suffit qu'ils soient déterminables. Mais ici, une alternative est ouverte:

1. Ou bien, d'après la loi, l'objet du contrat devra pouvoir être déterminé selon des circonstances indépendantes de la volonté de l'une ou l'autre des parties. C'est le système de la déterminabilité objective.

2. Ou bien la loi admettra que les contractants réservent à l'un d'eux le droit de déterminer la prestation. C'est le système de la déterminabilité subjective.

A cette question, les droits français et allemand donnent des solutions nettement opposées:

En France, la Cour de cassation a jugé:

que si le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties, il n'est pas nécessaire que le montant en soit fixé dans le principe d'une manière absolue; qu'il suffit pour la formation du contrat *que le prix puisse être déterminé par voie de relation avec les éléments qui ne dépendent plus de la volonté de l'une ni de l'autre des parties*¹⁵³.

Cette jurisprudence n'est pas nouvelle. Les arrêtistes la font remonter à un arrêt de la Cour de cassation du 22 vendémiaire An X¹⁵⁴.

La doctrine n'est pas moins nette. On peut citer Pothier (1699-1772):

Le prix, qui est de l'essence du contrat de vente, doit être un prix certain et déterminé. Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il soit absolument déterminé; il suffit qu'il soit tel qu'il doive le devenir *et qu'il ne soit pas laissé au pouvoir seul de l'une des parties*¹⁵⁵.

Deux siècles après Pothier, Henri Mazeaud proposait à la Commission de réforme du Code civil le texte suivant:

¹⁵³ Cass. Req. 14 févr. 1927, Sirey 1927 1 175; cf. Cass. civ. 17 juin 1929, Sirey 1929 1 389 (note 1).

¹⁵⁴ Devilleneuve et Gilbert, Jurisprudence du XIXe s. (1791 à 1850) IV 495. Vo vente 247.

¹⁵⁵ Traité du contrat de vente, p. 11.

La prestation promise doit être déterminée ou déterminable. L'une des parties ne peut pas se réservé la détermination de la prestation¹⁵⁶.

Ainsi, en France, le principe de la déterminabilité objective l'emporte.

En Allemagne, la question est tranchée par le § 315 du BGB:

Si la prestation doit être déterminée par l'un des contractants, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que la détermination doit se faire d'après une appréciation équitable.

.....

Si la détermination doit se faire d'après une appréciation équitable, la détermination faite n'est obligatoire pour l'autre partie que si elle correspond à l'équité. Si elle ne correspond pas à l'équité, la détermination devra être faite par jugement ...¹⁵⁷

Ainsi, en Allemagne, on admet la déterminabilité subjective. Les parties peuvent laisser à l'une d'elles la détermination de l'objet du contrat. *In dubio*, elles sont censées s'en remettre à l'appréciation équitable (*dem billigen Ermessen*) du contractant qui a le droit de déterminer. Mais elles peuvent aussi s'en remettre à sa libre appréciation (*in das blosse Belieben, nach Willkür*)¹⁵⁸.

Qu'en est-il en Suisse ? Citons l'art. 184 al. 3 CO:

Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances.

¹⁵⁶ Travaux de la Commission de réforme du Code civil (1946 à 1947) p. 186; cf. eod. loc. p. 193: la sous-commission a rejeté la proposition de Mazeaud, sans contester la validité du principe, mais pour qu'une partie puisse se réservé la quotité *exacte* de la prestation, *entre un maximum et un minimum*.

¹⁵⁷ Nous citons la traduction publiée par le Comité de législation étrangère institué près le Ministère de la Justice. Paris 1904.

¹⁵⁸ A la vérité les auteurs allemands hésitent à admettre la déterminabilité selon la libre appréciation d'un contractant. Ils enseignent qu'en pareil cas, le contrat sera souvent nul pour «excès d'indétermination». Cosack, 3e éd. I p. 297; cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, 12e éd. p. 22 et 23; Crome, II p. 44.

Le texte ne mentionne que le prix, mais il vaut aussi pour la chose¹⁵⁹.

Les «circonstances» englobent-elles ou excluent-elles la détermination par une partie? Tout le problème est là.

L'art. 184 al. 2 CO est entré dans la loi lors de la révision de 1911. Eugène Huber avait fait adopter par la Commission de Langenthal le texte suivant:

Le prix de vente est déterminé par le contrat. Les parties peuvent également convenir de laisser la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers ou à la décision du juge, et cette convention est valable même si le prix n'est déterminable que d'après les circonstances¹⁶⁰.

La Grande commission d'experts jugea inutile de légiférer sur des cas aussi rares que l'*arbitrium boni viri* et l'*arbitrium judicis*. Elle estima suffisant de dire que le prix doit être déterminé ou déterminable. Et d'adopter un texte qui est devenu l'art. 184 al. 1 actuel¹⁶¹. De cet historique, on retiendra ce détail significatif: ni Eugène Huber, ni les membres de la Commission de Langenthal, ni les membres de la Grande commission d'experts n'ont fait la moindre allusion à la détermination du prix par une partie. Ils avaient tous le BGB (adopté en 1896, entré en vigueur en 1900) à portée de la main. Ils auraient pu s'inspirer du § 315. Ils ne l'ont pas fait.

Sous l'empire du CO de 1881, le Tribunal fédéral l'a jugé à plusieurs reprises, le prix doit être, sinon déterminé, du moins *objectivement* déterminable. Il faut qu'on puisse déduire le prix du contrat, sans nouvel accord des parties¹⁶². Exiger une déterminabilité objective, c'est exclure la dé-

¹⁵⁹ Oser-Schönenberger ad art. 184 CO, n. 48.

¹⁶⁰ Protokoll der Expertenkommission für die ... Revision des OR, p. 52 (Séance du 27 septembre 1904); Projet de 1905 (FF 1905 II 118), art. 1215.

¹⁶¹ Revision des schw. OR. Protokolle der Expertenkommissionen (1908–1909), Séance du 14 octobre 1908; Projet de 1909 (FF 1909 III 832), art. 1215.

¹⁶² ATF 16 583 c. 3, 20 1070 c. 3, 22 630 c. 2.

termination par un des sujets de l'obligation. En 1921, le Tribunal fédéral se prononça comme suit:

... il n'était pas nécessaire non plus que le montant des prestations fût d'emblée exactement fixé. Il suffit que l'étendue de l'obligation soit déterminable et que le débiteur ne puisse la délimiter à sa guise¹⁶³.

En doctrine, Becker exige la déterminabilité objective mais admet la détermination par une des parties¹⁶⁴, ce qui nous paraît contradictoire. Quant à von Tuhr¹⁶⁵ et Oser-Schönenberger¹⁶⁶, ils enseignent que les parties peuvent s'en remettre à l'une d'elles du soin de déterminer l'objet du contrat. Ces deux auteurs se réfèrent expressément au droit allemand. Historiquement, la référence ne nous semble pas justifiée.

D'aucuns voient dans la vente avec réserve de spécification un exemple de contrat où les parties remettent à l'une d'elles la détermination de l'objet¹⁶⁷. Or, dans cette vente, le droit de spécifier ne porte que sur les modalités de la prestation (formes, dimensions, etc.), sur certaines propriétés de l'objet¹⁶⁸. Il ne porte pas sur l'objet lui-même, considéré comme *essentiale negotii*. On ne saurait parler ici de déterminabilité subjective, au sens du § 315 BGB.

Il est aussi question de la déterminabilité du prix à l'art. 212 al. 1 CO:

Si l'acheteur a fait une commande ferme, mais sans indication de prix, la vente est présumée conclue au cours moyen (*mittlerer Marktpreis*) du jour et du lieu de l'exécution.

Qu'est-ce qu'un cours ? Le Tribunal fédéral donne cette définition :

¹⁶³ ATF 47 II 19.

¹⁶⁴ Ad art. 184 CO n. 12 et 13.

¹⁶⁵ § 24 V et note 75.

¹⁶⁶ Rem. prél. aux art. 1 à 67 CO, n. 86 et 87; ad art. 184 CO n. 48.

¹⁶⁷ Par ex. Becker ad art. 1 CO, n. 20.

¹⁶⁸ Von Tuhr § 11 I; Oser-Schönenberger ad art. 72 CO n. 4, ad art. 184 n. 20.

Par prix-courant (*Marktpreis*), on entend le prix atteint à une époque déterminée par une marchandise d'une espèce et d'un genre déterminés, à la suite des marchés qui s'y concluent régulièrement. Il faut donc qu'il s'agisse d'une marchandise qui a un marché régulier et qu'à l'époque envisagée, il y ait eu des cours du jour (*Marktlage*)¹⁶⁹.

L'existence d'un prix-courant doit être niée, dit encore le Tribunal fédéral, s'il y a eu quelques marchés conclus, mais à des prix influencés par des considérations particulières, personnelles à l'acheteur ou au vendeur¹⁷⁰.

Supposons qu'il existe un prix-courant, au sens de la jurisprudence fédérale, dans une branche déterminée du commerce. Il est clair que le niveau du cours, appliqué à un contrat particulier, ne dépend pas de la volonté de l'une ou l'autre des parties. Nous restons donc, à l'art. 212 CO, dans le système de la déterminabilité objective.

En conclusion, nous croyons pouvoir affirmer que le droit positif suisse se rattache au système de la déterminabilité objective. Le Tribunal fédéral l'a dit à plusieurs reprises, dans des arrêts anciens, certes, mais qui n'ont pas été infirmés. Aucune disposition du CO de 1911 ne fait allusion, même indirectement, au système de la déterminabilité subjective. Le législateur de 1911 s'est souvent inspiré du BGB. Il ne l'a pas fait dans le cas particulier.

Sous-chapitre 2

Le problème de la déterminabilité dans la vente-épargne

I. On rencontre des ventes-épargne portant sur un objet déterminé à un prix déterminé. Il s'agira par exemple d'une

¹⁶⁹ ATF 49 II 77 c. 3, JdT 1923 546 c. 3. Pour l'application de l'art. 191 al. 3 CO, le TF utilise une notion large du prix-courant, qui comprend le prix auquel la marchandise est vendable (*Verkäuflichkeitsspreis*): ATF 78 II 432, JdT 1953 444, 81 II 50 c. 4. A l'appui de cette jurisprudence, le TF invoque les commentateurs du Code de commerce allemand. La référence est justifiée: l'art. 191 al. 3 CO est calqué sur le § 376 al. 2 du HGB de 1897. Elle ne vaudrait pas pour l'art. 212 al. 1 CO, qui reproduit presque textuellement l'art. 261 du CFO de 1881.

¹⁷⁰ ATF 78 II 432, JdT 1953 444.

machine à coudre ou d'une motocyclette dont la marque et le type sont indiqués. Ou encore, dans une vente de trousseau, une liste annexée au contrat énumère les articles offerts à l'acheteur et indique le prix de chaque article. Dans ces cas, il y a détermination. Le problème de la déterminabilité ne se pose pas¹⁷¹.

Dans la vente-épargne, ces cas sont les moins nombreux et les moins importants.

II. Venons-en maintenant aux cas où le prix et la chose sont indéterminés. Ces cas sont très divers. Nous ne pouvons examiner toutes les variantes qu'on rencontre dans la pratique. Nous raisonnons sur un cas simple et typique: celui du contrat par lequel une partie achète, à concurrence d'une somme ronde, un mobilier ou un trousseau à choisir dans le stock du vendeur au moment du choix.

Dans cet exemple, la détermination de la chose et du prix se fait en deux opérations. La première opération incombe au vendeur. Il arrête la liste des articles composant son stock. Il fixe le prix de chaque article. La seconde opération incombe à l'acheteur. Il fait son choix parmi les articles exposés. Il est cependant limité par le choix préalable du vendeur. Il est lié par les prix du vendeur.

Ainsi, la prestation est déterminable. Mais la détermination est laissée premièrement au vendeur. L'objet du contrat est subjectivement déterminable. Or il doit l'être objectivement. A défaut d'objet déterminé ou objectivement déterminable, le contrat est inexistant.

Notre conclusion est celle de quelques cours cantonales¹⁷². Nous la jugeons fondée non seulement en droit, mais aussi en équité.

Voyons les choses pratiquement. Adoptons par hypothèse le système allemand. Le vendeur peut déterminer la chose et le prix, mais la détermination doit se faire d'après une appréciation équitable (BGB § 315). Après avoir

¹⁷¹ BS 1 VI 53, BS 4 II 57, cf. GE 16 X 56.

¹⁷² BS 6 VI 57, GE 16 X 56, VD 25 X 56, ZH 28 X 56.

épargné la somme convenue, l'acheteur se rend chez le vendeur pour y faire son choix. Il ne trouve qu'un maigre stock d'articles à des prix surfaits. Que faire ? Plaider :

Si la détermination ne correspond pas à l'équité, elle devra être faite par jugement (BGB § 315 al. 3).

La cause sera difficile. Qu'est-ce qu'un prix équitable ? Si un bénéfice brut de 30% est usuel, un bénéfice de 35% sera-t-il inéquitable ? Et un bénéfice de 40% ? Combien de modèles de chambres à coucher, quels types de salles à manger le vendeur doit-il offrir pour que sa détermination soit jugée équitable ? Le juge sera embarrassé. Il commettra un expert. Questions d'expertise, contre-questions d'expertise, visite des lieux, rapport principal, rapport complémentaire. Voilà un long et coûteux procès en perspective. L'acheteur ne s'y lancera pas. Il sera généralement un jeune homme sur le point de fonder une famille. Il veut un mobilier tout de suite, et non pas un jugement à long terme. Il se contentera du choix offert par le vendeur, si maigre soit-il. Il acceptera ses prix, même inéquitables. L'équité n'y trouve pas son compte.

III. Notre opinion n'est pas celle de tous. Examinons les arguments qu'on lui oppose.

1. Pour certains, à défaut de prix indiqué, la vente serait présumée conclue au cours moyen du jour et du lieu de l'exécution. L'art. 212 al. 1 serait applicable¹⁷³. Encore faut-il qu'il existe un cours moyen des meubles et des tressusseaux. Nous avons rappelé plus haut les conditions auxquelles le Tribunal fédéral subordonne l'existence d'un cours moyen¹⁷⁴. Elles sont strictes. Nous ne pensons pas qu'elles soient réalisées.

Dans la branche du meuble, pour certains articles de série, on peut peut-être parler de cours moyen, mais seulement dans les relations entre fabricants (grossistes) et

¹⁷³ Pickenoni, ZfSR 1956 501; ZH 11 XII 56; von Rechenberg, SJZ 1957 67.

¹⁷⁴ V. *supra* p. 433a.

détaillants. Il en va différemment dans les relations entre détaillants et acheteurs particuliers. Un même mobilier de série peut être vendu, sous des désignations de fantaisie («Jeunesse», «Fribourg», «Marina»), avec des marges de bénéfice brut qui oscillent du simple au double selon les marchands¹⁷⁵. A cela s'ajoute que le marchand fait parfois des conditions particulières à certains acheteurs. Ce sera le cas en particulier lorsqu'il doit reprendre, en paiement partiel du prix, un mobilier usagé.

A tout le moins, l'existence d'un cours moyen, dans les branches qui nous intéressent, reste à démontrer.

2. Un autre argument contre notre thèse consiste à dire que le marchand ne se limite pas à la vente-épargne. Il pratique aussi la vente au comptant. Pour rester *konkurrenz-fähig*, il doit tenir compte des prix des autres marchands. Il ne peut fixer les siens arbitrairement¹⁷⁶. Le prix de vente serait ainsi, dans une certaine mesure, objectivement déterminable.

A cet argument, nous répondrons:

1° que si un marchand a un gros portefeuille de commandes en vente-épargne, il peut se désintéresser de la vente au comptant;

2° que, dans le cadre de la vente au comptant, un marchand peut vendre plus cher que son voisin et soutenir la concurrence grâce à de meilleures méthodes de vente et de publicité;

3° que, dans le commerce du meuble, l'acheteur n'est guère à même d'apprécier et de comparer les prix.

3. Inévitamment, nous rencontrons dans l'arrêt *Treuvag* une référence à l'art. 2 CC. Cette illustre disposition devient

¹⁷⁵ Moser, *Stellungnahme*, *passim*. Encore que cet auteur écrive par mandat de groupements opposés à la vente-épargne, il donne sur le commerce des meubles des renseignements précis et convaincants.

¹⁷⁶ ATF *Treuvag*, c. 2 in fine; ZH 9 X 57; von Rechenberg, SJZ 1957 67.

la panacée du juriste suisse. Il n'est pas de solutions discutables ou ambiguës qu'elle ne serve à justifier.

Assurément, le marchand de bonne foi offrira aux acheteurs-épargnans un choix convenable et des prix raisonnables. Ce marchand-là ne nous intéresse pas. C'est le vendeur peu scrupuleux qui doit retenir notre attention. C'est contre lui qu'il faut protéger l'acheteur. L'art. 2 CC n'offre pas une protection pratiquement efficace. Renvoyer l'acheteur à invoquer l'art. 2 CC, c'est l'obliger à plaider, et à plaider sur le fond. Or l'acheteur a besoin de règles précises qui évitent le procès au fond et dont le juge de la mainlevée puisse connaître. Aussi préférons-nous le principe de la déterminabilité objective au principe opposé, qu'il faut nécessairement assortir d'une référence à l'art. 2 CC.

IV. Nous avons raisonné, jusqu'à maintenant, sur la clause la plus simple: l'acheteur fait son choix dans le magasin du vendeur et les prix pratiqués par le vendeur au moment du choix font règle.

Dans l'arrêt *Treuvag*, nous trouvons une formule différente: l'acheteur peut faire son choix non seulement dans le magasin du vendeur mais encore dans n'importe laquelle des 76 fabriques affiliées au SEM (*Schweizerischer Engros-Möbelfabrikantenverband*); les prix sont ceux des listes des prix de détail du SEM.

Quant à la chose, le choix offert à l'acheteur est vaste. Il ne dépend plus d'une détermination arbitraire du vendeur. Le grief de déterminabilité subjective tombe.

Qu'en est-il de la référence aux prix de détail SEM?

Le SEM comprend la majorité des fabricants de meubles établis en Suisse. Les détaillants, eux, appartiennent pour la plupart à l'une des quatre associations qui forment ensemble la *Möbelhandelsgruppe* (MHG). Selon une convention entre SEM (fabricants) et MHG (détailants), les listes de prix de détail des fabricants comprennent un bénéfice brut d'au moins 40% en faveur du détaillant. Les listes n'ont qu'une valeur indicative. Elles ne lient pas le détaillant. D'autre

part, la convention SEM/MHG interdit aux fabricants de vendre au détail¹⁷⁷.

A première vue, la référence aux listes de prix de détail SEM paraît relever de la déterminabilité objective. Il n'importe que ces prix ne lient pas le marchand. Il suffit qu'ils ne soient pas fixés par lui, mais par un tiers, le fabricant. Et cependant, nous hésitons. Ce système rappelle l'*arbitrium boni viri*, la détermination du prix par un tiers, que connaissent le Code civil français (art. 1592) et le BGB (§§ 317 à 319). Les listes de prix du fabricant vont faire règle, dans les relations entre détaillant et acheteur. Peut-on laisser sans arrière-pensée au fabricant ce rôle quasi-arbitral ? Si le fabricant est un modeste artisan, et le détaillant un gros marchand, le premier ne sera-t-il pas sous la coupe du second ? Lorsqu'il se penche sur une sentence arbitrale, le Tribunal fédéral exige avec rigueur l'égalité parfaite des parties lors de la désignation des arbitres¹⁷⁸. S'agissant de l'*arbitrium boni viri*, un peu de cette rigueur serait la bien-venue.

V. Dans l'arrêt *Treuvag*, le Tribunal fédéral s'est montré indulgent – trop indulgent à notre goût – pour les clauses de la vente-épargne sur la chose et sur le prix. Dans une mesure plus ou moins grande, selon les formules employées, ces clauses sont de nature à léser gravement l'acheteur. L'intervention du législateur nous paraît nécessaire.

De lege ferenda, on pourrait ajouter un alinéa à l'art. 184 CO :

Le prix ni la chose ne peuvent être laissés à la détermination d'une partie.

Un tel texte pourrait avoir d'heureux effets. Il éliminerait les cas les plus choquants de déterminabilité subjective. Il orienterait la jurisprudence vers une appréciation plus rigoureuse des clauses contractuelles. Nous ne sommes pas sûrs qu'il soit suffisant. Entre déterminabilités objective et

¹⁷⁷ Moser, *Stellungnahme*, p. 7 et 8.

¹⁷⁸ ATF 72 I 86, 76 I 87, 80 I 336; JdT 1951 77, 1955 217.

subjective, la frontière n'est pas nette. Preuve en soit l'arrêt *Treuvag* et la référence aux listes de prix SEM. Pour bien faire, il faudrait aller plus loin. La loi devrait exiger que la chose et le prix soient *déterminés* par le contrat. Si le marchand entend offrir, alternativement, plusieurs articles au choix ultérieur de l'acheteur, la liste de ces articles devrait faire partie de la convention, chaque article étant clairement désigné, avec indication de son prix. Sans aucun doute, une loi rédigée dans ce sens entraverait sérieusement le développement de la vente-épargne telle qu'on la pratique aujourd'hui. Serait-ce un mal ?

VI. Avant de quitter la question de la déterminabilité, signalons qu'elle se pose encore, dans la vente-épargne, sur un autre point que la chose et le prix.

Fréquemment, les conventions de vente-épargne donnent à l'acheteur qui a versé une fraction déterminée de la somme de l'achat le droit d'exiger la conversion de la vente-épargne en une vente à tempérament. Bien entendu, le nouveau contrat doit être conclu aux conditions fixées par le vendeur au moment où la conversion est demandée. En d'autres termes, le vendeur arrêtera unilatéralement le supplément pour vente à crédit et le nombre des acomptes. Il pourra de son chef exiger une réserve de propriété et une cession de salaire.

Dépourvue de toute précision sur la (future) vente à tempérament, la clause de conversion est un bel exemple de déterminabilité subjective. Nous la tenons pour nulle.

La clause de conversion sera en général un élément essentiel de la vente-épargne (CO art. 2). Si elle est nulle, la vente le sera également.

CHAPITRE IV

Le dépôt d'épargne obligatoire

I. La sécurité des fonds épargnés

Dans la vente-épargne, l'acheteur fait crédit au vendeur. Il lui accorde un crédit à long terme et en blanc. Que le vendeur tombe en faillite, l'acheteur ne reverra pas son argent. Il ne recevra que le dividende accordé aux créanciers chirographaires.

Dans le public, épargne est synonyme de sécurité. Lorsque, dans une vente-épargne, les acomptes sont payables en mains du vendeur, l'étiquette est trompeuse¹⁷⁹. D'eux-mêmes, certains marchands ont réagi. Ils stipulent que les acomptes de l'acheteur sont payables en banque, sur un livret d'épargne à son nom. En ce cas, le crédit accordé par l'acheteur a toute la sécurité d'un dépôt d'épargne. La faillite du vendeur ne porte aucune atteinte aux avoirs de l'acheteur.

De lege ferenda, le législateur doit assurer la sécurité des sommes épargnées dans toutes les ventes-épargne. Il y arrivera en généralisant impérativement le système déjà pratiqué dans certaines branches du commerce. Il imposera le versement des acomptes à une banque, dans un dépôt d'épargne au nom de l'acheteur. Il interdira tout versement en mains du vendeur¹⁸⁰. La règle doit s'appliquer au montant de l'achat dans son intégralité. Aujourd'hui certaines maisons encaissent elles-mêmes une partie de la somme à épargner et font verser le solde sur le dépôt d'épargne¹⁸¹.

¹⁷⁹ Elle l'est plus encore lorsque les acomptes sont payables à une caisse d'épargne ... mais sur le compte du vendeur. Une telle clause donne à l'acheteur un faux sentiment de sécurité. V. par ex. : TG 7 VII 56, ZH 9 X 57.

¹⁸⁰ C'est la solution de l'avant-projet Stofer II, art. 14 al. 1, avec une exception en faveur des contrats dont la durée ne dépasse pas une année.

¹⁸¹ V. par ex. : ZH 6 III 57, LU 25 IX 57.

Elles peuvent ainsi couvrir d'emblée leurs frais d'acquisition. Cette pratique ne serait plus admise.

En légiférant dans le sens indiqué ci-dessus, on rendra la pratique de la vente-épargne difficilement accessible aux petites entreprises. On accentuera une tendance qui existe déjà actuellement. Il faudra en effet d'importants moyens financiers pour avancer les frais d'acquisition et d'administration d'un contrat de vente-épargne, pour verser au compte de l'acheteur un supplément d'intérêt, ... et pour attendre quelques années avant de récupérer les frais. Les petites entreprises pâtriront de la nouvelle législation. Toutefois la protection de l'acheteur-épargnant est à ce prix. Or cette protection doit être le premier souci du législateur.

La vente-épargne doit mériter son nom. Elle doit offrir la même sécurité qu'un livret d'épargne. Il nous paraîtrait insuffisant de prescrire le dépôt des acomptes dans une banque quelconque, avec ouverture d'un simple livret de dépôt. La nouvelle législation devra ordonner le versement des acomptes dans un dépôt d'épargne au sens de la Loi sur les banques. Rappelons que, selon l'art. 15 LB, seules les banques publient des comptes annuels peuvent accepter des dépôts portant la dénomination d'«épargne». Les autres banques ne sont pas autorisées à accepter des dépôts de ce genre, ni à se servir du mot «épargne». En cas de faillite de la banque, les dépôts d'épargne sont colloqués en troisième classe à concurrence de 5000 francs, à moins qu'ils ne soient garantis par un canton (LP art. 219, 3^e classe, *litt. b*). Enfin, selon l'art 16 LB, les cantons peuvent instituer, en faveur des dépôts d'épargne, un droit de gage légal sur certains actifs de la banque. Les cantons de Bâle-Ville, Glaris, Tessin et Zurich ont fait usage de cette faculté¹⁸².

Le privilège des dépôts d'épargne dans la faillite (LB art. 15 al. 2) et le droit de gage légal institué dans quelques cantons (LB art. 16) ne valent qu'à concurrence de 5000 francs pour l'ensemble des avoirs d'épargne que le déposant

¹⁸² Graner, FJS 462.

possède auprès d'une seule et même banque¹⁸³. L'acheteur-épargnant qui s'engagerait pour plus de 5000 francs ne sera donc pas privilégié pour la totalité de son avoir. Pratiquement, le cas sera rare.

II. La sanction du dépôt d'épargne obligatoire

Dans l'état actuel des travaux préparatoires, la loi fédérale sur la vente-épargne doit relever du droit privé. En cas de violation de la règle sur le dépôt des versements de l'acheteur au compte d'épargne, l'avant-projet ne prévoit pas de sanctions pénales ou administratives. Il se contente des sanctions ci-après¹⁸⁴:

1. Lorsque le vendeur a encaissé des acomptes, la créance de l'acheteur contre lui serait, en cas d'exécution forcée, colloquée dans la 3^e classe de l'art. 219 LP, à concurrence de 5000 francs.

2. L'avant-projet prévoit (art. 18) que l'acheteur peut résoudre en tout temps le contrat de vente-épargne, moyennant paiement d'un dédit. Le dédit ne devrait pas dépasser, en valeur absolue, le montant de 500 francs, en valeur relative, le dix pour cent de la somme à épargner. En cas de violation de la règle sur le dépôt d'épargne obligatoire, l'acheteur pourrait résoudre le contrat sans payer de dédit.

La première des sanctions proposées ne nous paraît ni pleinement efficace, ni tout à fait équitable. Les entreprises qui violeront la règle sur le dépôt d'épargne obligatoire ne seront pas les plus solides ni les plus sérieuses. Quand elles feront faillite, l'actif sera maigre. Quand les employés auront été désintéressés en 1^{re} classe (LP art. 219/I *litt. c*), quand la SUVAL, l'AVS et les caisses d'allocations familiales auront prélevé leur dû en 2^e classe (LP art. 219/II *litt. c, f et g*), restera-t-il quelque chose pour l'acheteur-épargnant ? Et si l'actif permet de couvrir les créanciers de 3^e classe, faut-il allonger encore la liste des privilégiés de l'art. 219 LP ? Le

¹⁸³ Graner, FJS 461 et 462.

¹⁸⁴ Stofer, Avant-projet II, art. 14 al. 3.

sort de l'acheteur-épargnant est digne d'intérêt. Celui d'autres créanciers, colloqués en 5^e classe, peut l'être tout autant.

Nous approuvons en revanche la deuxième sanction prévue par l'avant-projet. S'il est privé de la sécurité que procure le compte d'épargne, l'acheteur-épargnant doit pouvoir se départir du contrat en tout temps, sans indemnité, et répéter ses versements. Toutefois, cette sanction est insuffisante. Même assortie d'un privilège, elle échouera contre un vendeur impécunieux. De plus, nous ne voyons pas qu'elle détourne un marchand peu scrupuleux de se faire verser à lui-même les acomptes de l'acheteur. Le pire qui puisse lui arriver est d'être astreint à restitution. Pourquoi ne pas «risquer le coup»?

Le droit privé nous paraît impuissant à prévenir le mal. Nous croyons qu'il faut faire appel ici à des sanctions plus énergiques, pénales ou administratives.

Avant de songer à bâtir un appareil administratif pour surveiller les marchands, il semble plus simple et moins coûteux de commencer par la peur du gendarme, c'est-à-dire par la sanction pénale. L'art. 46 de la Loi sur les banques frappe de l'amende jusqu'à 20 000 francs ou de l'emprisonnement jusqu'à six mois celui qui, intentionnellement, accepte sans droit des dépôts d'épargne. Les deux peines peuvent être cumulées. Si l'auteur a agi par négligence, la peine est l'amende jusqu'à 10 000 francs. *Mutatis mutandis*, ce système devrait être appliqué à la vente-épargne. A voir le développement pris par l'institution et les dangers qu'elle fait courir aux acheteurs, l'introduction d'une sanction pénale apparaît comme justifiée. Comme le titulaire d'un livret d'épargne, l'acheteur-épargnant confie ses économies à un tiers. Comme lui, il doit bénéficier de la protection la plus étendue.

III. La nature juridique du dépôt d'épargne obligatoire

Déposés en compte d'épargne, les fonds de l'acheteur sont en sûreté, dans la mesure où cela dépend du législateur. A cet égard, l'institution du dépôt d'épargne obligatoire

ne laisse rien à désirer. En revanche, elle est compliquée et pose des problèmes délicats en droit privé comme en droit de poursuite.

Dans les ventes ordinaires, on a deux personnes en cause. Dans la vente-épargne, on en aura trois: l'acheteur, le vendeur et le banquier. Au lieu d'un rapport de droit, on en aura trois: entre acheteur et vendeur, acheteur et banquier, vendeur et banquier.

La somme épargnée pourra atteindre un montant assez élevé. Les créanciers de l'acheteur et du vendeur vont s'y intéresser. Ils demanderont qu'elle soit saisie à leur profit. Le juriste doit s'en préoccuper.

Le dépôt d'épargne est une institution ancienne, importante¹⁸⁵, populaire. Les problèmes juridiques relatifs à l'épargne devraient être résolus depuis longtemps. Tel n'est cependant pas le cas. Deux questions primordiales sont encore controversées:

1° Le dépôt d'épargne est-il un dépôt irrégulier (CO art. 481) ou un prêt de consommation (CO art. 312)? Le Tribunal fédéral a opté pour le prêt dans un arrêt rendu en 1895¹⁸⁶. La doctrine est divisée¹⁸⁷. La question est pratiquement importante: la créance du prêteur est compensable, pas celle du déposant (CO art. 125 ch. 1)¹⁸⁸; la prescription est différente selon la nature du contrat¹⁸⁹; le terme conventionnel de restitution lie le prêteur mais n'est pas opposable au déposant (CO art. 475); la dette de l'emprunteur est portable, celle du dépositaire est querlable (CO art. 477), etc, etc.

¹⁸⁵ Les fonds en compte d'épargne dépassaient 11 milliards et demi de francs à fin 1956.

¹⁸⁶ ATF 21 1167.

¹⁸⁷ Pour le *prêt*: Becker ad art. 312 CO n. 5 et ad art. 481 n. 6; Graner, FJS 461 p. 2; Comment, SJZ 33 (1936/37) 67; Henggeler, SJZ 35 (1938/39) 321; pour le *dépot*: Oser-Schönenberger ad art. 481 CO n. 22: Widmer, p. 14 ss.

¹⁸⁸ Cf. Comment, SJZ 33 (1936/37) p. 65.

¹⁸⁹ Henggeler, SJZ 35 (1938/39) p. 321 et Edlin, *eod. loc.* p. 369; Widmer, p. 42 ss.

2° Le livret d'épargne est-il ou peut-il être un papier-valeur? Le Tribunal fédéral a jugé que le livret n'est en général qu'un moyen de preuve¹⁹⁰. La doctrine est divisée¹⁹¹. La question est importante, entre autres, pour décider si l'engagement de la créance d'épargne exige, en sus de la remise du livret, l'observation de la forme écrite (CC art. 900)¹⁹².

Il n'est pas question de traiter et de résoudre ici tous les problèmes juridiques posés par l'institution du dépôt d'épargne, en elle-même et dans le cadre de la vente-épargne. Nous nous limiterons à quelques problèmes particuliers.

On peut envisager, sur la nature des relations entre vendeur, acheteur et banquier, différentes constructions juridiques. Acheteur et vendeur pourraient être titulaires d'un compte-joint auprès de la banque. Le banquier pourrait être le dépositaire séquestre (CO art. 480) des fonds versés par l'acheteur. Il pourrait détenir ces fonds à titre fiduciaire pour les parties au contrat de vente. A toutes ces constructions nous préférons celle-ci: *le vendeur a un droit de gage sur la créance de l'acheteur contre la banque*. On souligne ainsi:

1. que les fonds appartiennent à l'acheteur,
2. que les fonds garantissent une dette de l'acheteur envers le vendeur.

Plusieurs conséquences découlent du principe énoncé ci-dessus:

a) La banque et l'acheteur sont liés par un contrat d'épargne ordinaire. L'acheteur a contre la banque une créance en paiement de son avoir au compte d'épargne.

¹⁹⁰ ATF 67 II 30, 68 II 91, 76 III 9; JdT 1941 393, 1942 536, 1951 II 60.

¹⁹¹ V. Jäggi, ad art. 965 CO, n. 290 et 291, qui opte pour le papier-valeur.

¹⁹² Oftinger, ad art. 900 CC n. 71, *in fine*, recommande d'observer les formalités de l'art. 900 al. 1 CC.

b) L'acheteur confère au vendeur un droit de gage sur sa créance contre la banque. La constitution de ce droit exige l'observation de la forme écrite et la remise du livret d'épargne, si un livret est établi (CC art. 900). Notons en passant que nous ne voyons pas l'utilité de créer un livret d'épargne. L'acheteur devra immédiatement le remettre au vendeur. Il n'aura pas l'occasion de l'utiliser.

c) L'acheteur s'oblige envers le vendeur à verser par acomptes à la banque le montant de l'achat. Chaque acompte augmente la créance de l'acheteur contre la banque. Cette créance (créance engagée) garantit la créance (créance garantie) du vendeur contre l'acheteur. En versant les acomptes à la banque, l'acheteur ne s'acquitte pas du prix de vente. Il exécute un contrat de gage.

d) Le banquier n'est partie ni au contrat de vente-épargne ni à la convention de gage. Il n'est que le tiers débiteur de la créance mise en gage par l'acheteur. Il aura nécessairement avec l'acheteur des relations contractuelles, nées du contrat d'épargne. Théoriquement, il pourrait n'avoir aucune relation contractuelle avec le vendeur. Pratiquement, le marchand aura toujours conclu une convention avec la banque auprès de laquelle, aux termes du contrat de vente-épargne, le dépôt d'épargne doit être constitué¹⁹³.

Par cette convention, le banquier s'engagera à accepter comme déposants les clients du marchand. Il avisera le vendeur des paiements effectués par les acheteurs, afin que le marchand puisse interpeller et poursuivre ses clients défaillants. Sans doute, le banquier devra-t-il aussi renoncer à compenser ses dettes d'épargne envers les acheteurs avec les créances qu'il pourrait avoir contre eux¹⁹⁴. Dans les

¹⁹³ Sur l'organisation technique des relations entre la banque et le marchand, v. Arm, chap. 4.

¹⁹⁴ L'art. 169 CO est applicable par analogie au droit de compenser du tiers débiteur de la créance mise en gage. ATF 38 II 522 cons. 8, 63 II 235, JdT 1913 646 cons. 8, 1936 II 144. Nous supposons ici que le dépôt d'épargne est un prêt. Si c'était un dépôt irrégulier, la compensation serait exclue *ex lege* (CO art. 125 ch. 1).

contrats d'épargne, on voit souvent une clause par laquelle la banque stipule ou se réserve de stipuler que les retraits d'une certaine importance doivent être annoncés un mois, trois mois, voire même six mois à l'avance¹⁹⁵. Une telle clause empêcherait la liquidation normale d'un contrat de vente-épargne. Sans doute le banquier y renoncera-t-il dans sa convention avec le marchand.

IV. La poursuite en paiement des acomptes

En vertu du contrat de gage lié à la vente-épargne, le vendeur peut exiger de l'acheteur qu'il verse à la banque les acomptes prévus. Comment procéder si l'acheteur ne s'exécute pas ? Une poursuite ordinaire, par voie de saisie ou de faillite serait inadmissible. A la distribution des deniers (LP art. 144 ss, 261 ss.), l'office des poursuites remettrait au *créancier poursuivant* le produit de la réalisation des biens du débiteur. Or, selon le contrat, le vendeur ne doit pas recevoir l'argent de l'acheteur avant la livraison. Cet argent doit rester à la banque, au nom de l'acheteur. Le vendeur a droit à un gage. La poursuite ordinaire lui procure des espèces auxquelles il n'a pas droit, sa créance en paiement du prix de vente n'étant pas encore exigible. A cette poursuite, l'opposition du vendeur sera légitime. Le juge devra refuser la mainlevée¹⁹⁶.

Si la voie de la poursuite ordinaire lui est barrée, le vendeur devra-t-il renoncer à l'exécution forcée de sa prétention en constitution de gage ? Non pas. Il pourra recourir, croyons-nous, à la poursuite en prestation de sûretés

¹⁹⁵ L'existence, fréquente, d'une telle clause nous fait admettre que le dépôt d'épargne est un prêt. La clause serait nulle s'il s'agissait d'un dépôt (CO art. 475). Nous ne sommes pas convaincus par l'argument de Widmer (p. 17), selon lequel la clause serait compatible avec le dépôt, parce qu'elle relèverait de la technique bancaire.

¹⁹⁶ VD 25 X 56. Il est curieux que, dans la jurisprudence publiée sur la vente-épargne, cet arrêt soit le seul à avoir aperçu – et correctement tranché – la question.

(*Betreibung auf Sicherstellung*) (LP art. 38 al. 1)¹⁹⁷. C'est là le seul mode d'exécution forcée, lorsque la prétention du créancier a pour objet le dépôt en mains tierces d'une somme d'argent à titre de sûreté¹⁹⁸. La réquisition de poursuite mentionnera que la poursuite est en prestation de sûretés; elle en indiquera le montant (LP art. 67 ch. 3). Le commandement de payer contiendra les mêmes indications (LP art. 69 ch. 2). Le créancier ne sera pas admis à intenter une poursuite ordinaire, même s'il déclare après coup la restreindre à la prestation de sûretés¹⁹⁹. En cas d'opposition, le vendeur pourra obtenir la mainlevée²⁰⁰.

Si l'acheteur verse à la banque les acomptes réclamés, il pourra demander au juge d'annuler la poursuite (LP art. 85) ou de rejeter une demande de faillite (LP art. 172 ch. 3)²⁰¹. Sinon la poursuite suivra son cours jusqu'à la réalisation, sans autre particularité. En revanche, après la réalisation, l'office ne versera pas les deniers au créancier poursuivant. Il les déposera à la caisse des dépôts et consignations (LP art. 264 al. 3, OTF sur l'administration des offices de faillite, art. 82, al. 2). Ici surgit une difficulté. Comment faire passer les fonds à la banque désignée par le contrat de vente-épargne? L'office ne serait pas habile à ordonner ce transfert. D'abord parce que l'acheteur pourrait s'y opposer en invoquant des motifs de droit matériel, lesquels échappent en principe à la juridiction des autorités de poursuite²⁰². Ensuite parce que la tâche de l'office prend fin avec le dépôt des deniers à la caisse des dépôts et consignations. Le sort des fonds consignés ne relève pas du droit de poursuite. Le vendeur devra donc ouvrir une action judiciaire pour obtenir le versement des fonds consignés au compte d'épargne.

¹⁹⁷ Voir la bibliographie du sujet dans Fritzsche, I 64 n. 113.

¹⁹⁸ SJZ 17 (1920/21) p. 217; cf. Sem. jud. 1932, p. 216, rés. SJZ 28 (1931/32) p. 360.

¹⁹⁹ ATF 62 III 119, JdT 1937 II 68.

²⁰⁰ V. les arrêts cités à la note 198, *supra*.

²⁰¹ ATF 31 I 517.

²⁰² Favre, p. 47.

Sans doute, les cas seront rares où l'obstination d'un acheteur contraindra le vendeur à ouvrir action. L'acheteur a avantage à voir ses acomptes portés au crédit de son compte d'épargne, où ils portent intérêt.

V. La réalisation du gage

Supposons maintenant que la créance du vendeur en paiement du prix de vente soit devenue exigible.

Le gage confère au vendeur le droit de se payer par la réalisation de la créance de l'acheteur contre la banque (CC art. 891 et 899 al. 2). *Ex lege*, le vendeur procédera par la voie de la poursuite en réalisation de gage (LP art. 151 ss.), applicable au gage des créances comme au nantissement (LP art. 37 al. 2). La banque s'acquittera en mains de l'office (LP art. 99).

Selon l'art. 906 al. 2 CC, le tiers débiteur ne peut, hors le cas de la poursuite en réalisation de gage, s'acquitter entre les mains d'une des parties au contrat de gage sans le consentement de l'autre. L'art. 906 al. 2 CC est toutefois de droit dispositif. Les parties peuvent convenir de conférer au créancier gagiste le droit d'encaisser la créance engagée. C'est la réalisation privée du gage²⁰³. Elle est de règle dans les conventions stipulées par les banques. Ce mode de réalisation n'est pas contraire à la règle qui prohibe le pacte commissoire (CC art. 894). Le créancier gagiste doit verser au constituant du gage toute somme excédant le montant de la créance garantie.

Sauf convention contraire, le *ius exigendi* permet au créancier gagiste d'encaisser toute la créance engagée, même si elle excède la créance garantie, même si la créance garantie n'est pas exigible. On voit d'emblée combien la clause de réalisation privée, appliquée à la vente-épargne, serait dangereuse pour l'acheteur-épargnant. Il serait parfaitement

²⁰³ ATF 38 II 522, JdT 1913 646, cons. 7; ATF 64 II 415, JdT 1939 199; v. Oftinger ad art. 891 CC n. 52 et ad art. 906 CC, n. 35 à 43.

vain de prescrire le dépôt d'épargne obligatoire, si le vendeur pouvait en tout temps, sans l'assentiment de l'acheteur, vider le dépôt de son contenu. *De lege ferenda*, notre co-rapporteur propose que l'acheteur ne puisse consentir d'avance à des prélèvements du vendeur sur le compte d'épargne²⁰⁴. Nous approuvons cette proposition, indispensable à la protection de l'acheteur.

VI. La saisie des droits de l'acheteur

Les acheteurs-épargnants sont en général des gens modestes. Ils peuvent tomber dans les dettes. Leurs créanciers ne manqueront pas de s'intéresser aux actifs résultant d'une vente-épargne.

Le tiers créancier de l'acheteur saisira peut-être la créance de l'acheteur contre la banque. Cette saisie ne sera pas dangereuse. Le dépôt d'épargne sera normalement inférieur à la créance garantie par le dépôt, c'est-à-dire à la somme de l'achat. Le poursuivant s'en rendra compte d'emblée. Il renoncera à la vente (LP art. 126 et 127).

Dans ces conditions, le tiers créancier de l'acheteur saisira de préférence l'ensemble des droits de l'acheteur contre le vendeur. Que pourra faire l'adjudicataire d'une telle prétention? S'il a besoin du mobilier ou du trousseau, il pourra obtenir la livraison en payant le solde de la somme à épargner. Le cas se présentera rarement. L'adjudicataire préférera exercer le droit de résoudre la vente-épargne, moyennant abandon du dix pour cent de la somme de l'achat (à supposer, naturellement, que la disposition y relative de l'avant-projet passe dans la loi)²⁰⁵. Le résultat sera évidemment désastreux pour l'acheteur. Preuve en soit l'exemple suivant: soit un contrat de vente-épargne où la somme de l'achat est fixée à 5000 francs. Au moment où l'acheteur aura versé 800 francs à la banque, sa prétention contre le vendeur sera saisie par un tiers-créancier,

²⁰⁴ Stofer, Avant-projet II, art. 14 al. 2 in fine.

²⁰⁵ Stofer, Avant-projet II, art. 18 al. 1 et 2.

pour une dette de 300 francs. Le tiers-créancier se fera adjuger la prétention pour 300 francs. Il résoudra le contrat, abandonnera 500 francs au vendeur et en recevra 300 francs. Il sera désintéressé. Mais l'acheteur aura été forcé de sacrifier un actif de 800 francs pour éteindre un passif de 300 francs.

Conclusion

Arrivés au terme de notre étude, nous avons conscience de son caractère sommaire.

Nous n'avons pas pu parler de la conclusion du contrat. Notre co-rapporteur propose de soumettre la vente-épargne à la forme écrite. Est-ce suffisant pour détourner l'acheteur d'engagements irréfléchis ? Ne faudrait-il pas introduire ici, comme en matière de vente à tempérament, le frein du versement initial ? Avant de s'obliger à économiser 5000 francs, l'acheteur-épargnant devrait se montrer capable d'économiser 500 francs sans y être contraint.

Nous n'avons pas pu parler non plus du droit de libre résolution prévu par l'avant-projet de loi fédérale. L'acheteur pourrait se départir du contrat en tout temps, moyennant un dédit qui ne dépasserait pas le 10% du montant de l'achat.

Nous avons étudié plus longuement le problème de la déterminabilité de la chose et du prix. *De lege ferenda*, la solution idéale n'est pas facile à trouver. Poser le principe de la déterminabilité objective serait une mesure utile mais insuffisante. Prohiber la déterminabilité, exiger que choses et prix soient déterminés dès la conclusion du contrat, c'est porter, peut-être, un coup fatal à la vente-épargne dans son secteur le plus important: celui des meubles et des trousseaux.

Le dépôt d'épargne obligatoire assure le sécurité des fonds de l'acheteur. En revanche, l'institution est lourde, compliquée, paperassière. Elle offre une proie tentante aux tiers créanciers de l'acheteur-épargnant.

L'histoire de la vente-épargne est brève. Nous ne discer-
nons peut-être pas encore clairement tous les aspects juri-
diques, économiques et sociaux de l'institution. Pour porter
un jugement définitif, nous manquons de recul. Néan-
moins, nous hasarderons trois conclusions :

1. Il n'est pas démontré que la vente-épargne réponde à
un besoin légitime de notre population.
2. Telle qu'elle est pratiquée actuellement, la vente-
épargne présente peu d'avantages et beaucoup d'in-
convénients.
3. *De lege ferenda*, on arrivera peut-être à supprimer les
défauts les plus criants de la vente-épargne. Nous ne
voyons pas qu'on puisse en faire une institution
socialement utile.

Dans ces conditions, nous nous demandons si la meilleure
des lois fédérales sur la vente-épargne ne devrait pas tenir
en quatre mots :

«*La vente-épargne est interdite*».

Annexe

Tableau de la jurisprudence en matière de vente-épargne.

- TF 4. 2. 58 Treuvag et Brunner c. Staub. ATF 84 II 13, JdT 1958 263.
- BE 23. 3. 57 Cour d'appel. SJZ 1957 291.
- BS 1. 6. 53 Cour d'appel. BJM 1954 54.
- BS 4. 2. 57 Cour d'appel. BJM 1957 151.
- BS 6. 6. 57 Tribunal civil. SJZ 1957 224.
- GE 20. 2. 56 Tribunal de 1ère instance, cité par Micheli, Journ. de Genève, 12. 7. 56.
- GE 16. 10. 56 Cour de Justice. Sem. jud. 1957 529.
- FR 8. 7. 52 Cour d'appel. Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal 1953 74.
- LU 25. 9. 57 Tribunal cantonal. SJZ 1958 58.
- SH 20. 1. 56 Tribunal de district. SJZ 1956 241.
- TG 7. 6. 56 Tribunal supérieur. Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1956 50.
- VD 25. 10. 56 Tribunal cantonal. JdT 1956 II 125.
- ZH 28. 10. 56 Tribunal de district (Bülach). Schw. Sattler-Tapezierer-Zeitung 1957 2 (avec une note de Moser).
- ZH 11. 12. 56 Tribunal de district. ZR 56 N° 97.
- ZH 6. 3. 57 Tribunal supérieur. SJZ 1957 121, ZR 56 N° 97.
- ZH 9. 10. 57 Tribunal de district. SJZ 1958 56.

Bibliographie

- Arm. La vente à prépaiement. Thèse Neuchâtel. (à paraître).
- Becker. Obligationenrecht. Berne 1941 (vol. I), 1934 (vol. II).
- Blumenstein. Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungs-rechtes. Berne 1911.
- Brand. Droit de poursuite. FJS *passim*.
- Comment. Le dépôt d'épargne et la compensation de la créance de la banque sur le déposant contre la volonté de celui-ci. SJZ 33 (1936/37) 65.
- Cosack. Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. Iéna 1900.
- Crome. System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Tubingue et Leipzig 1902.
- Degoumois. La vente à tempérament et ses remèdes. La Chaux-de-Fonds 1942.
- Edlin. Verjährung von Guthaben auf Spar- und Einlagehefte. SJZ 35 (1938/39) 369.
- Enneccerus-Kipp-Wolff. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (vol. II). Recht der Schuldverhältnisse. 12^e éd. Marburg 1932.
- Favre. Cours de droit de poursuite. Fribourg 1953.
- Flattet. La convention d'épargne, prétendu remède à la vente à tempérament. Courrier du Comptable (Lausanne), 1951 44.
- Fritzsche. Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung. Zurich 1954–1955.
- Gessler-Hefermehl-Hildebrandt-Schröder. Handelsgesetzbuch. 2^e éd. Berlin et Francfort 1950.
- Graner. Banques (loi sur les) XI et XII (Dépôts d'épargne). FJS 461, 462 (1942).
- Grossen. Rapport général sur la vente à tempérament. Journées suisses de droit privé de l'Association Henri Capitant. 1956.
- Guhl. Le droit fédéral des obligations. Trad. Des Gouttes. Zurich 1947.
- Henggeler. Verjährung von Guthaben auf Spar- und Einlagehefte. SJZ 35 (1938/39) 321.

Herold. Das Abzahlungsgeschäft und seine Probleme. W. und R. 1954. 21.

Huber. System und Geschichte des Schw. Privatrechts. Bâle 1886–1893.

Jäger. Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Trad. Petitmermet et Bovay. Lausanne et Genève 1920.

Jäger-Däniker. Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911–1945. Zurich 1947.

Jäggi. Die Wertpapiere. Zurich 1949–1957 (en cours de publication).

Lyell. The law relating to hire-purchase. Londres (The Institute of Bankers. Spring Lectures 1956. Hire-purchase) 1956.

Martin. Pactum reservati dominii et hypothèque mobilière. Genève 1903.

Mason. Aspects économiques de la vente à tempérament. Chambre de commerce internationale. Document N° 230/146 (polycopié). Paris 1957.

Moser. Zur Frage der gesetzlichen Regelung des Vorzahlungskaufes. SJZ 1956 246.

Moser. Stellungnahme zum Vorzahlungsvertrag in der Möbeldetailbranche (polycopié) s.l.n.d.

Oftinger. Das Fahrnispfand. 2^e éd. Zurich 1952.

Oftinger. Die ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände (Festgabe Simonius, p. 263) Bâle 1955.

Oser. Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft. ZSR 44 (1905) 437.

Oser-Schönenberger. Das Obligationenrecht. Zurich 1929 (vol. I), 1936 (vol. II), 1945 (vol. III).

Panchaud et Caprez. La mainlevée d'opposition. Zurich et Lausanne 1939.

Patry. Les contrats d'adhésion comme source du droit. ZBJV 91^{bis} 367.

Picenoni. Der Vorzahlungsvertrag. ZSR 1956 491.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch. 1^{re} et 2^e éd. Berlin 1897–1902.

Pothier. Traité du contrat de vente. (éd. Dupin). Paris 1823.

von Rechenberg. Der Vorzahlungsvertrag. SJZ 1957 65.

Rohrer. Der Aufschub der Verwertung. Aarg. Beamtenblatt 1957, p. 157.

Rosset. La vente à tempérament. Fascicule XII des Publications de la Société neuchâteloise de science économique.

Scherrer. Haab-Simonius-Scherrer. Das Sachenrecht. 2^e éd. Zurich, en cours de publication.

Simonius. Zur Erinnerung an die Entstehung des Zivilgesetzbuches. ZSR 76 (1957) 293.

Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch. 8^e éd. Stuttgart et Cologne 1952.

Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12^e et 13^e éd. Berlin et Leipzig 1926.

von Tuhr. Partie générale du Code fédéral des obligations. Trad. Torrenté et Thilo. Lausanne 1929–1931.

Widmer. Die rechtliche Natur des Sparkassavertrages. Thèse Zurich 1951.

Travaux préparatoires d'une loi fédérale sur la vente à tempérament et la vente-épargne

- Nationalrat. Auszug aus dem stenographischen Protokoll der Sitzung vom 19. März 1954. (6538 Postulat Bourgknecht; 6443 Postulat Rosset.)
- Protokoll der Verhandlungen der durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einberufenen konsultativen Konferenz betreffend die Abzahlungsgeschäfte mit Eigentumsvorbehalt und die Kaufverträge mit Vorauszahlung. Vom 5. Mai 1955.

Stofer. Gutachten und Vorentwurf zu einer gesetzlichen Regelung über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag (31 mai 1956).

- Vorentwurf zu einer gesetzlichen Regelung des Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrages, *suivi de*: Zusammenfassung der Erläuterungen des Verfassers des Vorentwurfs.
- Avant-projet d'une réglementation légale du contrat de vente par acomptes et du contrat de vente avec paiements préalables, *suivi de*: Récapitulation de l'exposé des motifs de l'auteur de l'avant-projet.
- Zusammenstellung der Vernehmlassungen zur Frage der gesetzlichen Neuregelung des Abzahlungs- und Vorauszahlungsgeschäftes. (März 1957.)

Stofer. Bericht und Vorentwurf II zu einer gesetzlichen Regelung über den Abzahlungs- und den Vorauszahlungsvertrag. 5. September 1957.

- Deuxième avant-projet d'une réglementation légale du contrat de vente par acomptes et du contrat de vente avec paiements préalables. (Du 5 septembre 1957.)

TABLE DES MATIÈRES		page
<i>Avant-propos</i>		361a
LA VENTE A TEMPÉRAMENT		
<i>Introduction</i>		363a
Chapitre premier		
Le versement initial		364a
I. Généralités		364a
II. Le versement initial à l'étranger		365a
III. La nature juridique du versement initial		369a
1. La règle de droit public		369a
2. La règle civile		370a
IV. La réglementation du versement initial		374a
1. La base de calcul		374a
2. Le montant		375a
3. Les reprises en nature		378a
4. La fraude à la loi.		379a
Chapitre II		
La forme et les clauses nécessaires du contrat		380a
I. La forme		380a
II. Les clauses nécessaires		384a
1. Généralités		384a
2. Le prix au comptant		386a
3. L'indication du taux de l'intérêt		389a
Chapitre III		
La garantie réelle des droits du vendeur		392a
I. Historique de la réserve de propriété		392a
II. La notion d'hypothèque mobilière		394a
III. La nature hybride de la réserve de propriété		395a
IV. La supériorité pratique de l'hypothèque mobilière		398a
1. Généralités		398a
2. La protection de l'acheteur en demeure		399a
3. Le règlement de compte de l'art. 227 CO		401a
4. Procédure et voies d'exécution		404a
Chapitre IV		
Le droit de résolution du vendeur		407a

	Chapitre V	page
L'avant-projet de loi fédérale sur la vente à tempérament	410a	
LA VENTE-ÉPARGNE		
<i>Introduction</i>	<i>414a</i>	
Chapitre premier		
La vente-épargne en fait	416a	
I. Les clauses usuelles du contrat	416a	
II. Le fonctionnement de la vente-épargne	418a	
III. Avantages et inconvénients de la vente-épargne	420a	
Chapitre II		
La vente-épargne en droit	423a	
I. La nature juridique du contrat	423a	
II. La vente-épargne est-elle contraire aux mœurs ?	425a	
Chapitre III		
La déterminabilité de la chose et du prix	428a	
Sous-chap. I. Le principe de la déterminabilité objective.	428a	
Sous-chap. II. Le problème de la déterminabilité dans la vente-épargne	433a	
Chapitre IV		
Le dépôt d'épargne obligatoire	440a	
I. La sécurité des fonds épargnés	440a	
II. La sanction du dépôt d'épargne obligatoire	442a	
III. La nature juridique du dépôt d'épargne obligatoire .	443a	
IV. La poursuite en paiement des acomptes	447a	
V. La réalisation du gage	449a	
VI. La saisie des droits de l'acheteur	450a	
Conclusion	451a	
Annexe: Tableau de la jurisprudence en matière de vente-épargne	453a	
Bibliographie	454a	
Travaux préparatoires d'une loi fédérale sur la vente à tempérament et la vente-épargne	457a	

