

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

F A C U L T E D E D R O I T

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

LA SIMULATION

ET LA PROTECTION DES TIERS

par Denis-M. PHILIPPE

Doc. 89/5

Etude destinée à être publiée
dans la Revue Critique de
Jurisprudence Belge

LA SIMULATION ET LA PROTECTION DES TIERS

Le régime juridique de la simulation constitue l'une des plus belles illustrations de la prééminence de l'apparence en droit des obligations.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, les juges ont rappelé que les tiers peuvent se prévaloir d'un prêt apparent de 4 millions de francs belges même si ce prêt n'existe pas en réalité; le simulateur pourrait ainsi, par le seul effet de l'article 1321 du Code civil, être constitué débiteur d'un montant considérable sans avoir jamais contracté de dette.

La problématique de la simulation telle qu'elle apparaît dans cet arrêt mérite donc une attention particulière. Dans un premier temps, nous décrirons les antécédents de la décision commentée (1). Ensuite, nous rappellerons brièvement le mécanisme de la simulation (2), et distinguerons celle-ci des institutions juridiques voisines (3). Nous tracerons par après un bref aperçu du droit comparé (4). Nous nous attacherons à la notion de tiers dans l'article 1321 du Code civil et plus spécifiquement à la question abordée dans cet arrêt, à savoir si le cessionnaire d'une créance doit être considéré comme un tiers (5). Nous analyserons les conditions dans lesquelles un tiers peut se prévaloir de l'article 1321 du Code civil et vérifierons si celles-ci sont présentes en l'espèce (6). Nous évoquerons aussi de manière succincte, le problème de conflits entre tiers (7). Enfin, nous étudierons brièvement la preuve de l'acte apparent, en l'occurrence du prêt (8).

1. FAITS ET PROCEDURE

1.1. En 1978, la S.A. TRENDY BELGIUM (ci-après TRENDY) a vendu, à Knokke, des terrains à bâtir à la S.A. PROJECT-ONTWIKKELING MESTEROM (ci-après S.A. MESTEROM). Des appartements devaient y être construits qui seraient ensuite offerts en vente exclusivement par TRENDY.

Pour financer l'achat, la S.A. MESTEROM sollicita un crédit auprès d'une institution bancaire. Le crédit obtenu couvrait la totalité de l'investissement à l'exception de 4 millions de francs belges.

Par convention du 4 octobre 1978, la S.A. MESTEROM vendit à TRENDY un magasin à construire dans le futur complexe, pour un montant de 4 millions de francs belges, qui correspond donc à la partie de l'investissement non couvert par le crédit.

Le même jour, TRENDY consentait un prêt de 4 millions de francs belges à M. Henricus MESTEROM (ci-après MESTEROM), administrateur-délégué de la S.A. MESTEROM. Ce contrat stipulait que, si l'immeuble vendu n'était pas réceptionné le 31 décembre 1979¹, le prêt devenait immédiatement exigible.

L'article 6 de la première convention de vente conclue entre la S.A. MESTEROM et TRENDY prévoyait que les paiements du prix du magasin viendraient en soustraction de ce prêt.

Aux termes de l'article 13 de la convention de vente, celle-ci ne sortirait ses effets qu'après la réception définitive de l'immeuble, qui devait avoir lieu au plus tard le 31 décembre 1979.

MESTEROM garantissait enfin en son nom personnel le respect des engagements assumés par la S.A. MESTEROM dans la convention de vente du 4 octobre 1978.

Notre souci de clarifier cet exposé des faits n'empêche pas de remarquer le caractère obscur et complexe de la construction élaborée par les parties contractantes. Celles-ci ont donc cherché un mode de paiement à TRENDY du solde de 4 millions de francs, non couvert par le crédit obtenu par la S.A. MESTEROM. Pour ce faire, un prêt de ce même montant a été consenti par TRENDY à MESTEROM et un magasin à construire a été vendu par la S.A. MESTEROM à TRENDY dont le prix de vente serait destiné au remboursement du prêt. Si le magasin n'était pas construit, sa vente ne pourrait se réaliser. C'est pourquoi les contractants avaient prévu qu'en telle hypothèse, le prêt devenait immédiatement exigible.

¹ Le texte de la convention stipule le 31 décembre 1978. L'analyse des autres documents et plus particulièrement la convention de vente du magasin à construire, nous a fait conclure qu'il s'agissait d'une erreur et que la date qu'ont voulu mentionner les parties était bien le 31 décembre 1979.

Les appartements ne furent jamais construits et la S.A. MESTEROM ainsi que TRENDY tombèrent en faillite.

1.2. Avant celle-ci, TRENDY avait cédé, par contrat du 19 avril 1979, l'ensemble de ses créances contre la S.A. MESTEROM et MESTEROM à la MANUFACTURER HANOVER BANK BELGIUM (ci-après M.H.B.). Cette cession fut régulièrement signifiée le 17 mai 1979 à la S.A. MESTEROM et à MESTEROM.

Ce dernier fut assigné en nom personnel par la M.H.B. en paiement des 4 millions de F.B. par exploit du 20 décembre 1979, devant le tribunal de Tongres.

Celui-ci estima que le magasin n'ayant pas été construit à la date prévue, soit le 31 décembre 1979, le montant stipulé au contrat de prêt entre MESTEROM et TRENDY devenait immédiatement exigible.

1.3. Appel fut interjeté par MESTEROM. La Cour écarta le document fourni par la M.H.B. destiné à établir le contrat de prêt entre TRENDY et MESTEROM. La Cour souligna que le document n'était pas signé par le créancier (TRENDY) et que la M.H.B. n'en produisait pas l'original.

La Cour basa son raisonnement juridique sur la simulation. Le tribunal n'avait pas invoqué ce mécanisme juridique puisqu'il n'avait pas mis en doute la validité du contrat de prêt entre MESTEROM et TRENDY.

La Cour souligna que la convention du 4 octobre 1978 faisait état d'un acte apparent, à savoir la vente d'un immeuble à construire sous condition suspensive, assorti d'un paiement par tranches imputées sur un prétendu prêt contracté par MESTEROM en nom personnel. Cet acte apparent dissimulait en fait la situation réelle, à savoir la dation en paiement par le transfert de propriété du magasin. (Rappelons en effet qu'il manquait un montant de 4 millions de francs belges à la S.A. MESTEROM pour payer le prix du terrain. Le transfert de propriété de l'immeuble substituait donc, selon la Cour, le paiement de cette somme d'argent).

La Cour d'appel considéra que la M.H.B. pouvait, en qualité de tiers, se prévaloir soit des relations juridiques réelles soit de celles que les parties ont fait apparaître.

La Cour constata que la M.H.B. invoquait la situation apparente.

Elle estima que la preuve du prêt apparent est rapportée, d'une part, par le texte même de la convention du 4 octobre 1978 dans laquelle MESTEROM s'engageait personnellement au cas où la construction de l'immeuble à appartements litigieux ne se réaliserait pas et, d'autre part, par l'absence de protestation de MESTEROM à la signification de la cession de créance au bénéfice de la M.H.B..

MESTEROM affirmait par contre qu'il n'y avait eu aucune remise d'argent constitutive d'un prêt, et offrait d'en rapporter la preuve.

La Cour considéra que cette offre de preuve introduite par MESTEROM était superflue puisqu'elle était indifférente à l'égard de la M.H.B. le fait que le prêt ait réellement eu lieu.

La M.H.B. rapportant la preuve de la situation juridique apparente, son action en remboursement des 4 millions de francs belges à l'égard de MESTEROM devait être déclarée fondée.

L'on peut donc énoncer, à la lecture de cette décision, que si les parties ont laissé apparaître l'existence d'un prêt à l'égard des tiers, ceux-ci peuvent se prévaloir de la créance qu'il contient sans avoir à rapporter la preuve de tous les éléments constitutifs du prêt.

1.4. Le pourvoi interjeté contre cette décision développait plusieurs arguments.

En premier lieu, la banque en qualité de cessionnaire de la créance ne pouvait se prévaloir de l'acte apparent puisqu'elle n'était pas un tiers. La Cour de cassation répondit que le cessionnaire de créances résultant de la convention simulée était un tiers par rapport à la convention ou aux clauses de celles-ci.

En deuxième lieu, le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'avoir affirmé que la recherche de la réalité du prêt n'était pas nécessaire.

Le prêt, énonçant le pourvoi, supposait la remise d'une somme d'argent; or, la Cour d'appel n'avait pas constaté que MESTEROM aurait renoncé à son droit d'opposer le défaut de remise de la somme d'argent.

La Cour de cassation rejeta ce moyen en soulignant que la M.H.B. pouvait invoquer la convention de prêt apparente et qu'il n'était pas pertinent à son égard d'établir si le prêt avait réellement été contracté.

2. DEFINITION ET FONDEMENT DE LA SIMULATION.

La simulation consiste en la création d'un acte apparent qui déroge entièrement ou partiellement à une contre-lettre ou acte secret, celle-ci établissant la volonté réelle des parties¹.

2.1. La simulation peut revêtir plusieurs formes².

Ainsi, l'acte apparent peut cacher :

- l'inexistence de convention réelle;
- une convention réelle ayant une nature distincte³, une donation déguisée sous forme d'une vente⁴;
- une convention réelle assortie de conditions différentes; fort fréquemment le prix réel d'une vente est, dans l'acte apparent, inférieur au prix réel afin d'éviter les droits d'enregistrement⁵;
- une convention réelle conclue par d'autres personnes; c'est l'hypothèse de l'interposition de personnes⁶.⁷.

2.2. Bartin souligne à propos des effets respectifs de l'acte réel et de l'acte apparent: *"La contre-lettre implique essentiellement coexistence de deux actes dont le second comporte des conséquences inconciliables avec celles du premier"*⁸

¹ Voy. en droit belge, H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 618; F. LAURENT, Principes de droit civil, t. XIX, n° 182 et s.; R. KRUTHOF, Overzicht van rechtspraak, Verbintenissen, 1974-1980, T.P.R., 1983, p. 545, n° 43; C. PARMENTIER, La volonté des parties, dans Les obligations contractuelles, éd. du Jeune Barreau, 1984, pp. 90 et sv.; P. VAN OMMESELAGHE, Examen de jurisprudence (1968 à 1973), Les Obligations, 1975, n° 37, p. 484, ibid., (1974-1982), n° 49, p. 125. M. VAN QUICKENBORNE, Le fondement de l'opposabilité des contre-lettres, note sous Cass., 21 juin 1974, R.C.J.B., 1975, p. 266 et s; F. BOUCKAERT, note sous la décision analysée, Tijdschrift voor Notarissen, 1988, pp. 24 à 26.

Voy. en droit français, E. BARTIN, Théorie des contre-lettres, Paris, Thèse, 1885, pp. 106 et sv.; M. DAGOT, La simulation en droit privé, L.G.D.J., Paris, 1965, p. 17, n° 5; C. FLAVIAN, Des contre-lettres, Thèse, Paris, 1929, p. 11; P. NAUT, Effets des actes juridiques simulés, Paris, 1951, p. 2.

² Voy. Cass., 14 avril 1964, J.T., p. 444; Rev. prat. not., p. 325, obs. L.F.

³ Cass., 14 février 1980, Pas., 1980, I, pp. 694 à 696.

⁴ Mons, 27 octobre 1975, Pas., 1976, II, 98.

⁵ Voy. récemment Cass., 18 mars 1988, R.W., 1988-89, 711 et sv. et note E. DIRIX; Cass., 3 mars 1972, Pas., 1972, I, 611; Rec. gén. enr. et not., 1973, p. 176.

⁶ Liège, 12 février 1988, Annales de droit de Liège, 1989, pp. 36 et s., et note P. JOISTEN.

⁷ Le droit néerlandais distingue la simulation absolue (notre première hypothèse) ou relative (les autres hypothèses) (voy. ASSER-RUTTEN, Verbintenissenrecht, II, 1982). Voy. pour une distinction similaire en droit italien, R. SACCO, Il contratto, p. 394.

⁸ Op. cit., p. 114. C'est nous qui soulignons. La contre-lettre suppose une double convention (Bartin, op.cit., p. 127 qui cite Cass., 20 décembre 1876, D., 1878, I, 430).

2.3. La simulation suppose également la volonté de simuler. M. Naut écrit:
*"La simulation suppose la connivence"*¹

Bartin énonce:

"L'acte apparent doit avoir été simulé, c'est-à-dire conclu dans le but unique de cacher au public la situation réelle des parties"^{2 3}.

La Cour de cassation a considéré que le juge du fonds pouvait déduire de présomptions appréciées souverainement par lui, le caractère simulé de conventions⁴.

2.4. Bien que cette question n'ait pas été soumise à la censure de la Cour de cassation, l'on peut se demander s'il existait en l'espèce une véritable volonté dans le chef des parties contractantes, de cacher un accord réel.

En outre, existait-il deux conventions assorties d'effets juridiques inconciliables?

En effet, le premier juge est arrivé à la conclusion de ce qu'un engagement de rembourser les quatre millions existait à charge de MESTEROM sans faire référence à la simulation. En outre, la convention de vente du 4 octobre 1978 a été signée par MESTEROM en nom personnel en sorte que, la banque reprenant toutes les créances de TRENDY résultant de ce contrat, l'on pouvait décider, sur la base de cette seule convention, que MESTEROM, à qui la cession a été régulièrement signifiée, devait payer la créance à la banque, dès que celle-ci devenait exigible. Enfin, la convention de prêt a été signée par MESTEROM lui-même.

Certes, l'on peut relever, en faveur de l'existence d'une simulation, que ni la vente, ni le prêt du 4 octobre 1978 ne font mention du solde restant à payer sur l'immeuble vendu à TRENDY, alors qu'il est pourtant évident que les 4 millions visaient à rembourser ce solde.

En outre, l'une et l'autre conventions du 4 octobre 1978 font état d'un prêt, alors qu'il semblerait qu'aucune somme d'argent n'ait été remise.

Une lecture attentive du dossier et des pièces ne permet cependant pas d'établir les raisons pour lesquelles l'accord de volonté a été obscurci et rendu plus complexe.

Eu égard aux définitions énoncées plus haut de la simulation, celle-ci est-elle présente lorsque la volonté de cacher la situation réelle n'apparaît pas clairement ?

¹ Op. cit., p. 2.

² Op. cit., p. 131.

³ Voy. aussi M. DAGOT, op. cit., pp. 30 et s.

⁴ Cass., 12 octobre 1972, Pas., 1973, pp. 156 et s.

En l'espèce, la Cour de cassation répétons-le, n'a pas eu à examiner cette question, qui, semble-t-il, n'a pas été débattue devant les juridictions de fond.

Nous croyons cependant, que cette question aurait dû être envisagée, eu égard aux faits de la cause, avant de conclure à l'existence d'une simulation.

2.5. S'agissant des effets de la simulation, l'on rappellera qu'elle est en principe licite¹. Ce principe est d'ailleurs rappelé par la Cour d'appel d'Anvers dans l'arrêt rendu en la présente cause.

Les relations entre les parties ayant participé à la simulation sont régies par l'acte réel.

Les tiers peuvent se prévaloir de l'acte apparent² ou, par l'action en déclaration de simulation de l'acte réel³.

2.6. Le fondement de la simulation reste discuté.

Limitons-nous à mentionner que l'institution juridique étudiée peut trouver sa base juridique dans l'apparence ou dans la notion de peine privée⁴.

A notre avis, une seule de ces théories ne suffit pas à justifier le régime juridique de la simulation. L'apparence ne permet pas d'expliquer que les tiers puissent se prévaloir de l'acte ostensible sans rapporter la preuve du préjudice subi par l'apparence ainsi créée⁵. La peine privée, souvent condamnée par la doctrine, ne permet pas, nous semble-t-il, de justifier les conditions d'intérêt légitime et de bonne foi requises dans le chef de tiers qui veulent invoquer l'article 1321 du Code civil. Retenons que la loi a voulu accorder la protection la plus appropriée aux tiers qui ne peuvent en aucun cas être victime de la volonté des simulateurs soit de cacher, soit de tromper.

¹ H. DE PAGE, Traité, n° 623; une disposition légale peut cependant l'interdire: de même toute simulation contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs est nulle. Idem, n° 624. M. DAGOT, op. cit., p. 171.

² H. DE PAGE, op. cit., n° 631.

³ Ibid., n° 639; M. DAGOT, p. 269 et s.

⁴ Voy. M. DAGOT, op. cit.; M. VAN QUICKENBORNE, op. cit.; E. DIRIX, note sous la décision analysée, R.W., 1987-1988, c. 1093.

⁵ Voy. infra, n° 6.

3. LA SIMULATION SE DISTINGUE DE CONCEPTS VOISINS

3.1. En premier lieu, la simulation diffère de la théorie classique de l'apparence.

Le professeur Van Ommeslaghe cerne cette théorie de la manière suivante : "La théorie de l'apparence suppose que l'observateur de certains faits croit pouvoir en déduire l'existence d'une situation de droit qui en réalité n'existe pas : l'analyse plus approfondie de la situation réelle conduit au contraire à constater que la situation juridique à laquelle croyait l'observateur n'existe pas - mais néanmoins, à des conditions qui seront déterminées ci-après, on acceptera les conséquences ou certaines des conséquences qui auraient été attachées à la situation juridique si elle s'était réellement produite" ¹.

La simulation suppose, on l'a écrit, la création volontaire d'une apparence. Dans la théorie classique de l'apparence, celle-ci peut avoir été créée par distraction ou négligence². Ainsi, si une firme laisse un de ses employés utiliser régulièrement son papier à lettres et le titre de directeur, un tiers pourrait croire légitimement que l'employé pouvait engager la firme³.

L'on peut également rappeler les conditions d'application distinctes de la simulation et de l'apparence. Les tiers peuvent se prévaloir de la simulation sans établir ni la faute dans le chef des parties, ni le préjudice, ni le lien de causalité entre celle-ci et leur dommage ; en outre, les tiers ne doivent pas établir la légitimité de leur croyance dans l'acte apparent.

En l'espèce, l'on peut se demander si l'application de la théorie de l'apparence, n'eût pas permis d'aboutir à des résultats tout aussi appropriés.

En effet, l'intention de simuler n'apparaît pas clairement. En outre, la M.H.B., à la lecture des actes, pouvait légitimement croire qu'un prêt de 4

¹ L'apparence, comme source autonome l'obligations et le droit belge, Revue de droit international et de droit comparé, 1983, pp. 144 et s.

² Voy. M. DAGOT, op. cit., n° 26, p. 30 ; P. VAN OMMESLAGHE, op. cit., p. 147.

³ La théorie du mandat apparent auquel le présent exemple fait écho, supposait, jusqu'il y a peu en droit belge, une faute dans le chef du mandant ainsi que la croyance légitime du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire (Voy. not. Cass., 30 mai 1979, Pas., 1979, I, 1123; Cass., 13 janvier 1972, Pas., 1972, pp. 472 et s.; Bruxelles, 17 février 1982, J.T., 1982, p. 513).

Dans un arrêt du 20 juin 1988, la Cour de cassation a énoncé :

"L'arrêt ne fait pas appel à la notion de faute pour décider que le premier demandeur avait un mandat apparent pour représenter en justice les membres de la F.G.T.B. concernés par le procès.

Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, non seulement dans le cas où il a fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime.

L'arrêt constate qu'il en était bien ainsi en l'espèce, en relevant que les "antécédents" qu'il décrit autorisaient la défenderesse "à se prévaloir contre la F.G.T.B. de l'apparence (du mandat), cela tant pour les besoins de la négociation que pour ceux de la défense d'intérêts au nom des membres de cette dernière qui sont concernés par le présent procès".

millions liait MESTEROM à TRENDY. Enfin, sans cette apparence, la M.H.B. n'aurait pas contracté.

3.2. La simulation se distingue également de la fraude.

Celle-ci suppose l'utilisation répréhensible d'artifices en vue d'éluder soit les dispositions légales impératives ou d'ordre public soit les droits des tiers¹.

La fraude ne suppose pas deux actes distincts, contrairement à la simulation. Dans la simulation, l'intention de tromper se situe dans la création de l'apparence, mais ni l'acte apparent, ni l'acte réel ne sont, en principe, frauduleux; "La simulation n'est pas un moyen pour éluder la loi, mais pour cacher une réalité"²

La fraude rend l'acte nul tandis que la simulation n'affecte pas, en principe, la validité de l'acte entre parties.

Dans bon nombre de cas, les simulateurs ne sont pas animés par cette volonté de fraude, mais par la seule volonté de cacher. Ainsi, dans l'arrêt précité

¹ Voy. C.L. FLAVIAN, op. cit., p. 17; P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence précité, n° 49, R.C.J.B., 1986, p. 125; Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi, R.C.J.B., 1976, p. 303. L'auteur critique l'utilité du concept flou de fraude à la loi (à distinguer de la fraude aux droits des tiers); d'autres institutions aux contours plus précis comme l'abus de droit ou la simulation, permettent, estime-t-il, d'appréhender de manière plus adéquate les hypothèses visées par la fraude à la loi.

D'autres auteurs estiment que la fraude à la loi reste le concept qui sanctionne le mieux (ou, en tout cas, de la manière la moins mauvaise) les moyens artificieux visant à éluder une disposition impérative ou d'ordre public. Ainsi, la cession de créance à titre de garantie n'est pas, selon ces auteurs, valide car elle vise à éluder l'article 2078 du Code civil (relatif à la réalisation du gage par voie de justice). Voy. L. SIMONT, article cité, p. 281, P.A. FORIERS, rapport précité, p. 282; contra : X. DIEUX, Le contrat, instrument et objet du dirigisme, dans Les Obligations contractuelles, Recyclage du Jeune Barreau, 1984, pp. 287 et s..

Certes, l'abus de droit conçu de manière large (avec référence à la conformité à l'intérêt général) et la fraude aux droits des tiers (que le Professeur Van Ommeslaghe veille à distinguer de la fraude à la loi, note citée, p. 339) peuvent organiser la plupart des hypothèses visées par la fraude à la loi. Cependant, lorsque l'artifice mis en œuvre ne nuit pas aux tiers, mais porte atteinte à une disposition relative aux normes de société (en droit de la famille par exemple) les concepts d'abus de droit (qui, nous semble-t-il suppose une dommage à une personne juridique) ou de fraude aux droits des tiers semblent insatisfaisants.

Il est sans doute opportun de clôturer ce paragraphe par les réflexions de M. Rousseau : *"Loin de favoriser l'illicéité, les théoriciens de la fraude à la loi ont voulu au contraire lui forger de nouvelles armes dont "les restrictions à la libre activité des individus", qu'elles tendent à multiplier, ont paru à d'autres auteurs tendancieuses ou dangereuses car elles peuvent aboutir à substituer le juge au législateur. Aussi faut-il les manier avec circonspection et n'y recourir qu'à défaut de tous autres moyens techniques"* (J. ROUSSEAU, op. cit., p. 71).

² Voy. FERRARA, Simulazione, p. 70, cité par J. ROUSSEAU, p. 52.

de la cour d'appel de Liège du 12 février 1988, la personne qui apparaissait comme acquéreur était un prête-nom. La cour a considéré que la contre-lettre n'était pas nulle au motif *"que les parties à cette contre-lettre auraient eu pour mobile déterminant, la volonté de faire échapper l'immeuble acquis aux droits des créanciers de l'acquéreur dissimulé; ces créanciers trouvant dans l'article 1321 du Code civil une protection adéquate"*.

Cette décision montre la limite difficile à tracer entre un concept flou, la fraude, et la simulation dont notre système juridique reconnaît la licéité, bien qu'elle ait pour objet direct ou indirect de se protéger contre les tiers et parfois de leur porter préjudice.

S'il est établi au contraire que les simulateurs agissaient en fraude, l'acte réel sera nul¹.

Enfin, la simulation et la fraude peuvent être simultanément présentes dans la même figure juridique. La nullité de l'acte réel n'empêcherait pas à notre avis, les tiers de se prévaloir de l'acte apparent².

3.3. La simulation se distingue également de la fiducie³.

Le professeur Witz définit celle-ci en ces termes : "La fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi

¹ Cass., 19 mai 1961, Rev. prat. not., 1969, p. 58.

² La question a été discutée en droit français. Voy. M. DAGOT, op. cit., pp. 166 et 167. l'auteur précité et, semble-t-il, la jurisprudence française récente consacrent la thèse énoncée ci-dessus.

³ Voy. sur la fiducie, Les opérations fiduciaires, FEDUCI, L.G.D.J., 1985; C. WITZ, La fiducie en droit privé français, 1980; I. MOREAU-MARGREVE, Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés, Commission Droit et vie des affaires, Les créanciers et la faillite, Rapports, II, 109; L. SIMONT, De overdracht van schuldvorderingen tot zekerheid, Liber Amicorum F. DUMON, 1984, pp. 259 et s. Voy. sur la fiducie en droit comparé, Sicherungstreuhand en droit allemand (voy. R. SERICK, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd II, pp. 71 et s. ; voy. en droit néerlandais, O.K. BRAHNS, Fiduciaire overdracht en eigendomsvoorbehoud, Groningen, 1976 ; sur le droit italien, L. BARBIERA, Garanzia del credito e autonomia privata, 1971, ch. V ; en droit français, not. J. HEMMELE et O. VANGASSE, Réflexions sur les apports de la loi du 24 janvier 1984 dite "loi bancaire", à la loi du 2 janvier 1981 et sur la cession à titre de garantie, Banque, 1984, pp. 297 et s. ; voy. en droit espagnol, D.E. CANOVAS, Manual de Derecho civil espanol, 1983, p.393;

Voy. sur le droit comparé en général, l'ouvrage précité sur les opérations fiduciaires. Sur les relations entre la fiducie et la simulation; voy. J. ROUSSEAU, Simulation et fiducie, 1937.

lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une période soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire"¹

La fiducie ne suppose pas deux actes distincts, l'un réel, l'autre apparent dont les effets juridiques sont inconciliables.

La fiducie suppose un acte dont les effets sont voulus par les parties; la fiducie est "caractérisée par la disproportion entre le but recherché par les parties et les moyens employés pour le réaliser"². Ainsi, lorsqu'une créance est transmise en pleine propriété à titre de garantie, le but recherché, à savoir la garantie de remboursement de la créance, est disproportionné par rapport au moyen utilisé, à savoir la pleine propriété qui permet au créancier une entière disposition de la créance³. Les parties ne concluent pas un acte réel sous un acte apparent, même si l'opération a pour but d'octroyer parfois à l'insu des tiers, une position juridique plus confortable au contractant qu'aux autres tiers⁴.

¹ C. WITZ, op.cit., p. 15. Voy. P.H. DELVAUX, La mobilisation des créances à titre de garanties, dans La transmission des Obligations, 1980, p. 539. Le fiduciaire est le créateur de la fiducie.

² C.L. FLAVIAN, op. cit., p. 15.

³ La cession en pleine propriété à titre de garantie n'est pas reconnue en droit belge, contrairement aux droits voisins. Voy. P.H. DELVAUX, op. cit. Certes, ce mécanisme crée une sûreté non instituée par la loi, parfois sans publicité; cependant, elle favorise l'octroi de crédits aux entreprises par une garantie plus souple et plus sûre.

⁴ M. WITZ analyse dans son ouvrage précité (pp. 211 et s., n° 221 et s.) les différentes décisions qui, appliquant la simulation considèrent une vente comme un prêt garanti par un nantissement. M. WITZ énonce que la simulation suppose une contradiction entre deux actes (p. 216 ; voy. notre étude, supra, n° 2.3.). Or, comme le souligne à juste titre M. WITZ, "on peut sérieusement douter que les parties à une vente à des fins de garantie aient fréquemment l'intention de voir leurs rapports internes régis par un gage" (p. 217) - (voy. sur les rapports entre la vente aux fins de garantie et la fraude à la loi, not. P.A. FORIERS, La fiducie en droit belge, dans Les opérations fiduciaires, pp. 284 et 285 et les références citées.

4. BREF APERCU DE DROIT COMPARE.

- Parmi les options des systèmes juridiques français et belge, l'on a épinglé :
- la licéité de la simulation malgré la volonté de cacher;
 - la difficile frontière avec la fraude;
 - la fiction qui permet aux tiers d'ignorer l'acte réel.

Plusieurs autres options pourraient également être envisagées. La première consisterait à faire prévaloir la réalité sur la fiction et sanctionner la simulation parla nullité absolue des conventions apparentes, l'autre consisterait à s'en référer purement et simplement au droit commun de la responsabilité: le tiers qui s'est fié légitimement à l'acte apparent, peut s'en prévaloir à l'égard des parties qui ont participé à la simulation. Ces deux options ne sont d'ailleurs pas, on le verra, inconciliables.

4.1. En droit allemand, le § 117, alinéa 1, du Bürgerliches Gesetzbuch énonce que l'acte apparent est nul. L'article 2 prescrit la même sanction lorsque l'acte apparent couvre un autre acte juridique¹. Le droit allemand fait donc primer, de manière plus absolue que les droits français et belge, le principe de l'autonomie de la volonté puisqu'il n'as- sortit d'aucun effet juridique, l'acte apparent, sous réserve de la protection des tiers de bonne foi.

Le champ d'application de cet article est plus restreint que l'article 1321 du code civil français puisqu'il ne vise pas, notamment, la conclusion d'un contrat par un homme de paille². De même l'acte fiduciaire ne tombe pas sous l'application du § 117 BGB puisque l'effet juridique de cet acte a été voulu par les parties³.

Certaines dispositions du Code civil protègent cependant les tiers de bonne foi. Ainsi en est-il, dans la matière visée par l'arrêt annoté, de la cession de créance où le § 405 BGB protège le cessionnaire lorsqu'il lui a été remis un acte écrit établissant la dette du débiteur. Celui-ci ne peut alors invoquer le caractère apparent de sa reconnaissance de dette à l'égard du cessionnaire à moins qu'il n'ait connu ou n'ait dû connaître la réalité des faits⁴.

Le champ d'application de cette disposition est lui aussi plus étroit que celui de l'article 1321 du Code civil belge. En effet, le § 405 BGB suppose un écrit établi par le débiteur; en outre, le cessionnaire ne pourra se prévaloir de l'acte apparent non seulement s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il avait une connaissance effective de la réalité, mais aussi si, par sa négligence, il n'avait pas connaissance de la réalité.

¹ Voy. not. PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, München, 1985, Bd 7, 44 Auflage, § 117, pp. 81 et 82; ERMAN, B.G.B., Handkommentar, 1. Band, 1972, pp. 142 et s.

² B.G.H., N.J.W., 1959, p. 332.

³ Voy. ERMAN, op. cit., p. 143. Voy. sur la validité de la cession en pleine propriété à titre de garantie, R.G. HRR.35, 1656; voy. U. BLAUROCK et C. WITZ, Les opérations fiduciaires en droit allemand, dans Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., 1985, pp. 232 et 233.

⁴ Voy. ERMAN, op. cit., p. 863.

Alors que les droits français et belge s'attachent généralement à la connaissance ou l'ignorance effective¹, le droit allemand prend expressément en considération le comportement du tiers.

4.2. Le droit anglais n'a pas organisé à notre connaissance, un régime juridique propre aux contre-lettres.

Aussi avons-nous tenté d'approcher la problématique de la simulation sous deux angles. Le premier, la théorie du *trust*, le second, la théorie de la *misrepresentation* et de l'*estoppel*.

L'on rappellera que "*A trustee is a person who holds legal title to property under an express or implied agreement to apply it and the income arising from it to the benefit of another person who is called the beneficiary or cestui que trust*"².

Si le trustee tombe en faillite, le bénéficiaire et les créanciers du trustee peuvent respectivement revendiquer les biens confiés au trustee dans le cadre du trust. En principe, même si le trust a été constitué par une convention secrète, les créanciers ne peuvent saisir les biens du bénéficiaire détenus par le trustee, lors même qu'une publicité n'a pas été effectuée.

Le droit français et plus spécialement l'article 1321 du Code civil, pourrait protéger les tiers en pareille hypothèse alors que le droit anglais, qui ne connaît pas le régime de la contre-lettre, ne lui offre aucune protection³.

Par ailleurs, le droit anglais connaît la notion d'*estoppel*; ainsi, la personne qui crée une apparence trompeuse sur la base de laquelle un tiers vient à contracter ne peut contester par la suite les faits ayant créé cette apparence⁴. En d'autres termes, lorsque le tiers contracte sur la base d'un acte apparent, le simulateur ne peut plus se prévaloir de l'acte réel: "*the innocent party is entitled to hold the other party to his word*"⁵.

¹ Voy. M. DAGOT, op. cit., n° 157, p. 151. Voy. cependant infra, n° 6.2.

² Traduction libre : Le trustee est un personne qui détient un titre légal de propriété avec l'engagement express ou tacite d'utiliser celle-ci et les revenus qui en découlent au profit d'une autre personne appelée le bénéficiaire ou le cestui que trust"; C. DEWULF, The trust and Corresponding Institutions in the Civil Law, Centre interuniversitaire de Droit Comparé, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 27 qui cite KEETON, Law of Trusts, pp. 100 et s.

³ C. DE WULF, op. cit., pp. 74 à 77. M. DE WULF cite l'ouvrage de FLAVIAN : "Les créanciers chirographaires ont le droit de compter sur la fortune de leur débiteur, tel qu'elle résulte des actes ostensibles, et ils seraient trompés aussi bien que les ayants cause à titre particulier, si l'on pouvait leur opposer des écrits amoindissant leur fortune" (op. cit., p. 93); voy. aussi les autres références citées à la note (2), p. 74 de l'ouvrage de M. DE WULF.

⁴ P.S. ATIYAH; Essays on contract, 1986, p. 305. CHITTY, On Contracts, General Principles, not. n° 27, 23e édition.

⁵ P.S. ATIYAH, op. cit., p. 308. "la partie innocente est en droit de s'en tenir aux termes de l'autre partie".

La théorie de l'*estoppel* n'institue cependant qu'une règle de preuve avec des cas d'application bien définis.

4.4. Le droit néerlandais actuel connaît lui aussi la simulation et ne diffère point, à notre connaissance, de manière sensible, des droits français et belge¹.

4.5. En droit italien, les articles 1414 et s. du Code civil régissent la problématique. Ainsi, l'article 1414 précise que l'acte simulé est nul. Cependant, les tiers de bonne foi bénéficient de la protection des articles 1415 et s. du Code civil.

Ainsi, l'article 1415, 1° du Code civil italien précise que la simulation ne peut être opposée ni par les parties contractantes, ni par les ayants cause ni par les créanciers du simulateur qui aliène un bien, aux tiers qui ont acquis de bonne foi un titre apparent, sauf les effets de la transcription de la demande de simulation.

L'article 1415, 2°, dispose que les tiers peuvent faire valoir la simulation lorsque celle-ci leur cause préjudice².

L'article 1416, 1°, énonce que la simulation ne peut être opposée par les contractants aux créanciers du titulaire apparent qui de bonne foi, ont accompli des actes d'exécution sur des biens qui furent objets du contrat simulé.

Enfin, les créanciers de l'aliénateur partie à l'acte simulé peuvent faire valoir la simulation qui préjudicie à leur droit, et en cas de conflit avec les créanciers chirographaires de l'acquéreur, ils sont préférés si leur titre est antérieur à l'acte simulé³.

Le droit suisse consacre comme le droit allemand, la nullité de l'acte apparent⁴; l'acte réel n'est valable que si le contenu est licite et si les formes légales sont respectées^{5 6}.

¹ Voy. ASSER-RUTTEN, Verbintenissenrecht, II, 1982, pp. 89 et 93. Le Nieuw Burgerlijk Wetboek, à notre connaissance, protège les tiers sur la base de la seule théorie de l'apparence. Voy. A.S. HARTKAMP, Compendium van het Vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek, 1984, pp. 52 et 53.

² C'est nous qui soulignons.

³ Voy. R. SACCO, op. cit., p. 398. la jurisprudence a donné une interprétation large aux terme "préjudice aux droits des tiers". M. Sacco critique cette jurisprudence (Comp. M. VAN QUICKENBORNE, note citée). Voy. sur les conflits entre tiers, infra, n° 7.

⁴ Voy. commentaire du Code des Obligations suisse, pp. 8 et 9 qui cite R.O. 72, 154, J.T., 1946, p. 610.

⁵ Ibid., qui cite R.O. 71, 99, J.T., 1945, 472; ainsi la donation immobilière déguisée sous une vente est nulle car la preuve de l'animus donandi ne peut être rapportée, R.O. 53, 101.

⁶ Comme en droit allemand et pour les mêmes raisons, la convention de fiducie n'est pas visée par cette sanction (R.O. 85, 97, J.T., 1960, 142; R.O. 86, 221, J.T., 1961, 203): elle sera cependant nulle si elle a pour but d'éluder une disposition impérative de la loi (R.O. 72, 67, J.T., 1947, 117). La convention de prête-nom est également licite, sauf en cas de fraude (R.O. 85, 97, J.T., 1960, 142).

Le droit espagnol lui aussi considère l'acte apparent comme nul et accorde ,sur la base de la théorie de l'apparence, une protection aux tiers de bonne foi ¹.

A la nullité de l'acte apparent assortie d'une protection variable et souvent restreintedestiers de bonne foi,consacrée notamment par le droit allemand,s'oppose le système français et belge qui distingue entre la validité de l'acte réel entre parties et la valdité de l'acte apparent à l'égard des tiers.

¹ D.E. CANOVAS, op.cit., p. 392.

5. LE CESSIONNAIRE EST-T-IL UN TIERS ?

5.1. Le pourvoi fait grief à la cour d'appel d'avoir considéré le cessionnaire comme un tiers au sens de l'article 1321 du Code civil ; le cessionnaire est investi des droits du cédant et ne peut invoquer un droit propre qui serait violé par la contre-lettre; la simulation, poursuit le pourvoi, ne peut conférer au cessionnaire plus de droits que ceux dont bénéficiait le cédant.

La Cour de cassation a rejeté ce moyen en rappelant que le cessionnaire de créances était un tiers par rapport aux clauses ou conventions qui lui étaient inconnues ¹.

5.2. Le concept de tiers est une notion à contenu variable. Sa définition dépendra du contenu et de la portée de la disposition légale qui la contient ².

Nous nous limiterons, dans cette étude, à circonscrire la notion de tiers dans l'article 1321 du Code civil. Nous la comparerons brièvement avec la définition du tiers dans l'article 1165 de ce Code.

Les articles 1165 et 1321 du Code autorisent tous deux les tiers à considérer comme ne leur étant pas opposables le contenu d'un acte auquel ils n'ont pas pris part. Ces articles peuvent être invoqués concurremment par les tiers.

La notion de tiers revêtira une acception large dans l'article 1321 du Code civil ³ ; en effet, la simulation suppose un comportement qui, même s'il n'est pas répréhensible, est susceptible de nuire aux intérêts de tous ceux qui y sont étrangers, et qui, dès lors, doivent être protégés.

Par contre, le principe de la relativité constitue un rouage essentiel du mécanisme contractuel ; ce mécanisme, comme nous l'analyserons plus loin, suppose, dans l'intérêt des parties et de leurs ayants droit, que la notion de tiers y revête une portée plus restreinte.

5.3. L'on rappellera brièvement la définition du tiers dans l'article 1165 du Code civil ⁴. Le tiers peut y être considéré comme la personne qui n'est pas "impliquée" dans le contrat. Cette définition exclut ainsi les contractants eux-mêmes, c'est-à-

¹ C'est nous qui soulignons.

² Voy. not. les articles 1165, 1321, 1328, 1338, 1351 du Code civil. Sur la notion de tiers dans l'article 1690 du Code civil et dans l'article 16 de la loi du 31 mars 1958 relative à l'endossement de la facture, voy. notre étude, La subrogation, support juridique du factoring en Belgique ?, J.T., 1980, pp. 258 et s. Voy. sur la notion de tiers dans l'article 1725 du Code civil, M. VANWIJCK-ALEXANDRE, Le recours du preneur contre le bailleur pour des troubles de jouissances imputables à des tiers. Le cas spécial du colocataire, R.C.J.B., 1987, pp. 361 et s., spéc. p. 385.

³ Voy. M. DAGOT, op.cit., p. 132 ; Comp. E. DIRIX, note sous Cass., 11 décembre 1987, R.W., 1987-1988, p. 1095.

⁴ Voy. à ce sujet, not. E. DIRIX, Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden, Antwerpen, 1984, n° 1 et s.

dire ceux qui ont consenti à entrer dans des liens contractuels, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un représentant.

Ne sont pas non plus considérés comme tiers au sens de l'article 1165 du Code civil, les ayants cause à titre universel; ceux-ci sont investis des droits et obligations du titulaire précédent¹

Les ayants cause à titre particulier sont-ils des tiers au regard de l'article 1165 du Code civil ?

D'éminents auteurs répondent par l'affirmative². De Page souligne que "les ayants cause à titre particulier ne doivent pas subir les effets internes des contrats passés par leur auteur, mais leur existence, ce qui est tout autre chose; et ils ne doivent même subir cette existence que dans la limite où ces contrats ne contredisent pas aux droits antérieurement acquis par eux sur la chose transmise"³.

A notre avis, le contenu du contrat est, dans certaines hypothèses, opposable aux ayants cause à titre particulier en sorte que l'on ne peut, dans l'application de l'article 1165 du Code civil, attribuer de manière absolue la qualité de tiers à ceux-ci. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de procéder à une analyse détaillée de ces hypothèses, mais d'en énoncer certaines, à titre exemplatif⁴.

En premier lieu, la loi prévoit parfois expressément que l'ayant-cause à titre particulier est lié par les contrats conclus par son auteur. Ainsi, l'article 1743 du Code civil oblige l'acquéreur d'un immeuble loué à respecter le bail ayant date certaine.

En deuxième lieu, lorsqu'une chose est transmise, par le contrat de vente par exemple, les droits et accessoires qui s'y rattachent étroitement sont transférés à l'acquéreur⁵.

¹ Cette règle souffre exception

- si la convention y déroge (art. 1122 C. civ.)
- si la nature du contrat (contrat intuitu personae) s'y oppose (art. 1122 C. civ.)
- si la loi le détermine (voy. not. 1795, 1865, 2003 du Code civil)
- si le successeur n'est pas capable

(voy. E. DIRIX, n° 12; H. DE PAGE, Traité précité, t. I, p. 177.

² Voy. H; DE PAGE, op. cit., t. I, p. 179.

³ Ibid., p. 180.

⁴ Voy. sur cette question, J. DUCLOS, L'opposabilité, 1984, pp. 233 et s.

⁵ Voy. E. DIRIX, op. cit., n° 13. Le droit français semble admettre plus aisément que le droit belge la transmission des dettes liées étroitement à la chose elle-même; s'est développée à cet égard le concept d'obligation réelle. Voy. J. DUCLOS, loc. cit.; voy. pour une critique, J. HANSENNE, La limitation du nombre de droits réels et le champ d'application du concept de service foncier, note sous Cass., 16 septembre 1966, R.C.J.B., 1968, p. 176, n° 9 et s.

La question reste cependant incertaine et la solution est soumise à l'appréciation de la jurisprudence.

Dans l'hypothèse de cession de créances issues d'un contrat, la créance est transmise telle que construite et modelée par les contractants. Le cessionnaire de loyers inscrits dans un bail pourra, à notre avis, se prévaloir de la clause d'indexation: le preneur pourra refuser de lui payer les loyers si le bailleur n'exécute pas ses obligations contractuelles¹.

L'on voit donc que les ayants cause à titre particulier ne peuvent, de manière absolue, être considérés comme des tiers et que, de manière fréquente, ils ne pourront ignorer les clauses du contrat.

Enfin, les créanciers chirographaires sont, certes, considérés comme tiers au regard de l'article 1165 du Code civil².

En conclusion, les contractants, les ayants cause à titre universel, ne sont pas tiers au regard de l'article 1165 du Code civil; les créanciers chirographaires le sont incontestablement tandis que le sort des ayants cause à titre particulier reste controversé.

5.4. La notion de tiers est plus large dans l'article 1321 du Code civil puisque selon une thèse généralement admise, elle englobe toutes les parties qui n'ont pas participé à l'acte³.

La Cour de cassation de Belgique a, dans un arrêt précédent, énoncé:
*"Sont des tiers à un acte, en ce qui concerne la preuve de la simulation, ceux qui, fussent-ils même des ayants cause de l'auteur de l'acte, peuvent se prévaloir d'un droit propre auquel cet acte porte atteinte"*⁴.

De Page enseigne :

*"Est tiers quiconque n'a pas figuré à l'acte soit par lui-même, soit par son représentant, soit par son auteur (ayant cause à titre universel)"*⁵.

Certains auteurs semblent définir les tiers comme ceux qui n'ont pas signé ou pas souscrit à l'acte⁶. Cette définition est sans doute trop étroite puisque, par exemple, en cas d'interposition de personnes, le mandant n'a pas lui-même souscrit à l'acte mais ne peut être considéré comme un tiers.

¹ Voy. sur la possibilité par le débiteur d'invoquer l'exception d'inexécution, P. VAN OMMESLAGHE, La transmission des obligations en droit belge, dans La Transmission des Obligations, 1980, p. 99 et s.

² H. DE PAGE, op. cit., p. 179.

³ Voy. Cass. fr., 8 mars 1893, D., 1893, I, p. 243; S., 1893, I, p. 193. Voy. M. DAGOT, op. cit., p. 133.

⁴ Cass., 21 juin 1974, Pas., 1974, I, 1089; voy. aussi Cass., 21 octobre 1960, Pas., 1961, p. 193.

⁵ Op. cit., p. 633.

⁶ F. LAURENT, op. cit., n ° 188, p. 202.

Cependant, les ayants cause à titre universel sont assimilés à l'auteur de l'acte et ne peuvent, en principe, pas se prévaloir de l'article 1321 du Code civil¹. Ils sont des tiers lorsqu'ils peuvent se prévaloir d'un droit propre. Ainsi les héritiers réservataires sont des tiers lorsqu'ils entendent exercer le rapport ou la réduction².

La notion de tiers visée par l'article 1321 du Code civil inclut bien évidemment les ayants cause à titre particulier³ puisque ce sont eux qui, ayant contracté avec une partie sur la base d'un acte simulé, auront le plus de raisons légitimes de se prévaloir de l'article 1321 du Code civil⁴.

L'on voit donc la différence dans la définition du tiers entre l'article 1165 et 1321 du Code civil.

L'article 1165 du Code civil consacre un principe essentiel du mécanisme contractuel: seuls ceux qui ont voulu s'engager seront liés par le contrat; pr ailleurs, les droits et obligations résultant du contrat doivent pouvoir être transmises, en sorte que les droits et obligations qui sont repris dans le texte du contrat sont également transmis.

L'article 1321 du Code civil vise à protéger les tiers contre ceux qui veulent, sous le couvert d'un acte apparent, leur cacher la réalité juridique. Toutes les personnes ignorantes de cette simulation doivent donc être protégées.

Un exemple permettra d'illustrer cette distinction. Celui qui, dans le cadre d'une cession de bail, reprend les droits et obligations du preneur, sait qu'un contrat liait le preneur originaire et le bailleur. Il peut s'enquérir avant d'adhérer à la cession, des conditions de celui-ci.

Sans entrer dans les arcanes de la cession de bail⁵, la transmission des obligations peut se révéler, à notre avis, plus efficace et plus souple, lorsque le contenu du contrat lie également l'ayant cause à titre particulier.

¹ Voy. not., M. BARTIN, op. cit., p. 183; M. DAGOT, op. cit., p. 136.

² Voy. Bruxelles, 7 novembre 1962, Rec. gén. enr. not., pp. 386 et s.; Cass., 21 juin 1974, ibid., 1976, pp. 10 et s. Voy. H. DE PAGE, op. cit., p. 633.

³ H. DE PAGE, op. cit., p. 633; Liège, 27 mars 1891, P., II, p. 342.

⁴ Voy. dans ce sens, E. BARTIN, op. cit., thèse, Paris, 1885, p. 186; C.L. FLAVIAN, op. cit., thèse, Paris, 1929, pp. 94 et 95. Ces auteurs soulignent que l'ayant-cause à titre particulier ne pourra se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte en vertu de l'article 1165 du Code civil. Cette thèse est exacte dans la mesure où l'ayant-cause à titre particulier n'est pas un tiers. Qui plus est, le seul principe de l'inopposabilité des conventions ne permettra pas aux tiers de se prévaloir soit de l'acte apparent, soit de l'acte réel ; en d'autres termes, l'inopposabilité ne constitue pas une protection suffisante pour les tiers trompés par la simulation.

⁵ Voy. sur cette question, L. SIMONT, Cession de bail, dans La Transmission des Obligations, 1980, pp. 282 et s.

Par contre, dans l'hypothèse où le bailleur et le preneur originaire ont signé une contre-lettre faisant état d'un prix supérieur ou d'une obligation d'entretien plus lourde à charge du locataire, et où le cessionnaire signe le bail sur la base de l'acte apparent allégeant les obligations du preneur, l'équité et la logique requièrent que le cessionnaire soit considéré comme tiers et puisse se prévaloir de l'acte apparent.

Dans la première hypothèse, le tiers avait la possibilité de s'informer du contenu de l'acte; dans la deuxième hypothèse, le tiers ne pouvait pas être informé du contenu d'un contrat que les parties avaient volontairement tenu secret.

Les ayants cause à titre particulier du simulateur comprennent l'acquéreur de l'immeuble acheté au simulateur, lui-même titulaire sur la base d'un acte apparent¹.

La maxime nemo plus iuris ad alium transferre potest ne peut être invoquée².

Le sous-acquéreur peut également se prévaloir de l'acte apparent³.

Le cessionnaire d'une créance peut lui aussi invoquer l'acte apparent, même si celui-ci est contredit par l'acte réel. Comme l'écrit M. Dagot:

"La solution ne peut faire de doute; le cessionnaire est un tiers: dès lors, le débiteur cédé ne peut lui opposer la contre-lettre; là aussi, on constate l'exception apportée par la théorie de l'apparence à la règle suivant laquelle le cessionnaire d'une créance n'acquiert pas plus de droit que n'en possédait le cédant, autre application de la maxime nemo plus iuris"⁴.

Cette thèse a été consacrée à plusieurs reprises par la Cour de cassation de France⁵. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1944⁶, la créance d'un prêt apparent dissimulait celle du prix d'achat de fonds de commerce; ce prix avait fait l'objet d'une réduction; cette convention d'achat, énonça la Cour de cassation française, ne peut sortir d'effet à l'égard du cessionnaire de bonne foi. En conséquence, la réduction du prix ne pouvait être invoquée à l'égard du cessionnaire qui pouvait se prévaloir de l'acte ostensible.

¹ M. DAGOT, op. cit., p. 143; C.L. FLAVIAN, op. cit., p. 87. Cass., 21 octobre 1960, loc. cit.

² Voy. Cass. fr., 3 avril 1963, J.C.P., 1964, II, 13502 et note J. MAZEAUD, D., 1964, p. 306 et note S. CALAIS-AULOY; S., 1964, J, 1, et note PLANCQUEEL; R.T.D.Civ., 1964, p. 346 et obs. BREDIN.

³ Voy. M. DAGOT, pp. 144 et 145: l'auteur souligne à juste titre que la publicité foncière, en cas de vente immobilière ne fournit pas une protection au sous-acquéreur puisqu'elle ne purge pas les vices des titres d'acquisition; par contre, en cas de vente mobilière, le sous-acquéreur de bonne foi est protégé à la fois par les articles 1321 et 2279 du Code civil.

⁴ M. DAGOT, op. cit., p. 136.

⁵ Voy. not. Cass. fr., 22 février 1853, Dalloz, 1854, J., c. 597.

⁶ D.A., 1944, p. 86.

La doctrine française estime sans, à notre connaissance, voix discordante, que le cessionnaire de la créance est un tiers par rapport à l'acte de base¹.

Cette solution logique a été consacrée dans l'arrêt que nous annotons².

Bartin souligne à juste titre que le tiers, cessionnaire d'une créance régulièrement signifiée en vertu de l'article 1690 du Code civil, ne devient pas titulaire du droit sur la base de cette signification:

"L'article 1690, est une mesure de publicité qui ne transforme pas la nature du droit, qui, notamment, ne peut convertir un droit apparent en un droit véritable. Le débiteur auquel est signifiée la cession ou qui l'accepte s'engage simplement à ne rien faire contre elle; ce n'est pas un engagement nouveau qu'il contracte envers le cessionnaire. C'est l'ancienne créance qui persiste avec un titulaire nouveau" ³.

En d'autres termes, la publicité permet de consacrer l'existence du droit du cessionnaire à l'égard des tiers ou du débiteur, mais ne modifie pas le droit. Il est évident que, dans l'hypothèse de cession d'un droit apparent, la signification ne transforme pas le droit du cessionnaire en un droit réel. Le débiteur aura donc, même si la cession est signifiée, la faculté de se prévaloir de la situation réelle, à savoir, l'absence de transfert de droit.

La signification ne prive certes pas non plus le débiteur de la faculté de se prévaloir à l'égard du cessionnaire des exceptions qu'il pouvait opposer au cédant.

Le pourvoi reprochait également à la décision d'appel de ne pas avoir permis à MESTEROM, en sa qualité de débiteur cédé, de se prévaloir des exceptions envers le cessionnaire (la M.H.B.) qu'il aurait pu faire valoir à l'égard du cédant (TRENDY) et plus particulièrement, l'absence de remise d'argent lors de la conclusion du prêt.

Certes, le transfert d'une créance ne peut aggraver la situation du débiteur⁴. Cependant, comme nous l'avons exposé ci-dessus, c'est la caractéristique même du régime juridique de la simulation que d'attribuer aux tiers, en ce compris l'ayant-cause à titre particulier, des droits fictifs, parfois plus importants que ceux résultant de la réalité des relations juridiques entre parties.

Si, en l'espèce, le débiteur cédé ne peut invoquer, à l'égard du cessionnaire, les exceptions qu'il aurait pu invoquer envers le cédant, c'est parce que débiteur

¹ NAUT, *op. cit.*, p. 21; PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil français*, t. 6, n° 337.

² Voy. dans le même sens, F. BOUCKAERT, note citée. *Contra* : Y. MERCHERS, Les effets de la cession de créance vis-à-vis du débiteur cédé, note sous Cass., 27 décembre 1984, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 514 et s., spéc. p. 539.

³ E. BARTIN, *op. cit.*, p. 195.

⁴ Cass., 14 février 1924, , 1924, I, 202; voy. notre étude L'inopposabilité des exceptions à l'endossataire de la facture par suite du silence prolongé du débiteur, *J.T.*, 1981, p. 649.

cédé et cédant ont, selon la Cour d'Anvers, caché la situation réelle aux tiers; le débiteur cédé qui a participé à la simulation de la réalité envers les tiers, peut donc difficilement nier à ceux-ci la protection que la loi leur accorde.

Les créanciers chirographaires sont également des tiers au sens de l'article 1321 du Code civil¹. Certains auteurs ont prétendu l'inverse, au motif que le créancier chirographaire ne dispose pas d'un droit propre, qu'ils ont suivi la foi de leurs débiteurs et qu'ils sont protégés contre les actes frauduleux du débiteur par l'article 1167 du Code civil².

En fait, les créanciers chirographaires peuvent être victimes de la simulation comme les ayants droits. Ainsi, lorsqu'un débiteur soucieux d'organiser son insolvabilité dans des conditions optimales déguise la donation de son seul immeuble en une vente apparente. Ni le texte de l'article 1321 du Code civil, ni la protection qu'il veut accorder, ne justifient de réserver un sort distinct aux créanciers chirographaires. La Cour de cassation française a d'ailleurs consacré cette thèse à maintes reprises^{3 4}.

Certains auteurs estiment que le créancier chirographaire qui se prévaut de l'article 1166 du Code civil doit être considéré comme un tiers dans l'exercice de l'action oblique⁵.

Dans l'action subrogatoire, le créancier exerce l'action en lieu et place de son débiteur, avec les droits et obligations de celui-ci. En conséquence, le cocontractant du débiteur pourra, à l'égard de créancier de celui-ci, se prévaloir de l'acte réel, dans la mesure où le créancier exerce l'action oblique. Si le créancier se prévaut au contraire d'un droit propre à l'égard du cocontractant du débiteur, fondé par exemple sur une action directe, la solution sera certes différente.

Se pose enfin la question de savoir si le fisc est un tiers: peut-il se prévaloir de l'acte apparent? La Cour de cassation belge a énoncé dans un arrêt du 20 mars 1958 que l'administration des contributions directes serait tiers à l'acte réel⁶. L'avocat général Dumon fit remarquer à cet égard:

¹ E. BARTIN, op. cit., p. 183; DAGOT, op. cit., p. 146; C.L. FLAVIAN, op. cit., p. 100.

² Voy. les auteurs cités par P. NAUT, thèse, p. 24. L'hypothèse du créancier chirographaire est sans doute celle où l'inclusion dans le concept de tiers est la plus évidente au regard de l'article 1165 du Code civil et la plus sujette à réflexion en sens de l'article 1321 du Code civil. En effet, s'agissant de l'article 1165 du Code civil, le créancier chirographaire est totalement étranger à la convention et n'entre dans aucun des droits qui dérivent de la convention, rien ne permettant que l'on puisse leur opposer le contenu de la convention. S'agissant de l'article 1321 du Code civil, les parties ont, sans doute, rarement voulu lui nuire en créant une simulation et le créancier chirographaire ne pourra pas établir la preuve d'un dommage résultant de la simulation.

³ Voy. les références citées par M. DAGOT, op. cit. p. 147, note 65 et not. Req. 15.2.1897, D., 1897, I, p. 247.

⁴ Voy. en droit belge, F. LAURENT, Principes de droit civil, t. 19, n° 190.

⁵ Voy. not., F. LAURENT, Principes de droit civil, t. 19, n° 190; voy. E. BARTIN, pp. 205 et s.

⁶ Pas., 1958, I, pp. 805 et s.

"La mission de l'administration n'est pas de veiller à des intérêts semblables à ceux des patrimoines privés mais bien la mission d'ordre public de n'asseoir l'impôt que sur des valeurs précisées par la loi"¹.

Il serait hâtif d'enlever sur la base de cet arrêt, la qualité de tiers à l'administration fiscale. Celle-ci peut se prévaloir de la qualité de tiers à la condition de respecter la réalité dans l'établissement de l'impôt².

En droit français, l'administration peut invoquer l'acte apparent³.

En cas de vente par un prête-nom, l'administration française percevra un double droit de la vente apparente en premier lieu, sur l'acte de rétrocession du prête-nom au mandant en second lieu.

Nous croyons pour notre part que la solution adoptée par le droit belge, à savoir l'application du principe de la réalité dans l'établissement de l'impôt doit être préférée : l'article 1321 du Code civil ne peut être utilisé comme une sanction à l'égard des fraudeurs. En effet, d'autres sanctions, notamment les amendes, existent, spécialement appropriées à cette fin.

¹ Ibid. Voy. P. COPPENS, Le concept de tiers et la loi des impôts directs, R.P.S., 1960, n° 4919.

² Voy. Cass., 12 octobre 1972, P., I, 156. Ainsi le fisc peut se prévaloir de sa qualité de tiers dans le recouvrement de l'impôt. Voy. SCHREUDER, Impôts sur les revenus, compléments, Bruxelles, Bruylant, 1960, n° II bis, p. 14; P. COPPENS, loc. cit. Voy. aussi J. KIRKPATRICK, Le droit fiscal se fonde sur des réalités, J.P.D.F., 1969, p. 161, n° 17. Voy. cependant l'article 106 du Code des droits de successions qui dispose "Les contre-lettres ne sont pas opposables à l'Etat, en tant qu'elles auraient pour effet de diminuer l'actif ou d'augmenter le passif de la succession". Voy. sur l'effet des conventions qui dissimulent une partie du prix de vente pour éluder l'impôt, Cass., 18 mars 1988, R.W., 1988-89, c. 711 et s., et note E. DIRIX. La convention de vente reste valable sauf si le but déterminant des contractants était d'éluder l'impôt.

³ M. DAGOT, op. cit., p. 148; P. NAUT, op. cit., p. 27.

6. CONDITIONS POUR QUE LE TIERS PUISSE SE PREVALOIR DE L'ARTICLE 1321 DU CODE CIVIL.

Le tiers doit être de bonne foi et justifier d'un intérêt légitime^{1 2}

6.1. La notion d'intérêt légitime ne suppose pas qu'un préjudice soit établi: le tiers doit établir que la simulation est susceptible de mettre ses droits en péril.

Ainsi, un créancier chirographaire ne pourra normalement pas se prévaloir de la simulation si sa dette est minime et que le patrimoine du débiteur est amplement suffisant pour rembourser la totalité de sa dette.

Précisons que les tiers ne doivent pas établir que la simulation avait pour objet de leur causer un préjudice direct³.

M. Van Quickenborne a critiqué dans sa note précitée l'arrêt du 21 juin 1974 en ce qu'il permet aux tiers de se prévaloir de l'article 1321 du Code civil, sans rapporter la preuve d'un préjudice en relation causale avec la création d'une apparence trompeuse⁴.

Analysant les fondements possibles de l'article 1321 du Code civil, l'apparence d'une part, la peine privée d'autre part, il estime que l'apparence constitue le fondement le plus approprié. Or, c'est la peine privée et non l'apparence qui peut expliquer le fait que les tiers qui ne se sont pas fiés à l'acte apparent pour contracter, puissent se prévaloir de l'article 1321 du Code civil.

La simulation procède, dans le chef de ses auteurs, d'une volonté de tromper les tiers. Ceux-ci doivent donc, dans la mesure où cette pratique est autorisée, bénéficier d'une protection maximale contre celle-ci. Or, si le tiers doit établir l'existence d'un préjudice et du lien de causalité entre celui-ci et la simulation, sa protection s'affaiblit. Tout plaideur connaît les difficultés rencontrées dans la livraison de la preuve de ces éléments. Même si l'on admettait l'apparence comme fondement unique de la simulation, il conviendrait de lege ferenda d'établir au profit des tiers, une présomption réfragable de l'existence d'un dommage et d'un lien causal.

6.2. L'exigence de la bonne foi du tiers est évidemment justifiée. Si le droit permet aux tiers de se prévaloir d'une situation fictive qui s'écarte de la volonté réelle des parties, c'est essentiellement parce qu'ils se sont fiés à l'apparence que

¹ M. DAGOT, op. cit., p. 150; P. NAUT, op. cit., pp. 29 et s. Voy. aussi Corr. Huy, 7 janvier 1972, J.Lg., 1971-72, énonçant logiquement que le parquet est un tiers.

² Au niveau des conditions de mise en oeuvre, les règles relatives à la simulation n'étant pas d'ordre public, l'article 1321 du Code civil ne peut être invoqué pour la première fois, devant la Cour de cassation. Voy. en droit français, M. DAGOT, op. cit., p. 150, qui cite Cass. req., 30 mai 1888, S., 1888, I, 325.

³ Voy. P. VAN OMMESELAGHE, Examen de jurisprudence, Les Obligations, R.C.J.B. 1986, n° 50, pp. 128 et s.; Cass., 21 juin 1974, loc. cit.

⁴ Voy. dans le même sens, R. SACCO, op. cit., pp. 399 et s.

les parties contractantes ont créé. En conséquence, la protection exceptionnelle qui leur est accordée perdrait toute raison d'être, s'ils connaissaient la contre-lettre¹.

6.2.1. La bonne foi est généralement définie comme l'ignorance de la simulation par le tiers².

a. De Page écrit:

*"Mais la simple connaissance de l'existence d'une simulation ne suffit pas à enlever aux tiers le droit que leur donne l'article 1321"*³.

Cette phrase est exacte, mais mérite une nuance. Si le tiers apprend l'existence de la simulation après avoir contracté sur la base de l'acte apparent, le tiers reste protégé par l'article 1321 du Code civil. Par contre, si le tiers a connu la contre-lettre avant de contracter sur la base de l'acte apparent, le tiers a adhéré à la convention en connaissance de cause et ne peut plus se prévaloir de l'article 1321 du Code civil.

6.2.2. Avant d'analyser la bonne foi de la M.H.B. en la présente espèce, l'on peut évoquer l'influence des mesures de publicité sur la bonne foi du tiers et l'appréciation de cette matière en fonction de la situation particulière des parties.

Si, par exemple, la contre-lettre vient à être transcrite sans le registre de la conservation des hypothèques, le tiers peut-il encore se prévaloir de sa bonne foi?

Il faut, à notre avis, avoir égard à la connaissance effective du tiers⁴. L'on pourra également, nous semble-t-il prétendre que le tiers n'est pas de bonne foi si, eu égard aux circonstances de la cause, et à la profession du tiers, celui-ci avait l'obligation de se renseigner avant de contracter. Ainsi, l'on a jugé en matière de mise en gage du fonds de commerce que *"toute circonstance de nature telle à éveiller les soupçons du cessionnaire sur la légitimité des droits du tradens est exclusive de la bonne foi... Les circonstances de l'espèce étaient notamment la qualité de spécialiste dans le financement des investissements industriels et commerciaux"* ⁵.

Cette jurisprudence subordonne la présence de la bonne foi à l'accomplissement, dans le chef du tiers, de son obligation d'information. Cette obligation sera plus ou moins sévère selon la profession du tiers, la présence d'une publicité ...

¹ Voy. not. E. BARTIN, op. cit., p. 252; J. BRICOUT, De theorie van de schijnbaarheid inzake nietige rechtshandelingen, p. 144, n° 20; M. DAGOT, op. cit., pp. 151 et 152.

² Voy. M. DAGOT, op. cit., p. 152 qui cite not. Cass. com. fr., 10 juin 1953, Bull., 1953, III, n° 214, p. 152.

³ Op. cit. p. 633.

⁴ Voy. M. DAGOT, op. cit., p. 154.

⁵ Comm. Charleroi, 4 juin 1986, J.L.M.B., 1987, p. 818; notre étude De Inpandgeving van de Handelszaak, DAOR, 1989, n° 9, p. 18 et 19.

Signalons aussi que, dans d'autres systèmes juridiques, la bonne foi est appréciée de manière plus sévère qu'en droit belge, en mettant à charge du tiers une obligation d'information plus large et plus sévère ¹.

6.3. La Cour de cassation, dans l'arrêt annoté, énonce que le cessionnaire est un tiers à l'égard des conventions ou clauses qui lui étaient inconnues. La Cour consacra ainsi à une approche classique de la bonne foi basée sur la seule connaissance.

L'on peut se demander si, en l'espèce, la M.H.B. pourrait justifier de sa bonne foi. En effet, la convention du 4 octobre 1978 ne laissait-elle pas transparaître la dation du bien en paiement du solde du prix, à savoir 4 millions de francs belges?

¹ M.E. GOLDSCHMIDT, *The trust and its use in commercial and financial transactions*, R.D.A.L., 1985, p. 683 et s., spéc. p. 696.

7 CONCOURS ENTRE LE TIERS QUI SE PREVAUT DE L'ACTE APPARENT ET CELUI QUI SE REFERE A L'ACTE REEL.

Deux tiers de bonne foi se prévalent l'un de l'acte apparent, l'autre de l'acte réel. L'apparence priera-t-elle encore la réalité dans la mesure où le tiers qui tient ses droits de l'acte réel, n'a pas participé à la simulation et ignore l'existence de l'acte apparent?

Ainsi peut-on imaginer un conflit entre les créanciers d'une société fictive et les créanciers de l'associé réel. Deux sous-acquéreurs d'un immeuble peuvent tenir leur droit l'un du prête-nom, l'autre du propriétaire réel¹

La jurisprudence française a eu l'occasion d'analyser cette question à différentes reprises, privilégiant tantôt le tiers se prévalant de l'acte réel, tantôt celui qui invoquait l'acte apparent.

La Cour de cassation française a parfois donné raison au créancier se fondant sur l'apparence².

Par contre, dans un arrêt du 10 mai 1949, la Cour de cassation française donna la préférence au sous acquéreur de bonne foi qui tirait ses droits de l'acte réel^{3, 4}.

M. Dagot estime que préférence doit être donnée au tiers tirant son droit de l'acte apparent. Il s'agit, écrit-il, d'une application de la théorie de l'apparence et de l'adage "Error communis facit ius"⁵.

M. Flavian estime ; *"L'autonomie de la volonté, le respect de la volonté pour elle-même sont des idées dont la force s'affaiblit à l'époque moderne. Pour fixer la règle de droit, on cherche aujourd'hui à mettre en concordance la volonté individuelle et le but social poursuivi. Or, la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales fait ici qu'on cède le pas aux ayants cause ou propriétaire apparent"* ⁶

¹ D'autres critères (publicité foncière, article 2279 du Code civil, etc...) peuvent intervenir, dans certaines hypothèses, pour trancher ce conflit (voy. M. DAGOT, op. cit., pp. 284 et s. Nous ne les aborderons pas dans le cadre de cette note).

² Cass. fr., 25 avril 1939, D.H., 1939, 305, R.T.D.Civ., 1939, p. 790; Cass. civ., 3 avril 1963, D., 1964, p. 306 et note CALAIS-AULOY.

³ Civ. 10 mai 1943, D., 1949, p. 277 et note LENOAN, S., 1949, I, 189, note BULTE; J.C.P., 1949, I, 4972 et note BECQUE; voy. cependant les nuances apportées par M. DAGOT, op. cit., p. 289.

M. VAN QUICKENBORNE écrit qu'il est constant qu'en cas de conflit entre des tiers dont les uns invoquent l'acte ostensible et les autres l'acte secret, la préférence doit aller au premier (note citée, n° 20, op. cit., p. 275). L'on a vu que la jurisprudence française n'a pas toujours suivi cette thèse.

⁴ Voy. aussi supra, l'article 1416 du Code civil italien.

⁵ M. DAGOT, op. cit., pp. 293 et 294.

⁶ Op. cit., p. 141.

Planiol et Ripert écrivent : *"La préférence doit être donnée à ceux qui invoquent l'acte apparent. Le texte de l'article 1321 est en leur faveur, et aussi son esprit, qui est d'assurer la sécurité à ceux qui se sont fiés aux actes ostensibles"*¹.

Cette thèse appelle la nuance suivante : l'article 1321 du Code civil introduit une fiction. La fiction doit-elle encore primer la réalité lorsqu'un conflit oppose deux titulaires de droit, auxquels l'équité et la logique requièrent d'accorder une égale protection ?

¹ Traité pratique de droit civil français, t. VI, n° 339. Voy. aussi D.E. CANOVAS, op.cit., p. 395.

8. LA PREUVE DE L'ACTE APPARENT

MESTEROM prétendait que la preuve de la remise d'argent inhérente au prêt, n'était pas rapportée et qu'en conséquence, il ne pouvait être institué débiteur de 4 millions F.B.

La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la cour d'appel, énonce que la réalité du prêt est indifférente.

Cette thèse ne peut être qu'approuvée.

En effet, il appartient au tiers d'établir l'existence de la simulation¹. Il peut rapporter la preuve par toutes voies de droit².

Une fois la preuve de la simulation rapportée, le tiers ne doit bien évidemment pas établir la réalité de l'acte apparent.

Certes, en l'espèce, l'engagement de remboursement de MESTEROM pouvait résulter d'autres documents en sorte que la décision prise n'apparaît pas d'une quelconque manière comme injuste. Il n'empêche que, par l'effet de la fiction³ créée par l'article 1321 du Code civil, la reconnaissance d'une dette imaginaire de plusieurs millions dans un acte apparent, peut avoir des conséquences très graves pour le débiteur apparent qui a participé à la simulation.

¹ Bruxelles, 15 avril 1966, Pas., 1967, II, 67; voy. aussi Cass., 11 octobre 1962, Pas., I, 180.

² Voy. M. DAGOT, pp. 313 et s. Par contre, entre parties, les règles des articles 1341 et s. doivent être respectées: M. DAGOT, op. cit., p. 308.

³ Voy. J. BRICOUT, op. cit., n° 120, p. 144.

CONCLUSIONS

En premier lieu, la simulation suppose deux situations juridiques, l'une réelle, l'autre apparente, ayant des effets juridiques partiellement ou totalement inconciliables. Dans l'espèce commentée, l'on constate tout d'abord que la contre-lettre n'a fait l'objet d'aucun acte écrit. En outre, la volonté de cacher ou l'intention de tromper constituent également une condition essentielle à la présence de la simulation. Cette condition n'a pas été, semble-t-il, débattue devant les juridictions de fond. L'on peut se demander si cette volonté de cacher était réellement présente ou si, au contraire, les parties n'ont pas réalisé une construction juridique confuse et obscure de laquelle une volonté claire et précise de simulation était absente.

En deuxième lieu, la notion de tiers doit être définie de manière relative, en fonction du contenu de la disposition légale et de la protection qu'elle veut conférer aux tiers. Sont protégés par l'article 1321 du Code civil, tous ceux qui n'ont pas participé à l'acte, en ce compris les ayants cause à titre particulier. C'est donc à juste titre que le cessionnaire de la créance a été considéré comme tiers en l'espèce, puisqu'il n'a pas participé à la simulation.

En troisième lieu, l'article 1321 du Code civil donne aux tiers une protection très étendue. Si l'on compare notre régime juridique avec celui des pays voisins, l'on constate que certains sanctionnent de nullité l'acte apparent et n'accordent une protection aux tiers que dans des conditions ou hypothèses bien précises. En droit belge, les tiers peuvent se prévaloir, quelle que soit la nature du contrat, de l'acte apparent. Ils ne doivent pas établir un quelconque préjudice ni un lien causal entre le préjudice et la création de la simulation.

Les tiers doivent être de bonne foi; la notion de bonne foi ne doit-elle pas être étendue pour inclure non seulement ceux qui connaissent la réalité, mais aussi ceux qui doivent la connaître.

En cas de conflit entre deux tiers de bonne foi, nous croyons qu'il n'y a pas lieu de donner de manière absolue la préférence à celui qui tient ses droits de l'acte apparent.

Enfin, si cet arrêt illustre les dangers de la simulation pour les parties qui la créent par la fiction qu'introduit l'article 1321 du Code civil, la protection accordée aux tiers nous paraît légitime dans la mesure où l'organisation d'une situation juridique cachée derrière un acte apparent trouble la transparence des relations juridiques.

Denis M. PHILIPPE

Chargé de cours à l'Université de Louvain