

# LA SIMULATION ET LE MANDAT DANS L'ACQUISITION DES IMMEUBLES

(LE PROBLEME DIT DU PRETE-NOM)

Par

Ilhan E. POSTACIOĞLU

Professeur à la Faculté de Droit d'Istanbul

Dans la terminologie turque la dénomination de prête-nom couvre des situations juridiques différentes. Elle sert pour désigner non seulement le mandataire qui agit en son nom et pour le compte d'un autre, mais encore toute personne qui figure au Registre foncier comme propriétaire à la suite d'un transfert simulé de propriété. Cette expression, dans un sens plus restreint, s'applique au nom d'une personne imaginaire qui est censée acquérir un immeuble, lequel en réalité devra appartenir à une Église non reconnue, ou du moins n'ayant pas la personnalité juridique.

Laissant de côté cette dernière hypothèse, nous nous en tiendrons aux seules hypothèses concernant la simulation et le mandat. Une longue tradition a, chez nous, toujours confondu ces hypothèses et les a réunies sous le même vocable de prête-nom.<sup>1</sup> Et le problème s'est posé de savoir si la personne qui d'après l'accord des parties devait avoir la propriété de l'immeuble pouvait actionner le prête-nom à l'effet d'établir son droit.

La loi du 30 Mars 1913 (1329) qui est restée en vigueur jusqu'à la mise en application du Code civil, avait exclu toute action en déclaration de simulation qui serait dirigée en matière d'immeuble contre le prête-nom. De même, le mandant n'avait pas sous

---

1) Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux articles 1592 du Medjellé et 4 de la loi du 30 Mars 1913 (1329)

le régime de cette loi une action contre son mandataire à l'effet de l'obliger à lui transférer la propriété de l'immeuble qu'il avait acquis pour son compte à lui, le mandant.

Cette double exclusion aboutissait tout naturellement à consolider la situation du prête-nom en le mettant à l'abri de toute action qui lui serait intentée par celui à qui normalement devrait revenir la propriété de l'immeuble ; ce dernier se trouvait donc dépouillé de son droit. Cette disposition de la loi ancienne qui, en matière d'immeuble, enlevait toute valeur aux contre-lettres même inter partes s'expliquait par cette idée de renforcer singulièrement la force et la portée des inscriptions du Registre foncier en les rendant pour ainsi dire inattaquables. Bref, c'était là un exemple assez curieux d'une règle juridique qui, bien que puisant sa source dans les considérations du crédit public et de l'intérêt des tiers, a fini par s'imposer jusqu'aux rapports entre les parties.

Ce régime a cessé avec l'introduction du Code Civil en 1926, qui a amené l'abrogation tacite de la loi du 30 Mars 1913, en déclaration de simulation relativement aux immeubles. C'est ce qu'a décidé un arrêt d'unification déjà ancien du 8 Mai 1941, qui a été rendu pour déterminer la portée dans le temps de la règle nouvelle à laquelle la Cour de Cassation a refusé tout effet rétroactif en limitant la recevabilité de l'action aux seules hypothèses se rapportant aux situations formées postérieurement à la promulgation du Code Civil.

Donc, la recevabilité de l'action en déclaration de simulation comme celle qui est basée sur le contrat de mandat étant désormais hors de discussion, la question est alors de savoir si la contre-lettre consignée dans un écrit quelconque sera un titre suffisant à l'appui d'une prétention soulevée contre le prête-nom. Si un pareil problème se pose la raison en est que les conventions qui obligent les parties à procéder au transfert de la propriété immobilière doivent, pour être valables, être faites par acte authentique (Art. 634 du C.C. turc-657 du CC suisse). Il semble alors que le problème revient à déterminer la nature du droit sur lequel se fonde l'action dirigée contre le prête-nom. On se demandera, en conséquence, si le demandeur pourra prétendre directement à la propriété de la chose acquise pour son compte ou au contraire s'il devra se prévaloir à l'encontre de son mandataire d'une créan-

ce simplement personnelle à l'effet de le contraindre à lui transférer la propriété de l'immeuble. Dans cette dernière éventualité, en effet, il sera obligé d'appuyer sa prétention sur un acte authentique, puisque, ainsi qu'on vient de le dire, les obligations ayant pour objet le transfert de la propriété immobilière doivent, pour être valables, résulter d'une convention répondant aux exigences de la forme solennelle. En revanche si le demandeur peut soutenir à bon droit que l'immeuble lui appartient point ne sera besoin de s'appuyer sur un acte authentique puisqu'il n'agira point en tant que créancier d'une obligation dont l'objet serait le transfert de la propriété de l'immeuble.

C'est d'ailleurs dans ces termes que la Cour de Cassation s'est posée le problème dans son arrêt d'unification du 5.II.1947. Pour le résoudre, elle a commencé par admettre — ce qui était ici contestable — l'équivalence entre l'hypothèse de la simulation quant aux personnes et du mandat donné en vue de l'achat de l'immeuble au nom du mandataire et pour le compte du mandant. La Cour suprême ne voit pas de raison à différencier ces deux hypothèses qu'elle réunit d'ailleurs sous le même vocable de prête-nom. C'est pourquoi elle n'a pas vu d'inconvénient à raisonner sur le cas du mandat, quitte à étendre sa solution à celui de la simulation.

En ce qui concerne le mandat lui-même, la Cour a commencé par préciser la nature du droit du mandant relativement à l'immeuble acquis par le mandataire. Elle a cru tirer argument de l'article 394 C.O. turc (401 C.O. suisse) pour dire que ce droit n'était autre que la propriété. D'où la conclusion découle tout naturellement que le mandant exerçant la revendication pourra faire la preuve de son droit à l'égard du prête-nom à l'aide d'un simple écrit, sans qu'il soit nécessaire d'appuyer sa prétention sur un acte authentique.

Telle est la courbe, assez fidèlement décrite, de l'argumentation de la Cour suprême. Elle ne laisse pas de soulever de multiples objections bien que la solution à laquelle la Cour de Cassation a finalement abouti mérite, dans son ensemble, d'être approuvée.

D'abord il est contestable de se servir de l'art. 394 du C.O. pour démontrer que le droit du mandant ne peut être autre que

la propriété sur la chose elle-même. Bien au contraire cet article, outre qu'il s'applique exclusivement aux meubles, est là pour attester que le mandant n'a pas la propriété de la chose et que le droit de mandant à défaut de la propriété ne peut être sauvegardé, en cas de faillite du mandataire, que par cette disposition spéciale.

Sans doute songera-t-on ici au dernier bout de phrase du second alinéa de l'art. 32 du C.O (turc et suisse), pour établir la propriété du mandant sur la chose acquise par les soins du mandataire, ainsi que le font certains auteurs considérables comme von Tuhr. Mais ces auteurs eux-mêmes sont d'accord pour reconnaître qu'en matière d'immeuble l'art. 32 n'est d'aucun secours. L'existence des droits réels immobiliers étant subordonnée à l'inscription au Registre Foncier, c'est le mandataire qui devient propriétaire puisque l'inscription s'est faite en son nom. Dès lors il incombe au mandataire l'obligation de transférer la propriété de l'immeuble ainsi acquis et la question reste entière de savoir si le mandat dont l'objet précisément est l'acquisition et le transfert de la propriété immobilière rentre dans la catégorie des actes prévus à l'art. 634 et, comme tel, exige pour sa validité l'observation de la forme authentique.

Bufnoir qui s'était posé la question dans sa généralité, répondait que la procuration donnée en vue d'un acte authentique devait nécessairement revêtir la même forme<sup>2</sup>. Il semble, en effet, que la protection que doit assurer l'observation de la forme authentique serait illusoire si on pouvait l'é luder par le biais d'une procuration faite sous-seing privé. C'est là un puissant argument qui a impressionné Rossel et, parmi les auteurs turcs, Arsebük et Belgesay<sup>3</sup>.

Mais une théorie plus subtile qui s'adapte d'une façon plus adéquate tant à la nature du mandat qu'à la psychologie des parties, a cru pouvoir défendre la solution opposée. C'est notamment le point de vue du Tribunal Fédéral suisse<sup>4</sup> que nous parta-

2) Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, page 489 et, dans le même sens, Colin et Capitant, tome II, 7<sup>ème</sup> édition, no. 929.

3) Arsebük, *le Droit des Obligations (en turc)*, 1943, tome I, p. 489; Belgesay, *Commentaire des droits réels (en turc)*, 3<sup>ème</sup> édition, art. 634.

4) 29 Juin 1938 (*Journal des Tribunaux* 1940 I.71); 13 Juin 1939 (*J.d.T.* 1940.I.496).

geons entièrement et que la Cour de Cassation a, à son tour, admis dans le présent arrêt d'unification, en partant il est vrai, d'autres prémisses et paraissant limiter sa solution au mandat donné pour l'achat d'immeubles<sup>5</sup>. Si nous analysons ici très succinctement la solution du Tribunal Fédéral, nous devons souligner qu'elle se fonde sur cette particularité du contrat de mandat qui consiste dans le pouvoir reconnu au mandant de révoquer le contrat en tout temps (404 C.O.S.). Le mandant ayant en fait devant soi un laps de temps plus ou moins long entre le moment où il confère à son mandataire les pouvoirs nécessaires pour conclure le contrat et la conclusion du contrat lui-même, détient par là même la possibilité de répudier le mandat dans l'intervalle. Cette possibilité de revenir sur une décision inconsidérée assure au mandant une protection suffisante comparable à celle-là même de la forme authentique dont l'observation prévient les parties des décisions qu'elles seraient tentées de prendre à la légère. Ces considérations ont donc conduit le Tribunal Fédéral à admettre la validité du mandat par acte sous-seing privé donné tant pour l'achat que pour la vente d'un immeuble. L'arrêt d'unification, aussi, au moins pour l'hypothèse du mandat en vue de l'achat d'immeuble aboutit comme on vient de le voir à la même solution par un raisonnement différent, que nous avons déjà analysé et qu'il convient maintenant de critiquer en toute objectivité.

Nous avons déjà fait bon marché de l'argument qui consiste à dire que la propriété de l'immeuble acquis par le mandataire en son nom, mais pour le compte du mandant, appartient à ce dernier. Il nous semble qu'on doit également s'attaquer à cet autre argument qui prétend établir une équivalence entre les hypothèses de simulation et de mandat. La simulation suppose que A, B, C, sont d'accord pour que le contrat véritable fait entre A et B soit passé aux yeux des tiers entre A et C. Il en va autrement du cas du mandat. A croit vendre à C, et C achète en réalité en son nom,

---

5) En effet un arrêt récent de la I<sup>ère</sup> Chambre du 21 Janvier 1950 (Adalet Dergisi No. 88 p. 1113) rendu à la majorité des voix vient d'exiger la forme authentique pour le mandat conféré en vue de la vente de l'immeuble. Il va sans dire que pour les raisons exposées au texte nous ne partageons pas la doctrine de cet arrêt.

bien qu'agissant pour le compte de B, et avec l'intention de lui transférer la chose une fois qu'il l'aura acquise. Mais cette intention commune à B et à C reste cachée de A, en sorte que B demeure tout à fait un tiers à l'égard de A. La différence entre les deux situations est donc parfaitement claire. Il faut pourtant convenir que le régime antérieur au C.C. n'avait pas distingué ces deux cas en sorte qu'il est possible de voir dans les errements de la Jurisprudence un souvenir de notre ancien Droit.

Malgré les critiques que nous croyons devoir adresser à cet arrêt du 5.2.1947 il nous semble pourtant que cet arrêt a donné une solution qui en somme mérite d'être approuvée en ce qu'il assure au mandant la propriété de l'immeuble qui fait l'objet du mandat.

Il est intéressant de noter que le développement ultérieur de la Jurisprudence a laissé planer quelque incertitude sur le point de savoir si cette solution était encore maintenue. En effet, quand la Jurisprudence a eu à trancher une espèce toute voisine, elle a adopté dans son arrêt du 7.10.1953 une solution qui n'était plus en concordance avec celle de l'arrêt du 5.2.1947 que nous venons amplement de commenter.

L'hypothèse visée dans l'arrêt du 7.10.1953 était la suivante : le mari prétend avoir versé des deniers à sa femme pour que celle-ci lui achète un immeuble déterminé, mais la femme ayant transgressé les instructions reçues, a acquis l'immeuble en son nom, au lieu de le faire au nom du mari. D'où l'action dirigée par celui-ci contre la femme en vue d'obtenir l'inscription de l'immeuble au Registre foncier en son nom. L'arrêt d'unification du 7.10.1953, a été pris pour mettre fin à la divergence de points de vue qui s'étaient manifestés à propos de cette hypothèse sur le point de savoir si le mari était autorisé à prouver le mandat et le versement des deniers à sa femme par l'audition des témoins ou s'il devait obligatoirement présenter un écrit. Au cas où la prétention du mari pouvait être considérée comme contraire au contenu de l'acte de vente passé par devant le conservateur du Registre foncier entre la femme et le vendeur, l'écrit seul pouvait servir de preuve conformément à l'art. 290 du C.Pr. civile. Or l'existence du mandat entre la femme et le mari n'est en rien contraire à l'acte de vente accompli entre la femme et le tiers. Ce sont là deux actes différents parfaitement conciliables, tandis qu'il y va différemment de

l'hypothèse de simulation quant aux personnes où la prétention du mari contre la femme devrait nécessairement revêtir le caractère d'une prétention contre le tiers et serait en conséquence de nature à infirmer le contenu de l'acte passé entre sa femme et ledit tiers.

Si la Cour de Cassation s'en était tenue aux conceptions qu'elle avait faite siennes depuis de longues années, elle aurait vu dans la prétention du mari une action en déclaration de simulation et en conséquence n'aurait pas autorisé la preuve par témoins et ceci sur la base de l'art. 290 du C.Pr.C. qui ne souffre quasiment pas d'exceptions. Mais la Cour de Cassation a, peut-on dire, pour la première fois distingué avec succès les hypothèses de mandat et de simulation et admis que dans l'espèce envisagée c'était l'hypothèse de mandat qui était en jeu. Elle en a conclu à juste titre que la preuve par témoins était admissible, puisque les actes dont l'objet a une valeur supérieure à 50 Ltqs, bien que tombant dans la prohibition de la preuve testimoniale peuvent être prouvés par témoins quand ils sont faits entre proches parents et entre mari et femme en particulier.

Mais la Cour de Cassation ne s'est pas bornée dans cet arrêt à résoudre avec bonheur le problème de preuve qui faisait l'objet de la discussion. Elle s'est crue en devoir de porter la discussion sur le fond de droit et s'est demandée si un mandat pareil, bien que susceptible d'être prouvé par témoins était valable sans être revêtu de la forme authentique et pouvait servir comme tel pour faire acquérir au mandant la propriété de l'immeuble, objet du mandat. C'était en réalité poser une seconde fois le problème qui paraissait avoir été définitivement résolu par l'arrêt du 5.2.1947. Cette fois, d'ailleurs, la Cour de Cassation a abouti à des résultats fort contestables et même franchement erronés.

L'argumentation de l'arrêt nouveau peut, en effet, être rapportée comme suit: l'accord intervenu entre le mari et la femme doit être qualifié de mandat en vue de l'achat de l'immeuble et l'agissement de la femme comme une violation de ce contrat. Mais le contrat de mandat ne peut pas selon l'arrêt constituer un titre suffisant à l'appui d'une demande de transfert de propriété au nom du mandant. Ceci découle d'ailleurs, toujours d'après la doctrine de l'arrêt de la disposition de l'article 634 du Code civil turc (657 du C.C. suisse) qui stipule que les contrats ayant pour objet le

transfert de la propriété immobilière doivent être reçus en la forme authentique. Ainsi le mari, en tant que mandant ne peut demander à son mandataire que le transfert de la propriété soit effectué par ses soins ou à son défaut ordonné par le juge, en vertu de l'article 642 du C. C. turc (665 C. C. suisse). D'après la Cour suprême le mari ne peut, dans ce cas, avoir d'autre prétention que de demander à sa femme des dommages-intérêts du fait de l'inexécution du mandat dont du reste il peut prouver l'existence par tous moyens.

Sans doute l'arrêt a-t-il eu raison de placer la discussion du problème dans le cadre du mandat. Mais par ailleurs il s'est servi de prémisses fort contestables. D'abord il y a contradiction à exiger d'une part la forme authentique pour le contrat du mandat en vue de l'achat de l'immeuble et d'autre part lui reconnaître, à défaut d'une pareille solennité, une validité restreinte comme pouvant servir de fondement à la demande des dommages-intérêts du fait de son inexécution. Si le mandat, parce qu'il n'a pas été reçu en la forme authentique est nul, il ne pourra non plus servir, comme la Cour de Cassation semble l'admettre, à fonder la responsabilité contractuelle du mandataire.

En revanche, si l'on admet dans l'espèce la validité du mandat consensuel, ainsi que l'admet le Tribunal fédéral à la suite de l'augmentation que nous avons déjà rapportée, il n'est pas exact de dire qu'il ne peut constituer un titre suffisant à l'effet d'obliger le mandataire à rendre compte à son mandant de sa gestion et à lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit. D'ailleurs le Tribunal fédéral a fort bien relevé dans son arrêt du 13 Juin 1939 (Journal des Tribunaux 1940.I.496), que cette obligation de rétrocession incombant au mandataire résulte, de par la loi, du contrat de mandat lui-même et qu'il n'est point besoin qu'elle ait été assumée par le mandataire d'une façon expresse et distincte à l'égard de son mandant. De même Fick et Schneider sont catégoriques sur ce point. (Commentaire du Code fédéral des Obligations art 401 No. 14) Ainsi donc l'affirmation de la Cour de Cassation comme quoi le mandat ne constituerait pas un titre valable à l'appui d'une demande de transfert de la propriété immobilière demeure isolée et se trouve en désaccord avec le texte de la loi.



L'arrêt de 1953 appelle donc de sérieuses critiques quant à la solution qu'elle donne sur le fond de droit. Cette solution impliquait normalement l'abandon de la solution de l'arrêt de 1947. Aussi l'arrêt de 1953 a-t-il suscité de vives réactions. D'ailleurs un arrêt d'unification, pour pouvoir modifier un autre arrêt d'unification portant sur la même hypothèse, aurait dû être pris par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation ; ce qui n'était pas le cas pour l'arrêt de 1953 qui n'était que l'oeuvre des Chambres civiles. Aussi une tentative a-t-elle été faite auprès de la Cour de Cassation pour amener celle-ci à se prononcer par un nouvel arrêt entre les solutions des arrêts de 1947 et de 1953. C'est alors que la Cour de Cassation a statué en 1954 qu'il n'y avait pas lieu de prendre un nouvel arrêt d'unification puisque la contradiction entre les arrêts antérieurs était au dire de la Cour plus apparente que réelle, et que la solution de l'arrêt de 1953 concernait l'hypothèse assez particulière d'un mandat où le mandant ayant conféré à son mandataire le pouvoir d'acheter en son nom et pour son compte, celui-ci a transgressé les ordres reçus et a fait l'achat en son nom personnel. Par contre, toujours au dire de la Cour l'arrêt de 1947 suppose que le mandat donné autorisait le mandataire à faire l'achat en son nom personnel quitte à rétrocéder l'immeuble acquis à son mandant.

Nous avouons que cette façon de concilier les arrêts nous semble bien artificielle et des plus contestable. Mais elle est fort révélatrice. Elle prouve que la Cour de Cassation entend maintenir la solution de l'arrêt de 1947 coûte que coûte et cela, malgré la divergence marquée par l'arrêt de 1953. Comme nous croyons que la solution de l'arrêt de 1953 est inacceptable, nous estimons heureux que la Cour ait en 1954 limité la solution de l'arrêt de 1953 à une hypothèse particulière en laissant les autres hypothèses être régies, comme auparavant, par l'arrêt de 1947.

Et maintenant il y a lieu d'esquisser un bref parallèle avec la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière. Le Tribunal Fédéral admet la validité du mandat consensuel et reconnaît au mandant le droit de s'en prévaloir contre le mandataire à l'effet d'acquérir la propriété de l'immeuble. Ceci ressort entre autres de l'arrêt récent du 15 Juin 1955 (J.d.T. 1956.I.148) Il est remarquable que les Jurisprudences des deux juridictions partant de prémisses

différentes se rejoignent pour permettre au mandant de recouvrer l'immeuble, objet du mandat. Tandis que la Cour de Cassation turque y parvient en reconnaissant au mandant un droit de propriété, le Tribunal fédéral le fait sur la base de l'obligation de mandataire découlant directement, de par la loi du contrat de mandat lui-même. Sans doute ces deux conceptions entraînent des conséquences différentes sur des points secondaires. Dans le système du Tribunal fédéral l'action du mandant demeure prescriptible. Par ailleurs, celui-ci doit, semble-t-il, subir la loi du concours en cas de faillite du mandataire, l'application par analogie de l'art. 401 dernier alinéa du C.O. suisse restant douteuse.

En revanche, la Cour de Cassation, peut-être sous l'influence de l'ancien droit qui ne distinguait pas les hypothèses de mandat et de simulation, conduit son raisonnement, même en ce qui concerne le mandat, de façon à reconnaître au mandant la propriété de l'immeuble acquis à l'encontre duquel le mandant se trouve investi de l'action en revendication qui le met à l'abri de la prescription et lui permet d'échapper à la loi du concours en cas de faillite.

Quoi qu'il en soit de ces détails, un fait demeure certain ; les deux juridictions suprêmes sont unanimes à assurer au mandataire l'acquisition de l'immeuble qui fait l'objet du mandat. C'est ce but, commun aux deux juridictions, qui leur a permis d'aboutir au même résultat. Nous pouvons bien conjecturer que l'idée du but à atteindre a agi, peut-être même à leur insu, sur le raisonnement du Tribunal fédéral et de la Cour de Cassation. Pour s'en convaincre il suffit de songer qu'en l'espèce il n'était pas facile au Tribunal fédéral de surmonter l'obstacle que lui opposait la nécessité de la forme authentique pour les contrats visant le transfert de la propriété immobilière. Le Tribunal fédéral y est arrivé, ainsi qu'on s'en souvient, par une analyse subtile, sinon contestable, de la fonction de la forme authentique et de la psychologie des parties.

La Cour de Cassation a, à son tour, cru prendre d'autres voies détournées, encore bien peu sûres et plus facilement critiquables, pour arriver au même résultat. Mais son attachement au but qu'elle s'est donné a été tel que, malgré l'écart marqué par son arrêt de 1953, elle a eu hâte de proclamer le maintien de la solution de l'arrêt 1947. C'est donc l'identité du but à atteindre qui,

pouvons-nous suggérer, a rapproché les solutions des deux juridictions suprêmes. Seuls les moyens mis en oeuvre ont été sensiblement différents.

---