

ÉCOLE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

Les expectatives réelles

Essai d'une théorie générale

par

Arthur Grisoni

sous la direction du Professeur Denis Pilet

Mémoire de Maîtrise universitaire en droit

Session de juin 2018

Table des matières

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| Bibliographie..... | III |
| Table des abréviations..... | IX |
| Introduction | 1 |
| Titre I Les droits réels: fondements théoriques et approche comparative..... | 2 |
| Chapitre I Les grands principes..... | 2 |
| § 1. <i>La nature des droits réels</i> | 2 |
| § 2. <i>Le numerus clausus</i> | 3 |
| § 3. <i>La publicité</i> | 4 |
| a. La notion..... | 4 |
| b. La publicité en droit français..... | 5 |
| c. La publicité en droits allemand et suisse | 5 |
| § 4. <i>La spécialité</i> | 6 |
| § 5. <i>La priorité des droits réels (rang et élasticité)</i> | 6 |
| Chapitre II Le transfert de la propriété à titre particulier en droit continental..... | 8 |
| § 1. <i>La question de l'acte de disposition</i> | 8 |
| § 2. <i>Le contrat aliénatoire en droit français</i> | 9 |
| § 3. <i>Le contrat réel abstrait en droit allemand</i> | 9 |
| § 4. <i>Le transfert causal en droit suisse et rejet de la théorie du contrat de disposition</i> | 11 |
| § 5. <i>L'acquisition du tiers de bonne foi</i> | 13 |
| Chapitre III Le transfert conditionnel de la propriété en droit continental..... | 15 |
| § 1. <i>Distinction entre propriété conditionnelle et transfert «conditionnel» de la propriété</i> | 15 |
| § 2. <i>En droit français</i> | 15 |
| § 3. <i>En droit allemand</i> | 16 |
| § 4. <i>En droit suisse</i> | 16 |
| a. En matière d'immeubles | 16 |
| b. En matière de meubles..... | 17 |
| c. Quid du transfert à titre universel? | 18 |
| d. Quid des droits réels limités?..... | 19 |
| Titre II Les expectatives de droit | 20 |
| Chapitre I Les expectatives au sens large | 20 |
| Chapitre II Les expectatives de droits personnels | 21 |
| § 1. <i>Généralités</i> | 21 |
| § 2. <i>La créance conditionnelle (au sens large)</i> | 21 |
| a. la notion | 21 |
| b. La créance sous condition suspensive | 23 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| c. De quelle protection bénéficie la condition résolutoire? | 25 |
| Chapitre III Les expectatives réelles | 27 |
| § 1. <i>La terminologie</i> | 27 |
| § 2. <i>Les diverses constructions possibles du droit réel expectatif</i> | 27 |
| a. Généralités | 27 |
| b. Pas d'intermédiaire entre droit relatif et droit absolu | 27 |
| c. Une division de la propriété est inconcevable en droit suisse..... | 28 |
| d. Le droit réel expectatif en communauté juridique avec le droit réel primitif | 29 |
| e. Une condition posée à un acte générateur d'obligations n'a aucun effet réel..... | 30 |
| f. L'acte de disposition conditionnel | 32 |
| g. Le droit réel expectatif comme véritable droit réel accessoire | 35 |
| Titre III Les différentes expectatives réelles en droit suisse | 37 |
| Chapitre I Les expectatives réelles non admissibles (survol)..... | 37 |
| § 1. <i>La substitution fidéicommissaire</i> | 37 |
| § 2. <i>La fiducie mixte sous condition résolutoire</i> | 39 |
| § 3. <i>L'inventeur d'une chose mobilière</i> | 39 |
| Chapitre II Les expectatives réelles admissibles..... | 40 |
| § 1. <i>Le pacte de réserve de propriété</i> | 40 |
| § 2. <i>Les expectatives réelles issues des écritures au registre foncier</i> | 43 |
| a. Le droit réel enregistré au journal avant son inscription constitutive au grand livre | 43 |
| b. Les expectatives réelles constituées par l'annotation de droits personnels | 44 |
| § 3. <i>Les droits réels limités expectatifs</i> | 46 |
| Chapitre III Compatibilité avec le <i>numerus clausus</i> | 47 |
| § 1. <i>Généralités</i> | 47 |
| § 2. <i>Un droit subjectif prévu par la loi</i> | 48 |
| § 3. <i>Un droit subjectif opposable aux tiers</i> | 49 |
| a. En général | 49 |
| b. L'opposabilité de l'expectative face aux tiers acquéreurs de bonne foi | 50 |
| c. L'opposabilité, une «restriction au droit d'aliéner»? | 51 |
| § 4. <i>Un droit subjectif portant immédiatement sur une chose</i> | 53 |
| Chapitre IV Synthèse des expectatives réelles étudiées | 53 |
| Conclusion | 56 |

Bibliographie

Ouvrages et commentaires

- J. BLASS *Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre Vom fiduziarischen Rechtsgeschäft*, Thèse Zurich, Aarau 1953.
- S. BOVAY *Acte translatif de propriété et condition*, Thèse, Lausanne 1938.
- E. BUCHER *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2^{ème} éd., Zurich 1988 (cité: BUCHER);
- *Skriptum zum Obligationenrecht. Besonderer Teil*, 2^{ème} éd., Zurich 1983 (cité: BUCHER, Skriptum);
- *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen (Allemagne) 1965 (cité: BUCHER, Das subjektive Recht).
- P.-J. CHENU *De la transcription à la publicité foncière*, Thèse, Bordeaux 1960.
- H. DESCHENAUX *Le registre foncier*, in TDPS, Vol. V/2, Fribourg 1983 (cité: DESCHENAUX, TDPS V/2);
- *La protection de l'expectative de bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts selon l'avant-projet de la loi fédérale modifiant le Code civil suisse* in Gedächtnisschrift Peter Jaeggi, p. 151 ss, Fribourg 1977.
- J. DUCLOS *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Paris 1984.
- P. EITEL *Die Anwartschaft des Nacherben*, Thèse, Berne 1991;
- *Bendingtes Eigentum*, in RJB 1998, p. 245 ss (cité : EITEL, RJB 1998);
- P. ENGEL *Traité des obligations en droit suisse*, 2^{ème} éd., Berne 2002.
- F. FERRAND *Droit privé allemand*, Paris 1977.
- B. FOËX *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Thèse Genève, Lausanne 1987.
- P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/P. TERCIER *La partie générale du droit des obligations (sans la responsabilité civile)*, T. II, 2^{ème} éd., Zurich 1982. (cité: GAUCH/SCHLUEP/TERCIER II).
- P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID/H. REY *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil: ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2^{ème} éd., Zurich 1998.
- A. GEORGIADIS *Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf*, Thèse, Muich 1962.
- J.-B. GRISONI *Les conceptions française et suisse de la publicité foncière*, Thèse Lausanne, Tolochenaz 1990.

- T. GUHL *Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*, Festgabe für das Bundesgericht, p. 93 ss, Berne 1924.
- J. HAAB/A.
SIMONIUS/W.
SCHERRER/D.
ZOBL *Das Eigentum, Art. 714–725 ZGB*, Commentaire zurichois, T. IV/1, 2^{ème} éd., Zurich 1977.
- H. HINDERLING *Der Besitz*, in RDS Vol. V/1, 1977, p. 403ss. (cité: HINDERLING, RDS V/1 1977);
- *Die Bedeutung der Besitzübertragung für den Rechtswerb im Mobiliarsachenrecht*, in RDS Vol. I, 1970, p. 159ss. (cité: HINDERLING, RDS I 1970).
- A. HOMBERGER *Besitz und Grundbuch, Art. 919–977 ZGB*, Commentaire zurichois, T. IV/3, 2^{ème} éd., Zurich 1938.
- M. HOWALD *Der dingliche Vertrag*, Thèse, Zurich 1946.
- E. HUBER *Zum schweizerischen Sachenrecht. Drei Vorträge mit Anmerkungen*, Berne 1914.
- B. KRATZ *Obligationenrecht, Solidarität, Art. 143–150 OR*, Commentaire bernois, Berne 2015.
- R. KUNZ *Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand : Versuch einer dogmatischen Konstruktion*, Berne 1963.
- C. LARROUMET *Droit civil, tome II, les biens, droits réels principaux*, Paris 1985.
- P. LIVER *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1980. Sachenrecht*, in RJB 1980, p. 135 ss (cité: LIVER, RJB 1980);
- *Das Eigentum*, in TDPS Vol. V/1, 1977, p. 1 ss (cité: LIVER).
- A. Meier-Hayoz *Das Eigentum, Art. 641–654 ZGB*, Commentaire bernois, T. IV/1/1, 5^{ème} éd., Berne 1981.
- K. NEUMAYER *Dogmatische Unebenheiten um den Eigentumsvorbehalt nach Schweizerischem Recht*, in RSJ 1970, p. 349 ss.
- M. NICKEL-SCHWIZER *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum*, Thèse, Bâle 1979.
- H. PETER *Le transfert de la propriété mobilière*, in BISchK 2017, p. 140–142 (cité: PETER, BISchK 2017);
- *Das bedingte Geschäft : seine Pendenz im römischen und imschweizerischen Privatrecht : mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römischen Recht*, Zurich 1994 (cité: PETER).

- L. Pichonnaz/B. Foëx/D. Piotet (éd.) *Code civil II, Art.457–977, Art. 1–61 Tit. fin. CC*, Commentaire romand, Bâle 2016 (cité, AUTEUR, CR-CC II).
- A. PIÉDELIÈVRE *Droit des biens*, Paris 1977.
- D. PIOTET *Le droit de disposition et d'administration du grevé dans la substitution fidéicommissaire*, in *Journée de droit successoral 2018*, Berne 2018, p.7–42 (cité: D. PIOTET);
- *Les droits réels limités en général, les servitudes et les charges foncières*, in *TDPS*, Vol. V/2, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité, D. PIOTET, TDPS V/2);
- *Quelques questions de droit privé suisse sur le trust sous l'empire de la Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985*, in *Not@lex 2008 – Revue de droit privé et fiscal du patrimoine*, p. 2–22 (cité: D. PIOTET, Not@lex 2008);
- *Survivance et exercice de la créance dont le débiteur est devenu créancier en l'absence de confusion: le régime de l'obligation unipersonnelle comme contribution à la théorie de l'expectative de droit*, in *Privatrecht und Methode : Festschrift für Ernst A. Kramer*, p. 605–625, Bâle 2004 (cité: D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle).
- P. PIOTET *La réalisation d'une condition réelle peut-elle avoir un effet réel? Théorie du transfert de la propriété* in *Contribution choisie Recueil offert par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de son 80^{ème} anniversaire*, *RJL* Nr. 19, 2004, p. 743–754 (cité: P.PIOTET, La réalisation);
- *Transfert de propriété, expectatives réelles et substitutions fidéicommissaires*, Berne 1992.
- *Nature et mutations des propriétés collectives*, Berne 1991 (cité: P. PIOTET, Nature);
- *Droit successoral*, in *TDPS*, Vol. IV, 2^{ème} éd., Fribourg, 1988 (cité: P. PIOTET, TDPS IV);
- *Les effets typiques des annotations au registre foncier*, in *RNRF 1969*, p. 34 ss (cité: P. PIOTET, RNRF 1969).
- M. PLANIOL/
G. RIPERT *Traité pratique de droit civil français*, T. II, Les biens par Maurice Picard, 2^{ème} éd., Paris 1952.
- H. REY *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum. Grundriss des schweizerischen Sachenrechts*, Tome I, 3^{ème} éd., Berne 2007.
- L. RAISER *Dingliche Anwartschaften*, Tubingue 1961
- C. VAN DE SANDT *L'acte de disposition*, Thèse, Fribourg 2000.
- A. SIMONIUS *Der Kauf als Mittel des Uebertragung und der Verletzung des Eigentums*, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von Theo Guhl*, p. 41 ss, Zurich 1950.

- E. W. STARK *Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, Commentaire bernois, T. IV/3/1, 3^{ème} éd.,* Berne 2001.
- P.-H. STEINAUER *La propriété privée aujourd’hui, in RDS, Vol. II, 1981, p. 117 ss (cité: STEINAUER, RDS II 1981).*
- *Les droits réels, T. I, 5^{ème} éd.,* Berne 2012 (cité: STEINAUER I);
- *Les droits réels, T. II, 4^{ème} éd.,* Berne 2012 (cité: STEINAUER II);
- P. TERCIER *La partie spéciale du droit des obligations, Zurich 1988.*
- P. TERCIER/
L. BIERI/B.
CARRON *Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd.,* Bâle 2016.
- P. TERCIER/
P. PICHONNAZ *Le droit des obligations, 5^{ème} éd.,* Genève 2012.
- L. Thévenoz/
F. Werro (éd.) *Code des Obligations I, Art. 1–529 CO, Commentaire romand, 2^{ème} éd.,* Bâle 2012 (cité: AUTEUR, CR-CO I).
- F. TERRÉ/
P. SIMLER *Droit civil: les biens, 9^{ème} éd.,* Paris 2014.
- A. VON TUHR/
A. ESCHER *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, T. II, 3^{ème} éd.,* Zurich 1974.
- A. VON TUHR/
H. PETER *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, T. I, 3^{ème} éd.,* Zurich 1979.
- A. VON TUHR/
A. SIEGWART *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zurich 1944.*
- P. TUOR *Das Erbrecht, Die Erben, Art 457–536 ZGB, Commentaire bernois, 2^{ème} éd.,* Berne 1952.
- A. WEILL *Droit civil, les sûretés et la publicité foncière, Paris 1979.*
- D. ZOBL *Zur Rechtsfigur der Anwartschaft und zu deren Verwendbarkeit im schweizerischen Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Meier-Hayos 1982, p. 495 ss.*

Jurisprudences fédérales

- Arrêt du Tribunal fédéral **5A_740/2014**, du 1^{er} février 2016.
- Arrêt du Tribunal fédéral **142 III 746** (ATF), du 3 octobre 2016.
- Arrêt du Tribunal fédéral **133 III 641** (ATF), du 3 septembre 2007
- Arrêt du Tribunal fédéral **133 III 356** (ATF), du 13 mars 2007.
- Arrêt du Tribunal fédéral **133 III 257** (ATF), du 28 novembre 2006.
- Arrêt du Tribunal fédéral **133 II 311** (ATF), du 8 mars 2007.
- Arrêt du Tribunal fédéral **130 III 248** (ATF), du 29 janvier 2004.
- Arrêt du Tribunal fédéral **119 III 32** (ATF), du 11 février 1993.
- Arrêt du Tribunal fédéral **116 II 275** (ATF), du 30 août 1990.
- Arrêt du Tribunal fédéral **115 II 221** (ATF), du 20 juin 1989.
- Arrêt du Tribunal fédéral **114 II 152** (ATF), du 16 mai 1988.
- Arrêt du Tribunal fédéral **114 III 18** (ATF), du 4 février 1988.
- Arrêt du Tribunal fédéral **112 II 406** (ATF), du 25 septembre 1986.
- Arrêt du Tribunal fédéral **111 III 73** (ATF), du 3 septembre 1985.
- Arrêt du Tribunal fédéral **110 II 436** (ATF), du 21 mars 1984.
- Arrêt du Tribunal fédéral **109 II 319** (ATF), du 25 octobre 1983.
- Arrêt du Tribunal fédéral **109 II 239** (ATF), du 30 août 1983.
- Arrêt du Tribunal fédéral **107 II 41** (ATF), du 28 janvier 1981.
- Arrêt du Tribunal fédéral **108 II 278** (ATF), du 17 juin 1982
- Arrêt du Tribunal fédéral **106 II 239** (ATF), du 12 juin 1980.
- Arrêt du Tribunal fédéral **104 II 170** (ATF), du 18 mai 1978.
- Arrêt du Tribunal fédéral **102 III 150** (ATF), du 1^{er} septembre 1976.
- Arrêt du Tribunal fédéral **96 II 79** (ATF), du 29 janvier 1970.
- Arrêt du Tribunal fédéral **94 II 313** (ATF), du 3 décembre 1968.
- Arrêt du Tribunal fédéral **93 III 96** (ATF), du 6 juillet 1967.
- Arrêt du Tribunal fédéral **90 II 285** (ATF), du 22 septembre 1964.
- Arrêt du Tribunal fédéral **87 II 311** (ATF), du 3 juillet 1961.

Arrêt du Tribunal fédéral **80 III 133** (ATF), du 14 octobre 1954.

Arrêt du Tribunal fédéral **72 I 100** (ATF), du 14 juin 1946.

Arrêt du Tribunal fédéral **63 II 252** (ATF), du 12 octobre 1937.

Arrêt du Tribunal fédéral **61 II 255** (ATF), du 15 octobre 1935.

Arrêt du Tribunal fédéral **55 II 302** (ATF), du 29 novembre 1929.

Arrêt du Tribunal fédéral **46 II 45** (ATF), 12 février 1920.

Arrêt du Tribunal fédéral **44 II 330** (ATF), du 17 octobre 1918.

Arrêt du Tribunal fédéral **39 II 519** (ATF), du 22 octobre 1913.

Reuves et publications officielles

JdT 2007 I 283, *Le Tribunal fédéral consacre la théorie du condominium plurium in solidum sans le dire*, D. PIOTET, commentaire d'arrêt, p.294–296.

JdT 1930 I 535, traduction de l'arrêt du Tribunal fédéral 55 II 302 (ATF).

JdT 1920 I 308, traduction de l'arrêt du Tribunal fédéral 46 II 45 (ATF).

Circulaire du Tribunal fédéral n° 29 du 31 mars 1911, concernant la saisie et la réalisation des objets vendus avec réserve de propriété au débiteur poursuivi. FF 1911 III, p. 796.

Circulaire du Tribunal fédéral n° 14 du 11 mai 1922, concernant la saisie d'objets vendus au débiteur avec réserve de propriété; conflit entre le droit de saisie du créancier et le droit de propriété du vendeur.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3 mars 1905, FF 1905 II 1 ss.

Table des abréviations

| | |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| al. | alinéa(s) |
| art. | article(s) |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch du 18 août 1896 (Code civil allemand) |
| BISchK | Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs, Winterthur |
| c. | considérant(s) |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907, 210 RS |
| CCF | Code civil français de 1804 (Code Napoléon) |
| cf. | confer |
| chap. | chapitre |
| CO | Loi fédérale complétant le code civil du 30 mars 1911, 220 RS (Code des Obligations) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008, 272 RS |
| CR | commentaire rommand |
| éd. | édition ou éditeur(s) |
| etc. | et caetera |
| FF | Feuille fédérale |
| GBO | Grundbuchordnung |
| ibid. | ibidem |
| id. | idem |
| in | Dans |
| JdT | Journal des tribunaux, Lausanne |
| lit. | lettre(s) |
| LP | Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite du 11 avril 1889, 281.1 RS |
| not. | Notamment |
| ORF | Ordonnance du Conseil fédéral sur le registre foncier du 23 septembre 2011, RS 211.432.1 |
| ORP | Ordonnance du Tribunal fédéral concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété du 19 décembre 1910, RS 211.413.1 |
| p. | page(s) |
| RDS | Revue de droit suisse, Bâle |
| RJB | Revue de la Société des juristes bernois, Berne |
| RJL | Recherches juridiques lausannoises, Lausanne |
| RNRF | Revue suisse du notariat et du registre foncier, Zurich |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral, Berne |
| RSJ | Revue suisse de jurisprudence, Zurich |
| ss | et suivants |
| S.T | Systematischer Teil |
| T. | tome(s) |
| TDPS | Traité de droit privé suisse, Fribourg |
| Tit. fin. | Titre final |
| vol. | volume(s) |
| § | paragraphe(s) ou section(s) |

Introduction

L'expectative de droit, bien que notion étrangère au Code civil dans sa version française, est une figure juridique bien connue de notre droit. La doctrine et la jurisprudence fédérale allemandes se sont abondamment penchées sur son étude et ont, de ce fait, beaucoup influencé les juristes suisses. Cette influence transparaît clairement en matière d'expectative de droit réel. Nous verrons en effet que les auteurs suisses n'hésitent pas à reprendre la figure du contrat réel conditionnel pour fonder l'expectative réelle et à appliquer des principes édictés par le Code civil allemand, qui entrent en contradiction avec le droit suisse.

L'expectative réelle entretient un lien étroit avec le mécanisme de transfert des droits réels et notamment de la propriété. Aussi commencerons-nous notre mémoire par l'étude des grands principes en matière de droit réel (Titre I, Chap. I), pour ensuite étudier le transfert dérivé de la propriété en droits français, allemand et suisse (Titre I, Chap. II). Nous analyserons ensuite le transfert «conditionnel» de la propriété dans ces trois mêmes droits (Titre I, Chap. III).

Afin de mieux cerner la notion d'expectative, nous examinerons la créance conditionnelle, seule expectative de droit personnel régie par notre Code (Titre II, Chap. II). Nous nous intéresserons particulièrement à l'art. 152 CO, dont l'étude nous amènera à une première conclusion: l'expectative d'un droit est déjà un droit subjectif. Avant d'arriver à la même conclusion en matière de droits réels expectatifs, nous aborderons les différentes constructions de l'expectative réelle (Titre II, Chap. III). Une attention particulière sera portée à la condition modalisant l'acte générateur d'obligations et à celle modalisant l'acte de disposition. Nous verrons alors que ces conditions sont dépourvues de tout effet réel.

Enfin, nous dresserons la liste des expectatives réelles en droit suisse, après avoir rejeté celles qui ne sauraient être admises (Titre III, Chap. I et II). Pour conclure ce travail de mémoire, nous vérifierons que le droit réel expectatif s'insère correctement dans le système des droits réels, notamment au regard du principe du *numerus clausus* (Titre III, Chap. III et IV).

Titre I

Les droits réels: fondements théoriques et approche comparative

Chapitre I

Les grands principes

§ 1. La nature des droits réels

Le droit réel se définit comme un droit subjectif privé de nature absolue, donnant à son titulaire la maîtrise d'un bien à l'exclusion de tout tiers¹. Nous allons revenir sur chacune de ces notions.

Un **droit subjectif privé** est le pouvoir, accordé à un sujet de droit privé et sanctionné par l'ordre juridique, d'exiger un comportement d'autrui².

Un droit subjectif **absolu** permet d'exiger un comportement à l'égard de tous les justiciables d'un même ordre juridique (sous réserve de la collusion avec d'autres droits absolus)³. On parle d'opposabilité *erga omnes*. Cette opposabilité s'entend d'une manière négative puisque le respect du droit réel est toujours un comportement passif: devoir de chacun de s'abstenir de porter atteinte aux droits réels de son concitoyen⁴. Le droit réel se distingue donc des droits de créances. Ces derniers étant relatifs, ils ne peuvent s'exercer qu'à l'encontre d'un ou plusieurs débiteurs déterminés et peuvent les obliger tant à des obligations positives (faire) que négatives (ne pas faire)⁵. En plus des droits réels, les droits de propriété intellectuelle et les droits de la personnalité jouissent également d'un caractère absolu⁶.

Enfin, le droit réel confère une **maîtrise universelle (propriété) ou limitée (droits réels limités) sur la chose** qui s'exerce dans le respect des intérêts publics et privés contraires. Cette maîtrise se caractérise par deux actions: le droit de suite qui permet au titulaire du droit réel de récupérer sa chose en mains de tout possesseur illégitime (par exemple, l'action en revendication du propriétaire) et le droit de préférence qui confère à son titulaire la primauté sur les créanciers chirographaires dans les procédures d'exécution forcée⁷.

Notons à ce stade qu'il n'existe pas d'intermédiaire entre droit relatif et droit absolu⁸. Cela aura une importance décisive pour définir la nature de l'expectative de droit, qui sera soit personnelle (donc relative), soit réelle (donc absolue), nous le verrons⁹.

¹ STEINAUER I, N 4, p. 44

² BUCHER, Das subjektive Recht, p. 55 ss

³ P. PIOTET, p.45.

⁴ STEINAUER I, N 9 ss, p. 45 ss

⁵ *Ibid.*

⁶ P. PIOTET, p. 45

⁷ GRISONI, N 5, p. 18.

⁸ P. PIOTET, p. 50

⁹ Cf. *infra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit. b.

§ 2. *Le numerus clausus*

Les droits réels étant opposables à tous, la sécurité du droit commande qu'ils soient exhaustivement définis par la loi¹⁰. Chacun doit donc pouvoir déterminer clairement le type de droit réel qui a été constitué. Ainsi, contrairement aux créances régies par la liberté des conventions (art. 19 CO), les parties ne peuvent créer de nouvelles catégories de droits réels sous peine de nullité (art. 20 CO)¹¹.

Le *numerus clausus* ne limite pas seulement les types de droits réels qu'il est possible de constituer. Il définit également de façon exhaustive leur contenu, sans qu'il soit possible aux parties de les aménager conventionnellement (sauf si la loi le prévoit)¹².

Le droit privé suisse consacre donc les droits réels suivants:

- La propriété, qui confère à son titulaire le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose¹³. Elle peut prendre uniquement les formes autorisées par la loi: propriété individuelle, copropriété, propriété commune et propriété par étages¹⁴.
- Les servitudes, pour lesquelles les parties jouissent d'une plus grande liberté quant à leurs modalités, pour autant que la loi n'en définisse pas le contenu¹⁵. En tant que droits réels limités, les servitudes confèrent un pouvoir restreint sur l'objet: celui d'user et de jouir de la chose, mais aussi un droit à la valeur de la chose lorsque la servitude est supprimée dans une procédure de double mise à prix¹⁶.
- Les droits de garantie, qui ne peuvent prendre la forme que de l'hypothèque ou de la cédula hypothécaire pour les gages immobiliers; du nantissement, du droit de rétention, de l'hypothèque mobilière, du gage sur les créances et autres droits et du gage des prêteurs sur gages pour les gages mobiliers; ainsi que celle de la charge foncière¹⁷. Ces droits confèrent un droit absolu à la valeur de la chose¹⁸.
- S'ajoutent à cette liste les expectatives réelles, qui, nous le verrons, sont de véritables droits réels prévus par la loi et rentrant donc dans le *numerus clausus*¹⁹. Nous dresserons, dans ce mémoire, une liste des différentes expectatives réelles admises en droit suisse.

¹⁰ ATF 116 II 275/277–278.

¹¹ STEINAUER I, N p. 70.

¹² MEIER-HAYOZ, S.T., n. 86 ss

¹³ STEINAUER I, N 28, p. 48

¹⁴ ATF 108 II 278/284.

¹⁵ ATF 116 II 275/277.

¹⁶ P. PIOTET, p. 45.

¹⁷ STEINAUER I, N 122, p. 70.

¹⁸ *Id.*, N 42, p. 51.

¹⁹ P. PIOTET, p. 58.

§ 3. La publicité

a. La notion

Il découle du caractère absolu des droits réels une nécessité de les rendre visibles à l'égard des tiers. En effet, la sécurité juridique impose qu'un droit opposable *erga omnes* jouisse d'une publicité suffisante à l'égard de l'ensemble des justiciables, tous sujets passifs de ce droit²⁰. Cette opposabilité universelle, assortie des droits de suite et de préférence, justifie que le droit réel bénéficie d'une manifestation extérieure reconnaissable par tous les tiers²¹.

S'agissant des choses mobilières, ce signe extérieur se caractérise par la constatation naturelle d'un état de fait²². La nature corporelle de l'objet des droits réels leur permet en effet d'apparaître aux tiers par des signes naturels, comme la possession ou l'apparence, «dont la connaissance peut équivaloir à celle des droits»²³. Cependant, ces signes naturels ne permettent pas toujours de déterminer la nature juridique du droit concerné²⁴. C'est le cas du locataire qui, étant bien possesseur de la chose louée, n'en est nullement le propriétaire. Il faudra néanmoins se contenter d'une publicité de fait en matière de choses mobilières, leur grande mobilité ainsi que les innombrables transactions dont elles font l'objet empêchant d'organiser une publicité formelle et étatique²⁵.

En matière d'immeubles, la situation est différente. Leur rattachement fixe et intangible au sol, ainsi que le nombre plus réduit des transactions immobilières rendent possible (voir nécessaire) la mise en place d'une publicité légale consistant à inscrire dans des registres officiels l'ensemble des droits existant sur chaque immeuble²⁶. Plus qu'en matière mobilière, la manifestation extérieure du droit réel immobilier peut prêter à confusion²⁷. Comment déterminer le droit de celui qui possède, habite un immeuble? Est-il propriétaire, locataire, usufruitier ou simplement le proche ou le familier du titulaire du droit à posséder l'immeuble? De plus, certains droits réels limités, comme le gage immobilier, sont totalement occultes et ne se manifestent par aucun signe naturel extérieur. Pour toutes ces raisons, il est nécessaire de substituer à une publicité de fait, une publicité juridique organisée par l'État. Ainsi, tous les États de droit modernes ont développé l'institution de la publicité foncière, dont le but est de permettre la centralisation de toutes les informations utiles aux tiers, au sujet de chaque immeuble d'un territoire donné²⁸.

Après avoir défini la publicité et son exigence en matière de droit réel, il incombe maintenant d'en cerner le rôle, notamment dans le processus de transfert de la propriété. En d'autres termes, quelles sont les sanctions apportées à l'accomplissement et au défaut de publicité? À cet égard, les droits français, suisse et allemand divergent.

²⁰ P. PIOTET, p. 18.

²¹ GRISONI, N 6, p. 19.

²² P. PIOTET, p. 18.

²³ DUCLOS, p. 286.

²⁴ GRISONI, N 7, p. 19.

²⁵ *Id.*, N 7 p. 19–20. En revanche, lorsque le meuble, par sa nature, peut être assimilé à un immeuble, alors la loi organise une publicité formelle. Cette solution ressort, en droit suisse, de la LF sur le registre des bateaux du 48 septembre 1923 et de la LF sur le registre des aéronefs du 7 oct. 1957.

²⁶ GRISONI, N 8, p. 21.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

b. La publicité en droit français

En France, nous le verrons, la conclusion d'un contrat aliénatoire suffit à transférer un droit réel²⁹. Cela ne signifie pas que la publicité, ou son défaut ne soient pas sanctionnés par le droit français. Ainsi, aux termes des art. 2276 et 1141 CCF «en fait de meubles, la possession vaut titre». Comme la volonté suffit à transférer la propriété, la modification de son signe extérieur – la possession – et la modification de son titulaire ne coïncident pas toujours. Ainsi, dans le cas d'une double vente, le droit français dispose que celui qui, de bonne foi, est mis en possession à titre de propriétaire devient propriétaire de la chose aux dépens du premier acquéreur, auquel la propriété aurait dû passer en vertu du contrat aliénatoire conclu avec l'aliénateur. C'est l'acquisition de bonne foi *a non domino*³⁰. En matière immobilière, le droit français sanctionne la publicité foncière par l'opposabilité à certains tiers des droits réels immobiliers publiés, et son défaut par l'inopposabilité à certains tiers des droits constitués ou transférés qui ne le sont pas (encore)³¹. Contrairement au système de droit commun (art. 1328 CCF), la publicité foncière donne ainsi la priorité à la première vente publiée et non pas conclue³². On parle alors de «l'inopposabilité aux tiers des transferts immobiliers non publiés»³³. Contrairement aux systèmes allemand et suisse, la publicité foncière en droit français a vocation déclarative; c'est-à-dire qu'elle n'a aucun effet translatif et ne jouit d'aucune force probante³⁴. Le transfert de la propriété immobilière s'opère donc par étapes: la propriété passe d'abord à l'acquéreur le jour de la vente, par le seul effet du consentement des parties, puis devient opposable aux tiers lors de sa publication³⁵. Toutefois, l'opposabilité *erga omnes* étant un élément essentiel du droit réel (caractère absolu), force est de constater que le transfert conventionnel n'est doté d'une pleine efficacité qu'au jour de l'exécution de la publicité³⁶. Avant cette date, la propriété n'est valable qu'*inter partes* et l'on ne peut donc parler d'un véritable droit réel. Aussi soutenons-nous que la publicité foncière en droit français est constitutive du caractère absolu des droits réels immobiliers, mais non de leur transfert.

c. La publicité en droits allemand et suisse

Contrairement au Code civil français, les droits allemand et suisse exigent tous deux que le transfert de la propriété corresponde à une modification de son signe extérieur³⁷, soit l'accomplissement de la publicité: transfert de la possession pour les meubles (art. 714 al. 2 CC et § 929 BGB) et inscription au registre foncier pour les immeubles (art. 656 al. 1 CC et art. 20 et 44 GBO)³⁸. Ainsi, contrairement au système français, la publicité en droits suisse et allemand ne conditionne pas seulement l'opposabilité des droits réels, mais la validité de leur transfert. La rigueur excessive de ces systèmes est corrigée par le constitut possessoire, l'assignation possessoire ou encore la *tradito brevi manu*, autant de possibilités de transférer la possession de manière intellectuelle, sans

²⁹ Cf. *infra*, Titre I, Chapitre II, § 2.

³⁰ P. PIOTET, p. 17.

³¹ Art. 30 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.

³² GRISONI, N 152, p. 328.

³³ WEILL, p. 581.

³⁴ CHENU, p. 38.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ GRISONI, p. 69.

³⁷ P. PIOTET, p. 18.

³⁸ On parle alors d'inscription constitutive, puisqu'elle conditionne l'existence même du droit pour l'acquéreur: sans publicité, pas de droit (art. 971 CC, art. 20 et 44 BGO).

déplacement physique de la chose.³⁹ Comme en France, les systèmes suisse et allemand sont soucieux de la protection des tiers qui se fient de bonne foi à l'apparence de propriété, laquelle découle de la possession et des écritures au registre foncier⁴⁰. La protection du tiers acquéreur de bonne foi (art. 933 et 975 CC et § 932, 892 et 923 BGB) et le contrat réel abstrait en droit allemand (§ 873, 925 et 929 BGB) parviennent à cet objectif⁴¹. L'accomplissement de la publicité correspond au mode du transfert et se distingue de son titre, qui en est la cause⁴². Nous verrons que, sur ce point, les droits allemand et suisse divergent.⁴³

§ 4. La spécialité

Selon le principe de spécialité, un droit réel ne peut porter que sur une seule chose déterminée. Autrement dit, plusieurs biens juridiquement distincts, mais ayant un lien économique entre eux, ne peuvent faire l'objet d'un seul et même droit; au contraire, il y a, dans un tel cas, autant de droits que de biens⁴⁴. Ce principe a une importance cardinale en cas de transfert à titre universel d'un patrimoine tout entier, comme la dévolution successorale. Ainsi, quand un patrimoine est dévolu, il y a en réalité autant de droits transférés qu'il existe de choses⁴⁵. Nous verrons plus loin qu'il en va de même pour les conditions: si la dévolution à titre universel est incertaine (donc conditionnelle), cela ne signifie pas que chaque droit individuel est modalisé par la même condition⁴⁶. Admettre, en cas de substitution fidéicommissaire, que chaque droit compris dans le patrimoine spécial serait conditionnel, c'est alors admettre «une restriction du droit de disposer» (art. 152 al. 3 CO) du grevé sur chacun des biens de la substitution⁴⁷. Or l'obligation de restituer du grevé porte sur l'ensemble du patrimoine spécial (restitution en valeur). En d'autres termes, le grevé peut librement disposer des biens de ce patrimoine, mais tout ce qui est acquis en remplacement y entre d'office (subrogation patrimoniale)⁴⁸. Il est alors impossible de construire cette «restriction au droit de disposer» sur chaque bien pris individuellement, comme l'exigerait le principe de spécialité⁴⁹.

§ 5. La priorité des droits réels (rang et élasticité)

Lorsqu'il existe deux ou plusieurs droits réels sur la même chose, deux situations peuvent se présenter. Soit ces droits sont compatibles entre eux (par exemple un droit de source et une servitude de passage sur le même fond). Il n'y a alors pas de conflit⁵⁰. Soit leur exercice réciproque est incompatible de telle sorte qu'au moins un limite l'autre, il y a donc conflit de droits réels⁵¹. Afin de résoudre ce conflit, il y a lieu de fixer un ordre de priorité (rang) entre eux. Il existe alors deux possibilités. La première se présente lorsqu'un droit réel l'emporte sur un autre parce qu'il est plus ancien. Dans un tel cas, le droit ayant un *rang préférable* peut seul s'exercer pleinement, le

³⁹ P. PIOTET, p. 17. Voir les art. 922 ss CC et le § 929 2^{ème} phrase BGB.

⁴⁰ *Id.*, p. 18 et 21. Nous verrons au Chapitre II, section 5, le rôle de présomption que peut jouer la publicité et le besoin de protections des tiers qui se seront fiés de bonne foi à une fausse présomption.

⁴¹ P. PIOTET, p. 18 et 21.

⁴² *Id.*, p. 18.

⁴³ Cf. *infra*, Chapitre II, § 3 et 4.

⁴⁴ ATF 112 II 406/410.

⁴⁵ STEINAUER I, N 81, p. 60.

⁴⁶ P. PIOTET, p. 146.

⁴⁷ D. PIOTET, N 59, p. 33.

⁴⁸ *Id.*, N 60, p. 33–34.

⁴⁹ *Id.*, N 61, p. 33–34; cf. *infra*, Titre I, Chap. III § 4 et Titre III, Chap. I, § 1

⁵⁰ STEINAUER I, N 140, p. 75.

⁵¹ P. PIOTET, p. 46.

second ne pouvant s'exercer licitement que s'il ne gêne pas l'exercice du premier⁵². En vertu du principe *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, nul ne peut transférer plus de droit qu'il n'en a. Ainsi un droit réel ne peut pas, sans le consentement de son titulaire, être primé par la création ultérieure d'un autre droit; le propriétaire ne pouvant disposer de sa pleine propriété s'il l'a grevée auparavant⁵³. Ainsi et selon la règle *prior tempore portior jure*, le rang des droits réels limités est déterminé par la *priorité dans le temps*: le premier droit réel limité constitué primera l'ensemble des droits réels limités subséquents⁵⁴. Quant à la propriété, elle est toujours primée par un droit réel limité, ce dernier ayant toujours un rang préférable à celui de la propriété⁵⁵. Nous pouvons constater que le système de rang est une conséquence logique du caractère absolu des droits réels. Puisqu'ils sont opposables à tous, leur transfert et leur constitution le sont aussi. Cette *priorité dans le temps* n'est donc pas un élément de contenu intrinsèque du droit réel, mais une conséquence indirecte de son opposabilité⁵⁶.

La seconde possibilité existe lorsque tous les droits réels existant sur la même chose se limitent réciproquement quant à leur exercice: ils ont alors le même rang⁵⁷. Le cas typique est celui de la propriété collective, qui peut prendre deux formes en droit suisse: la copropriété et la propriété en main commune⁵⁸. Si, pendant longtemps, la doctrine classique, s'inspirant du § 741 BGB, a construit la propriété collective comme une division d'un droit de propriété unique entre les propriétaires collectifs⁵⁹, notre Haute cour, dans un ATF 133 II 311, a cependant rejeté cette construction pour lui préférer celle du *condominium plurium in solidum*⁶⁰. Selon cette théorie, il y a autant de droits de même nature portant sur la chose entière qu'il y a de propriétaires collectifs⁶¹, ces droits se limitant réciproquement (théorie de la charge)⁶². Tel sera aussi le cas, par exemple, si le propriétaire constitue deux usufruits sur le même immeuble et demande leur inscription au registre foncier en même temps⁶³. La doctrine dominante admet, dans un tel cas, que ces deux droits réels puissent entrer en communauté juridique, ce qui vaut pour la propriété collective valant aussi pour les droits réels limités⁶⁴. Nous verrons cependant, sous le Titre II, qu'une propriété peut en primer une autre, excluant alors toute communauté juridique entre elles⁶⁵.

De la théorie de la charge, nous pouvons tirer une caractéristique générale applicable à tout droit subjectif: leur élasticité. Selon ce principe, l'exercice d'un premier droit est «comprimé» par l'exercice d'un second droit du même genre et reprend automatiquement (*ipso jure*) sa complète étendue lorsque le premier s'éteint⁶⁶. Cette élasticité n'existe pas seulement pour les droits réels, mais aussi pour les créances, qui peuvent donc avoir un rang⁶⁷. La théorie du *condominium plurium*

⁵² P. PIOTET, p. 46.

⁵³ D. PIOTET, TDPS V/2, N 25, p. 12.

⁵⁴ ATF 119 III 32/35.

⁵⁵ P. PIOTET, p. 47.

⁵⁶ Le rang des gages immobiliers est d'ailleurs déterminé par la case hypothécaire qui leur est assignée et non par leur date de constitution (art. 813 ss CC).

⁵⁷ P. PIOTET, p. 47.

⁵⁸ STEINAUER I, N 31, p. 49.

⁵⁹ MEIER-HAYOZ, S.T, N 5 ss; KUNZ, p. 16 ss, 19 ss et 31 ss.

⁶⁰ D. PIOTET, JdT I 2007 294–296.

⁶¹ STEINAUER I, N 1111, p. 388.

⁶² D. PIOTET, JdT I 2007 294–296.

⁶³ P. PIOTET, p. 46.

⁶⁴ MEIER-HAYOZ, S.T, N 24.

⁶⁵ Chap. III, § 2, lit. d.

⁶⁶ P. PIOTET, p. 47.

⁶⁷ Voire D. PIOTET, TDPS V/2 N 57 ss, p. 25 ss, pour l'usufruit et le gage grevant une créance. Cf. *infra*, Titre II,

in solidum s'applique donc aux communautés de créanciers. En cas de solidarité active, par exemple, chaque créancier est donc titulaire d'une créance de contenu identique contre le même débiteur⁶⁸. On parle alors de créanciers «concourants» (*in solidum*).

Après avoir parlé du conflit entre droits réels⁶⁹, il convient d'examiner la relation entre droits réels et droits personnels. Cette relation est simple: le droit réel l'emporte toujours sur le droit personnel, même antérieur⁷⁰. Comme le créancier est sujet passif du droit réel, sa créance ne peut y faire échec, même si elle est née avant. De la même manière, le titulaire d'un droit réel peut toujours en disposer, même si cela viole une obligation; il s'exposera dans un tel cas au risque de devoir payer des dommages-intérêts⁷¹. Si, sur le plan obligationnel, le titulaire du droit réel ne doit (*dürfen*) pas disposer de son droit, il peut (*können*) le faire, sur le plan réel, puisque le pouvoir de disposer n'est en rien supprimé ou restreint par l'obligation⁷². La constitution d'un autre droit réel ou la loi peuvent en revanche limiter ce pouvoir⁷³.

Chapitre II

Le transfert de la propriété à titre particulier en droit continental

§ 1. La question de l'acte de disposition

La doctrine suisse est, depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1912, très partagée sur le mécanisme apte à transférer la propriété et autres droits réels limités. Il faudra attendre un arrêt du Tribunal fédéral de 1929 pour écarter définitivement le modèle allemand du transfert abstrait de la propriété. Si, en matière d'immeubles, le système du transfert causal ressort des art. 974 et 975 CC⁷⁴, le Tribunal fédéral étendra ce principe au transfert de la propriété mobilière en modifiant sa jurisprudence en ces termes: «la validité du transfert [...] dépend de la validité juridique de l'acte générateur d'obligations qui en est la cause»⁷⁵. Néanmoins, les auteurs suisses n'ont pas entièrement fait leur deuil du transfert abstrait. En effet, ils insèrent, pour la plupart, dans le système suisse du transfert causal, un contrat réel (*dinglicher Vertrag*) comme acte de disposition nécessaire au transfert de la propriété⁷⁶. Si cette construction semble utile, à première vue, pour fonder les attentes réelles (qui résulteraient alors d'une condition posée à ce contrat réel), nous verrons dans ce chapitre qu'elle est tout à fait artificielle et qu'elle ne saurait être reprise en droit suisse. Afin de mieux cerner en quoi il n'est nullement nécessaire de recourir à un quelconque acte de disposition pour transférer la propriété en droit suisse, nous proposons une étude rapide des systèmes français et allemand, objet des deux prochaines sections.

Chap. II, § 2 pour les créances conditionnelles (art. 152 al. 3 CO).

⁶⁸ KRATZ, ad art 150 CO, N 22–23; ROMY, CR-CO I, ad art. 150, N 1; ATF 94 II 313/317.

⁶⁹ Nous n'aborderons pas dans ce travail le conflit entre droit réel et droit de réalisation forcée.

⁷⁰ P. PIOTET, p. 51. Cela ne vaut pas si le droit personnel est annoté au registre foncier. L'annotation vient en effet renforcer la créance par un droit réel accessoire, qui, de ce fait, devient opposable aux droits acquis postérieurement sur l'immeuble (cf. *infra*, Titre III, Chap. III, § 3).

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ HOMBERGER, art. 965 N 16.

⁷⁵ ATF 55 II 302/308, JdT 1930 I 535/540.

⁷⁶ Voir not. STEINAUER II, N 2013 ss, p. 309 ss.

§ 2. Le contrat aliénatoire en droit français

En droit français, le consentement des parties est apte et suffisant à transférer la propriété: c'est le principe du transfert *solo consensu* (art. 711 et 1138 CCF)⁷⁷. Ainsi le transfert de la propriété est consensuel (le contrat aliénatoire produit ses effets réels du simple consentement régulièrement formulé par les parties) et immédiat (aucun *modus adquirendi* n'est requis pour achever le transfert, contrairement à la tradition en droit romain⁷⁸)⁷⁹. Ces principes sont repris aux art. 1583 et 938 CCF régissant la vente, respectivement la donation: les deux contrats aliénatoires principaux. Ainsi en France, «vendre, c'est aliéner»⁸⁰.

Le transfert *solo consensu*, considéré comme «un triomphe de l'autonomie des volontés sur le formalisme juridique»⁸¹, connaît néanmoins des tempéraments. En premier lieu, le principe est atténué lorsque le transfert a pour objet une chose de genre ou future. Dans un tel cas, la propriété passera seulement à partir de l'individualisation de la chose, respectivement de son existence⁸². Dans d'autres cas, le droit français exige, pour parfaire le transfert de propriété, que le consentement des parties revête une forme notariée⁸³. Enfin, et dans un souci de sécurité des transactions, le droit français fait échec au principe du transfert *solo consensu* par l'acquisition *a non domino* pour les meubles (art. 1141 CCF) et par l'inopposabilité aux tiers de transferts non publiés pour les immeubles⁸⁴.

§ 3. Le contrat réel abstrait en droit allemand

Contrairement au transfert *solo consensu*, ou principe de l'unité (*Einheitsprinzip*), le droit allemand connaît le principe de la séparation (*Trennungsprinzip*) fondant la dissociation entre l'acte générateur d'obligations (contrat de vente, etc.) et le transfert de propriété de la chose aliénée⁸⁵. Ainsi l'accomplissement d'un mode, soit de la publicité (la possession pour les meubles et l'inscription au registre foncier pour les immeubles) est nécessaire pour transférer la propriété en droit allemand (§ 929 BGB et art. 20 et 44 GBO)⁸⁶.

En plus de l'accomplissement du mode et du pouvoir de disposition de l'aliénateur⁸⁷, le droit civil allemand pose encore deux conditions au processus de transfert de la propriété à titre particulier:

- Un acte juridique de base qui crée la cause du transfert s'il est valable;
- Un contrat réel (*dinglicher Vertrag*, ou *Auflassung* en matière immobilière) qui contient uniquement l'accord des parties sur le transfert de propriété⁸⁸. En matière de transfert

⁷⁷ P. PIOTET, p. 17.

⁷⁸ PIÉDELIÈVRE, p. 120.

⁷⁹ LARROUMET, p. 198.

⁸⁰ PLANIOL/ RIPERT, p.625.

⁸¹ *Id.*, p. 632.

⁸² GRISONI, N 46, p. 66–67.

⁸³ Voir les art. 931 et 2127 CCF pour le contrat de donation et l'hypothèque.

⁸⁴ P. PIOTET, p. 17. Cf. *infra*, § 3 Chap. I Titre I et § 5 Chap. II Titre I.

⁸⁵ FERRAND, N 642.

⁸⁶ P. PIOTET, p. 18.

⁸⁷ Notons que le droit français exige aussi le pouvoir de disposition de l'aliénateur en application du principe *nemo plus iuris* (art. 1599 CCF). Ce principe sera pour autant violé par l'acquisition du tiers de bonne foi que connaissent les trois ordres juridiques étudiés. Cf. *infra*, § 5 Chap. II Titre II.

⁸⁸ P. PIOTET, p. 18.

immobilier, il est conclu entre présents au registre foncier et contient déjà la réquisition d'inscription (§ 873, 925 et 929 BGB)⁸⁹.

Ainsi le droit allemand est régi par le principe de l'abstraction (*Abstraktionsprinzip*): l'acte juridique de base et le contrat réel sont indépendants l'un de l'autre quant à leur validité⁹⁰. Le contrat réel est dit «abstrait», par quoi il faut entendre que sa validité ne dépend pas de celle du contrat de base. La propriété d'une chose est donc acquise à l'acquéreur dès la conclusion du contrat réel et de l'accomplissement de la publicité⁹¹. Pour éviter tout enrichissement sans cause de l'acheteur, au cas où l'acte obligatoire s'avèrerait nul, le droit allemand donne au vendeur une action en enrichissement illégitime tendant à obtenir de l'acheteur la restitution de la chose, ou une somme d'argent correspondante (*Wertersatz*) si ce dernier n'en a plus la possession (§ 812 ss BGB)⁹². Le contrat réel abstrait a comme *ratio legis* la protection des tiers qui se fient, de bonne foi, à l'apparence née de la publicité, soit la possession ou l'inscription au registre foncier⁹³. Cependant, la théorie de l'abstraction dépasse son objectif en protégeant également les tiers de mauvaise foi qui connaissaient ou devaient connaître la nullité du contrat de base⁹⁴.

Reste encore à qualifier juridiquement ce contrat réel abstrait. Pour se faire, il sied de distinguer le transfert de la propriété mobilière du transfert immobilier. Si certains auteurs qualifient le transfert de la possession et l'inscription au registre foncier d'actes matériels⁹⁵, nous contestons cette approche, avec P. PIOTET, pour l'inscription au registre. En effet, si la remise de la possession est bien un acte matériel, l'inscription est la publication, dans le grand livre, de la décision du conservateur d'inscrire l'acquéreur comme nouveau propriétaire et donc de lui transférer la propriété de l'immeuble en cause⁹⁶. Contrairement à l'opinion des auteurs suisses reprenant la théorie du contrat réel allemand⁹⁷, ce dernier ne peut être un acte de disposition, soit un acte qui transfère, grève, modifie ou éteint *immédiatement* un droit subjectif⁹⁸. En effet, c'est bien la décision de l'État publiée au registre foncier qui achève le transfert de la propriété foncière et non pas le contrat réel contenant la réquisition d'inscription; ce dernier ne peut donc être un acte de disposition⁹⁹. En matière mobilière, il n'en va pas différemment: le contrat réel ne transfère pas *directement* la propriété mobilière, car le Code civil allemand exige toujours en plus la remise de la possession¹⁰⁰. D'ailleurs, il est généralement admis que le contrat réel peut la précéder dans le temps et ne se confond pas avec elle¹⁰¹. Nous admettons donc, avec P. PIOTET, qu'il n'y a aucun acte de disposition dans le processus de transfert de la propriété en Allemagne, contrairement à l'avis de la doctrine dominante¹⁰². Au contraire, le principe d'abstraction fait du contrat réel le titre du transfert intercalé entre l'acte juridique de base et le mode de transfert, et non un acte de

⁸⁹ P. PIOTET, p. 18.

⁹⁰ FERRAND, N 644.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² FERRAND, N 645.

⁹³ P. PIOTET, p. 20.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Voir not. STEINAUER I, N 265, p. 68 et FOËX, N 347, p. 159.

⁹⁶ P. PIOTET, p. 19.

⁹⁷ Voir not. STEINAUER I, N 265, p. 68 et FOËX, N 347, p. 159.

⁹⁸ P. PIOTET, p. 19.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ P. PIOTET, p. 21 et références.

¹⁰² *Id.*, p. 19.

disposition¹⁰³. Par ailleurs, nous verrons dans la prochaine section que la notion même de *contrat* réel (en tant qu'acte bilatéral) est déjà incompatible avec la notion d'acte de disposition.

Tel que nous l'avons défini, quelle utilité a le contrat réel abstrait? Son rôle est d'abord de protéger les tiers et de sécuriser les transactions. Or le système de la protection du tiers acquéreur de bonne foi (§ 892, 923 et 932 BGB) y parvient déjà¹⁰⁴. Sa seule utilité serait donc d'apporter pareille protection au tiers de mauvaise foi, raison pour laquelle, entre autres, le Tribunal fédéral ne s'est pas rallié au système du transfert abstrait¹⁰⁵. En réalité, le contrat réel est une création artificielle. En effet, il contient l'accord sur le transfert de la propriété, accord qui se retrouve déjà dans le contrat de base¹⁰⁶. Il pourrait, comme le contrat aliénatoire français, transférer directement la propriété, l'accord contenu dans le contrat de base portant seulement sur l'obligation du transfert futur de la propriété. Or pareille construction est incompatible avec le droit civil allemand, ce dernier exigeant toujours l'accomplissement du mode pour achever un tel transfert¹⁰⁷. Si le contrat réel se distingue du mode et peut le précéder dans le temps, on pourrait admettre, en poussant le système allemand à l'extrême, que la remise de la possession ou l'inscription au registre foncier à titre de propriétaire transfèrent toujours la propriété, quelle que soit la validité du titre¹⁰⁸. Quoiqu'il en soit, un transfert causal de la propriété serait souhaitable, *de lege ferenda*, en Allemagne¹⁰⁹.

§ 4. *Le transfert causal en droit suisse et rejet de la théorie du contrat de disposition*

Si le principe de causalité est, depuis 1929, acquis en droit suisse¹¹⁰, la doctrine reste partagée sur les modalités de ce transfert causal de la propriété. La doctrine dominante, avec des variantes, insère dans ce processus un contrat réel, sans pour autant en faire un acte abstrait, comparé au *dinglicher Vertrag* allemand. Les auteurs défendent cette théorie en prétendant qu'un acte de disposition est nécessaire pour transférer la propriété et que cet acte ne peut être compris dans le contrat de base qui en est la cause ni dans l'accomplissement du mode qui n'est qu'un acte matériel¹¹¹. Cet acte suppose le pouvoir de disposition de l'aliénateur et peut être conditionnel. Ainsi cette construction permet d'expliquer la réserve de propriété par une condition posée au contrat réel¹¹². Récemment, le Tribunal fédéral s'est rallié à cette doctrine en soutenant que le transfert d'un droit réel mobilier suppose un *titre* d'acquisition et une *opération* d'acquisition, laquelle comprend elle-même un acte bilatéral de disposition (contrat réel) et un acte matériel (remise de la possession)¹¹³.

¹⁰³ P. PIOTET, p. 20.

¹⁰⁴ Cf. *infra*, Chap. III, § 5.

¹⁰⁵ ATF 55 II 302/308–309, JdT 1930 I 535/540–541.

¹⁰⁶ Voir § 433 BGB, pour la vente, par exemple.

¹⁰⁷ Il est d'ailleurs admis que l'accomplissement du mode puisse être postérieur au contrat réel, ce qui sera toujours le cas en matière immobilière (P. PIOTET, p. 21).

¹⁰⁸ P. PIOTET, p. 21.

¹⁰⁹ REY, p. 81, N 357.

¹¹⁰ ATF 55 II 302/308–309, JdT 1930 I 535/540–541.

¹¹¹ STEINAUER II, N 2013 ss, p. 309 ss; NEUMAYER, p. 353–354; FOËX, N 344 ss, p. 158 ss. Notons que pour certains auteurs, la conclusion du contrat réel se fait au moment de la tradition (voir not. VON TUHR/PETER, p. 151 et 194). D'autres encore placent le contrat réel à l'intérieur du contrat de base (voir not. HOWALD, p. 91–92).

¹¹² P. PIOTET, p. 22.

¹¹³ ATF 142 III 746/751.

Une autre théorie, celle du contrat d'exécution (*eingeschränkte Vertragstheorie*), est défendue par une importante partie des auteurs suisses¹¹⁴. Selon cette théorie, l'exécution du titre de base (vente, donation, etc.) consiste en un contrat au sens large, soit un acte bilatéral de disposition¹¹⁵. Ainsi, en exigeant que les parties se mettent d'accord sur le transfert au moment de l'exécution du contrat de base (soit au moment de la tradition), cette théorie rejoint celle du contrat réel¹¹⁶. Comme ce contrat de disposition peut être conditionnel, il permet de construire la réserve de propriété¹¹⁷.

Certains auteurs ajoutent encore, en plus du contrat de base et du contrat réel, un contrat de possession¹¹⁸. Nous rejetons d'emblée cette théorie. Puisqu'il est généralement admis que la tradition simple est un acte matériel, il n'y a aucune raison qu'il n'en soit pas de même pour le constitut possessoire, l'assignation possessoire ou encore la *traditio brevi manu*¹¹⁹. La théorie du contrat réel et plus largement celle du contrat de disposition ne sauraient non plus être suivies. Le contrat réel est un contrat de droit romain qui se conclut par la remise de la chose, en plus du consentement des parties¹²⁰. Cette notion est inconnue en droit suisse puisque ni l'art. 714, ni l'art. 965 CC n'en font mention. Par ailleurs, l'idée d'un contrat réel ou de disposition est déjà clairement incompatible avec la notion d'acte de disposition. Disposer c'est diminuer ses actifs et on le fait toujours seul¹²¹. Celui qui doit recourir à un contrat n'a précisément pas le pouvoir de disposer¹²². L'acte de disposition est donc forcément unilatéral. S'il est fait en faveur d'autrui, il doit cependant reposer sur une cause valable, notamment un contrat¹²³.

Avec P. PIOTET, nous n'admettons qu'un seul acte juridique dans le transfert de la propriété, celui de l'acte juridique de base¹²⁴. Selon nous, il n'existe aucun acte de disposition dans le transfert de la propriété. Au contraire, c'est bien la loi, et non la volonté des parties, qui rend le transfert efficace une fois le contrat de base exécuté, soit après le transfert de la possession¹²⁵. Quant à ce dernier, il reste un acte matériel, ce que la majorité de la doctrine admet¹²⁶. Prenons un exemple: des Français établis en Suisse passent un contrat de vente, en pensant que la conclusion de ce contrat suffit à transférer la propriété (transfert *solo consensu*). Au moment de l'exécution du contrat, ces parties penseront donc, par erreur, uniquement transférer la possession et non la propriété. On voit bien, dans cette hypothèse, que la loi achève le transfert de la propriété dès l'accomplissement du mode, sans qu'aucun accord des parties sur ce transfert soit nécessaire. Le propriétaire dispose bien (unilatéralement) de son droit en exécutant le contrat conclu avec l'acquéreur. Cependant, il n'y a pas véritablement d'acte de disposition, soit un acte juridique ayant un effet *direct* sur un rapport de droit donné, puisque c'est la loi qui opère *directement* le transfert, une fois les conditions légales remplies. Par ailleurs, en ajoutant un deuxième contrat, en plus du titre principal, le Tribunal fédéral

¹¹⁴ BUCHER, § 9 IV–V, p. 98–99; REY, N 1705 ss p. 441–442.

¹¹⁵ BUCHER, § 9 IV–V, p. 98–99; REY, N 1705 ss p. 441–442.

¹¹⁶ P. PIOTET, p. 24.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ FOËX, N 349 et 355, p. 160 et 162. HINDERLING prétend même que ce contrat de possession peut être conditionnel, créant ainsi un cas de «propriété conditionnelle» (RDS I 1982, p. 166–167).

¹¹⁹ P. PIOTET, p. 29.

¹²⁰ PETER, BLSchK 2017, p. 140.

¹²¹ *Id.*, p. 142

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ P. PIOTET, p. 24.

¹²⁵ P. PIOTET, La réalisation, p. 747–750.

¹²⁶ Voir not. STEINAUER II, N 2018, p. 309; BOVAY p. 73; HINDERLING, RDS V/1 1977, p. 439; FOËX, N 354, p. 162.

contredit sa jurisprudence antérieure quant au caractère causal du transfert de la propriété¹²⁷. Si le contrat réel est un contrat au sens strict du terme, alors il faudrait lui appliquer toute la partie générale du Code des obligations, notamment les dispositions sur les vices du consentement¹²⁸. Il serait alors possible d'invalider ce contrat pour des motifs qui lui sont propres, le rendant abstrait du titre de base¹²⁹. Cette théorie ne saurait définitivement être suivie.

La situation est encore plus claire en matière d'immeubles. En effet, la réquisition d'inscription au registre foncier (qui n'est pas un acte matériel, nous l'avons vu à propos du droit allemand) n'est pas un acte de disposition, contrairement à l'avis de la doctrine¹³⁰. Il n'y a donc aucun contrat réel dans la réquisition d'inscription. Au contraire, c'est un acte juridique (procédural) unilatéral consistant à demander une décision de l'État d'opérer le transfert de propriété. Ainsi, comme le transfert de la possession, la réquisition (qui correspond à l'exécution du contrat de base) ne transfère pas directement la propriété. Elle déclenche une procédure gracieuse débouchant sur une décision du conservateur, dont la publication au grand livre opère le transfert¹³¹.

En conclusion, le transfert de la propriété mobilière s'effectue de par la loi, une fois la possession transférée (acte matériel) en vertu d'un acte générateur d'obligations *valable* et du pouvoir de disposition de l'aliénateur. Pour les immeubles, le transfert, s'il existe une cause valable, s'achève une fois la publication de la décision du conservateur déclenchée par la réquisition d'inscription. Tant le transfert de la possession que la réquisition d'inscription sont des obligations personnelles de l'aliénateur, en vertu du contrat de base. Si ce contrat n'est pas valable, aucun de ces deux modes ne sera apte à transférer la propriété. En définitive, il n'existe aucun contrat (réel, d'exécution et/ou de possession) en plus du titre, dans le transfert de la propriété en droit suisse. Et si acte de disposition il y'a, alors il correspond simplement à l'exercice (unilatéral) du pouvoir de disposer de l'aliénateur, lequel doit prendre une forme, un *mode* déterminé (remise de la possession ou inscription au registre foncier) et reposer sur une juste *cause*. En somme, l'acte de disposition équivaut à la *tradition causale*, à l'exécution, dans les formes prescrites, d'un titre apte à transférer un droit réel. Il ne fait pas partie du transfert de la propriété, c'est le transfert en tant que tel. On ne saurait donc parler d'acte juridique à son égard; il est au contraire une notion plus englobante.

§ 5. L'acquisition du tiers de bonne foi

Nous l'avons vu, il est nécessaire de protéger les tiers qui se seront fiés de bonne foi à la publicité parfois trompeuse des droits réels. Ainsi, en matière de meubles, les droits français, suisse et allemand rendent valable le transfert de propriété, même si l'aliénateur n'est pas propriétaire de la chose, mais que l'acquéreur s'est fié, de bonne foi, au fait qu'il en était possesseur (art. 1141 CCF, 933 CC et § 929 BGB). En Suisse, on explique cette acquisition par la responsabilité du propriétaire de créer une apparence trompeuse en confiant la possession de la chose à autrui¹³². Elle est d'ailleurs d'autant plus légitime que le possesseur d'une chose mobilière en est présumé propriétaire (art. 930 CC, 2276 CCF, § 1006 BGB). Pour éviter la violation du principe *nemo plus iuris*, les auteurs français déduisent de l'art. 2276 al. 1 CCF que la possession crée un titre abstrait,

¹²⁷ ATF 55 II 302, Jdt 1930 I 535.

¹²⁸ PETER, BLSchK 2017, p. 142.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ P. PIOTET, p. 26. *Contra*: STEINAUER II, N 1539, p. 73; GUHL, p. 103.

¹³¹ P. PIOTET, p. 56.

¹³² *Id.*, p. 21.

indépendant du contrat aliénatoire¹³³. L'acquisition *a non domino* ne s'effectue donc pas en vertu du contrat, l'aliénateur ne pouvant transférer plus de droit qu'il n'en a¹³⁴. En droit suisse, même si cela reste controversé, les auteurs considèrent que l'acquisition de bonne foi a un caractère originaire, car elle ne dépend pas de la propriété de l'aliénateur; aucune entorse au principe *nemo plus iuris* n'est donc faite¹³⁵.

Pour les immeubles, la situation est un peu moins claire. En France, le principe de l'inopposabilité au tiers du transfert non publié écarte les règles *nemo plus iuris* et *prior tempore potior iure* en accordant la propriété à l'acquéreur qui fait publier son acquisition, en dépouillant ainsi le premier acquéreur qui ne l'a pas (encore) fait¹³⁶. En droits allemand et suisse, en revanche, une double vente ne crée jamais un conflit de droits réels en vertu du caractère constitutif de l'inscription au registre foncier¹³⁷. Contrairement au système français, les publicités foncières allemande et suisse jouissent d'une force probante absolue (foi publique): le tiers qui se fonde de bonne foi aux écritures (présumées exactes selon l'art 973 CC, § 891 BGB) du registre foncier pour acquérir un droit réel est maintenu dans son acquisition (art. 973 CC et § 892 et 983 BGB)¹³⁸. À l'inverse, la publicité foncière en droit français ne jouit d'aucune présomption d'exactitude, ni entre parties ni au profit des tiers de bonne foi: elle n'est donc d'aucun secours pour opérer une acquisition *a non domino* (à l'exception de la problématique de la double vente dont une est publiée et l'autre pas)¹³⁹.

Finalement, si les droits français, suisse et allemand divergent quant au processus de transfert des droits réels, nous pouvons constater qu'avec l'acquisition du tiers de bonne foi, ces trois droits se rejoignent¹⁴⁰. Tout système de droit moderne, pour les besoins de son commerce, doit faire en sorte de sécuriser et faciliter les transactions. Il faut alors que les tiers de bonne foi puissent déduire, de la possession ou des écritures au registre foncier, l'existence d'un droit, sans devoir vérifier la propriété de son auteur.

¹³³ F. TERRÉ/SIMLER, N 426.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ STEINAUER II, N 2067a, p. 337.

¹³⁶ GRISONI, N 156–157, p. 238–239

¹³⁷ *Id.*, N 158, p. 243.

¹³⁸ P. PIOTET, p. 21; GRISONI N 34–35, p. 50 et N 110, p. et 145.

¹³⁹ CHENU, p. 49 ss.

¹⁴⁰ GRISONI, N34–35, p. 49–50.

Chapitre III

Le transfert conditionnel de la propriété en droit continental

§ 1. Distinction entre propriété conditionnelle et transfert «conditionnel» de la propriété

Selon les auteurs faisant autorité en droit des obligations, seul un acte juridique peut être affecté par une condition¹⁴¹. Or un acte juridique se définit comme «une manifestation de volonté qui produit l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée»¹⁴², cet effet juridique étant soit la création, la modification, l'extinction ou le transfert *direct* d'un droit (acte de disposition), soit l'obligation de créer, modifier, éteindre ou transférer un droit (acte générateur d'obligations)¹⁴³. La propriété ne répondant pas à la définition de l'acte juridique, elle ne saurait être soumise à condition¹⁴⁴. En revanche, le ou les¹⁴⁵ acte(s) juridique(s) dont l'efficacité est nécessaire pour transférer la propriété peut ou peuvent être conditionnel(s)¹⁴⁶. C'est ainsi qu'on parle de transfert «conditionnel» de la propriété à l'égard du pacte de réserve de propriété (art. 715 CC). Nous verrons cependant que cette appellation est trompeuse, le transfert n'étant pas conditionnel, mais simplement retardé par la loi si le pacte de réserve est dûment inscrit dans le registre prévu à cet effet¹⁴⁷. Quoiqu'il en soit, notons à ce stade que la propriété, en tant que telle, ne peut être conditionnelle. En effet, la propriété est en principe illimitée dans le temps: elle se transfère, mais ne s'éteint pas¹⁴⁸. Il existe en revanche des cas de propriété temporaire, *ad tempus*. C'est le cas de la construction résultant d'un droit de superficie, dont la propriété est liée à la durée de la servitude, soit cent ans au plus¹⁴⁹. C'est aussi le cas du propriétaire dépossédé de sa chose sans sa volonté, puisque l'écoulement du délai de cinq ans de l'art 934 al. 1 CC entraîne l'acquisition de la propriété, si l'acquéreur est de bonne foi¹⁵⁰. Dans ces deux cas, la propriété est limitée dans le temps par l'effet de la loi et non par la volonté des parties; on se saurait donc parler de propriété conditionnelle¹⁵¹.

§ 2. En droit français

Nous l'avons dit, le contrat aliénatoire transfère directement la propriété de la chose. Comme tous les contrats, il peut évidemment être conditionnel. Ainsi, dans une vente à l'essai, le transfert de la propriété aura lieu dès l'avènement de la condition suspensive (art. 1588 CCF)¹⁵². Si la condition est résolutoire, sa réalisation entraîne *ipso jure* le transfert de la propriété à l'aliénateur (art. 951 et 952 CCF pour le droit de retour du donateur). Le pacte de réserve de propriété avec condition suspensive tire son effet réel directement du contrat; la volonté des parties pouvant, à elle seule, retarder le transfert de la propriété¹⁵³. Si la vente avec réserve de propriété est passée sous condition

¹⁴¹ GAUCH/SCHLUPE /TERCIER, N 2652 ss, p. 248; ENGEL, p. 853–854.

¹⁴² TERCIER/PICHONNAZ, N 170 ss.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ FOËX, N 358, p. 164; HOMBERGER, art. 939 N14. Seuls certains auteurs, en relation avec la substitution fidéicommissaire, semblent admettre la figure de la propriété conditionnelle (voir EITEL, RJB 1998, p. 248 ss et VAN DE SANDT, N 224 ss).

¹⁴⁵ Selon que l'on admette, ou pas, l'existence d'un contrat réel dans le transfert de la propriété.

¹⁴⁶ P. PIOTET, p. 145.

¹⁴⁷ Cf. supra § 4.

¹⁴⁸ STEINAUER, RDS II 1981, p. 238.

¹⁴⁹ FOËX, N 358, p. 164.

¹⁵⁰ STEINAUER II, N 2099, p. 352.

¹⁵¹ FOËX, N 359, p. 165–165.

¹⁵² P. PIOTET, p. 34.

¹⁵³ *Id.*, p. 35.

résolutoire, la propriété retourne automatiquement auprès du vendeur si l'acheteur ne paie pas le prix dans le délai fixé¹⁵⁴.

§ 3. En droit allemand

Le droit allemand distingue la condition posée au contrat de base (vente, donation, etc.), laquelle n'a que des effets obligatoires, de la condition posée au contrat réel, laquelle n'a que des effets réels¹⁵⁵. Ce contrat réel peut être soumis à n'importe quelle condition, qu'elle soit suspensive ou résolutoire¹⁵⁶. Le pacte de réserve de propriété n'est donc qu'un cas parmi d'autres de transfert conditionnel. Si le § 455 BGB présume que la vente sous réserve de propriété est passée sous condition suspensive, la condition peut aussi être résolutoire. Dans ce dernier cas, la propriété retourne *ipso jure* au vendeur lorsque la condition se réalise (§ 158 al. 2 BGB).

Si ce transfert automatique de la propriété se comprend en droit français, il est illogique en droit allemand. En effet, contrairement au Code civil français, le Code civil allemand exige l'accomplissement d'un mode pour transférer la propriété (cf. *infra* Chap. II § 3). Le contrat réel pur et simple ainsi que celui sous condition suspensive ne peuvent donc transférer, à eux seuls, la propriété. Il n'y a aucune raison d'admettre le contraire en cas d'avènement d'une condition résolutoire. En bonne doctrine, le transfert de la possession à l'aliénateur devrait être nécessaire dans tous les cas¹⁵⁷.

Relevons pour finir que le droit allemand, tout comme le droit suisse, interdit le contrat réel conditionnel en matière de transfert de la propriété foncière (§ 925 al. 2 BGB).

§ 4. En droit suisse

a. En matière d'immeubles

Il ressort de l'art 217 CO que l'inscription au registre foncier ne peut avoir lieu qu'après la réalisation de la condition suspensive¹⁵⁸. L'art. 12 ORF le confirme en prescrivant que la réquisition d'inscription ne peut être conditionnelle¹⁵⁹. Il en va de même pour la condition résolutoire; la propriété ne pouvant être conditionnelle¹⁶⁰, il est exclu qu'elle retourne *ipso jure* au vendeur si l'acheteur n'affecte pas l'immeuble au but convenu¹⁶¹. En revanche, l'obligation de retransférer la propriété peut être annotée au registre foncier (art. 959 cum art. 247 CO pour la donation)¹⁶². La jurisprudence du Tribunal fédéral ne semble pourtant pas aussi claire. Ce dernier a en effet admis l'inscription d'un droit d'habitation soumis à condition résolutoire¹⁶³, alors qu'il l'avait refusée pour une servitude¹⁶⁴. Avec LIVER¹⁶⁵, nous recommandons toutefois une interprétation restrictive de cette jurisprudence, l'arrêt en question se fondant essentiellement sur les circonstances de l'espèce. Il faut

¹⁵⁴ P. PIOTET, p. 35.

¹⁵⁵ *Id.*, p. 36.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ P. PIOTET, p. 36.

¹⁵⁸ FF 1905 II 22.

¹⁵⁹ LIVER, p. 139–140.

¹⁶⁰ Cf. *infra*, § 1.

¹⁶¹ HOMBERGER, art. 958, N 7.

¹⁶² P. PIOTET, p. 38.

¹⁶³ ATF 106 II 329/331 ss.

¹⁶⁴ ATF 87 I 311/315 ss.

¹⁶⁵ RJB 1980, p. 119.

donc plus y voir une exception à une pétition de principe, plutôt qu'un revirement de jurisprudence¹⁶⁶. Une condition résolutoire modalisant le contenu d'un droit réel immobilier devrait donc être admise seulement dans les cas où elle ne se heurte pas à la clarté et la simplicité du registre foncier: soit qu'elle puisse facilement être vérifiée par le conservateur et les personnes intéressées¹⁶⁷. Si tel n'est pas le cas, ou si la condition est suspensive, alors elle ne modalise que l'acte générateur d'obligations et n'a de ce fait aucun effet réel¹⁶⁸. Dans une telle situation, la caducité ultérieure du titre causée par la réalisation de la condition résolutoire n'autorise qu'une action personnelle en radiation, à l'exclusion de l'action (réelle) en rectification du registre foncier (art. 975 CC)¹⁶⁹.

b. En matière de meubles

La quasi-totalité de la doctrine suisse construit le transfert «conditionnel» de la propriété en posant des conditions modalisant, soit l'acte juridique de base¹⁷⁰, soit le contrat réel¹⁷¹, soit encore le transfert de la possession¹⁷². Nous rejetons d'emblée la dernière construction; le transfert de la possession étant un acte matériel, il ne peut être conditionnel. Quant à l'acte générateur d'obligations conditionnel, nous verrons plus loin qu'il ne produit jamais d'effet réel¹⁷³. Il est donc impropre à fonder un transfert «conditionnel» de la propriété. Comme, selon nous, il n'y a aucun acte de disposition dans le processus de transfert de la propriété, nous rejetons enfin la théorie du contrat réel conditionnel. Il faut en déduire la règle suivante: l'inadmissibilité des effets réels de la condition¹⁷⁴.

En raison des principes de publicité et du *numerus clausus*, la loi règle impérativement le transfert de la propriété, sans que les parties puissent empêcher ou retarder le transfert lorsque les conditions légales sont remplies et inversement¹⁷⁵. En cas de vente sous réserve de propriété, c'est alors la «loi (art. 715 CC) qui retarde exceptionnellement le transfert de la propriété en le soumettant à une exigence supplémentaire»¹⁷⁶. En inscrivant une modalité convenue entre les parties – le paiement du prix – au registre des pactes de réserve de propriété, le transfert de la propriété sera donc «suspendu» jusqu'à l'accomplissement de cette modalité¹⁷⁷. Cette inscription assure ainsi une publicité du transfert «conditionnel» de la propriété. Une partie importante de la doctrine¹⁷⁸ ainsi que le Tribunal fédéral¹⁷⁹ parlent à cet égard de transfert de la propriété sous condition suspensive. Nous préférons dire que le transfert est *retardé*, que le vendeur se *réserve* la propriété¹⁸⁰. En revanche, la thèse de la condition résolutoire ne peut être défendue. Le principe de la publicité obligeant à transférer la possession de la chose pour en transférer la propriété, un (re)transfert *ipso*

¹⁶⁶ D. PIOTET, N 16, p. 19.

¹⁶⁷ D. PIOTET, TDPS V/II, p. 47.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ ATF 133 III 641/642–643; TF 5A_740/2014, c. 3.

¹⁷⁰ Voir SIMONIUS, p. 48, pour qui l'avènement d'une condition résolutoire produit un effet réel.

¹⁷¹ Voir not. FOËX, N 346 ss, p. 159 ss; VON TUHR/ESCHER, p. 266–269; STEINAUER II, N 2029, p. 317.

¹⁷² HINDERLING, RDS I 1982, p. 166–167.

¹⁷³ Cf. *infra*, Titre II, Chap. III, § 2.

¹⁷⁴ FOËX, N 399, p. 177–178 et références.

¹⁷⁵ P. PIOTET, La réalisation, p. 747.

¹⁷⁶ P. PIOTET, p. 40

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ VON TUHR/ESCHER, p. 267; PANNATIER KESSLER, CR–CC II, *ad* art. 715, N 1 ss; STEINAUER II, N 2046, p. 327.

¹⁷⁹ ATF 39 II 519/522.

¹⁸⁰ P. PIOTET, p. 40.

jure de la propriété au vendeur, au cas où l'acheteur ne paierait pas le prix dans le délai fixé, n'est pas possible¹⁸¹. D'ailleurs, parmi la plupart des auteurs qui admettent le contraire, l'effet réel de la condition résolutoire ne proviendrait que de son inscription au registre des pactes de réserve¹⁸². Cette thèse n'est pas convaincante¹⁸³. La situation est donc la même qu'en cas de transfert immobilier: lorsqu'une condition est prévue, elle ne modalise en principe que le titre de base et non le droit réel lui-même¹⁸⁴.

Pour conclure sur le droit suisse, nous ne saurions admettre le transfert conditionnel de la propriété, pas plus que nous admettons la théorie de la propriété conditionnelle. Seule une décision publiée de l'État dans un registre officiel *ad hoc* (art. 715 CC) peut retarder le transfert et en aucun cas les parties¹⁸⁵. Si l'on suit la théorie du contrat réel sous condition suspensive ou résolutoire, force est d'admettre que seule l'inscription dans le registre des pactes de réserve de propriété peut lui donner des effets réels¹⁸⁶. À cet égard, seule la condition du paiement complet du prix peut être inscrite dans le registre, excluant définitivement tout autre cas de transfert «conditionnel», *avec effet réel*, de la propriété mobilière¹⁸⁷. Nous verrons dans le prochain Titre que nous préférons définir la réserve de propriété comme une expectative réelle de l'acheteur, soit un véritable droit réel accessoire né de l'inscription dans ledit registre.

c. Quid du transfert à titre universel?

La doctrine traditionnelle voit dans l'institution de la substitution fidéicommissaire un cas de propriété conditionnelle, soit d'une expectative réelle. Le grevé serait propriétaire sous condition résolutoire et l'appelé serait propriétaire sous condition suspensive jusqu'à l'ouverture de la substitution¹⁸⁸. Il y aurait alors un cas de transfert conditionnel en dehors de tout accomplissement d'une publicité (comparé à la réserve de propriété où la publicité de l'expectative correspond à la possession de l'acheteur et à l'inscription au registre *ad hoc*) sauf si la substitution est annotée (art. 490 al. 2 CC)¹⁸⁹. Pour diverses raisons, nous rejetons la théorie d'une expectative réelle dont le titulaire serait l'appelé¹⁹⁰. Retenons à ce stade que, comme le mentionne P. PIOTET¹⁹¹, «quand un droit est compris dans un patrimoine qui fera peut-être ou probablement l'objet d'une succession à titre universel, il ne devient pas, par-là, lui-même conditionnel». Cette manière de voir est la seule à respecter le principe de la spécialité des droits réels¹⁹².

¹⁸¹ P. PIOTET, p. 41.

¹⁸² FOËX, N 397, p. 177 et références. Cf. *infra*, Titre II. Chap. III, lit. f.

¹⁸³ Voir Titre II, Chap. III § 2 lit. f.

¹⁸⁴ ATF 133 III 641/642–643; TF 5A_740/2014, c. 3.

¹⁸⁵ P. PIOTET, p. 41.

¹⁸⁶ FOËX, N 407, p. 181.

¹⁸⁷ *Id.*, N 404, p. 180.

¹⁸⁸ EITEL, p. 333 ss; STEINAUER, RDS II 1981, p. 237 ss.

¹⁸⁹ P. PIOTET, p. 41.

¹⁹⁰ Cf. Titre III, Chap. I, § 1.

¹⁹¹ TDPS IV, p. 99.

¹⁹² Cf. *supra*, Chap. I § 4.

d. Quid des droits réels limités?

Tout comme pour la propriété, le contenu d'un droit réel limité ne peut, en tant que tel, être conditionnel. Se pose alors la question de leur constitution ou de leur transfert. S'il est exclu de constituer conditionnellement un droit réel limité mobilier¹⁹³, il est cependant possible de constituer purement et simplement un gage qui est l'accessoire d'une créance conditionnelle¹⁹⁴. Comme l'usufruit est incessible et que le gage suit toujours la créance garantie, le transfert, pour lui-même, d'un droit réel limité mobilier ne se pose pas¹⁹⁵. Cependant, moyennant nantissement du cessionnaire, il est possible de céder conditionnellement le gage avec la créance garantie¹⁹⁶.

Pour ce qui est des droits réels immobiliers, la publicité foncière n'autorise pas à constituer ou à transférer conditionnellement un droit réel par écriture au registre foncier¹⁹⁷. Si, en revanche, la constitution ou le transfert du droit réel s'opèrent en dehors des écritures, ces actes pourront être conditionnels¹⁹⁸.

¹⁹³ P. PIOTET, p. 44.

¹⁹⁴ Cf. *infra*, Titre III, Chap. II, § 3.

¹⁹⁵ P. PIOTET, p. 44.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ P. PIOTET, p. 44. Cf. *infra*, Titre III, Chap. II, § 3.

Titre II Les expectatives de droit

Chapitre I Les expectatives au sens large

L'expectative de droit (*Anwartschaft*) est une notion bien connue de notre ordre juridique, même si la loi n'en fait pas mention¹⁹⁹. On peut cependant en donner la définition suivante: c'est la position juridique, protégée par la loi, de l'éventuel acquéreur d'un droit définitif, «quand une partie des exigences de cette acquisition sont satisfaites²⁰⁰ et que l'acquisition ne peut être empêchée par l'autre partie et se produira *ipso jure*»²⁰¹. La doctrine distingue trois éléments constitutifs du droit expectatif: un processus d'acquisition en deux étapes; la réunion de toutes les conditions d'acquisition, sauf une lors de la première étape; et enfin le caractère quasi certain de l'accomplissement du processus d'acquisition²⁰². Pour ce dernier élément, nous nous contenterons de dire, avec P. PIOTET²⁰³ et DESCHENAUX²⁰⁴, qu'il y a expectative de droit lorsque l'ordre juridique, ou le juge comblant une lacune²⁰⁵ accordent une protection à l'acquéreur éventuel. Ainsi comprise, l'expectative de droit est un véritable droit subjectif cessible et saisissable²⁰⁶. À défaut d'une telle protection, il n'y a qu'une simple espérance, une expectative de fait²⁰⁷. Si cette définition semble claire en théorie, elle ne l'est pas en pratique. Les nombreuses expectatives de droit consacrées par la doctrine et la jurisprudence n'ont souvent en commun que le nom, et FOËX²⁰⁸ de dire que «l'expectative, véritable *auberge espagnole* de notre droit privé, est une institution galvaudée avant d'avoir pu s'épanouir».

L'exemple le plus typique d'expectative de droit est la créance dont la naissance est subordonnée à l'avènement d'une condition suspensive. Elle est spécialement régie par l'art. 152 CO, dont nous ferons l'étude au prochain chapitre. Nous verrons cependant qu'il existe quantité d'autres expectatives de droits personnels²⁰⁹, ainsi que des expectatives de nature réelle. Pour cette dernière catégorie, seule la loi (parfois implicitement) peut consacrer un droit réel expectatif; en d'autres termes, l'expectative réelle doit entrer dans le *numerus clausus*²¹⁰. Il est donc nécessaire d'en proposer une définition claire et exhaustive, objet du chapitre III ci-dessous. Nous avons déjà entrevu l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété prévue par l'art. 715 CC. Nous ferons encore l'étude d'autres expectatives réelles au titre III de ce mémoire.

¹⁹⁹ FOËX, N 553, p. 234–235. Voir cependant les textes allemand et italien de l'art. 151 CO qui recourent au concept d'expectative.

²⁰⁰ Le TF semble même admettre qu'il y ait droit expectatif uniquement lorsque toutes les conditions d'acquisition du droit définitif sont remplies, sauf une, en principe la survenance d'un événement (ATF 72 I 100/102).

²⁰¹ P. PIOTET, p. 52.

²⁰² FOËX, N 555, p. 235–236 et références.

²⁰³ p. 52.

²⁰⁴ p. 162 ss.

²⁰⁵ Ce qui nous parait exclus en matière de droits réels. Cf. *infra* Titre III, Chap. III.

²⁰⁶ P. PIOTET, p. 52. Si l'expectative est réelle, elle est alors un droit réel de même nature que le droit définitif (cf. *infra*, Chap. III, § 2 lit. g).

²⁰⁷ DESCHENAUX, p. 162 ss.

²⁰⁸ N 559, p. 242.

²⁰⁹ Cf. *infra*, Chap. II § 1,

²¹⁰ P. PIOTET, p. 53.

Nous pouvons distinguer, à ce stade, deux sortes d'expectatives. D'abord les droits soumis par acte juridique à une condition suspensive et les droits en formation, à savoir ceux dont il manque une exigence pour achever leur **constitution** et que la réalisation de cette exigence provoque *ipso jure* la naissance du droit²¹¹. La deuxième sorte de droits expectatifs comprend les droits dont le **transfert** est conditionnel²¹². Pour la première catégorie, seul le titulaire du droit en formation est habilité à le faire protéger par l'État²¹³. En revanche, en cas de transfert conditionnel, le droit appartient encore à l'aliénateur, lequel peut naturellement le faire protéger. Toutefois, l'acquéreur éventuel jouit aussi d'une telle protection (donc est aussi titulaire d'un droit subjectif); nous allons le voir au prochain chapitre²¹⁴.

Chapitre II Les expectatives de droits personnels

§ 1. Généralités

Avant de passer à l'étude des expectatives réelles, intéressons-nous au régime applicable aux expectatives personnelles et plus particulièrement à la créance dont la naissance ou le transfert sont soumis à une condition suspensive. Nous verrons en effet que ce régime s'applique par analogie aux droits réels expectatifs²¹⁵.

La créance sous condition suspensive n'est cependant pas la seule expectative personnelle en droit suisse. La doctrine et la jurisprudence ont consacré toute une série d'autres droits personnels expectatifs, dont il est parfois difficile de dégager les caractéristiques communes. À titre d'exemple, nous mentionnerons le droit du conjoint à une part du bénéfice résultant de la liquidation du régime matrimonial²¹⁶; l'expectative de l'héritier éventuel²¹⁷; ou encore le droit en attente du futur ayant droit aux prestations d'une caisse de pension²¹⁸.

§ 2. La créance conditionnelle (au sens large)

a. la notion

Une **créance** (droit personnel) est un droit subjectif privé permettant d'exiger d'un ou plusieurs débiteur(s) déterminé(s) de fournir une prestation positive ou négative²¹⁹. Nous verrons que la créance conditionnelle est un véritable droit personnel, qui ne sort toutefois pas encore tous ses effets, tout comme l'expectative réelle est un véritable droit réel provisoire²²⁰. Une **condition** est un événement futur et incertain dont dépend un effet juridique²²¹. Il en existe deux types: d'une part, la condition suspensive dont la réalisation entraîne la naissance de l'effet juridique (art. 151 CO) et

²¹¹ P. PIOTET, p. 53.

²¹² *Id.*, p. 54.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ Cf. *infra*, chap. II § 2.

²¹⁵ Cf. *infra*, Titre III, Chap. III.

²¹⁶ FOËX, N 557, p. 237–240 et références.

²¹⁷ P. PIOTET, TDPS IV, p. 550; D. PIOTET, le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 618.

²¹⁸ ATF 110 II 436/442.

²¹⁹ P. PIOTET, p. 48.

²²⁰ Cf. *infra*, Chap. III § 2, lit. g.

²²¹ ENGEL, p. 846.

d'autre part, la condition résolutoire dont la réalisation entraîne la cessation de l'effet juridique (art. 154 CO)²²².

Sous la notion de créance conditionnelle, nous rangeons donc l'expectative du titulaire d'une créance dont la naissance²²³ ou le transfert²²⁴ sont soumis à une condition suspensive, mais également celle du titulaire d'une créance dont la naissance ou le transfert sont soumis à la réalisation d'une condition résolutoire posée au droit d'autrui. Notre Code civil s'est limité à accorder une protection aux créanciers dont les droits sont modalisés par une condition suspensive (art. 152 CO). Nous verrons dans la présente section s'il convient d'appliquer pareille protection aux créances qui dépendent de la réalisation d'une condition résolutoire.

Avant de passer à l'analyse de l'art. 152 CO, il convient de dresser la liste des actes juridiques pouvant faire l'objet d'une condition. Il est clair que peuvent l'être les actes générateurs d'obligations: c'est la créance conditionnelle au sens étroit²²⁵. Ne peuvent, en revanche, être conditionnels les droits formateurs²²⁶ et la plupart des actes du droit de la famille et des successions²²⁷. Plus délicate est la question des actes de disposition, soit les actes qui transfèrent, grèvent, modifient ou éteignent *directement* un droit²²⁸. Selon ENGEL²²⁹, ces actes ne peuvent être conditionnels puisque, par essence, ils ont un effet direct sur le rapport de droit en question: le patrimoine diminue instantanément. Cet auteur précise que dans un cas de remise de dette ou de cession de créance conditionnelle, c'est alors les actes générateurs qui les sous-tendent qui sont conditionnels²³⁰. PETER²³¹ réfute cette approche et admet clairement que la cession de créance et la remise de dette, en tant qu'actes de disposition, peuvent être conditionnelles, puisque l'art. 152 al. 3 CO ne vise, en réalité, que ce type d'actes²³². Il ne fait aucun doute que cette disposition vise uniquement les «actes de disposition» et notamment la cession de créance conditionnelle. Or, selon la conception contractuelle, la cession de créance est un acte de disposition volontaire (contrat de cession) qui fait suite à un acte générateur d'obligations bilatéral (*pactum de cedendo*)²³³. Ce contrat de cession aurait le même rôle, *mutatis mutandis*, que le contrat réel en matière de transfert de la propriété²³⁴. Nous admettons que la validité de la cession dépend de celle du titre de base (*pactum de cedendo*), même si cela reste très controversé en doctrine, en l'absence d'une décision du Tribunal fédéral tranchant la question²³⁵. En effet, nous avons vu qu'un «contrat de disposition» était clairement incompatible avec la notion d'acte de disposition, lequel est forcément unilatéral²³⁶. Il n'y a donc qu'un seul acte juridique bilatéral dans la cession de créance: l'acte générateur d'obligations qui en est la cause. Lorsque les parties prévoient une condition à la cession, elle ne

²²² ENGEL, p. 856.

²²³ Créance conditionnelle au sens étroit.

²²⁴ Créance conditionnelle au sens large (cession de créance et remise de dette conditionnelles).

²²⁵ Soit celle dont la naissance est soumise à une condition suspensive (ENGEL, p. 854).

²²⁶ ENGEL, p. 856.

²²⁷ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 151, N 17. Ces actes peuvent être conditionnels, comme par exemple la reconnaissance (art. 11 al. 2 OEC), mais on ne peut alors parler de condition «de droit» volontaire au sens des articles 151 ss CO.

²²⁸ ENGEL, p. 145.

²²⁹ p. 853 ss.

²³⁰ ENGEL, p. 853 ss.

²³¹ p. 349 ss.

²³² Cf. *infra*, lit. b.

²³³ PROBST, CR-CO I, *ad* art. 164, N 5.

²³⁴ ENGEL, p. 874.

²³⁵ Pour la nature causale: ENGEL, p. 874–875; pour la nature abstraite: BUCHER, § 31 III, p. 556 ss.

²³⁶ Cf. *infra*, Chap. III, § 2, lit. f.

peut donc qu'affecter le titre de base. Selon nous, l'acte de disposition correspond à la cession de créance tout entière, soit à une déclaration écrite au cessionnaire (art. 165 CO) reposant sur un titre valable²³⁷. Lorsque le *pactum de cedendo* est soumis à une condition suspensive, la cession proprement dite ne peut être efficace tant que dure la période de suspens; elle est en quelque sorte «conditionnelle». L'acte de disposition (la cession *in globo*) peut donc être affecté *indirectement* par une condition, pas en tant que véritable acte juridique, mais comme simple exercice du pouvoir de disposer.

b. La créance sous condition suspensive

La créance sous condition suspensive est la seule expectative de droit spécialement régie par notre Code civil²³⁸. Lorsqu'une obligation est modalisée par une condition suspensive, son existence est donnée, mais son effet principal (exiger la prestation) se produit seulement si cette dernière se réalise²³⁹. Pendant cette période de suspens, l'art. 152 CO confère au créancier conditionnel une protection juridique, raison pour laquelle nous parlons d'expectative. Les deux premiers alinéas de cette disposition s'appliquent tant au titulaire d'une créance dont la naissance est subordonnée à la réalisation de la condition (créance conditionnelle au sens étroit) qu'au cessionnaire conditionnel d'une créance pure et simple (créance conditionnelle au sens large)²⁴⁰. En revanche, seul ce dernier peut invoquer l'alinéa trois de cet article²⁴¹.

L'art. 152 al. 1 CO impose au débiteur un certain devoir de comportement: il doit *s'abstenir de tout acte qui empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée*²⁴². Contrairement au texte restrictif de la loi, le débiteur ne doit pas seulement s'abstenir de tout acte préjudiciable, mais doit également prendre des mesures positives (de sauvegarde, d'entretien, de conservation, etc.) si les intérêts du créancier le commandent²⁴³. La violation de ces devoirs entraîne la responsabilité contractuelle du débiteur, lequel sera tenu de payer des dommages-intérêts positifs (art. 97 CO)²⁴⁴.

L'art. 152 al. 2 CO, quant à lui, accorde au créancier *dont les droits conditionnels sont en péril de prendre les mêmes mesures conservatoires que si sa créance était pure et simple*. Il pourra notamment prendre les dispositions suivantes: intenter une action en constatation de droit; obtenir des mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC); faire colloquer sa créance dans la faillite de son débiteur et recevoir son dividende une fois la condition réalisée (art. 210 LP); requérir un séquestre (art. 271 LP), mais non une saisie; requérir une annotation au registre foncier (art. 960 al. 1 ch. 1 CC)²⁴⁵. Les auteurs parlent à cet égard «d'effets anticipés» du droit pur et simple, soit du droit définitif²⁴⁶. Pourtant, les mêmes auteurs admettent que, durant l'état de suspension, le droit expectatif fait bel et bien partie du patrimoine de son titulaire et qu'à ce titre il est cessible, transmissible et saisissable²⁴⁷. Avec P. PIOTET²⁴⁸, nous en déduisons que «l'expectative d'un droit

²³⁷ ENGEL, p. 874. Tout comme en matière de droits réels, nous soutenons que l'acte de disposition correspond à la *tradition* causale (au transfert) en tant que telle (cf. *supra*, Titre I, Chap. II, § 4).

²³⁸ P. PIOTET, p. 52

²³⁹ ENGEL, p. 846 ss.

²⁴⁰ VON TUHR/ESCHER, p. 266; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152 N 13 ss.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 15.

²⁴³ BUCHER, § 28 II, p. 511; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 15.

²⁴⁴ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 17.

²⁴⁵ *Id.* 152, N 20 ss.

²⁴⁶ VON THUR/SIEGWART, § 85, p. 707; ENGEL, p. 856.

²⁴⁷ *Ibid.*

personnel a donc indubitablement elle-même des effets, ce qui signifie que le créancier conditionnel (au sens large) est déjà titulaire d'un véritable droit, que la créance conditionnelle (au sens large), l'expectative personnelle est un droit personnel, est une créance». Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que ces «effets anticipés» s'appliquent même si la condition vient à défaillir par la suite²⁴⁹.

Une créance conditionnelle est donc un droit subjectif provisoire de même nature que le droit définitif (donc un droit personnel) qui, soit devient pur et simple (définitif), soit s'éteint si la condition ne se réalise pas²⁵⁰. Contrairement à la créance définitive, le droit personnel provisoire ne sort pas d'emblée son effet principal: la créance conditionnelle n'est donc pas exigible²⁵¹. Elle ressemble ainsi à la créance à terme, à une différence près: le terme arrivera certainement alors que la condition est incertaine et entraîne l'extinction de l'expectative si elle ne se réalise pas²⁵². En d'autres termes, «la défaillance de la condition suspensive est la condition résolutoire de l'expectative personnelle»²⁵³. La créance conditionnelle est donc «une créance définitive sous condition résolutoire et à terme»²⁵⁴.

De la même manière, le cessionnaire conditionnel d'une créance pure et simple est déjà titulaire d'un droit personnel, ce que l'art. 152 al. 3 CO démontre. Cet alinéa, qui ne s'applique qu'aux actes de disposition, consacre la règle *prior tempore potior jure* aux actes de disposition²⁵⁵ (cession de créance et remise de dette)²⁵⁶. Il y a alors primauté (rang) d'un acte de disposition antérieur sur un acte de disposition postérieur. Il est clair qu'une telle priorité dans le temps ne peut s'appliquer aux actes générateurs d'obligations conditionnels, car cela reviendrait à mieux les protéger que les actes générateurs d'obligations purs et simples, lesquels ne peuvent se primer l'un l'autre²⁵⁷. Ainsi, selon le principe qu'un droit existant ne peut être lésé par la création ultérieure d'un droit de même nature (sauf si son titulaire y consent), le cédant ne peut, sans l'accord du cessionnaire conditionnel, céder purement et simplement la créance à un tiers²⁵⁸. Le moment déterminant pour fixer l'ordre de priorité entre les cessions est celui du transfert conditionnel et non celui de l'acquisition définitive du droit (après réalisation de la condition)²⁵⁹. «Le cessionnaire conditionnel acquiert [donc] une créance, à effet limité; et cette créance ne peut être lésée par d'autres droits créés postérieurement par le cédant, notamment par une cession pure et simple intervenue entre la cession conditionnelle et la réalisation de la condition»²⁶⁰.

Le Tribunal fédéral considère toutefois qu'une cession de droits futurs ou conditionnels n'a pas d'effet, si la créance vient à exister après le prononcé de la faillite (art. 197 LP)²⁶¹. En d'autres termes, notre Haute cour exige que la cession d'une dette future ou conditionnelle repose sur le titre

248 p. 55–56.

249 P. PIOTET, p. 55.

250 *Id.*, p. 56.

251 ENGEL, p. 856.

252 PICHONNAZ, CR-CO I, *ad art.* 151, N 5.

253 P. PIOTET, p. 56.

254 *Ibid. Contra*: ATF 133 III 248/255–257; ATF 111 III 73/75–77.

255 Sur notre conception de l'acte de disposition: cf. *supra*, Titre I, Chap. II, § 4 et Titre II, Chap. II, § 2, lit. a.

256 P. PIOTET, p. 57.

257 PETER, p. 347 ss; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad art.* 152, N 33.

258 P. PIOTET, p. 57.

259 *Ibid. Contra*: ATF 130 III 248 et ATF 111 III 73 concernant la cession de droits futurs avant le prononcé de la faillite.

260 P. PIOTET, p. 57.

261 ATF 133 III 248/255–257; ATF 111 III 73/75–77.

du cédant au moment de la naissance du droit définitif. Or, à ce moment-là, le cédant failli n'a plus le pouvoir de disposer et la cession n'est, de ce fait, pas opposable aux créanciers poursuivants (art. 204 LP). L'idée est ainsi d'éviter que le failli puisse soustraire des biens de la masse par le biais de cession de créances futures ou conditionnelles, notamment des loyers ou des intérêts²⁶². Le Tribunal fédéral oublie cependant que la cession a été faite à un moment où le cédant avait le pouvoir de disposer (soit avant le jugement de faillite); il a donc pu céder une créance dont les effets sont simplement retardés par un terme ou une condition²⁶³. Si cette jurisprudence se justifie en pratique, elle ne repose pas sur un raisonnement juridique rigoureux. Nous maintenons donc que la cession de créance conditionnelle repose sur un titre existant (déjà) avant la naissance du droit définitif. Lorsqu'un débiteur dispose de son patrimoine avant l'ouverture de la faillite, la révocation des actes de disposition entrepris dans l'intention de nuire aux créanciers est régie par l'action *paulienne* des art. 285 ss LP. Le Tribunal fédéral a ainsi tort d'affirmer, par principe, qu'une cession de droits futurs est nulle si l'acquisition définitive de la créance se produit après le prononcé de la faillite. Au contraire, il faudrait vérifier, dans chaque cas, si la cession est un acte révocable au sens des art. 286, 287 et 288 LP. Se pose en revanche la question de la protection du tiers acquéreur de bonne foi. L'application par analogie de l'art. 152 al. 3 CO en matière de transfert de droit réel mobilier ne saurait faire échec à l'application de l'art. 933 CC²⁶⁴. Certains auteurs admettent également une telle protection en matière de cession de créance²⁶⁵.

Nous pouvons dégager de l'analyse de l'article 152 CO que la créance conditionnelle (au sens large) est un véritable droit personnel, une véritable créance provisoire. Cette disposition s'appliquant *mutatis mutandis* aux transferts ou constitutions conditionnels de droits réels, nous pouvons déjà conclure que l'expectative réelle est un véritable droit réel²⁶⁶.

c. De quelle protection bénéficie la condition résolutoire?

Lorsqu'un acte juridique est modalisé par une condition résolutoire, la réalisation de cette dernière entraîne sa caducité²⁶⁷. Aussi longtemps que cette réalisation n'intervient pas, l'acte juridique entre dans une période d'attente²⁶⁸. Cependant, et contrairement à la condition suspensive, les parties ont d'emblée les mêmes droits et obligations que si l'acte était pur et simple; le débiteur doit s'exécuter et la créance se prescrit²⁶⁹.

La question est alors de savoir si celui dont le droit dépend de l'avènement d'une condition résolutoire, posée au droit d'autrui, mérite une protection juridique. En d'autres termes, la créance éventuelle qui naitrait de la résolution de l'acte juridique est-elle une expectative de droit, soit un véritable droit subjectif provisoire? Nous l'avons dit, la loi s'est bornée à protéger la créance sous condition suspensive (art. 152 CO). Toutefois, il y a lieu d'admettre que la créance dont la naissance ou le transfert dépendent de la réalisation d'une condition résolutoire bénéficie également d'une protection juridique. En premier lieu, et si les parties ont prévu un effet rétroactif à la condition (art. 154 al. 2 CO), le créancier provisoire est responsable envers le créancier définitif des

²⁶² PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 43.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 41. Cf. *infra*, Titre III, Chap. III.

²⁶⁵ *Id.*, N 42 et références.

²⁶⁶ P. PIOTET, p. 57.

²⁶⁷ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 154, N 3. Pour les conséquences de cette caducité, cf. *infra*, Chap. III, § 3 lit. f.

²⁶⁸ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, II, N 2680, p. 252.

²⁶⁹ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 154, N 6.

fruits civils de la créance, selon les règles sur l'enrichissement illégitime²⁷⁰. Ensuite, il est généralement admis que les alinéas 1 et 2 de l'art. 152 CO s'appliquent par analogie à la condition résolutoire²⁷¹. Le débiteur de l'expectative ne doit rien faire qui compromette les effets de la condition résolutoire, sous peine de dommages-intérêts (art. 97 CO); et le créancier éventuel doit pouvoir prendre des mesures conservatoires²⁷². Certains auteurs soutiennent encore une application par analogie de l'art. 152 al. 3 CO, justifiant que le titulaire d'une créance, qui lui a été cédée sous condition résolutoire, ne peut en disposer que sous réserve de la même condition, sous peine de nullité de l'acte de disposition²⁷³. D'autres auteurs, auxquels nous nous rallions, admettent que l'acte de disposition accompli pendant la période d'incertitude reste valable, même en l'absence d'une telle réserve²⁷⁴. Comme nous retenons que la cession de créance est de nature causale²⁷⁵, cela démontre bien que seul le titre peut être conditionnel, et non *directement* la cession proprement dite (qui selon nous n'est pas un acte de disposition *bilatéral*, un *contrat* de cession)²⁷⁶. Si le *pactum de cedendo* est soumis à une condition suspensive, il ne devient titre efficace à opérer la cession que lors de la réalisation de cette dernière. Les parties ont voulu que leur rapport de droit soit en suspens, raison pour laquelle il convient de protéger le créancier provisoire contre les actes de disposition que le cessionnaire accomplit pendant la période de suspension (art. 152 al. 3 CO)²⁷⁷. En revanche, si la condition est résolutoire, alors les parties ont voulu que le contrat de cession soit immédiatement efficace et le cessionnaire est d'emblée titulaire de la créance cédée. Il n'y a donc aucune raison de protéger une des parties au détriment de l'autre²⁷⁸. De plus, l'art. 152 al. 3 CO trouve sa *ratio legis* dans l'adage *nul de peut disposer plus de droits qu'il n'en a*²⁷⁹. Comme le cessionnaire sous condition résolutoire est directement titulaire d'une créance pure et simple, il peut légitimement en disposer sans léser quelques droits que ce soit. L'inverse n'est pas vrai si l'acte juridique est soumis à une condition suspensive. Le législateur a sans doute eu conscience de cette différence puisque, dans le cas contraire, il aurait fait figurer l'art. 152 al. 3 CO dans les dispositions communes aux deux espèces de conditions (art. 155 CO)²⁸⁰.

Ainsi, celui dont les droits dépendent de l'avènement d'une condition résolutoire posée au droit d'autrui ne bénéficie pas de la même protection juridique que le titulaire d'une créance sous condition suspensive (au sens large). Il s'agit cependant dans les deux cas d'une expectative de droit, soit d'un véritable droit subjectif qui ne déploie toutefois pas encore tous ses effets²⁸¹. L'héritier éventuel, l'appelé dans la substitution fidéicommissaire²⁸² ou encore le créancier qui cède sa créance à son débiteur sous condition résolutoire (art. 118 al. 2 CO) sont tous titulaires d'un droit personnel éventuel qui dépend de la résolution d'un droit d'autrui²⁸³.

²⁷⁰ D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 619.

²⁷¹ ENGEL, p. 858; PETER, p. 201; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad art.* 152, N 2.

²⁷² ENGEL, p. 858; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad art.* 154, N 7.

²⁷³ VON TUHR/ESCHER, p. 269; CZ-CO 154 N 5; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad art.* 154, N 7.

²⁷⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, p. 374; D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 622; FOËX, N 600 ss, p. 261 ss.

²⁷⁵ Cf. *Supra*, lit. a.

²⁷⁶ D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 622; ENGEL, p. 853 et 854.

²⁷⁷ FOËX, N 601, p. 262.

²⁷⁸ *Id.*, p. 262.

²⁷⁹ P. PIOTET, p. 57.

²⁸⁰ FOËX, N 601, p. 261 et 262.

²⁸¹ D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 617 et 618.

²⁸² Cf. *infra*, Titre III, Chap. I, où nous préférons l'expression d'expectative universelle.

²⁸³ D. PIOTET, Le régime de l'obligation unipersonnelle, p. 618.

Chapitre III Les expectatives réelles

§ 1. La terminologie

Le législateur n'imposant aucune terminologie, chaque auteur utilise la sienne. Nous parlons, dans ce mémoire, indifféremment d'expectative réelle, de droit réel provisoire et de droit réel expectatif. Cette dernière dénomination a l'avantage de cerner la nature de l'expectative réelle, soit qu'elle est un véritable droit subjectif provisoire à caractère réel (opposable à tous), chose que nous nous forcerons de démontrer dans le présent chapitre. Il faut cependant la distinguer des droits réels classiques, du fait de son caractère provisoire²⁸⁴. Comme toute expectative, le droit réel expectatif est un droit dont le processus de formation ou de transfert est inachevé. Il ne sort donc en principe pas d'emblée son effet principal²⁸⁵. Ainsi devons-nous retenir que l'expectative réelle est un véritable droit subjectif – comme la créance conditionnelle²⁸⁶ – opposable aux tiers (caractère réel).

§ 2. Les diverses constructions possibles du droit réel expectatif

a. Généralités

Le débat en doctrine porte surtout sur la construction juridique de l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété²⁸⁷. Les auteurs suisses, reprenant de façon quasi unanime la théorie du contrat réel allemand, se focalisent alors sur l'acte de disposition conditionnel. Nous allons toutefois passer en revue les différentes définitions possibles de l'expectative réelle. Puis, nous finirons par exposer celle qui paraît, à nos yeux, la plus respectueuse du droit suisse et qui, en outre, permet d'expliquer toutes les expectatives réelles, en plus de celle issue de l'art. 715 CC.

b. Pas d'intermédiaire entre droit relatif et droit absolu

Un droit qui serait l'intermédiaire entre une créance et un droit réel n'est, par définition, pas possible²⁸⁸. Soit un droit est opposable à tous (droit absolu), soit il n'est opposable qu'à une ou plusieurs personnes *déterminées* (droit relatif)²⁸⁹. Les auteurs allemands hésitent à qualifier les expectatives réelles de vrais droits réels, utilisant alors des notions comme droits réels incomplets, droits partiellement réels ou encore droits personnels à caractère réel²⁹⁰. Certes, le droit réel expectatif se distingue des droits réels classiques énumérés dans le Code civil. Cependant, la doctrine admet qu'il est un véritable droit subjectif à caractère réel, soit un droit absolu sur une chose²⁹¹. Pourquoi alors ne pas admettre qu'il s'agit d'un véritable droit réel puisqu'il en a la même définition²⁹² ? Nous verrons que c'est la définition que nous proposons de l'expectative réelle²⁹³.

²⁸⁴ P. PIOTET, p. 60.

²⁸⁵ *Id.*, p. 113.

²⁸⁶ Cf. *infra*, Chap. II.

²⁸⁷ P. PIOTET, p. 60.

²⁸⁸ BUCHER, § 4 III, p. 32.

²⁸⁹ P. PIOTET, p. 50.

²⁹⁰ *Id.*, p. 99 ss et références.

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² Cf. *supra*, Titre I, Chap. I, § 1.

²⁹³ Cf. *infra*, lit. g.

c. Une division de la propriété est inconcevable en droit suisse

Bon nombre d'auteurs allemands admettent une division du droit de propriété, concernant l'expectative réelle²⁹⁴. En Suisse, EITEL²⁹⁵ se fonde également sur une conception de la propriété divisée pour fonder l'expectative réelle de l'appelé, dans le cadre de la substitution fidéicommissaire. Cette figure du démembrement du droit de propriété tire son origine du fidéicommissaire de famille de l'époque médiévale: le fidéicommissaire ayant le domaine utile et la famille le domaine éminent de la propriété²⁹⁶. Cette institution est aujourd'hui abolie en droit suisse (art. 335 al. 2 CC), ne laissant plus de place à une division de la propriété. Le Tribunal fédéral a ainsi consacré la théorie de la pleine propriété (*Vollrechtstheorie*)²⁹⁷. La propriété fiduciaire mixte – admise en droit suisse – ne procède donc nullement d'une division de la propriété (juridique); le fiduciaire n'étant titulaire que d'un droit personnel, d'une «propriété» économique, sans qu'il soit possible de lui appliquer, par analogie, les effets réels du gage mobilier²⁹⁸. Il est vrai que la reconnaissance des trusts anglo-saxons en droit suisse complique la situation puisque, par essence, le trust implique un démembrement de la propriété, entre le *legal ownership* du *trustee* et l'*equitable ownership* du *beneficiary*. Si le Tribunal fédéral y voit une violation de la théorie de la pleine propriété²⁹⁹, nous préférons soutenir que seul le *trustee* est titulaire d'un droit de propriété (juridique) et que le *beneficiary* est titulaire des actions réelles (droit de suite et de préférence) du *trustee*, uniquement par subrogation légale ou *Prozessstandschaft*³⁰⁰.

Les deux formes de propriété collective prévues par notre Code civil (copropriété et propriété en main commune) n'impliquent pas non plus une division d'un seul et même droit de propriété³⁰¹. Contrairement à ce que prévoit le § 741 BGB, la théorie du *condominium plurium in solidum* confère à chaque propriétaire collectif un droit complet sur la chose, dont l'exercice est limité par celui des autres³⁰². Cette conception correspond à celle d'Eugen HUBER³⁰³ et semble avoir été confirmée par le Tribunal fédéral³⁰⁴.

En définitive, il est exclu que le droit réel expectatif procède d'une division du droit de propriété, qu'il soit seulement «*ein Stück Eigentum in Händen*»³⁰⁵. Au contraire, le droit réel expectatif est un véritable droit réel provisoire de même nature que le droit réel définitif³⁰⁶. Si ce dernier est un droit de propriété, alors l'expectative réelle est un (plein) droit de propriété, mais provisoire.

²⁹⁴ P. PIOTET, p. 99 et références.

²⁹⁵ p. 225 ss.

²⁹⁶ D. PIOTET, N 29, p. 23 et références.

²⁹⁷ ATF 109 II 239/242.

²⁹⁸ FOËX, N 261 ss, p. 126 ss. En revanche, une application, par analogie, des dispositions sur le gage mobilier est admissible d'un point de vue obligatoire, entre les parties. Cette application, avec effets personnels uniquement, permet de régler les droits et obligations réciproques des parties (BLASS, p. 100).

²⁹⁹ ATF 96 II 79/88 ss.

³⁰⁰ D. PIOTET, Not@lex 2008, p. 16.

³⁰¹ Cf. *supra*, Titre I, Chap. I, § 5.

³⁰² P. PIOTET, Nature, N 32–40, p. 18–20. STEINAUER I, N 1111, p. 388. *Contra*: MEIER-HAYOZ, S.T, N 5 ss; KUNZ, p. 16 ss, 19 ss et 31 ss.

³⁰³ HUBER, p. 51–52.

³⁰⁴ Cf. *supra*, Titre I, Chap. I, § 5.

³⁰⁵ RAISER, p. 68.

³⁰⁶ Cf. *infra*, lit. g

d. Le droit réel expectatif en communauté juridique avec le droit réel primitif

Comme une division du droit de propriété n'est pas admissible en droit suisse, il reste à se demander si le droit réel expectatif et le droit réel primitif de l'aliénateur ne pourraient pas entrer en une communauté juridique. Nous l'avons vu, lorsque deux droits réels entrent en conflit, soit l'un prime l'autre (il a un rang préférable), soit les deux coexistent et se restreignent l'un l'autre (ils ont le même rang)³⁰⁷. Lorsque le transfert, et non la constitution, d'un droit réel est inachevé (comme le cas du pacte de réserve de propriété, mais aussi de l'enregistrement du transfert au journal du registre foncier, de l'annotation provisoire d'un droit personnel litigieux exigible au transfert et de la cession conditionnelle d'une servitude personnelle et cessible³⁰⁸), le droit réel (primitif) de l'aliénateur subsiste jusqu'au transfert définitif; il y a alors coexistence du droit réel provisoire de l'acquéreur avec le droit réel primitif de l'aliénateur, tous deux ayant le même contenu³⁰⁹.

GEORGIADIS³¹⁰ propose alors, en cas de pacte de réserve de propriété, l'existence d'une communauté juridique (copropriété) entre l'acheteur et le vendeur. Les parts de celle-ci se calculeraient alors au *pro rata* de la partie payée et non payée du prix de vente. Cette construction ne saurait être admise, le but même de l'expectative réelle étant de l'emporter sur le droit de l'aliénateur (art. 152 al. 3 CO)³¹¹. Puisqu'il y a priorité d'un droit réel sur un autre (identique), on ne saurait parler de communauté juridique entre eux³¹². Il faut donc admettre, dans le cadre de l'art. 715 CC, qu'une propriété puisse en primer une autre, tout comme le droit réel limité (par exemple un usufruit) l'emporte sur la propriété³¹³. En effet, l'expectative de l'acheteur sort d'emblée son effet principal, puisque la loi lui accorde tous les profits et lui fait porter toutes les charges relatives à la chose. Il a alors l'usage et la jouissance exclusifs de la chose³¹⁴. Comme cet usage et cette jouissance sont opposables aux droits acquis ultérieurement (art. 152 al. 3 CO, par analogie), le vendeur ne peut disposer de la chose franche de ces deux droits: sa propriété est alors complètement primée par celle de l'acheteur³¹⁵. L'usage et la jouissance complets sur la chose ne correspondent donc pas à la part payée du prix³¹⁶.

Si la théorie de la communauté juridique entre le droit réel expectatif et le droit réel primitif de l'aliénateur ne saurait donc être reçue, nous pouvons à nouveau constater que l'expectative réelle est un véritable droit réel de même contenu que le droit définitif. L'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété est donc un authentique droit de propriété provisoire³¹⁷.

³⁰⁷ Cf. *supra*, Titre I, Chap. I, § 5.

³⁰⁸ Cf. *infra*, Titre III, Chap. II et III.

³⁰⁹ P. PIOTET, p. 110.

³¹⁰ p. 9–10.

³¹¹ Cf. *infra*, Titre III, Chap. III.

³¹² P. PIOTET, p. 112.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ P. PIOTET, p. 112. Pour le cas où l'expectative ne sort pas d'emblée son effet principal, cf. *infra*, Titre III, Chap. III.

³¹⁵ P. PIOTET, p. 116. Cf. *infra*, Titre III, Chap. III, § 3, lit. c.

³¹⁶ *Id.*, p. 112.

³¹⁷ Cf. *infra*, lit. g.

e. Une condition posée à un acte générateur d'obligations n'a aucun effet réel

La doctrine allemande distingue la condition posée à l'acte générateur d'obligations, laquelle n'a que des effets personnels, de la condition posée au contrat réel (acte de disposition), laquelle n'a que des effets réels³¹⁸. Nous traiterons de la question de l'acte de disposition conditionnel à la lettre f de la présente section.

Si le contrat aliénatoire est soumis à une condition suspensive, ce dernier ne devient un titre suffisant d'acquisition que lors de la réalisation de la condition³¹⁹. Il est donc clair qu'un tel contrat n'a aucun effet réel. Dans le cadre de l'art. 715 CC, les effets du contrat de vente (obligation de transférer la possession et la propriété de la chose et obligation de payer le prix) sont immédiats; les parties ont donc voulu conclure une vente pure et simple³²⁰. Si la possession est déjà passée alors que le contrat est en suspens, la propriété est acquise lors de la réalisation de la condition suspensive, non pas que la condition ait un effet réel, mais parce qu'à ce moment-là, toutes les exigences légales (titre efficace et accomplissement de la publicité) sont remplies³²¹. En matière d'immeubles, cette situation ne peut se présenter, puisque l'art. 217 CO interdit l'inscription au registre foncier avant la réalisation de la condition suspensive³²². Comme titre d'acquisition soumis à condition suspensive, nous mentionnons la vente à l'essai³²³ ou à l'examen, le pacte d'emption ou encore le legs soumis à une telle condition³²⁴.

S'agissant de l'effet de l'avènement d'une condition résolutoire, la situation est moins claire et la doctrine divisée. Nous pouvons distinguer deux grandes théories. Selon la théorie dite de «l'effet réel», la réalisation de la condition résolutoire provoque *ipso jure* le retour de la propriété à l'aliénateur, sans accomplissement de la publicité³²⁵. C'est ce que prévoit le § 158 al. 2 BGB pour le contrat réel sous condition résolutoire³²⁶. La plupart des auteurs, tenant de cette école, relativisent leur position quant à l'effet de la réalisation d'une condition résolutoire posée à un acte générateur d'obligations. Dans un tel cas, ils admettent la mise à néant du contrat, provoquant une créance en restitution fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime³²⁷. D'autres auteurs admettent l'effet réel de la condition résolutoire, sans faire la distinction selon qu'elle grève l'acte de disposition ou le contrat aliénatoire³²⁸.

Selon la seconde théorie, la réalisation d'une condition résolutoire ne peut jamais, à elle seule, retransférer la propriété à l'aliénateur³²⁹. Le Tribunal fédéral l'a confirmé en matière de servitudes inscrites au registre foncier sous condition résolutoire. Cette dernière ne modalisant en principe que le contrat de servitude (et non le droit réel lui-même), sa réalisation n'autorise que l'action

³¹⁸ P. PIOTET, La réalisation, p. 744.

³¹⁹ FOËX, N 360–365, p. 165–166; P. PIOTET, La réalisation, p. 750.

³²⁰ P. PIOTET, La réalisation, p. 748.

³²¹ *Id.*, p. 750.

³²² *Ibid.*

³²³ Cf. toutefois *infra*, lit f, où VON TUHR/ESCHER considère qu'en cas de vente à l'essai, c'est l'acte de disposition qui est conditionnel, avec effet réel sans inscription au registre des pactes de réserves de propriété.

³²⁴ FOËX, N 365, p. 166 et références (p. 261 ss).

³²⁵ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art.154, N 17 et références.

³²⁶ P. PIOTET, p. 36.

³²⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, II, N 2676, p. 251; ENGEL, p. 858.

³²⁸ LIVER, p. 23–34; STEINAUER II, N 2029a, p. 317; SIMONIUS, p. 48 ss.

³²⁹ P. PIOTET, La réalisation, p. 750. Cela vaut tant pour le contrat aliénatoire que pour l'acte de disposition (pour autant qu'un tel acte existe dans le transfert de propriété).

(personnelle) en radiation de l'inscription, à l'exclusion de l'action (réelle) en rectification du registre foncier (art. 975 CC)³³⁰. L'avènement de la condition résolutoire provoque la résolution du contrat, lequel entre dans un rapport de liquidation (art. 109 al. 2 CO)³³¹. La restitution de la chose est donc de nature personnelle, l'aliénateur primitif n'ayant qu'une créance envers l'acquéreur conditionnel. Cette approche est la seule à respecter les principes de publicité et de causalité. Elle exige en effet les mêmes conditions pour le transfert que pour le retour de la chose, soit: le droit de disposition, un transfert de la possession et un titre efficace (qui correspond au contrat modifié par la résolution)³³². Peu importe que le transfert de la possession se fasse par constitut possessoire rendant alors le retransfert de la propriété simplifié, mais non automatique³³³. Le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé que la restitution opérée sur la base de l'art. 109 CO était de nature contractuelle (délai de prescription de l'art. 127 CO et non de l'art. 67 CO)³³⁴. Il en va de même des dommages-intérêts fondés sur l'art. 109 al. 2 ou l'art. 208 al. 3 CO³³⁵. Il semble donc préférable d'appliquer la même jurisprudence à l'art. 154 CO et de rejeter par la même occasion la théorie de la répétition fondée sur les règles de l'enrichissement illégitime (même si cette dernière approche a le mérite de respecter le principe de publicité). La fin du contrat pour impossibilité (art. 119 CO), pour réhabilitation (art. 208 CO) ou pour révocation (art. 249 CO) n'ayant pas non plus pour effet d'opérer un transfert *ex lege* de la propriété, il n'y a donc aucune raison d'admettre le contraire pour la condition résolutoire³³⁶. Enfin en matière de transfert immobilier, un retour *ipso jure* de la propriété violerait gravement la vocation constitutive de notre publicité foncière³³⁷, ce qui renforce un peu plus l'idée que la théorie de l'effet réel n'est pas compatible avec le droit suisse.

VON TUHR admet que l'effet réel de la condition résolutoire est une exception au principe de la tradition. Il cite comme autres exemples, l'art. 715 CC (où le contrat réel serait soumis à une condition résolutoire avec effet réel), l'art. 924 CC ou encore l'art. 247 CO³³⁸. Nous reviendrons sur le contrat réel conditionnel dans la prochaine subdivision. Quant à l'art. 924 CC, il ne consiste en rien en une violation du principe de la publicité, puisqu'il permet le transfert de la possession médiate³³⁹. Pour ce qui est du droit de retour du donateur, il est admis que ce dernier ne soit titulaire que d'une créance en restitution³⁴⁰. Si cette créance peut être annotée au registre foncier pour la rendre opposable (art. 247 al. 2 CO *cum* art. 959 al. 2 CC), cela n'a pas pour effet d'opérer un transfert *ipso jure* de la propriété, conformément au principe absolu de l'inscription³⁴¹.

S'il est clair qu'une condition suspensive posée à un contrat aliénatoire ne peut avoir d'effet réel, il faut maintenant en dire de même pour la condition résolutoire. Ainsi aucune expectative réelle ne

³³⁰ ATF 133 III 641/642–643; TF 5A_740/2014, c. 3. Voir cependant l'admission du principe contraire *in* ATF 106 II 329/331 ss.

³³¹ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 154 N 20.

³³² P. PIOTET, La réalisation, p. 751.

³³³ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 154 N 24, qui semble admettre que le transfert de la possession médiate par constitut possessoire soit implicitement voulu par les parties lorsqu'elles ont convenu d'une condition résolutoire.

³³⁴ ATF 133 III 356/358–360; ATF 63 II 252/258; ATF 61 II 255/257–259; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 154 N 21.

³³⁵ ATF 114 II 152/154–156; ATF 133 III 257/263; P. PIOTET, La réalisation, p. 751.

³³⁶ P. PIOTET, La réalisation, p. 751.

³³⁷ *Id.*, p. 753.

³³⁸ VON TUHR/ESCHER, p. 262 ss.

³³⁹ P. PIOTET, La réalisation, p. 752.

³⁴⁰ BUCHER, Skriptum, p. 105. ; TERCIER, N 954, p. 123; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1572, p. 213. *Contra*: BADDELEY, CR-CO I, *ad* art. 245 N 7 et 247 N 15; VON TUHR/ESCHER, p. 262 ss.

³⁴¹ P. PIOTET, La réalisation, p. 753.

peut naître d'un acte générateur d'obligations conditionnel. S'agissant de la condition suspensive posée à un contrat, le principe de causalité empêche que ce dernier soit un titre suffisant à transférer un droit réel, même provisoire. Quant à la condition résolutoire, l'expectative qui naîtrait de l'effet réel de sa réalisation violerait le principe de publicité et ne pourrait donc pas être un véritable droit réel, ce que nous nous efforçons de démontrer³⁴².

f. L'acte de disposition conditionnel

La grande majorité des auteurs suisses reprend la théorie du contrat réel³⁴³ et construit donc l'expectative réelle (notamment celle de l'acheteur sous réserve de propriété) en modalisant ce contrat par une condition suspensive ou résolutoire³⁴⁴. Dans le cadre de l'art. 715 CC, la doctrine soutient que l'acte de disposition (le contrat réel) est soumis à une condition suspensive suspendant le transfert de la propriété, lequel ne peut avoir lieu sans transfert de la possession à l'acheteur³⁴⁵. Cette suspension serait opposable aux tiers selon l'application directe de l'art. 152 al. 3 CO, lequel emporte «restriction au droit de disposer»³⁴⁶ du vendeur (effet réel)³⁴⁷.

Face à cette théorie, une première difficulté apparaît: un acte de disposition peut-il être conditionnel et cette condition peut-elle avoir un effet réel? Nous avons déjà vu qu'en matière de droit des obligations, la situation n'est pas très claire. ENGEL³⁴⁸, par exemple, soutient qu'un acte de disposition ne peut être conditionnel, mais admet une exception en matière de transfert de droit réel, pour la réserve de propriété (art. 715 CC) et la vente à l'essai (art. 223 al. 3 CO). VON TUHR/ESCHER³⁴⁹, quant à eux, admettent de manière générale que le contrat réel puisse être grevé d'une condition suspensive avec effet réel. Le transfert de la propriété serait alors suspendu jusqu'à réalisation de la condition, même si toutes les autres conditions (titre valable et transfert de la possession) ont déjà été remplies³⁵⁰. Finalement, BOVAY³⁵¹ exclut tout effet réel à la condition, si la possession a déjà été transférée à l'acquéreur. Nous sommes également de cet avis.

Comme précité, aucun acte de disposition³⁵² n'est requis pour transférer un droit réel et les parties ne peuvent ni retarder le transfert lorsque les conditions légales sont remplies ni le provoquer dans le cas contraire³⁵³. La loi règle impérativement le transfert des droits réels, et une condition, qui ne peut affecter que le contrat de base (seul acte juridique existant), n'aura jamais d'effet réel³⁵⁴. Or la loi (art. 715 CC) peut elle-même autoriser le retard du transfert (caractère suspensif de la réserve de propriété³⁵⁵) en y ajoutant une condition supplémentaire: le paiement du prix³⁵⁶. Ce système est parfaitement compatible avec le principe de la tradition puisque, lors du paiement du prix,

³⁴² P. PIOTET, p. 80.

³⁴³ Cf. *supra*, Titre I, Chap. II, § 4.

³⁴⁴ P. PIOTET, p. 37.

³⁴⁵ FOËX, N 366 ss, p. 167–168; VON TUHR/ESCHER, p. 266–268.

³⁴⁶ Sur cette notion, cf. *infra*, Titre III, chap. III.

³⁴⁷ FOËX, N 369, p. 168; ENGEL, p. 853; VON TUH/ESCHER, p. 261ss et 274.

³⁴⁸ p. 853.

³⁴⁹ p. 261 ss

³⁵⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, II, N 2663, p. 250.

³⁵¹ p. 90.

³⁵² En tant qu'acte juridique, soit un contrat réel pour la majorité de la doctrine. Cf. *supra*, Titre I, Chap. II, § 4.

³⁵³ Cf. *supra*, Titre I, Chap. III, § 4.

³⁵⁴ Cf. *supra*, lit. e.

³⁵⁵ Cf. *supra*, Titre I, Chap. III, § 4

³⁵⁶ P. PIOTET, La réalisation, p. 747–748.

l'acquéreur devient *définitivement* propriétaire, alors qu'il est déjà en possession de la chose³⁵⁷. Le principe de publicité est aussi respecté puisque la suspension du transfert jouit d'une publicité artificielle: l'inscription au registre *ad hoc*³⁵⁸. Pour se convaincre qu'il n'y a là aucun acte de disposition conditionnel, il suffit de constater que la réquisition d'inscription au registre des pactes de réserve de propriété n'est pas un acte de disposition, mais un acte juridique unilatéral et «procédural», comme en matière de registre foncier³⁵⁹. VON TUHR/ESCHER ont donc tort d'admettre, de manière générale, que le transfert de la propriété puisse être soumis à une condition suspensive. En particulier, et contrairement à l'avis de ces deux auteurs, la vente à l'essai (art. 223 al. 2 CO) n'est pas un cas de réserve de propriété sans inscription. En effet, une telle vente n'oblige pas les parties à s'exécuter avant l'avènement de la condition³⁶⁰. C'est donc la vente, en tant qu'acte générateur d'obligations, qui est soumise à une condition suspensive (contrairement à la réserve de propriété où la vente est pure et simple³⁶¹). Partant, elle ne peut avoir d'effet réel³⁶². Aussi, contrairement au système allemand, où le contrat réel peut être soumis à n'importe quelle condition avec effet réel, sans aucune inscription dans un registre *ad hoc* (§ 158 al. 2 et 455 BGB)³⁶³, force est d'admettre en droit suisse que seul l'art. 715 CC donne au contrat réel conditionnel un effet réel (pour autant qu'un tel contrat existe)³⁶⁴.

Afin de rejeter définitivement la théorie du contrat réel conditionnel, il suffit de mettre en exergue ses contradictions. En effet, si la doctrine majoritaire et le Tribunal fédéral semblent s'être ralliés au caractère suspensif de la réserve de propriété³⁶⁵, certains auteurs soutiennent l'existence d'un transfert sous condition résolutoire³⁶⁶. VON TUHR/ESCHER³⁶⁷, à nouveau inspirés par le droit allemand, admettent que le contrat réel puisse toujours être grevé d'une condition résolutoire, dont la réalisation entraînerait le transfert *ispo jure* de la propriété à l'aliénateur. Nous avons déjà vu qu'un tel effet réel est exclu si la condition résolutoire greève un acte générateur d'obligations³⁶⁸. Pourquoi en irait-il différemment pour le supposé contrat réel? FOËX³⁶⁹ soutient que la réalisation d'une condition résolutoire, posée au contrat réel produit indubitablement un effet réel puisque «le droit réel de l'acquéreur cesse d'exister et fait retour à l'aliénateur, qui peut revendiquer». Selon cet auteur, il n'en va pas de même lorsque le titre d'acquisition est soumis à une condition résolutoire, puisque sa réalisation entraîne résolution³⁷⁰, voire résiliation³⁷¹ du titre³⁷². Il est en effet admis que la résolution ou la résiliation d'un acte générateur d'obligations n'emportent pas caducité des actes de disposition antérieurs dont il est la cause³⁷³. En revanche, toujours selon FOËX³⁷⁴, si le contrat réel est résolu ou résilié, alors le droit de propriété de l'acquéreur est automatiquement caduc (avec

³⁵⁷ P. PIOTET, La réalisation, p. 747–748.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ P. PIOTET, p. 40.

³⁶⁰ P. PIOTET, La réalisation, p. 749.

³⁶¹ Cf. *supra*, lit. e.

³⁶² Cf. *supra*, lit. e.

³⁶³ P. PIOTET, La réalisation, p. 748.

³⁶⁴ FOËX, N 398 ss, p. 177 ss.

³⁶⁵ Cf. *supra*, Titre I, Chap. III, § 4.

³⁶⁶ LIVER, p. 340 ss; NEUMAYER, p. 354.

³⁶⁷ p. 262.

³⁶⁸ Cf. *supra*, lit. e.

³⁶⁹ N 386–387, p. 174.

³⁷⁰ La cause cesse d'exister *ex tunc* avec effet *ex nunc*.

³⁷¹ La cause cesse d'exister *ex nunc* avec effet *ex nunc*.

³⁷² FOËX, N 381 ss, p. 172–173.

³⁷³ VON TUHR/ESCHER, p. 156.

³⁷⁴ N 387, p. 174.

effet *ex tunc* ou *ex nunc*). Là n'est pas la question. Il est compréhensible qu'en admettant la thèse du contrat réel sous condition résolutoire, les auteurs soutiennent la disparition du droit réel en cas de résolution ou de résiliation dudit contrat. En revanche, soutenir que cela provoque le transfert du droit réel à l'aliénateur, sans accomplissement de la publicité, viole clairement le principe de la tradition. Si FOËX³⁷⁵ l'admet pour le titre d'acquisition, il devrait donc en faire de même pour l'acte de disposition. À ce titre, LIVER³⁷⁶, qui défend la nature résolutoire de la réserve de propriété, n'admet pas le retour automatique de la chose au vendeur si le prix n'est pas payé, mais seulement une prétention de nature réelle. PICHONNAZ³⁷⁷ soutient que lorsque les parties conviennent de grever le contrat réel d'une condition résolutoire, elles admettent implicitement un retour de la propriété et de la possession (médiata), par constitut possessoire (art. 717 et 924 CO), à l'aliénateur, en cas de réalisation de la condition. Le transfert de la propriété a donc lieu immédiatement et non *de jure*. La propriété du nouvel acquéreur est alors opposable aux tiers puisque, en principe, les parties n'avaient pas pour but de les léser (art. 717 CC)³⁷⁸. Nous l'avons vu, l'art. 924 CC ne viole absolument pas le principe de la tradition puisqu'il exige effectivement le transfert de la possession, qui n'est alors que médiata³⁷⁹. Au mieux, comme le soutient EITEL³⁸⁰, cet article relativise la rigueur du principe de publicité permettant le transfert intellectuel de la possession. Enfin, NEUMAYER³⁸¹ soutient que l'effet réel de la condition résolutoire ne vaut qu'*inter partes*, tant que la réserve de propriété n'est pas inscrite. En cas de résolution, la propriété passerait donc à l'aliénateur d'un point de vue interne, mais resterait à l'acquéreur d'un point de vue externe. Cette disjonction de la propriété est clairement incompatible avec le droit suisse, ce que le Tribunal fédéral a jugé en matière de transfert de la propriété sous condition suspensive non inscrite (art. 214 al. 3 CO)³⁸². L'inscription a alors un effet constitutif, même entre les parties

En Allemagne, c'est directement le BGB (§ 158 al. 2) qui autorise le retour *ipso jure* de la propriété. Il se met alors en contradiction avec lui-même puisqu'il exige, en cas de contrat pur et simple ou sous condition suspensive, le respect de la tradition pour que la propriété passe à l'acquéreur³⁸³. En Suisse, les auteurs qui reprennent la théorie du contrat réel ne devraient donc pas distinguer entre condition suspensive ou résolutoire et exiger, dans les deux cas, le transfert de la possession pour transférer la propriété³⁸⁴.

Toutes ses controverses démontrent le manque d'élégance de cette construction. De plus, cette théorie a une portée très limitée, puisque l'effet réel de la condition suspensive (retarder le transfert du droit réel) ne peut avoir lieu que quand la loi le prévoit, soit dans le cadre de l'art. 715 CC³⁸⁵. En d'autres termes, la condition du paiement complet du prix s'ajoute aux *juris* ordinaires (pouvoir de disposition, titre efficace et accomplissement du mode)³⁸⁶. En ce qui concerne la condition résolutoire, le même constat s'impose: l'effet réel de son avènement (retour *ipso jure* de la chose ou

³⁷⁵ N 384, p. 173.

³⁷⁶ p. 341.

³⁷⁷ CR-CO I, ad art. 154 N 25.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ Cf. *supra*, lit. e

³⁸⁰ RJB 1998, p. 252.

³⁸¹ p. 355–356.

³⁸² ATF 93 III 96/105–112; P. PIOTET, La réalisation, note 23.

³⁸³ P. PIOTET, p. 36–37.

³⁸⁴ *Id.*, p. 38–39.

³⁸⁵ FOËX, N 395 ss, p. 176 ss.

³⁸⁶ P. PIOTET, La réalisation, p. 748.

simple prétention réelle) ne peut venir que de son l'inscription au registre des pactes de réserve de propriété³⁸⁷. Cela vaut pour autant que nous admettions le caractère résolutoire des droits de l'acheteur sous réserve de propriété, ce que nous ne faisons pas. Une condition n'affecte en principe donc que l'acte générateur d'obligations et n'a donc pas d'effet absolu. Si, en revanche, elle modalise le contenu, respectivement le transfert ou la constitution du droit réel lui-même, on parle alors d'expectative réelle. Nul besoin de recourir à la notion d'acte de disposition conditionnel. Cette théorie ne fait donc qu'expliquer l'expectative réelle mobilière de l'acheteur sous réserve de propriété, mais ne décrit pas sa nature.

g. Le droit réel expectatif comme véritable droit réel accessoire

L'étude de la créance conditionnelle (au sens large), ainsi que des différentes constructions de l'expectative réelle proposées par la doctrine nous amène à un constat simple: le droit réel expectatif est un véritable droit réel provisoire destiné à s'éteindre ou à remplacer le droit définitif³⁸⁸. Le droit réel provisoire a alors le même contenu que le droit définitif, mais son effet principal est en principe retardé³⁸⁹. Cependant, la loi peut prévoir le contraire et accorder d'emblée son effet principal à l'expectative réelle: c'est le cas du droit de l'acheteur sous réserve de propriété (art. 715 CC) et de l'acquéreur d'un immeuble, dont le droit est enregistré au journal, mais non au grand livre du registre foncier (art. 972 al. 2 CC).

La particularité de l'expectative réelle est sa qualité d'accessoire d'un droit personnel dont elle renforce la protection, tout comme le gage est l'accessoire de la créance garantie. Ce droit personnel correspond au droit à l'acquisition définitive. Il peut être exigible ou non et peut tendre à la constitution ou au transfert du droit réel définitif. Dans le cadre de l'expectative réelle la plus typique – la réserve de propriété –, l'acheteur est au bénéfice d'une propriété (provisoire) qui est l'accessoire de la créance tendant au transfert inachevé de la propriété (définitive)³⁹⁰. Nous avons déjà vu qu'il est possible qu'il y ait rang entre deux propriétés (en l'espèce, celle du vendeur et celle de l'acheteur), l'une primant l'autre³⁹¹. Néanmoins, certains auteurs refusent de voir dans la propriété provisoire de l'acheteur une expectative³⁹². Tout d'abord, FOËX³⁹³ mentionne que si la cession du contrat de vente provoque le transfert de la propriété au cessionnaire lors du paiement du prix, il n'en demeure pas moins nécessaire de lui transférer la possession de la chose. Puisque la modification du registre des pactes de réserve n'est pas obligatoire pour céder la créance (art. 4bis ORP)³⁹⁴, l'auteur en conclut que la propriété réservée n'est pas l'accessoire d'une créance. Aussi, avec P. PIOTET³⁹⁵, nous recommandons que la modification du registre *ad hoc*, en plus du transfert de la possession, soit nécessaire pour que la propriété passe. Pour éviter la modification du registre, il est envisageable que l'acheteur cède sa propriété future moyennant remise de la possession au

³⁸⁷ LIVER, p. 341; NEUMAYER, p. 356. Pour ces auteurs, l'effet réel de la condition résolutoire n'est rendu possible que du fait de sa publicité artificielle donnée par l'inscription dans le registre *ad hoc*. Notons encore l'exception jurisprudentielle en matière de servitudes inscrites au registre foncier sous condition résolutoire, avec effet réel (ATF 106 II 329).

³⁸⁸ P. PIOTET, p. 99.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ P. PIOTET, p. 65 ss.

³⁹¹ Cf. *supra*, lit. d.

³⁹² Foëx, N 570, p.246 et références.

³⁹³ N 544, p. 197.

³⁹⁴ ATF 80 III 133/135–136.

³⁹⁵ P. PIOTET, p. 72; PANNATIER KESSLER, CR-CC II, *ad art.* b 715 N 16.

cessionnaire. Il s'agit alors de la vente d'une chose d'autrui, qui opère le transfert de propriété une fois la chose acquise au cédant³⁹⁶.

Enfin, VON TUHR/ESCHER sont d'avis qu'il est possible de transférer la créance à un tiers sans la propriété réservée, ou alors de transférer l'expectative réelle sans la créance; ce qui exclurait la figure de la propriété accessoire. Le Tribunal fédéral, à raison, l'exclut au motif que cela créerait une situation juridique impossible au regard des trois parties que sont le vendeur, l'acheteur (cédant) et le cessionnaire³⁹⁷. L'expectative réelle ne peut alors être cédée qu'avec la créance à l'acquisition définitive dont elle est l'accessoire. Contrairement à la cession de contrat, l'accord du vendeur n'est pas nécessaire et l'acheteur reste tenu de payer le prix³⁹⁸. Cette cession exige le transfert de la possession, tout comme la cession d'une créance garantie par gage, ce qui témoigne de la nature réelle de l'expectative³⁹⁹.

Dès lors que nous définissions l'expectative réelle comme un véritable droit réel, il convient de vérifier qu'elle jouisse de toutes les qualités de ce dernier: notamment qu'elle soit opposable aux tiers (droit absolu) et qu'elle rentre dans le *numerus clausus*. Nous dresserons dans le prochain titre la liste des différentes expectatives réelles admissibles en droit suisse, puis nous vérifierons si chacune d'elles s'insère correctement dans le système des droits réels.

³⁹⁶ P. PIOTET, p. 74.

³⁹⁷ ATF 46 II 45/47ss, JdT 1920 I 308/310 ss.

³⁹⁸ P. PIOTET, p. 73.

³⁹⁹ *Ibid.*

Titre III

Les différentes expectatives réelles en droit suisse

Chapitre I

Les expectatives réelles non admissibles (survol)

§ 1. La substitution fidéicommissaire

Beaucoup d'auteurs voient une expectative réelle dans les droits de l'appelé à une substitution fidéicommissaire. Pour mémoire, la substitution fidéicommissaire est une institution du droit des successions, permettant au même disposant de transmettre un patrimoine à deux successeurs (le grevé et l'appelé) de façon dissociée dans le temps (art. 488 CC). Le grevé recueille la succession à la mort du *de cuius*, alors que l'appelé hérite à un terme ultérieur, nommé «ouverture de la substitution», qui est présumée correspondre à la mort du grevé (art. 489 CC). Ce qui est déterminant, c'est que tant le grevé que l'appelé sont des successeurs universels du même disposant⁴⁰⁰. Le grevé a donc l'obligation de remettre les valeurs substituées à l'appelé lors de l'ouverture de la substitution (art. 488 CC), qui peut être garantie par sûretés (art. 490 CC). Ces valeurs forment alors un patrimoine séparé, auquel s'applique le mécanisme de la subrogation patrimoniale⁴⁰¹. La question, fortement débattue en doctrine, est donc de savoir si ce patrimoine séparé est opposable aux tiers avant l'ouverture de la substitution. Plus largement, l'appelé est-il au bénéfice d'une expectative réelle?

Selon une première théorie, qui tire ses fondements de l'ancienne division de la propriété médiévale, le grevé dispose d'une propriété sous condition résolutoire et l'appelé d'une propriété sous condition suspensive⁴⁰². EITEL⁴⁰³, fervent défenseur de la nature réelle des droits de l'appelé, soutient l'application de l'art. 152 al. 3 CO, afin de protéger l'appelé contre les actes de disposition purs et simples du grevé, sauf acquisition d'un tiers de bonne foi. Selon une seconde théorie, le grevé n'aurait qu'une obligation (droit personnel) de restituer les valeurs subsistées à l'appelé⁴⁰⁴.

Comme vu précédemment, la figure de la propriété conditionnelle est exclue en droit suisse. Une propriété sous condition suspensive est déjà impossible en matière d'immeubles au regard du principe de l'inscription constitutive (art. 972 CC)⁴⁰⁵. De plus, la thèse défendue par EITEL⁴⁰⁶ d'une propriété qui serait soumise à une condition résolutoire, dont l'avènement provoque *ipso jure* le transfert à l'appelé (qui hériterait alors directement du disposant), viole les principes du *numerus clausus* et de la publicité des droits réels. VAN DE SANDT⁴⁰⁷ soutient alors que c'est, en réalité, l'acte de disposition du grevé qui est conditionnel, et non sa propriété. L'art. 152 al. 3 CO n'a alors plus matière à s'appliquer. En effet, son application, par analogie, aux actes de disposition sous condition résolutoire doit déjà être rejetée, en tous cas en matière de droits réels⁴⁰⁸. Au demeurant, l'art. 152 al. 3 CO ne s'applique pas aux actes du débiteur conditionnel qu'est le grevé, mais

⁴⁰⁰ D. PIOTET, N 3, p. 14.

⁴⁰¹ *Id.*, N 24 ss, p.21–22.

⁴⁰² EITEL, p. 333 ss; STEINAUER, RDS II 1981, p. 237 ss; TUOR, art. 491N 10.

⁴⁰³ p. 312–316.

⁴⁰⁴ D. PIOTET, N. 37 ss, p. 26 ss; P. PIOTET, p. 131 ss; FOËX, N 408 ss, p. 181–183.

⁴⁰⁵ D. PIOTET, N 45, p. 29.

⁴⁰⁶ EITEL, RJB 1988, p. 248 ss.

⁴⁰⁷ N 572 ss.

⁴⁰⁸ BUCHER, § 28 I, p. 510 et § 28 III, p. 512.

uniquement à ceux du créancier qui dispose purement et simplement de sa créance, après l'avoir cédée conditionnellement une première fois⁴⁰⁹. L'acte de disposition du *de cuius* en faveur du grevé n'est d'ailleurs pas antérieur à celui fait en faveur de l'appelé. De ce fait, cet article qui prévoit justement une priorité dans le temps des actes de disposition n'a pas vocation à s'appliquer, dans une telle situation⁴¹⁰.

Enfin, même à admettre l'existence d'une acquisition conditionnelle de l'appelé, la condition (la survie de l'appelé par rapport au grevé) ne modaliserait pas chacun des droits transmis à l'ouverture de la substitution⁴¹¹. Nous avons également vu qu'il serait impossible de construire une «restriction au droit de disposer» du grevé sur chaque valeur substituée, comme l'exige le principe de spécialité⁴¹². La théorie de la nature réelle des droits de l'appelé est, du reste, largement contradictoire: si le grevé est titulaire d'une propriété sous condition résolutoire et qu'il ne peut en disposer que sous réserve de la même condition (art. 152 al. 3 CO), alors il doit en aller de même pour la propriété acquise lors d'une procédure d'exécution forcée. Or il est admis qu'en cas de poursuites à l'encontre du grevé, les créanciers de ce dernier ne sont pas limités dans leurs droits.⁴¹³

Pour conclure, nous soutenons que l'appelé n'est que titulaire d'une *créance* en restitution des valeurs substituées qu'il peut faire annoter au registre foncier pour les immeubles (art. 490 al. 2 *cum* art. 960 al. 1 ch. 1 CC). Outre les autres mesures de sûreté à disposition du grevé (art. 490 al. 2 CC), ce dernier est encore protégé par le mécanisme de la subrogation patrimoniale⁴¹⁴. Cette théorie correspond à la lettre de l'art. 488 CO, lequel prévoit uniquement une *obligation* (droit personnel) de restitution. Quant à l'historique de la loi, Eugen HUBER⁴¹⁵ avait indiqué, dans l'exposé des motifs, que l'obligation de restitution n'était pas opposable au créancier du grevé en dehors de l'annotation de l'art. 490 al. 2 CC. L'appelé serait alors au seul bénéficiaire d'une expectative personnelle. Avec P. PIOTET⁴¹⁶, nous préférons toutefois l'expression d'expectative universelle. Cette notion désigne l'espérance de l'appelé à devenir héritier effectif et d'acquies, à ce titre, le patrimoine spécial. Elle se distingue des expectatives de droit, en ce sens qu'elle ne porte que sur l'acquisition universelle et non sur l'acquisition d'un droit déterminé⁴¹⁷. Elle n'est pas non plus une simple expectative de fait, puisque l'obligation de restitution peut être garantie par des sûretés (art. 490 al. 2 CC) et que sa violation entraîne la responsabilité du grevé (art. 97 ss CO): l'appelé bénéficie donc bien d'une espérance protégée par la loi. Le seul cas où l'appelé est titulaire d'une véritable expectative de droit (réel) est lorsqu'il obtient l'annotation de la substitution sur les immeubles compris dans le patrimoine spécial⁴¹⁸. L'annotation prévue à l'art. 960 al. 1 ch. 3 CC, concernant la substitution fidéicommissaire, est donc constitutive de l'effet réel puisque, sans elle, l'appelé n'a qu'une créance en restitution des *valeurs* substituées (et non en *nature* sur chaque bien)⁴¹⁹. La doctrine a donc tort d'affirmer que cette annotation n'est pas constitutive de l'effet

⁴⁰⁹ Cf. *supra*, Titre II, Chap. II, § 2.

⁴¹⁰ D. PIOTET, N 56, p. 32–33.

⁴¹¹ Cf. *supra*, Titre I, chap. I, § 4 et Chap. III, § 4 lit. c.

⁴¹² Cf. *supra*, Titre I, chap. I, § 4.

⁴¹³ P. PIOTET, p. 155.

⁴¹⁴ D. PIOTET, N 74, p. 38.

⁴¹⁵ p. 68.

⁴¹⁶ p. 163–165.

⁴¹⁷ P. PIOTET, p. 163–165.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ P. PIOTET, p. 166.

typique (création d'un droit réel accessoire), mais qu'elle est simplement déclarative (inopposabilité des droits acquis postérieurement)⁴²⁰.

§ 2. *La fiducie mixte sous condition résolutoire*

Une partie de la doctrine soutient qu'en cas de fiducie mixte (à titre de garantie), l'acte de disposition peut être soumis à la condition résolutoire que le fiduciaire paie la créance garantie au fiduciaire⁴²¹. L'avènement de cette condition produirait alors un retour *ipso jure* de la propriété⁴²². Le fiduciaire serait ainsi titulaire d'une expectative réelle opposable aux tiers par le jeu de l'art. 152 al. 3 CO.

Premièrement, comme il est exclu que la réalisation d'une condition résolutoire puisse, à elle seule, avoir un effet réel⁴²³, il faut d'emblée rejeter la thèse d'une expectative *réelle*. Deuxièmement, les auteurs qui semblent admettre l'application par analogie de l'art. 152 al. 3 CO à la condition résolutoire l'excluent pour les actes de disposition portant sur des droits réels⁴²⁴.

§ 3. *L'inventeur d'une chose mobilière*

LIVER⁴²⁵ soutient que l'inventeur d'une chose mobilière serait au bénéfice d'une expectative réelle avant l'écoulement du délai de cinq ans de l'art. 722 al. 1 CC. Avec FOËX⁴²⁶ nous rejetons cette théorie, puisque tant que dure ledit délai, l'inventeur ne peut refuser de restituer la chose à l'ayant droit. Ainsi, admettre que l'inventeur est titulaire d'une expectative réelle – soit d'un vrai droit réel – aboutirait à la figure juridique impossible où l'inventeur serait propriétaire de la chose trouvée, à l'égard de tous, sauf du propriétaire originaire. Les auteurs défendant l'existence d'une expectative réelle rétorquent que l'inventeur doit pouvoir bénéficier des actions pétitoires (art. 934 et 936 CC) aux cas où la chose trouvée lui serait soustraite illégitimement⁴²⁷. S'il paraît justifié que l'inventeur puisse récupérer la chose envers un possesseur indu, sa légitimité aux actions réelles devrait plutôt résulter d'une application, par analogie, de l'art. 931 al. 1 CC que du fait qu'il soit titulaire d'un droit réel expectatif.

⁴²⁰ MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 960, N 17; STEINAUER I, N 784, p. 220

⁴²¹ Voir not. NICKEL-SCHWIZER, p. 67.

⁴²² FOËX, N 388, p. 174.

⁴²³ Cf. *Supra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit. e et f.

⁴²⁴ BUCHER, § 28 I, p. 510 et § 28 III, p. 512; FOËX, N 600 ss, p.261–262.

⁴²⁵ p. 353; Voir aussi STEINAUER II, N 2102d, p. 354.

⁴²⁶ N 605, p. 263.

⁴²⁷ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, *ad* art. 722, N 66.

Chapitre II

Les expectatives réelles admissibles

§ 1. Le pacte de réserve de propriété

C'est l'expectative réelle typique en droit suisse, celle qui est la plus étudiée par la doctrine. Au titre de l'art. 715 CC, le vendeur peut se réserver la propriété de la chose moyennant inscription de cette réserve au registre des pactes de réserve de propriété du domicile de l'acheteur⁴²⁸. Les parties conviennent alors de retarder le transfert de propriété jusqu'au paiement total du prix, quand bien même les conditions légales ordinaires (titre et transfert de la possession) sont remplies. Cela permet au vendeur de garder des prétentions de nature réelle jusqu'à ce que l'acheteur s'exécute. Le Tribunal fédéral a confirmé que seule la «condition» du paiement complet du prix pouvait faire l'objet d'un pacte de réserve de propriété⁴²⁹. Toujours selon la jurisprudence fédérale, les parties doivent nécessairement conclure le pacte de réserve de propriété avant le transfert de la possession de la chose à l'acheteur⁴³⁰.

Si l'acheteur est mis en possession de la chose avant le paiement du prix, sa demeure qualifiée autorise le vendeur à résoudre le contrat que si une clause résolutoire a été convenue (art. 107, 108 al. 3 et 214 al. 3 CO), ce qui est toujours le cas si les parties ont fait inscrire une réserve de propriété⁴³¹. Dans cette hypothèse, le vendeur a alors le droit de résilier le contrat et de conserver *définitivement* la chose, puisqu'il est demeuré propriétaire (et le restera définitivement), contrairement à une résolution ordinaire (art. 109 al. 1 et 214 al. 3 CO), laquelle n'a que des effets personnels⁴³². Si l'acheteur paie l'entier du prix au terme convenu, alors il acquiert définitivement et *ipso jure* la propriété, sans qu'il soit possible au vendeur de l'empêcher⁴³³. Cela correspond à la définition de l'expectative de droit⁴³⁴. Cette acquisition ne suppose donc pas le transfert de la possession (médiante) du vendeur par *brevi manu traditio*⁴³⁵; l'acquisition est automatique lors du paiement complet du prix, puisque la *tradition* causale a déjà eu lieu. Ses effets translatifs ont simplement été retardés par l'effet de la loi (art. 715 CC). Avant l'inscription du pacte de réserve, le vendeur a dû transférer la possession immédiate à l'acheteur, à titre de propriété (provisoire), gardant pour lui la possession médiante. Quand l'acheteur paie l'entier du prix, la propriété et la possession médiante du vendeur s'éteignent. Contrairement à l'opinion de FOËX⁴³⁶, l'acheteur n'est donc pas un possesseur dérivé qui tiendrait sa maîtrise de la chose par l'intermédiaire du vendeur, ce qui exclut qu'il soit propriétaire, même expectatif. Au contraire, il bénéficie tant des actions possessoires que pétitoires et peut donc revendiquer la chose envers des tiers⁴³⁷. Puisque l'action en revendication n'est que l'aspect procédural du droit de propriété, il n'y a aucune raison qu'elle ne

⁴²⁸ P. PIOTET, p. 65.

⁴²⁹ ATF 102 III 150/152.

⁴³⁰ ATF 93 III 96/104.

⁴³¹ ATF 90 II 285/291.

⁴³² ATF 93 III 96/109.

⁴³³ P. PIOTET, p. 65

⁴³⁴ Cf. *supra*, Titre II, Chap. I.

⁴³⁵ *Contra*: STIENAUER, Les droits réels, II, N 2059, p. 333. En revanche, on peut admettre un tel transfert de la possession médiante dans le passage de la propriété primitive du vendeur à l'acheteur (cf. *infra*, Titre III, Chap. IV).

⁴³⁶ N 607 ss, p. 263–265.

⁴³⁷ P. PIOTET, p. 76 et 121. *Contra*: ZOBL, p. 520–521.

soit pas à disposition de l'acheteur, qui, selon nous, est déjà propriétaire (provisoire)⁴³⁸. Dans le cas contraire, cela empêcherait ce dernier de s'en prendre aux tiers acquéreurs de mauvaise foi, puisque les rapports entre le vendeur et l'acheteur sont de nature personnelle⁴³⁹. Il ne se serait donc pas titulaire d'une expectative réelle, ce que nous réfutons.

Si l'acquéreur fait l'objet d'une saisie, le Tribunal fédéral a décidé d'appliquer, par analogie, les règles sur la réalisation de gages: l'adjudication n'a lieu que si le prix offert dépasse le solde du prix dû au vendeur sous réserve de propriété, lequel passe avant les créanciers saisissants⁴⁴⁰. Dans la faillite de l'acheteur, l'administration de la masse peut exercer les droits issus du contrat de vente. Elle peut décider de poursuivre l'exécution du contrat, la chose entrant alors dans la masse en faillite (art. 211 al. 2 LP)⁴⁴¹. Si elle y renonce, l'aliénateur a le choix entre produire sa créance dans la faillite et renoncer à sa réserve de propriété, ou revendiquer la chose envers la masse⁴⁴². Si l'acquéreur continue à s'exécuter, seules peuvent être réalisées les créances en paiement du solde du prix⁴⁴³. Dans la réalisation forcée contre le vendeur, tout se passe comme si l'acheteur était propriétaire définitif: ses créanciers poursuivants ne peuvent donc faire réaliser la chose faisant l'objet d'une réserve de propriété⁴⁴⁴. Si l'acheteur est en demeure, la masse peut décider de résilier le contrat de vente et «revendiquer» (conserver *définitivement*) la chose⁴⁴⁵: l'expectative réelle de l'acheteur disparaît alors avec la créance à l'acquisition définitive, dont elle est l'accessoire (art. 114 CO).

Nous pouvons alors constater que l'acheteur est bien titulaire d'un droit réel, puisque seul un droit absolu peut faire échec à un autre droit absolu (en l'espèce, les droits de réalisation forcée)⁴⁴⁶. ZOBL⁴⁴⁷ parle alors de *restriction légale au droit de disposer* de la chose. Or on trouve sous la plume du Tribunal fédéral, ainsi que de certains auteurs, que lorsqu'une restriction au droit d'aliéner est annotée au registre foncier pour garantir une créance, alors cette dernière est doublée d'un droit réel accessoire qui produit ses effets dans les procédures d'exécution forcée (notamment)⁴⁴⁸. Il faut alors en déduire que l'acheteur est bien titulaire d'un droit réel, puisque cette *restriction légale au droit d'aliéner* en a tous les effets⁴⁴⁹. D'ailleurs, le droit de disposition du vendeur n'est pas véritablement limité, mais l'application, par analogie, de l'art. 152 al. 3 CO rend ses actes de disposition postérieurs inopposables à l'acheteur⁴⁵⁰. Le droit réel expectatif de l'acheteur est alors l'accessoire de sa créance à l'acquisition de la propriété définitive. Quant à la nature de ce droit réel, il ne peut avoir que le même contenu que le droit définitif: c'est donc un droit de propriété⁴⁵¹. Si ce droit est provisoire, «suspendu», il sort en revanche d'emblée son effet principal: l'acheteur peut user et jouir de la chose *immédiatement*, à l'exclusion du vendeur⁴⁵². Toutefois, il n'a pas le

438 Cf. *supra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit. g.

439 P. PIOTET, p. 77. Cf. *infra*, Chap. III.

440 Circulaires du TF de 1911 et 1922.

441 STEINAUER II, N 2051a, p. 330.

442 *Ibid.*

443 P. PIOTET, p. 66.

444 *Ibid.*

445 HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, *ad* art. 715, N 126 ss.

446 P. PIOTET, p. 89.

447 p. 522.

448 ATF 104 II 170/175–176; ZOBL, p. 501 ss; DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32.

449 P. PIOTET, p. 67.

450 Cf. *infra*, Chap. III. C'est donc plutôt une question de rang (au sens large).

451 P. PIOTET, p. 111.

452 Cf. *supra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit d.

pouvoir de disposer de la chose: il ne peut ni l'aliéner ni la grever d'un gage ou d'une servitude⁴⁵³. Une acquisition de bonne foi par un tiers est cependant possible, en vertu de l'art. 933 CC, la chose pouvant être considérée comme avoir été confiée à l'acheteur⁴⁵⁴. Cela démontre bien le caractère expectatif de la propriété de l'acheteur, laquelle se distingue d'un droit de propriété classique et définitif. Cette propriété prime celle du vendeur, elle a un rang (au sens large) préférable qui deviendra celui de la propriété définitive⁴⁵⁵. Cette théorie explique parfaitement pourquoi l'acheteur est traité comme un titulaire d'un droit réel dans la procédure d'exécution forcée. De plus, comme la propriété provisoire de l'acheteur l'emporte sur la propriété primitive du vendeur, les droits réels limités qui grèvent la seconde ne sont pas opposables à la première (art. 152 al. 3 CO, par analogie)⁴⁵⁶. Il en va de même pour la propriété acquise postérieurement par un tiers⁴⁵⁷. Cela découle du mécanisme de l'art. 152 al. 3 CO, dont l'application par analogie est admise⁴⁵⁸. La question est alors de savoir si l'acquéreur, qui traite de bonne foi avec le vendeur, mérite protection (art. 933 CC). Nous traiterons de cette problématique dans le prochain chapitre⁴⁵⁹.

Notons enfin que la doctrine soutient que la propriété réservée est l'accessoire de la créance du vendeur en paiement du prix⁴⁶⁰. L'art. 715 CC jouerait alors le rôle de garantie, comme une sorte de gage mobilier sans nantissement⁴⁶¹. Cette vision rend bien compte de la fonction de la réserve de propriété, les parties voulant effectivement procurer, économiquement, une hypothèque mobilière à l'aliénateur⁴⁶². Elle n'explique en revanche rien de la nature du pacte de réserve de propriété et des droits de l'acheteur et du vendeur, ce dernier n'étant indubitablement pas titulaire d'un droit de gage. Selon nous, c'est au contraire la propriété provisoire de l'acheteur qui est l'accessoire de sa créance à l'acquisition *définitive* de la chose. Le fait que le vendeur ait accompli toutes ses obligations (notamment livrer la chose) au moment de l'enregistrement du pacte de réserve ne se confond pas avec l'extinction de cette créance⁴⁶³. Le contrat de vente oblige en effet le vendeur à transférer la possession et la *propriété* de la chose (art. 184 al. 1 CO). Or l'acheteur n'est que titulaire d'une propriété *provisoire* jusqu'au paiement complet du prix. Jusqu'à cette date, il conserve son droit personnel à exiger le transfert *définitif* de la propriété, droit qu'il peut céder avec son expectative réelle⁴⁶⁴. Ce n'est qu'en cas de demeure que le vendeur pourra résilier le contrat de vente, entraînant l'extinction de la créance de l'acheteur et de sa propriété accessoire (art. 214 al. 3 *cum* 114 CO).

⁴⁵³ STEINAUER II, N 2047, p. 328.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ Cf. *supra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit. d.

⁴⁵⁶ P. PIOTET, p. 114.

⁴⁵⁷ *Id.*, p. 69.

⁴⁵⁸ STEINAUER II, N 2046 s, p.327–328.

⁴⁵⁹ Chap. III, § 3, lit. b.

⁴⁶⁰ PANNATIER KESSLER, CR-CC II, *ad* art. 715, N 9; STEINAUER II, N 2046c, p. 328.

⁴⁶¹ FOËX, N 455, p. 196.

⁴⁶² *Id.*, N 403, p. 159–160.

⁴⁶³ P. PIOTET, p. 73.

⁴⁶⁴ Chap. III, § 2, lit. g.

§ 2. Les expectatives réelles issues des écritures au registre foncier

a. Le droit réel enregistré au journal avant son inscription constitutive au grand livre

L'art. 972 al. 2 CC prévoit que «l'effet de l'inscription [au grand livre] remonte à l'époque où elle a été faite dans le journal». Le rang du droit réel inscrit prend donc naissance à cette date⁴⁶⁵. La doctrine parle de «fiction légale» à propos de cet effet rétroactif de l'inscription⁴⁶⁶. Puisque, d'une part, toutes les conditions d'acquisition du droit réel, sauf une (l'inscription au grand livre), sont remplies et que, d'autre part, l'acquisition définitive ne peut être empêchée par l'aliénateur et se produire *ipso jure* lors de l'accomplissement de la condition manquante, nous sommes bien en présence d'une expectative⁴⁶⁷. La position de l'acquéreur entre l'enregistrement de son droit au journal et son inscription définitive est donc protégée par la loi, laquelle prévoit une naissance anticipée et fictive dudit droit. Cela permet notamment au titulaire de cette expectative de requérir l'inscription d'un droit de gage sur l'immeuble, bien qu'il ne soit pas encore propriétaire (définitif)⁴⁶⁸. Comme le rang est fixé à la date de l'enregistrement au journal, alors il y a forcément expectative de droit *réel*⁴⁶⁹. À défaut, si l'acquéreur n'avait que des droits personnels avant l'inscription au grand livre, alors le rang ne prendrait naissance qu'à ce moment⁴⁷⁰.

L'acquéreur est donc bien, dès l'enregistrement de son droit au journal, titulaire d'un droit réel provisoire (de mêmes nature et contenu que le droit définitif) opposable à tous droits acquis postérieurement (art. 152 al. 3 CO, par analogie)⁴⁷¹. Comme dans le cadre de l'art. 715 CC, ce droit réel est l'accessoire d'une créance à l'acquisition définitive. De son côté, l'aliénateur reste titulaire du droit réel à inscrire, mais le mécanisme de l'art. 152 al. 3 CO, appliqué par analogie, et l'effet de l'art. 972 al. 2 CC font qu'il ne peut plus en disposer que sous la réserve d'une acquisition définitive de l'acquéreur⁴⁷². C'est l'application du principe *prior tempore potior jure*. Entre l'inscription du transfert au journal et celle au grand livre, il y a alors coexistence de deux droits réels de même contenu sur la chose, celui de l'acquéreur primant celui de l'aliénateur (rang au sens large)⁴⁷³. C'est la même situation que celle issue de la propriété réservée; l'enregistrement au journal confère également les droits à la possession, à l'usage et à la jouissance de la chose (si le droit définitif à inscrire au grand livre procure les mêmes facultés)⁴⁷⁴. L'effet rétroactif que la loi donne à l'inscription au grand livre fait donc sortir d'emblée l'effet principal de la propriété provisoire de l'acheteur. Si le droit réel (limité) enregistré au journal n'est pas transféré, mais est à constituer, la situation est la même, à ceci près qu'il n'y a pas coexistence du droit provisoire et du droit primitif du constituant (ce dernier n'existant pas)⁴⁷⁵.

Pour que l'on puisse véritablement parler d'expectative de droit, il faut s'assurer que le requérant ne puisse empêcher l'acquisition définitive par l'acquéreur. Pour cela, il faut démontrer que la

⁴⁶⁵ MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 972, N 14.

⁴⁶⁶ MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 972, N 14–15; HOMBERGER, *ad* art. 972, N 19.

⁴⁶⁷ P. PIOTET, p. 81.

⁴⁶⁸ DESCHENAUX, TDPS V/II, § 15 B II 1.

⁴⁶⁹ P. PIOTET, p. 82.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ Cf. *infra*, Chap. III.

⁴⁷² DESCHENAUX, TDPS V/II, § 15 B II 1.

⁴⁷³ *Id.*, § 32 A II.

⁴⁷⁴ Cf. *supra*, Titre III, Chap. II, § 1 et Titre II, Chap. III, § 2, lit. d. P. PIOTET, p. 117.

⁴⁷⁵ P. PIOTET, p.103–104.

réquisition d'inscription est irrévocable, ce que le Tribunal fédéral et la doctrine admettent⁴⁷⁶. Nous avons vu que l'inscription était un acte juridique unilatéral déclenchant une procédure gracieuse⁴⁷⁷. Elle est donc faite dans l'intérêt de l'acquéreur et doit se poursuivre d'office, sans possibilité pour l'aliénateur de l'arrêter, sauf accord de celui-là⁴⁷⁸.

Contrairement à l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété, nous ne saurions admettre la cession du droit réel provisoire de l'aliénateur avant son acquisition définitive, soit de l'inscription au grand livre. En effet, puisque le droit réel expectatif est de même nature et contenu que le droit définitif, alors les modes de transfert du second s'appliquent au premier. Comme il est incertain, le droit réel né de l'enregistrement au journal ne peut faire l'objet d'une mutation par écriture au registre foncier⁴⁷⁹. Tel n'est pas le cas si le transfert s'opère hors écriture, par exemple en cas de cession d'une créance garantie avant l'inscription du gage au grand livre⁴⁸⁰. En revanche, l'acquéreur bénéficie, dès l'enregistrement de son droit au journal, des actions réelles (art. 152 al 2 CO, par analogie). Il pourra agir en rectification du registre foncier et obtenir l'annotation provisoire d'un droit allégué (art. 961 al. 1 ch. 1 CC), voir l'annotation d'une «restriction au droit d'aliéner» (art. 960 al. 1 ch. 1 CC)⁴⁸¹ si l'enregistrement au journal est supprimé sans cause valable⁴⁸².

Pour conclure, l'admission d'une expectative réelle de l'acquéreur d'un droit réel immobilier, enregistré au journal, mais non encore inscrit au grand livre, est la meilleure explication du mécanisme de l'art. 972 al. 2 CC. Que l'on parle de fiction légale n'y change rien, puisque cette fiction a tous les effets d'un droit réel (rang et opposabilité), nous l'avons démontré.

b. Les expectatives réelles constituées par l'annotation de droits personnels

Par l'annotation, une prétention de nature personnelle devient opposable à tout droit acquis postérieurement sur l'immeuble⁴⁸³. On parle alors d'effet typique de l'annotation: une restriction au pouvoir de disposer (création d'un droit réel accessoire) vient doubler un droit ou une prétention de nature personnelle⁴⁸⁴. Lorsque ce droit personnel tend à une mutation réelle par écriture constitutive, l'annotation crée une expectative réelle⁴⁸⁵. Tel n'est pas le cas, en revanche, si l'annotation est déclarative, soit que son effet existe avant l'annotation, cette dernière ne faisant que le rendre opposable aux tiers⁴⁸⁶. Nous allons passer en revue les différentes annotations prévues aux art. 959 à 961 CC susceptibles de créer des expectatives de droits réels.

La première catégorie d'annotation constitutive d'un droit personnel à une mutation réelle concerne l'annotation *définitive*, selon l'art. 959 CC, d'un droit d'emption, de préemption, ou de réméré et du

⁴⁷⁶ ATF 115 II 221/223–231; MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 972, N 16.

⁴⁷⁷ Cf. *supra*, Titre 1, Chap. II, § 4.

⁴⁷⁸ P. PIOTET, p. 84.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ *Id.*, p. 85.

⁴⁸¹ DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A II. L'expectative réelle née de l'enregistrement au journal serait alors remplacée par une nouvelle, issue de cette annotation (P. PIOTET, p. 86).

⁴⁸² P. PIOTET, p. 85.

⁴⁸³ DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I.

⁴⁸⁴ STEINAUER I, N 795, p. 283. Sur notre conception de cette «restriction au pouvoir de disposer», cf. *infra*, Chap. III, § 3, lit. d.

⁴⁸⁵ P. PIOTET, p. 94–96, DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I. La doctrine majoritaire n'est cependant pas de cet avis, cf. *infra*, Chap. III, § 3, lit. c.

⁴⁸⁶ STEINAUER I, N 783, p. 279.

droit de retour du donateur⁴⁸⁷. En requérant son annotation, le titulaire voit son droit personnel doublé d'un droit réel accessoire, le rendant opposable à toute acquisition ultérieure d'un droit sur l'immeuble⁴⁸⁸. L'acquisition définitive de la propriété ne peut être empêchée par le propriétaire, une fois le droit personnel exercé: il y a donc bien processus d'acquisition inachevé d'un droit réel, dont l'acquisition définitive se produira *ipso jure*, lorsque les conditions manquantes seront réalisées (exercice du droit d'emption, par exemple)⁴⁸⁹. Par l'annotation, le titulaire du droit personnel est donc bien au bénéfice d'une expectative réelle. Toutefois, le droit personnel protégé n'est pas exigible. Dans le cas des droits d'emption, de préemption ou de réméré – qu'il s'agisse de ventes sous condition potestative ou de contrats conférant des droits formateurs –, le droit personnel est *imparfait* et ne produit pas encore son effet principal (exiger le transfert de la propriété)⁴⁹⁰. Pour qu'il y ait un droit parfait au transfert, il faut que son titulaire manifeste valablement sa volonté d'exercer son droit d'emption de réméré ou de préemption (s'il existe un cas de préemption)⁴⁹¹. Quant au droit de retour du donateur, le droit *personnel* à la mutation réelle ne devient parfait qu'en cas de prédécès du donataire (art. 247 CO). Quand le droit personnel devient pur et simple (donc exigible), la propriété du bénéficiaire de l'annotation demeure provisoire (expectative) et ne sort pas d'emblée ses effets principaux quant à l'usage et la jouissance de la chose⁴⁹². Au contraire, le droit réel ne devient définitif et ne sort ses effets que par l'inscription formatrice au grand livre, respectivement le jugement formateur qui la remplace en cas de litige. Nous sommes donc plutôt en présence d'une expectative de rang⁴⁹³ (caractère absolu) que d'un véritable droit réel conditionnel⁴⁹⁴. Il faut en dire de même de l'annotation du droit de profiter des cases libres (art. 814 CC *cum* art. 959 CC)⁴⁹⁵. Pour finir, certains auteurs admettent que l'annotation du bail, selon l'art. 959 CC, double le droit du locataire d'user de la chose d'une sorte de «servitude accessoire»⁴⁹⁶. Si le bail est conditionnel, alors la servitude l'est aussi (caractère accessoire)⁴⁹⁷. Contrairement aux annotations mentionnées ci-dessus, lorsque le droit personnel⁴⁹⁸ (le bail) devient pur et simple, la servitude expectative devient automatiquement pure et simple⁴⁹⁹. Cette hypothèse est cependant fort rare en pratique et l'on ne saurait non plus parler de véritable expectative réelle⁵⁰⁰.

La deuxième catégorie concerne l'annotation *provisoire* d'une décision officielle (art. 960 al. 1 ch. 1 CC). Par cette annotation, le titulaire d'une prétention personnelle à une mutation réelle (issue d'un contrat de vente, par exemple) peut faire prévaloir, par voie de mesures provisionnelles, son

⁴⁸⁷ P. PIOTET, p. 94.

⁴⁸⁸ MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 959, N 12.

⁴⁸⁹ P. PIOTET, p. 96.

⁴⁹⁰ *Id.* p. 119.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² P. PIOTET, p. 119. Cf. *infra*, Chap. IV.

⁴⁹³ Sur cette notion, cf. *infra*, note 591.

⁴⁹⁴ La condition (potestative) dont il s'agit ici se rattache à l'exercice d'un droit formateur de créer unilatéralement un rapport de droit (ou modalise le contrat de vente). Dans le cadre de l'art. 247 CO, la condition (prédécès du donataire) affecte le droit de retour du donateur, lequel est de nature *personnelle*. Dans les deux cas, la condition ne se rapporte pas directement au transfert ou à la constitution du droit réel en cause. On s'écarte alors de la définition de l'expectative *réelle*.

⁴⁹⁵ En effet, le droit de profiter des cases libres n'est pas un droit à une mutation réelle, mais seulement un droit, rattaché *propter rem*, d'exiger du propriétaire de faire avancer le gage favorisé dans une case qui devient libre (DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 B II 3).

⁴⁹⁶ P. PIOTET, p. 96; DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 B II 2.

⁴⁹⁷ P. PIOTET, p. 96–97.

⁴⁹⁸ Lequel n'est pas un droit à une mutation réelle. On ne saurait donc parler d'expectative réelle au sens strict.

⁴⁹⁹ P. PIOTET, p. 119.

⁵⁰⁰ Cf. *infra*, Chap. IV.

titre d'acquisition sur les droits acquis postérieurement sur l'immeuble⁵⁰¹. La loi parle alors de «restriction au droit d'aliéner». Puisque l'acquisition définitive sera constituée par jugement formateur, elle ne pourra pas être empêchée par l'aliénateur et se produira *ipso jure* lors du prononcé dudit jugement⁵⁰². C'est la définition même de l'expectative de droit. L'annotation que le juge ordonne «a le même rôle par rapport à l'acquisition par le jugement définitif que l'enregistrement au journal par rapport à l'inscription au grand livre»⁵⁰³. Par cette annotation, le droit personnel est alors doublé d'un droit réel accessoire, de mêmes nature et contenu que le droit définitif (effet typique)⁵⁰⁴. Le caractère réel (opposable) de l'expectative est alors donné par la foi publique du registre foncier: le tiers ne pouvant ignorer «la restriction au droit d'aliéner» son droit acquis postérieurement n'est pas opposable à celui qui a requis l'annotation. Nous pouvons encore mentionner l'annotation prévue à l'art. 960 al. 1 ch. 3 CC, en lien avec des immeubles compris dans une substitution fidéicommissaire (art. 490 al. 2 CC), qui, nous l'avons vu, crée une expectative réelle⁵⁰⁵. La différence majeure entre les annotations prévues à l'art. 959 CC et celles prévues à l'art. 960 CC, c'est que seules les premières créent des obligations *propter rem*⁵⁰⁶.

À notre avis, l'inscription provisoire dans les cas où la loi autorise un complément de légitimation (art. 961 al. 1 ch. 2 CC) n'est pas un cas d'annotation constitutive. En effet, l'inscription définitive prendra rang à la date de l'enregistrement au journal (art. 972 al. 2 CC) et non à celle de l'inscription provisoire, puisque le conservateur ne peut rejeter la réquisition, s'il s'agit simplement de compléter la légitimation du requérant (art. 966 CC)⁵⁰⁷. L'annotation de l'art. 961 al. 1 ch. 2 CC est donc déclarative et dépourvue de toute utilité⁵⁰⁸. Elle ne saurait, à ce titre, créer une expectative réelle (effet typique)⁵⁰⁹. En revanche, l'inscription provisoire (art. 961 CC) d'une hypothèque légale selon les art. 22 et 23 ORF est bien constitutive de la «restriction au droit de disposer» et l'on peut parler, à son égard, d'expectative réelle⁵¹⁰.

§ 3. Les droits réels limités expectatifs

S'il est exclu de constituer conditionnellement un droit réel limité, il est en revanche possible de constituer purement et simplement un gage mobilier ou une hypothèque immobilière comme accessoire d'une créance conditionnelle⁵¹¹. Vu le lien de déférence entre l'obligation principale et son accessoire⁵¹², le gage est alors lui-même conditionnel et devient définitif lors de la réalisation de la condition suspensive. À ce moment, l'acquisition se produit *ipso jure* si toutes les exigences requises pour constituer un gage sont remplies (contrat de gage efficace et nantissement, respectivement inscription au registre foncier)⁵¹³. La définition de l'expectative de droit est alors remplie, puisque le débiteur ne peut plus rien faire qui compromettrait l'accomplissement de la condition et donc la constitution du gage (art. 152 al. 1 CO, par analogie). De son côté, le créancier

⁵⁰¹ DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I.

⁵⁰² P. PIOTET, p. 95.

⁵⁰³ *Id.*, p. 82.

⁵⁰⁴ DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I; ATF 104 II 170/175–176.

⁵⁰⁵ Cf. *supra*, chap. 1, § 1.

⁵⁰⁶ P. PIOTET, p. 94.

⁵⁰⁷ MOOSER, CR-CC II, *ad art.* 961, N 6. *Contra*: P. PIOTET, p. 94; DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I.

⁵⁰⁸ MOOSER, CR-CC II, *ad art.* 961, N 6.

⁵⁰⁹ *Contra*: P. PIOTET, p. 94; DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 A I.

⁵¹⁰ P. PIOTET, p. 94; Deschenaux, TDPS V/II, § 32 A I.

⁵¹¹ P. PIOTET, p. 61.

⁵¹² D. PIOTET, CR-CO I, *ad art.* 114, N 7.

⁵¹³ P. PIOTET, p. 61.

gagiste peut prendre des mesures positives tendant à la sauvegarde de ses droits (art. 152 al. 2 CO, par analogie, *cum* art. 808-810 CC), puisqu'il n'y a aucune raison de ne pas accorder à son droit de gage conditionnel la même protection accordée à sa créance conditionnelle⁵¹⁴. Puisqu'il est admis que le nantissement (respectivement l'inscription de l'hypothèque) opéré sur la base d'un titre valable crée déjà le droit de gage, alors le rang de celui-ci est fixé à ce moment et non lors de la réalisation de la condition suspensive⁵¹⁵. Le gage conditionnel l'emporte donc sur les gages purs et simples constitués entre ces deux dates (art. 152 al. 3 CO, par analogie)⁵¹⁶. Cela démontre bien le caractère réel de l'expectative.

Il en va de même pour le grèvement conditionnel, par un gage ou un usufruit, d'une servitude personnelle (cessible), ainsi que pour le transfert conditionnel d'une servitude personnelle (cessible). En effet, ni le grèvement, ni le transfert d'une servitude personnelle ne sont réglés dans le Code civil: il en découle une application par analogie des règles sur la cession de créance (art. 164 ss CO)⁵¹⁷. Le mécanisme de l'art. 152 al. 3 CO s'applique donc naturellement. La cession conditionnelle d'une servitude l'emporte toujours sur les cessions pures et simples postérieures de la même servitude, tout comme le gage ou l'usufruit constitués conditionnellement sur une servitude l'emportent sur les droits réels limités constitués purement et simplement postérieurement sur la même servitude⁵¹⁸. Dans les deux cas, l'acquisition définitive du droit ne peut être empêchée si la condition se réalise et se produit *ipso jure*, ce qui correspond, une fois de plus, à la définition de l'expectative de droit⁵¹⁹.

Nous n'examinerons pas le cas de l'usufruit ou du gage conditionnels *sur* une créance, puisque ces droits sont en réalité des droits personnels⁵²⁰. Ce sont alors des expectatives de droits personnels et l'art. 152 CO est donc directement applicable.

Chapitre III Compatibilité avec le *numerus clausus*

§ 1. Généralités

Nous avons défini l'expectative réelle comme un véritable droit réel (provisoire). Il convient donc de vérifier si elle entre dans le *numerus clausus*. Nous devons donc nous assurer que l'expectative réelle correspond à un des trois types de droits réels exhaustivement prévus par la loi que sont la propriété, les servitudes et les droits de garantie. Avec FOËX⁵²¹, notons qu'il n'est pas possible, pour le juge, de compléter cette liste. Un *numerus clausus* est, par essence, impératif et ne peut donc contenir de lacunes⁵²². En revanche, une interprétation extensive des catégories de droits réels énumérées par le Code civil doit être possible⁵²³. Nous allons vérifier dans les prochaines sections si l'expectative réelle correspond effectivement à un droit réel, soit un droit subjectif prévu par la loi, opposable aux tiers et procurant à son titulaire une maîtrise immédiate sur une chose.

⁵¹⁴ P. PIOTET, p. 61.

⁵¹⁵ FOËX, CR-CC II, *ad* art. 884, N 39.

⁵¹⁶ P. PIOTET, p. 61.

⁵¹⁷ D. PIOTET, TDPS V/2, N 226, p. 78.

⁵¹⁸ P. PIOTET, p. 63–64

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ D. PIOTET, TDPS V/2, N 62 ss, p. 26–28.

⁵²¹ N 218, p. 106.

⁵²² FOËX, N 208, p. 102.

⁵²³ P. PIOTET, p. 125–126.

§ 2. Un droit subjectif prévu par la loi

Examinons d'abord si l'expectative réelle est un véritable droit subjectif. Nous avons déjà démontré, par l'étude de l'art. 152 CO, que la créance conditionnelle (au sens large) était déjà une créance⁵²⁴. L'expectative d'un droit est donc déjà un droit subjectif. Nous sommes arrivés ensuite à la même conclusion en abordant les diverses constructions du droit réel expectatif proposées en doctrine⁵²⁵. Pourtant, FOËX⁵²⁶ réfute l'existence des expectatives réelles, au motif qu'elles ne seraient pas des droits subjectifs. Il croit en effet démontrer que l'acheteur sous réserve de propriété n'est pas titulaire d'une expectative réelle, puisqu'en cas de nullité du contrat de vente (art. 20 CO), ce dernier n'a aucun droit subjectif⁵²⁷. Cet argument ne nous convainc guère. Au contraire, il ne fait que confirmer le caractère accessoire du droit réel expectatif: si le droit personnel principal à l'acquisition définitive de la propriété s'éteint, l'expectative réelle aussi (art. 114 CO). Enfin, FOËX⁵²⁸ critique l'existence d'une expectative réelle née de l'enregistrement d'un droit réel au journal du registre foncier (art. 972 al. 2 CC). Cet auteur, citant LIVER⁵²⁹, affirme que l'acquéreur ne peut être au bénéfice d'un droit réel au moment dudit enregistrement, qu'à la condition qu'elle repose sur un titre valable, permettant au conservateur d'opérer l'inscription au grand livre⁵³⁰. À nouveau, cet argument ne fait que confirmer l'existence d'une expectative. En effet, on parle d'expectatives lorsque la constitution d'un droit est inachevée, parce que toutes les conditions de son acquisition, sauf une, sont remplies. En l'espèce, les conditions de l'acquisition du droit réel sont toutes remplies (pouvoir de disposition, titre valable), sauf l'inscription (définitive) au registre foncier. Si la validité du titre fait défaut, le droit personnel à la mutation réelle s'éteint, avec son accessoire qu'est l'expectative (art. 114 CO). Quant à dire que l'expectative réelle serait vidée de sa substance si elle n'existe qu'en cas de cause valable⁵³¹, cela n'est pas correct. En effet, une telle expectative a toute son utilité en cas de double vente d'un immeuble: la première vente enregistrée au journal étant opposable à la seconde⁵³².

Maintenant que nous avons confirmé que l'expectative réelle est un droit subjectif, faut-il encore qu'elle soit prévue par la loi pour être un droit réel. Nous avons vu que le droit réel provisoire a exactement le même contenu que le droit réel définitif. Il n'y a donc pas besoin de créer de nouvelles catégories de droit réel et le principe du *numerus clausus* est satisfait⁵³³. L'acheteur sous réserve de propriété est titulaire d'un droit de propriété provisoire prévu par l'art. 715 CC. L'expectative née de l'enregistrement au journal tire son fondement de l'art. 972 al. 2 CC. Elle est de même nature que le droit réel qui sera définitivement acquis par l'inscription au grand livre. Le gage conditionnel est un véritable droit de gage et est prévu à l'art. 824 al. 1 CC, applicable, par analogie, aux gages mobiliers⁵³⁴. La possibilité de transférer ou de grever conditionnellement une servitude personnelle cessible résulte du renvoi admis aux règles sur la cession de créance (art. 7

⁵²⁴ Cf. *supra*, Titre II, Chap. II.

⁵²⁵ Cf. *supra*, Titre II, Chap. III.

⁵²⁶ N 570, p. 245–246

⁵²⁷ *Ibid.*

⁵²⁸ N 572–583, p. 247–253.

⁵²⁹ p. 23 et 140.

⁵³⁰ FOËX, N 574, p. 247–248.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² P. PIOTET, p. 85.

⁵³³ *Id.*, p. 128.

⁵³⁴ *Ibid.*

CC)⁵³⁵. La situation est moins claire pour l'annotation d'un droit personnel à une mutation réelle. Ces droits réels expectatifs ont de particulier qu'ils sont constitués par l'annotation (ou le jugement qui la remplace), publiés par elle et dépendant du droit personnel dont ils sont l'accessoire⁵³⁶. Comme ses droits sont intimement liés au droit personnel qu'ils protègent, il est difficile de les classer dans une des catégories de droits réels. Vu la ressemblance entre l'art. 960 al. 1 ch. 1 et l'art. 972 al. 2 CC, nous pouvons dire que le droit réel expectatif que crée cette annotation a le même contenu que le droit définitif. Quant à l'annotation d'un droit d'emption, de préemption, ou de réméré et du droit de retour du donateur, on ne saurait véritablement parler de propriété provisoire (expectative), étant donné que l'accomplissement de la condition (exercice du droit formateur ou prédécès du donataire) n'a pas pour effet d'opérer *ipso jure* l'acquisition de la propriété (définitive)⁵³⁷. L'annotation ne fait que créer une expectative de rang, d'où son caractère réel. Enfin, lorsque le bail conditionnel annoté devient pur et simple, la «servitude» qui la renforce devient aussi pure et simple, mais garde son caractère accessoire et continue à être publiée par l'annotation: elle n'entre donc pas dans le *numerus clausus* des droits susceptibles d'être inscrits au grand livre⁵³⁸. Quoi qu'il en soit, le *numerus clausus* n'est pas violé, puisque toutes ces annotations sont prévues par les art. 959, 960 et 961 CC et qu'il existe un nombre limité de droits personnels, qu'il est possible de faire annoter (art. 959 al. 1 CO)⁵³⁹. En effet, ce principe ne signifie pas «que la loi ne peut pas être *interprétée* par l'admission d'un droit réel expliquant seul les solutions précises qu'elle prévoit»⁵⁴⁰.

§ 3. Un droit subjectif opposable aux tiers

a. En général

Nous avons démontré que l'expectative réelle était un droit subjectif et qu'elle était contenue dans le *numerus clausus*. Pour en faire un droit réel, il faut cependant qu'elle soit de nature absolue. En d'autres termes, elle doit être opposable à tout tiers. Nous allons le vérifier pour chacune des expectatives que nous avons admises en droit suisse. L'opposabilité de l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété est, tout d'abord, donnée par les règles sur la réalisation forcée. Puisque le droit de l'acheteur est assimilé à un droit de propriété grevé d'un droit de gage en faveur du vendeur, il est donc opposable aux créanciers de ce dernier⁵⁴¹. L'opposabilité des expectatives issues des écritures au registre foncier est consacrée par le principe de l'effet positif de la publicité foncière (art. 970 al. 4 CC). Selon ce principe, un tiers «ne peut se prévaloir de qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier». Cette présomption absolue de connaissance concerne toutes les écritures, y compris celles portées au journal⁵⁴². L'enregistrement audit journal d'un droit réel et l'expectative qui en découle sont donc opposables à tout tiers. Quant aux annotations d'un droit personnel à une mutation réelle, leur opposabilité résulte directement des art. 959 al. 2, 960 al. 2 et 961 al. 2 CC⁵⁴³.

⁵³⁵ P. PIOTET, p. 128.

⁵³⁶ *Id.*, p. 127.

⁵³⁷ Cf. *supra*, note 489.

⁵³⁸ P. PIOTET, p. 125.

⁵³⁹ *Id.* p. 127.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ P. PIOTET, p. 59.

⁵⁴² MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 970, N 36.

⁵⁴³ P. PIOTET, p. 59.

De manière générale, l'opposabilité des droits réels expectatifs est donnée par le mécanisme de l'art. 152 al. 3 CO. Les auteurs qui défendent la théorie du contrat réel admettent une application directe de ces dispositions en matière de droits réels⁵⁴⁴. Comme nous réfutons l'existence d'un tel contrat en droit suisse, nous ne proposons qu'une application par analogie (art. 7 CC) de cet article⁵⁴⁵. Le grèvement ou la cession conditionnels d'une servitude personnelle cessible étant régi par les règles sur la cession de créance, il est donc logique d'appliquer l'art. 152 al. 3 CO à l'encontre de ces actes. Toutefois, ces expectatives ne sortent pas d'emblée leurs effets principaux: les droits purs et simples acquis postérieurement peuvent donc être exercés pleinement jusqu'à l'accomplissement de la condition⁵⁴⁶. Quand la condition se réalise, en revanche, le droit réel provisoire devient définitif et l'emporte sur tous les droits acquis purement et simplement entre les acquisitions provisoire et définitive. S'agissant du gage conditionnel, il semble naturel d'appliquer l'art. 152 al. 3 CO à son titulaire, étant donné que cet article s'applique directement à la créance conditionnelle garantie⁵⁴⁷. Ne sortant pas non plus son effet principal, le gage conditionnel ne permet pas à son titulaire de faire réaliser la chose⁵⁴⁸ finalement, l'opposabilité de la réserve de propriété résulte, elle aussi, du mécanisme de l'art. 152 al. 3 CO, en plus des règles sur la poursuite pour dettes et faillite. L'expectative de l'acheteur sortant d'emblée son effet principal, le vendeur ne peut plus accorder l'usage et la jouissance de la chose à un tiers. Ou si l'on préfère, les droits d'usage ou de jouissance de l'acheteur (comme aspects de son droit de propriété provisoire) sont opposables à tout droit acquis postérieurement à l'inscription de la réserve de propriété⁵⁴⁹. Nous verrons cependant que l'art. 152 al. 3 CO ne fait que consacrer les principes *nemo plus juris* et *prior tempore potior juris* fondant le système de rang des droits réels, en les appliquant à la cession de créance⁵⁵⁰. Nous pouvons dès lors nous interroger sur l'utilité d'appliquer cet article aux droits réels. L'application, par analogie, de l'art. 152 al. 3 CO nous a permis toutefois de tirer la conclusion suivante: l'expectative d'un droit réel est déjà un vrai droit réel (provisoire); elle a, de ce fait, un rang qui sera le même que celui du droit définitif.

b. L'opposabilité de l'expectative face aux tiers acquéreurs de bonne foi

Cette question concerne surtout l'art. 715 CC. En effet, la technique du registre foncier rend impossible une acquisition de bonne foi du droit réel primitif, si le droit réel provisoire a été annoté ou enregistré au journal (art. 970 al. 4 CC). L'acquisition *a non domino* d'un droit réel franc du gage conditionnel sur la chose n'est pas non plus possible, puisque le nantissement du créancier gagiste conditionnel empêche l'art. 933 CC de s'appliquer, faute de chose confiée. En ce qui concerne la cession ou le grèvement conditionnels d'une servitude, l'art. 933 CC ne devrait pas être applicable, vu le renvoi aux règles sur la cession de créance. En effet, la possession suppose un certain pouvoir matériel sur un bien; elle ne concerne donc, en principe, que les choses et les animaux⁵⁵¹. Cependant, l'art. 919 al. 2 CC consacre la notion de possession *de droit*. Cet article régit ainsi la possession des servitudes et des charges foncières, laquelle se traduit par l'exercice du

⁵⁴⁴ FOËX, N 419, p. 184; BUCHER, 28 III, p. 512; PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152 N 41.

⁵⁴⁵ P. PIOTET, p. 54.

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 106 et 115.

⁵⁴⁷ Cf. *supra*, Chap. II, § 3.

⁵⁴⁸ P. PIOTET, p. 121

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 116.

⁵⁵⁰ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152 N 41.

⁵⁵¹ STEINAUER I, N 191, p. 92.

droit⁵⁵². À ce titre, une application, par analogie, de l'art. 933 CC est envisageable. Certains auteurs admettent que l'art. 919 al. 2 CC régit également la possession d'autres droits, notamment les créances⁵⁵³. Nous rejetons cette approche et soutenons que la seule protection des tiers, en cas de cessions de créance, résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la cession de droits futurs avant l'ouverture de la faillite du cédant⁵⁵⁴.

Étant donné que le registre des pactes de réserve de propriété n'a pas d'effet positif, les tiers ne sont pas censés connaître les inscriptions qui y figurent⁵⁵⁵. L'inscription ne peut donc, à elle seule, détruire la bonne foi des tiers auxquels le vendeur aurait accordé un droit réel sur la chose⁵⁵⁶. En revanche, il est généralement admis que l'expectative réelle, tout comme le droit réel classique, cède le pas aux droits acquis de bonne foi et l'emporte sur ceux acquis de mauvaise foi (art. 933 CC)⁵⁵⁷. Cependant, le vendeur n'a le plus souvent qu'une possession indirecte de la chose, ce qui exclut qu'un tiers puisse se fier de bonne foi à l'apparence (trompeuse) qu'engendre cet état de fait⁵⁵⁸. Le seul cas où une acquisition *a non domino* serait possible correspond à celui où l'acheteur sous réserve de propriété confie la chose au vendeur (par exemple, pour la réparer) et que ce dernier l'aliène à un tiers de bonne foi (art. 933 CC). En dehors de cette situation, le vendeur ne peut que transférer sa possession médiate à un tiers par assignation possessoire (art. 924 al. 1 CC, première hypothèse), sans que la possession immédiate de l'acheteur soit affectée⁵⁵⁹. Or, dans un tel cas et si le possesseur immédiat est titulaire d'un droit réel (ce qui est le cas de l'acheteur sous réserve de propriété), le tiers acquéreur n'est pas protégé, même s'il est de bonne foi (art. 924 al. 3 CC)⁵⁶⁰. Comme il sera rare, en pratique, que l'acheteur remette la chose au vendeur, il faut en conclure que l'expectative réelle de celui-là est opposable à tout tiers, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi⁵⁶¹. L'application des art. 933 et 924 al. 3 CC démontre, une fois de plus, le caractère réel des droits de l'acheteur sous réserve de propriété.

c. L'opposabilité, une «restriction au droit d'aliéner»?

Nous avons démontré, de façon générale, que l'expectative réelle était opposable. Il reste maintenant à étudier la nature juridique de cette opposabilité. Le but du droit réel expectatif est bien de l'emporter sur le droit réel primitif de l'acquéreur⁵⁶². C'est le principe posé à l'art. 152 al. 3 CO. Dans le cadre de l'art. 715 CC, nous avons vu qu'il y avait deux propriétés concourantes sur le même objet, celle de l'acheteur primant celle du vendeur. Il y a donc un système de rang entre le droit provisoire et le droit primitif⁵⁶³. Comme la propriété implique une maîtrise universelle, la collusion de deux propriétés sur la même chose ne peut accorder aux deux propriétaires plus de facultés qu'aurait un propriétaire unique⁵⁶⁴. Aussi, l'acheteur ne peut qu'user et jouir de la chose, alors que le vendeur conserve le pouvoir de disposer, mais uniquement sous réserve de l'acquisition

⁵⁵² STEINAUER I, N 191, p. 92.

⁵⁵³ Voir, not. STARK, *ad* art. 919, N 69 ss.

⁵⁵⁴ ATF 133 III 248/255–257; ATF 111 III 73/75–77.

⁵⁵⁵ FOËX, N 385, p. 253–254.

⁵⁵⁶ ATF 107 II 41/42

⁵⁵⁷ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152, N 41; PETER, p. 351; EITEL, RJB 1998, p. 249; P. PIOTET, p. 69

⁵⁵⁸ PICHONNAZ, CR-CC II, *ad* art. 933, N 21.

⁵⁵⁹ FOËX, N 588, p. 255.

⁵⁶⁰ P. PIOTET, p. 70; STEINAUER I, N 280, p. 116; FOËX, N 558, p. 256.

⁵⁶¹ *Contra*: FOËX, N 585 ss, p. 253–261.

⁵⁶² P. PIOTET, p. 110.

⁵⁶³ *Id.*, p. 111.

⁵⁶⁴ P. PIOTET, p. 112.

définitive de l'acheteur (art. 152 al. 3 CO, par analogie). La doctrine parle de «restriction au droit d'aliéner» du vendeur⁵⁶⁵. À l'évidence, cette appellation est trompeuse. En effet, le vendeur conserve la faculté d'aliéner ou de grever la chose, mais les droits qu'ils confèrent purement et simplement ne sont pas opposables à l'acheteur, et ce, dès l'acquisition du droit provisoire. Comme ce dernier peut user et jouir de la chose de manière absolue (opposable), alors ces droits d'usage et de jouissance – comme aspect de son droit de propriété (provisoire) – sont opposables à tous⁵⁶⁶. Le vendeur ne peut donc disposer que de sa propriété primitive et non de la propriété provisoire de l'acheteur; et comme sa propriété est primée par celle-ci, les droits réels limités qui la grèvent ne sont pas opposables à l'acheteur⁵⁶⁷. Si l'expectative de ce dernier disparaît (par exemple, parce qu'il ne paie pas le prix dans le temps imparti), les droits transférés ou constitués par le vendeur, dans l'intervalle, conserveront leur entière étendue⁵⁶⁸. Nous pouvons donc conclure que l'art. 152 al. 3 CO n'implique pas une restriction au droit de disposer, mais instaure simplement un système de rang (au sens large)⁵⁶⁹.

Cela est encore plus clair avec les expectatives qui ne sortent pas d'emblée leur effet principal. Nous avons déjà vu que la cession ou le grèvement conditionnels d'une servitude n'empêchaient pas les titulaires de droits purs et simples acquis postérieurement de pouvoir user pleinement de la servitude jusqu'à l'accomplissement de la condition⁵⁷⁰. La même remarque s'applique pour l'annotation au registre foncier de l'art. 960 al. 1 CC. Le seul but de cette annotation est de fixer un rang au droit réel litigieux, par voie de mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), au cas où il serait acquis définitivement: dans l'intervalle, les droits acquis ne sont pas limités dans leur exercice⁵⁷¹. Ce n'est alors plus vraiment une question de rang, mais «c'est le retard dans l'effet principal du droit réel provisoire qui permet [aux titulaires de droits acquis ultérieurement] de n'être pas limités dans l'exercice de leur droit avant [l'acquisition définitive]»⁵⁷². Cela montre bien que le titulaire du droit primitif n'est pas restreint dans sa faculté d'en disposer.

Enfin, c'est surtout à propos de l'effet typique des annotations que la doctrine parle de «restriction au droit d'aliéner» du propriétaire⁵⁷³. Cette appellation correspond d'ailleurs à la lettre de la note marginale de l'art. 960 CC. Or, comme pour l'art. 152 al. 3 CO, le propriétaire foncier garde le pouvoir de disposer de son immeuble, sous la réserve que les droits qu'il confère ne peuvent déployer d'effets s'ils sont opposés aux droits annotés (art. 961a CC)⁵⁷⁴. L'effet typique des annotations se distingue à cet égard du blocage du registre foncier⁵⁷⁵. La doctrine dominante soutient que l'annotation renforce le droit personnel, sans pour autant modifier la nature obligationnelle du droit annoté⁵⁷⁶. Comme ce droit est renforcé par des effets qui n'appartiennent qu'aux droits réels, il y aurait alors existence d'un droit hybride qui serait l'intermédiaire entre un droit absolu et un droit relatif⁵⁷⁷. Cette conception ne saurait être suivie⁵⁷⁸. Nous sommes donc

⁵⁶⁵ ZOBL, p. 522.

⁵⁶⁶ P. PIOTET, p. 112.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ PICHONNAZ, CR-CO I, *ad* art. 152 N 41.

⁵⁶⁹ P. PIOTET, p. 114.

⁵⁷⁰ Cf. *supra*, lit. a.

⁵⁷¹ P. PIOTET, p. 103 et 115.

⁵⁷² *Ibid.*

⁵⁷³ STEINAUER I, N 798, p. 283; MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 959 N 12.

⁵⁷⁴ STEINAUER I, N 801, p. 284; MOOSER, CR-CC II, *ad* art. 959 N 12 et art. 960 N 18.

⁵⁷⁵ STEINAUER I, N 801, p. 284.

⁵⁷⁶ *Id.*, N 55, p. 54.

⁵⁷⁷ ATF 44 II 330/336.

d'avis que l'annotation a pour effet (typique) de créer un droit réel accessoire du droit personnel à une mutation réelle, soit une expectative réelle⁵⁷⁹. Cette dernière n'empêche pas le propriétaire de disposer de l'immeuble, mais rend simplement inopposables les droits conférés par celui-ci après l'annotation. Selon que le droit réel accessoire sort, ou non, d'emblée son effet principal⁵⁸⁰, ces droits pourront, ou non, être exercés pleinement jusqu'à l'acquisition définitive⁵⁸¹. Le Tribunal fédéral s'est aujourd'hui rattaché à cette conception de l'effet typique des annotations⁵⁸².

§ 4. Un droit subjectif portant immédiatement sur une chose

Afin de conclure notre étude, il reste à démontrer que l'expectative réelle est bien un droit donnant à son titulaire une maîtrise *immédiate* de la chose. Nous l'avons déjà démontré quant à l'art. 715 CC⁵⁸³. Le même constat s'impose en matière d'expectative issue de l'enregistrement d'un droit réel au journal: cette expectative sortant d'emblée son effet principal, le propriétaire provisoire a déjà l'usage et la jouissance, sans qu'il tienne cette maîtrise directement du propriétaire primitif⁵⁸⁴. Quant aux annotations de droits personnels à une mutation réelle, il est difficile de construire la même immédiateté quant à la maîtrise de la chose. Ces droits réels accessoires dépendent intimement du droit personnel principal, si bien qu'on ne peut parler de véritable maîtrise *directe*. Nous avons cependant vu que ces droits réels devaient être traités à part, sans pour autant violer le *numerus clausus*⁵⁸⁵. Enfin, le créancier gagiste conditionnel est nanti et bénéficie bien d'une maîtrise directe sur la chose, sans besoin de l'intermédiaire du propriétaire débiteur. Nous pouvons en dire de même pour la cession et le grèvement (par un usufruitier ou un gage) conditionnels d'une servitude.

Nous pouvons donc affirmer que l'expectative réelle est un vrai droit réel, soit un droit subjectif absolu portant directement sur une chose et prévu par la loi.

Chapitre IV

Synthèse des expectatives réelles étudiées

Nous pouvons maintenant cerner avec certitude la première caractéristique de l'expectative réelle: elle est un vrai droit réel. Tous les principes généraux régissant ces derniers s'appliquent donc. Le principe de **causalité** est respecté puisque l'acquisition *ispo jure* du droit définitif repose toujours sur une cause, cette dernière faisant partie du processus d'acquisition du droit provisoire⁵⁸⁶. Il en va de même du principe de **publicité**. Dans le cadre de l'art. 715 CC, la *tradition* est respectée puisque le vendeur a dû transférer la possession à l'acheteur et l'exigence supplémentaire à laquelle est soumis le transfert de propriété est révélée par une publicité artificielle, l'inscription au registre⁵⁸⁷. Les droits réels expectatifs issus des écritures au registre foncier sont rendus publics par l'enregistrement au journal, respectivement par les annotations. Enfin, le créancier gagiste

⁵⁷⁸ Cf. *supra*, Titre II, Chap. III, § 2, lit. b.

⁵⁷⁹ DESCHENAUX, TDSP V/II, § 32 A I; P. PIOTET, RNRF 1969, p. 34 ss.

⁵⁸⁰ Si tel est le cas, alors le titulaire de l'expectative peut d'emblée jouir et user de la chose.

⁵⁸¹ P. PIOTET, p. 115–117.

⁵⁸² ATF 114 III 18/19–20; ATF 104 II 170/175–176.

⁵⁸³ Cf. *supra*, Chap. II, § 1.

⁵⁸⁴ P. PIOTET, p. 117.

⁵⁸⁵ Cf. *supra*, § 2.

⁵⁸⁶ P. PIOTET, p. 56.

⁵⁸⁷ P. PIOTET, La réalisation, p. 747–748.

conditionnel est obligatoirement possesseur de la chose remise en garantie (nantissement). Le principe de **spécialité** s'applique aussi: l'expectative réelle ne peut porter que sur une chose déterminée et non sur une universalité de biens. Nous l'avons démontré par l'étude de la substitution fidéicommissaire. Quant au principe du *numerus clausus*, nous avons déjà confirmé que l'expectative réelle bénéficiait d'une opposabilité *erga omnes* prévue par la loi. Le droit réel expectatif s'insère donc parfaitement dans le système de **rang** des droits réels: le droit réel définitif reprend toujours le rang du droit réel provisoire. C'est la règle générale de la priorité dans le temps, concrétisée par l'art. 153 al. 3 CO.

La seconde caractéristique de l'expectative réelle est qu'elle est l'accessoire d'un droit personnel à l'acquisition définitive du droit réel. Nous pouvons distinguer à cet égard trois sortes d'expectatives réelles:

- Celles qui sont l'accessoire d'un droit personnel **exigible** à la **constitution** pure et simple d'un droit réel. C'est le cas de l'annotation prévue à l'art. 960 al. 1 ch. 1 CC (lorsque la prétention personnelle est pure et simple et tend à la constitution d'un droit réel limité), de l'enregistrement au journal d'un droit réel limité à constituer (art. 972 al. 2 CC), de la constitution conditionnelle d'un gage ou d'un usufruit grevant une servitude personnelle cessible et du gage grevant une créance conditionnelle⁵⁸⁸.
- Celles qui sont l'accessoire d'un droit **exigible** au **transfert** non achevé d'un droit réel. C'est le cas de la cession conditionnelle d'une servitude personnelle cessible, du pacte de réserve de propriété, de l'enregistrement au journal d'un droit de propriété et de l'annotation provisoire d'un droit personnel litigieux tendant au transfert de la propriété⁵⁸⁹. La particularité de ces expectatives c'est qu'elles coexistent avec le droit primitif impliquant le dédoublement de deux droits de même contenu sur la chose⁵⁹⁰. L'exercice de ces deux droits ne peut cependant être plus étendu que celui du droit originaire de l'aliénateur. Seul un des deux droits peut donc sortir d'emblée son effet principal, à l'exclusion de l'autre.
- Celles qui sont l'accessoire d'un droit personnel **«non exigible»** au **transfert** ou à la **constitution** d'un droit réel. C'est le cas de l'annotation, au sens de l'art. 959 CC, d'un droit d'emption, de préemption ou de réméré, et du droit de retour du donateur. Ces expectatives de mutation réelle ont de particulier qu'elles sont l'accessoire d'un droit personnel *imparfait* («non exigible») tendant au transfert du droit réel définitif, puisque le droit définitif sera acquis par écriture constitutive au grand livre (ou jugement formateur en cas de litige) et non lorsque la condition (l'exercice du droit formateur, respectivement le prédécès du donataire) se réalise. Nous préférons donc l'expression d'expectative de rang⁵⁹¹ plutôt que celle de droit réel expectatif, étant donné que la condition n'affecte pas *directement* la mutation réelle. Cela vaut

⁵⁸⁸ P. PIOTET, p. 102 à 109.

⁵⁸⁹ *Id.*, p. 110.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ Le rang est selon nous une conséquence indirecte du caractère absolu des droits réels et non un élément de leur contenu (cf. *supra*, Titre I, Chap. I, § 5). Nous utilisons donc l'expression d'«expectative de rang» pour montrer qu'il n'y a pas de véritable droit subjectif provisoire (expectatif) existant entre l'acquisition conditionnelle et l'acquisition définitive. L'annotation dont il est question ici ne fait que figer la situation juridique de l'immeuble jusqu'à l'exercice du droit formateur, respectivement le prédécès du donataire (art. 959 al. 2 CC). Le rang du «droit réel définitif» sera ainsi fixé à la date de l'annotation, soit à une époque où il n'existait pas encore. Entre cette acquisition et l'annotation, son rang est donc provisoire (expectatif).

en tout cas pour l'annotation du droit de profiter des cases libres (art. 814 CC *cum* art. 959 CC), lequel n'est pas un droit à une mutation réelle, mais une obligation *propter rem* de tout propriétaire de faire avancer le gage favorisé dans une case qui devient libre⁵⁹². Quant au droit réel accessoire protégeant un bail conditionnel (art. 959 CC), il ressemble à l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété, puisqu'il deviendra pur et simple dès la réalisation de la condition, sans exigences supplémentaires à accomplir. Dans ce dernier cas, nous ne saurions toutefois parler de processus inachevé de constitution ou de transfert d'un droit réel (en l'espèce une servitude), soit d'une expectative réelle. Nous avons vu en effet que la servitude d'usage accessoire doublant le bail n'entraîne pas dans le *numerus clausus* des droits réels⁵⁹³. S'ajoute à cela le fait que le droit personnel principal (issu du bail conditionnel) ne tend pas véritablement à une mutation réelle. À nouveau, nous utiliserons la notion d'expectative de rang, afin de montrer son caractère réel, sans pour autant parler d'un vrai droit réel conditionnel.

Il reste une dernière distinction à faire, selon que l'expectative sort, ou non, d'emblée son effet principal. Si tel est le cas, alors le titulaire de l'expectative dispose de tous les moyens qui peuvent être pris pour défendre cet effet (art. 152 al. 2 CO, par analogie). La loi accorde alors l'usage et la jouissance de la chose au titulaire de l'expectative, lequel devra rendre les profits réalisés si la condition fait défaut (art. 153 CO, par analogie). C'est le cas de l'expectative de l'acheteur sous réserve de propriété et de l'enregistrement d'un droit au journal (pour autant que le droit réel à enregistrer implique l'usage et la jouissance de la chose)⁵⁹⁴. Cette situation se justifie par le fait que le droit personnel principal est, dans ces deux cas, pur et simple. Dans tous les autres cas, le droit personnel à la mutation réelle est conditionnel et ne sort donc pas d'emblée son effet principal. Du fait de son caractère accessoire, l'effet principal du droit réel provisoire ne se produit donc pas non plus et son titulaire n'a aucun moyen pour sanctionner cet effet, tout comme le créancier conditionnel ne peut exiger la prestation⁵⁹⁵.

S'il y a coexistence du droit primitif et du droit provisoire (soit en cas de transfert inachevé du droit réel), l'un des deux est forcément paralysé dans son exercice. L'aliénateur ne pouvant accorder plus de droit qu'il n'en a, soit le droit provisoire sort d'emblée son effet principal et le droit primitif ne peut s'exercer, soit cet effet est retardé et le droit primitif continue à produire le sien. Dans un tel cas, l'aliénateur peut accorder des droits réels limités sur la chose et ces droits pourront pleinement s'exercer jusqu'à l'acquisition définitive du droit de l'acquéreur. Dès cette acquisition, le droit définitif prend le rang du droit provisoire et prime donc les droits acquis dans l'intervalle.

Pour finir, l'expectative réelle s'éteint lorsque le droit personnel, dont elle est l'accessoire, disparaît du fait que la condition suspensive ne se réalise pas, ou pour toute autre raison (art. 114 CO). Si cette condition se réalise, alors le droit réel expectatif évolue, il devient pur et simple et cesse d'être l'accessoire du droit personnel⁵⁹⁶. En cas de transfert «conditionnel», le droit primitif de l'aliénateur passe à l'acquéreur, ce qui provoque une consolidation⁵⁹⁷. Le droit réel unique comprend alors les

⁵⁹² DESCHENAUX, TDPS V/II, § 32 B II 3.

⁵⁹³ Cf. *supra*, Titre III, Chap. III, § 2.

⁵⁹⁴ P. PIOTET, p. 121.

⁵⁹⁵ *Ibid.* Dans ce cas, toutefois, les parties peuvent d'emblée accorder à la *créance* (non au droit réel) conditionnelle son effet principal quant à l'exigibilité et la perception des fruits (art. 151 al. 2 CO, *in fine*).

⁵⁹⁶ P. PIOTET, p. 122.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 123.

prérogatives des deux droits fusionnés: il bénéficie de la priorité, qu'avait le droit réel provisoire, sur les droits constitués par l'aliénateur après la naissance de l'expectative⁵⁹⁸. Si la propriété primitive a été cédée avant l'acquisition définitive, il faut admettre que, lorsque la «condition» se réalise, le droit réel passe *ispo jure* à l'acquéreur⁵⁹⁹. En effet, selon la définition que nous avons de l'expectative, l'aliénateur ne pouvait empêcher cet effet.

Conclusion

L'étude des différentes conceptions du transfert non conditionnel et conditionnel de la propriété en droit continental, puis l'étude des expectatives de droits personnels nous ont amenés à la conclusion suivante: l'expectative réelle est un vrai droit subjectif à caractère réel, qui est l'accessoire d'un droit personnel à l'acquisition définitive du droit réel. Elle a donc un rang qui prend naissance au moment de l'acquisition du droit provisoire et non de l'acquisition définitive (art. 152 al. 3 CO, par analogie). Les droits que confère l'aliénateur, après ce transfert inachevé, ne sont donc pas opposables à l'acquéreur si ce dernier acquiert définitivement son droit. On parle à cet égard de «restriction au droit de disposer». Cette construction a le mérite d'éviter les nombreuses controverses concernant l'acte de disposition conditionnel.

Comme le droit réel expectatif est un droit réel, les principes de causalité, de publicité, de spécialité et du *numerus clausus* s'appliquent pleinement. C'est d'ailleurs à l'épreuve de ces principes que nous avons nié l'existence d'une expectative réelle, en cas de substitution fidéicommissaire et de fiducie mixte. Tout comme le créancier conditionnel, le titulaire d'une expectative de droit réel peut prendre toutes les mesures nécessaires à la conservation de son droit (art. 152 al. 2 CO, par analogie). L'acheteur sous réserve de propriété peut revendiquer la chose et le titulaire d'un droit réel enregistré au journal, ainsi que le titulaire d'un droit personnel annoté bénéficient de l'action en rectification du registre foncier, si l'enregistrement ou l'annotation sont radiés sans cause valable.

Si le droit réel provisoire ne sort pas d'emblée son effet principal, son titulaire ne dispose pas des procédures sanctionnant ledit effet. L'effet principal du droit primitif peut donc se produire tout comme celui des droits qui grèvent ce droit. Si la loi prévoit le contraire (art. 715 CC et 972 al. 2 CC), alors le droit provisoire peut sortir d'emblée son effet principal et le droit primitif est complètement paralysé. Le titulaire de l'expectative peut donc prendre tous les moyens protégeant le droit définitif. En cas de transfert inachevé d'un droit réel, le droit de l'aliénateur est doublé d'un droit provisoire de même contenu. Selon que le droit provisoire sort, ou non, son effet essentiel, le droit primitif sera, ou non, paralysé.

Le droit réel expectatif disparaît lorsque le droit personnel principal s'éteint, ou devient pur et simple, si le processus d'acquisition s'achève. Si le transfert du droit réel était inachevé, alors les deux droits réels qui coexistaient sur la chose se consolident. Le droit réel provisoire et le droit réel définitif fusionnent en un droit unique, lequel comprend toutes les prérogatives des deux droits précédents.

⁵⁹⁸ P. PIOTET, p. 123.

⁵⁹⁹ *Ibid.*