

## **BGE 93 II 461**

Bundesgericht (BGE), 1967-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_93 II 461](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_93_II_461)

FR: ATF 93 II 461

IT: DTF 93 II 461

### **Regeste**

Regeste 1. Vom Verwaltungsreglement eines Anlagefonds abweichende Sondervereinbarung, wonach der Zeichner eines innerhalb einer Tranche selbständigen Fonds das ausschliessliche Verfügungsrecht über eine Wohnung erwirbt, die Eigentum einer Immobiliengesellschaft ist, deren Aktien dem Anlagefonds fiduziarisch übertragen worden waren (Erw. 2-4). 2. Vertrag über die Abtretung von Namenaktien, die sich für Rechnung des Abtretenden bei einem Dritten befinden; Übertragung des Eigentums an diesen Titeln auf den Zessionar durch Besitzanweisung (Art. 967 OR, 714 und 924 Abs. 1 ZGB. Erw. 5). 3. Nichtigkeit des Vertrags wegen Doppelvertretung? Umschreibung der Vollmacht des Vertreters durch stillschweigende Willensbekundung des Vertretenen (Art. 1, 32 ff. OR. Erw. 6). 4. Kann die Konkursmasse, falls in dritter Hand befindliche Namenaktien durch einen vor der Konkurseröffnung über den Zedenten abgeschlossenen Vertrag abgetreten worden sind, die Aushändigung der Titel an den Zessionar gestützt auf Art. 211 SchKG verweigern? (Erw. 9). 5. Ist die in Art. 292 SchKG für die Anfechtungsklage vorgesehene Frist eine Verjährungs- oder eine Verwirkungsfrist? Steht diese Frist infolge der Konkurseröffnung auf Grund analoger Anwendung von Art. 207 Abs. 3 SchKG still? Fragen offen gelassen (Erw. 10). 6. Wegen offenbaren Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 ZGB abzuweisen ist die von der Konkursmasse gegen den Hauptgläubiger des Gemeinschuldners auf Veranlassung eben dieses Gläubigers erhobene Anfechtungsklage, die auf die Nichtigklärung einer vor dem Konkurs vorgenommenen Zession abzielt, durch welche der beklagte Gläubiger Namenaktien hatte auf sich übertragen lassen, die er gemäss rechtskräftigem, im Streit zwischen ihm und einem Dritten ergangenen Schiedsgerichtsurteil diesem Dritten aushinzugeben hätte (Erw. 11).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Le litige porte essentiellement sur le point de savoir qui, de la masse en faillite de FISA ou de la Banque Romande, est propriétaire de l'appartement sis à Paris, avenue Foch, nos 65, 67 et 69. Selon le tribunal arbitral, l'appartement doit revenir à Ferszt, qui en a déjà la possession puisqu'il a disposé des clés; la Banque Romande doit lui en transférer la propriété, qu'elle a fait inscrire sans droit à son nom. La masse en faillite de FISA - à laquelle le prononcé des arbitres n'est pas opposable, attendu qu'elle n'était pas partie à la procédure arbitrale qui opposait la Banque Romande à Ferszt - s'efforce d'annihiler les effets de la sentence en affirmant qu'elle est elle-même propriétaire de l'appartement litigieux. On ne saurait toutefois perdre de vue que la masse ne plaide qu'à l'instigation de la Banque Romande, laquelle est de loin la principale créancière de FISA. La Banque Romande cherche donc, en plaidant contre elle-même par le truchement d'une personne

interposée, la masse en faillite de FISA, à se mettre dans l'impossibilité d'exécuter la sentence arbitrale qui l'a condamnée à transférer à Ferszt la propriété de l'appartement litigieux.

### **E. 3**

Ainsi que l'a relevé avec pertinence le tribunal arbitral, les relations juridiques nouées entre Ferszt et FISA ne sont pas régies exclusivement par les dispositions du règlement de gestion de FISA, auquel se réfèrent les certificats du fonds que FISA a déposés le 29 juin 1957 à la Banque Romande, en exécution d'un mandat conféré par Ferszt et au nom de celui-ci. Les dérogations convenues spécialement entre FISA et Ferszt l'emportent sur le règlement de gestion. L'une des dérogations convenues consistait en ceci que Ferszt a exprimé en novembre 1956 déjà la volonté d'acquiescer sous le nom de FISA la libre disposition de l'appartement de BGE 93 II 461 S. 477 l'avenue Foch et que FISA s'est déclarée d'accord. Elle l'a fait notamment dans ses lettres des 24 avril, 27 mai et 2 octobre 1957. Il est vrai que les deux premières missives n'ont été signées que par Zelig et que la troisième porte seulement la signature de Comtesse. Mais nul ne prétend que l'un d'eux ait agi sans le consentement de l'autre. Du reste, FISA a manifesté son accord en utilisant comme convenu la majeure partie des fonds versés par Ferszt à l'acquisition de 327 actions de la Société foncière immobilière Dauphine, qui donnaient droit à l'appartement en question, puis en établissant 256 certificats munis de la surcharge "Série Foch", qu'elle a déposés au nom de Ferszt. Ainsi que le tribunal arbitral l'a expliqué en motivant soigneusement son opinion, qui n'est contestée par aucune des parties au présent procès, FISA et Ferszt sont convenus que la "Série Foch" constituait un fonds autonome à l'intérieur de la Tranche française, distinct des autres valeurs comprises dans cette tranche. Le 10 mars 1958, l'administrateur Servien a écrit à Zelig une lettre dans laquelle il mentionne, sous le titre: "Problèmes de politique générale de développement de FISA", le point no 35 suivant: "Urgence de différencier les séries de certificats Tranche française par des modifications apposées sur chaque titre (dissocier en fait et en droit Foch, Chanteloup et La Fontaine)". Aucun des plaideurs ne prétend que FISA ait apposé la surcharge "Série Foch" sur d'autres certificats émis par elle que sur les 256 certificats qui font l'objet du litige. Ferszt a d'ailleurs reçu les clés de l'appartement de l'avenue Foch et il a pu en disposer librement. Lui seul a exercé le droit de jouissance découlant des 327 actions de la Société foncière immobilière Dauphine. Selon son propre voeu, Ferszt n'était pas lui-même actionnaire de la Société foncière immobilière Dauphine. Le certificat d'actions était libellé au nom de FISA, qui revêtait la qualité d'actionnaire, mais agissait à titre fiduciaire pour le compte de Ferszt (cf. RO 71 II 100, 85 II 99). Elle le lui a confirmé dans la dernière phrase de sa lettre du 2 octobre 1957 où elle déclarait détenir l'appartement en son propre nom, mais "as a trustee for you" et cela "until it is transferred on your instructions to any other name". Ferszt avait donc le droit d'exiger en tout temps le transfert des actions de la Société foncière immobilière Dauphine à une autre personne, c'est-à-dire de retirer à FISA sa qualité de propriétaire fiduciaire. Dès lors, il pouvait aussi BGE 93 II 461 S. 478 demander que les actions lui soient transférées. Ses rapports juridiques avec FISA dérogeaient ainsi au ch. 14 du règlement de gestion, aux termes duquel les porteurs de certificats ne pouvaient exiger ni la suppression de la copropriété, ni la répartition des biens de la communauté.

### **E. 4**

En faisant l'acquisition des 256 certificats de la Série Foch, Ferszt a noué également - comme l'a reconnu le jugement arbitral - des relations juridiques avec la Banque Romande.

Celle-ci a eu connaissance de l'émission des certificats en question. Conformément à l'art. 26 du règlement de gestion, elle a reçu en dépôt les fonds versés par Ferszt et les a conservés jusqu'à ce que FISA les utilise pour acquérir les actions de la Société foncière immobilière Dauphine. Le 29 juin 1957, elle a souscrit pour le compte de Ferszt les 256 certificats de FISA, Tranche française, Série Foch. Le 18 septembre, elle a confirmé à Ferszt que la souscription de ces titres lui conférait l'entière disposition de l'appartement de l'avenue Foch. Elle a participé, de la manière expliquée par les arbitres, à l'élaboration de la lettre de FISA du 2 octobre 1957, qui confirmait à Ferszt les démarches faites en exécution des accords intervenus. Ayant ainsi prêté son concours à la conclusion et à l'exécution des accords spéciaux conclus entre Ferszt et FISA, la Banque Romande était tenue par analogie de remplir envers Ferszt les obligations de l'"Investment Trustee" que le règlement de gestion mettait à sa charge, c'est-à-dire de représenter Ferszt pris comme porteur de certificats à l'égard de FISA, de veiller à ce que le règlement fût respecté, dans la mesure où il demeurerait applicable et d'agir au mieux des intérêts de Ferszt, dans le cadre dudit règlement (cf. ch. 8 et 26).

## E. 5

La masse en faillite de FISA prétend que la déclaration signée par François le 1er juillet 1958 n'a pas eu pour effet de transférer à la Banque Romande les droits découlant du certificat d'actions de la Société foncière immobilière Dauphine du 17 juin 1957, parce qu'elle n'a pas été suivie d'un transfert de la possession du titre au sens de l'art. 967 al. 1 CO, ni d'une déclaration écrite satisfaisant aux exigences de l'art. 967 al. 2 CO. De l'avis de la recourante, le texte de la convention du 1er juillet 1958 ne saurait valoir déclaration écrite de transfert, du moment qu'il ne mentionne même pas le certificat d'actions. a) La forme dans laquelle une créance peut être cédée est déterminée par la loi du lieu où la cession est opérée ou par le BGE 93 II 461 S. 479 droit que cette loi déclare applicable (RO 65 II 83, 74 II 87, 78 II 392). Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette jurisprudence vaut également pour le transfert d'actions nominatives ou de certificats d'actions nominatifs. En effet, même si le certificat d'actions de la Société foncière immobilière Dauphine pouvait être cédé par FISA à la Banque Romande dans les formes prescrites par le droit suisse, ni l'art. 967 CO, que la juridiction cantonale invoque d'ailleurs à titre subsidiaire seulement, ni l'art. 714 CC ne seraient violés. b) L'art. 967 al. 2 CO exige pour le transfert de titres nominatifs une déclaration écrite, qui ne sera pas nécessairement apposée sur le titre lui-même. En l'espèce, la déclaration requise par la loi figurait dans l'écrit rédigé par François le 1er juillet 1958 à l'adresse de la Banque Romande. Par cet acte, FISA ne promettait pas seulement de céder un jour des droits à la Banque Romande. Le document renferme la déclaration de cession elle-même. Invoquant sa qualité de fondé de pouvoir de FISA, François déclarait en effet: "... je vous cède et transfère avec effet immédiat tous droits, titres, créances et autres assimilables que la Société Fonds immobiliers SA détient ou pourrait revendiquer dans ... le fonds de placement Série Foch (pour autant qu'il existe juridiquement) et plus particulièrement dans la Société civile immobilière Dauphine, propriétaire de l'immeuble 63 avenue Foch, à Paris". Ainsi désigné, l'objet de la cession comprenait évidemment le certificat d'actions de la Société foncière immobilière Dauphine. Il n'était pas nécessaire de mentionner en outre le numéro du certificat d'actions, ni la date de son émission, ni le numéro des actions. c) Selon l'art. 967 al. 1 CO, le transfert de la propriété d'un papier-valeur requiert dans tous les cas le transfert de la possession du titre. Le législateur n'a pas voulu exiger de la sorte une remise de la main à la main; jugeant cette notion trop étroite, le Conseil national a modifié le texte du projet en remplaçant l'expression "remise

du titre de la main à la main" (dans le texte allemand: "Übergabe der Urkunde") par celle de "transfert de la possession du titre" ou "Übertragung des Besitzes an der Urkunde", afin de préciser qu'il admettait tous les modes de transfert de la possession prévus aux art. 922 ss. CC (Bull. stén. CN 1934 p. 796, 863). L'art. 967 CO n'énonce dès lors aucune notion particulière du transfert BGE 93 II 461 S. 480 de la possession qui serait propre au droit des papiersvaleurs; il se réfère aux règles générales des droits réels en la matière (cf., dans le même sens, JÄGGI, n. 31 ad art. 967 CO). En l'espèce, le transfert a été opéré par délégation de possession au sens de l'art. 924 al. 1 CC. Le certificat d'actions était dans la possession d'un tiers, qui le détenait à un titre spécial pour FISA. Peu importe qui était ce tiers: le sieur Morton attaché à la SEFI, auquel la Société foncière immobilière Dauphine avait remis le certificat le 13 juillet 1957, ou la Banque Worms et Cie en sa qualité de deposit trustee, laquelle aurait reçu le certificat de la SEFI selon les déclarations faites au conseil d'administration de FISA le 4 janvier 1958, ou encore Me Cremer, représentant de Ferszt, qui a remis le certificat à Me Schlaepfer à une date non précisée. La déclaration de cession du 1er juillet 1958 doit être interprétée en ce sens que le tiers posséderait désormais le certificat pour la Banque Romande. Les parties contractantes n'avaient pas besoin de signifier leur accord au tiers possesseur. La délégation de possession n'exigeait pas non plus que ce tiers ait pris connaissance de l'arrangement d'une autre manière, ni qu'il ait eu la volonté de posséder désormais pour la Banque Romande. Cela résulte de l'art. 924 al. 2 CC, qui ne subordonne les effets de la délégation de possession à un avis de l'aliénateur qu'à l'égard des tiers (RO 46 II 49). Dès lors, la Cour de justice, qui a admis la validité du transfert des actions nominatives de la Société foncière immobilière Dauphine de FISA à la Banque Romande, n'a pas violé non plus l'art. 714 CC, aux termes duquel la mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.

## **E. 6**

Invoquant une prétendue violation des art. 1er et 32 ss. CO, la masse en faillite de FISA objecte encore que la convention du 1er juillet 1958 est nulle pour cause de double représentation. A son avis, le transfert de la propriété de l'appartement portait une grave atteinte aux intérêts de FISA et de ses créanciers. Le fait que FISA avait l'obligation contractuelle de délivrer à Ferszt la propriété de l'appartement n'excluait pas le risque d'une telle lésion. François ne pouvait pas savoir qu'il signait une convention nulle pour cause de double représentation: il ne voulait transférer qu'un simple pouvoir de gestion, acte qui n'aurait pas lésé les intérêts de FISA et qu'il pouvait dès lors accomplir valablement en qualité de double représentant. BGE 93 II 461 S. 481 a) De même que le contrat passé par le représentant avec lui-même, la double représentation est admissible lorsqu'il n'existe aucun conflit d'intérêts entre les deux personnes représentées et qu'il n'y a dès lors aucune raison de craindre que le représentant n'avantage l'une d'elles au détriment de l'autre (RO 39 II 568, 50 II 183, 57 II 560, 63 II 174, 82 II 391, 89 II 325). Cette jurisprudence n'a pas apporté une restriction impérative à la liberté des contractants. La règle énoncée ne signifie pas que la double représentation soit inadmissible chaque fois que le représenté court le risque de subir un préjudice. Elle détermine seulement l'étendue des pouvoirs conférés au représentant, à défaut de l'expression d'une volonté contraire du représenté. Comme l'art. 181 du Code civil allemand, sur le modèle duquel elle a été établie, la norme jurisprudentielle ne limite la capacité du représentant de conclure un contrat avec lui-même en son nom propre ou au nom d'un tiers que dans la mesure où il n'a pas reçu une autorisation contraire. Aussi bien, le Tribunal fédéral a souvent considéré l'absence de risque d'une lésion du représenté comme un indice du fait que celui-ci avait autorisé le

représentant à conclure le contrat avec lui-même, le cas échéant en qualité de double représentant. S'il a relevé récemment (RO 89 II 325) que le juge suisse n'avait pas besoin, lorsque le risque de lésion fait défaut, de recourir à la fiction d'une autorisation tacite, cette remarque ne signifie pas que l'admission du contrat avec soi-même ou de la double représentation ne dépende jamais de la volonté du représenté. Celui-ci est libre, dans les limites que lui assignent l'ordre public, les bonnes moeurs et les droits attachés à la personnalité (art. 19 et 20 CO), de choisir son représentant contractuel et de déterminer les pouvoirs qu'il lui confère. Il peut donner à quelqu'un le mandat de faire un acte juridique qui le lésera peut-être ou même sûrement, comme il lui est loisible, dans les limites que l'on vient de rappeler, de conclure personnellement un contrat qui lèse ses propres intérêts. En règle générale, le représenté n'a pas à se préoccuper non plus des intérêts des tiers, notamment de ses créanciers. Par exemple, ce sont les règles de l'action révocatoire (art. 285 ss. LP) et non celles que la jurisprudence a développées quant à l'interdiction du contrat avec soi-même ou de la double représentation, qui fixent la mesure dans laquelle un acte juridique peut être annulé pour le motif qu'il lèse les intérêts des créanciers. BGE 93 II 461 S. 482 L'étendue des pouvoirs est déterminée par l'acte juridique qui les confère (art. 33 al. 2 CO). Or l'objet du contrat peut être défini non seulement par une manifestation de volonté expresse, mais aussi par une manifestation tacite (art. 1er al. 2 CO). Le représenté peut donc conférer au représentant l'autorisation de contracter avec lui-même ou d'agir comme double représentant par une manifestation de volonté expresse ou tacite. Pour dire s'il y a autorisation tacite, il faut examiner les circonstances de chaque cas particulier à la lumière du principe dit de la confiance, que la jurisprudence du Tribunal fédéral applique à l'interprétation des actes juridiques. Lorsque le représentant pouvait, selon les règles de la bonne foi, inférer des circonstances que le représenté voulait l'autoriser à contracter avec lui-même ou à conclure un acte juridique en qualité de double représentant, le contrat qu'il a conclu avec lui-même ou comme représentant d'un tiers est valable au regard des art. 1er et 32 ss. CO. En cas de double représentation, il faut aussi rechercher si les pouvoirs ont été portés à la connaissance d'un tiers; leur étendue est alors déterminée envers ce dernier par la communication qui lui a été faite (art. 33 al. 3 CO). Si le tiers pouvait inférer des circonstances que son cocontractant voulait autoriser le représentant à pratiquer la double représentation, celle-ci est permise. b) Le 24 juin 1958, le conseil d'administration de FISA, siégeant en présence de Servien, Lozeron et Lenoir, a décidé que FISA renonçait à son "mandat de société de gestion des Tranches canadienne et française". Il envisageait cette renonciation comme l'une des mesures à prendre en faveur de la Banque Romande et des porteurs de certificats représentés par elle, "pour garantir les engagements souscrits par elle (réd. la Banque Romande) au bénéfice de FISA". Le conseil d'administration de FISA estimait qu'il manquait "un organisme permanent capable de gérer sagement FISA et ses tranches". Sachant que, selon le règlement de gestion, la Banque Romande devait sauvegarder les intérêts des porteurs de certificats, il a exprimé le voeu (sous la forme d'une décision) que ladite banque constitue une société de gestion "complètement indépendante de FISA" et lui confie la gestion des Tranches canadienne et française "dans le plus bref délai possible". Ces décisions ne doivent pas être comprises en ce sens que les droits attachés aux certificats des fonds d'investissement devaient rester en BGE 93 II 461 S. 483 main de FISA et que la Banque Romande, respectivement la société à constituer par elle, n'agirait qu'en qualité de mandataire et de représentant direct de FISA. Le conseil d'administration voulait transférer définitivement les droits sur les fonds d'investissement, afin que ni la Banque Romande, ni les porteurs de certificats de ces fonds ne subissent un

préjudice du fait de l'incapacité de FISA. Le procès-verbal de la séance du 24 juin 1958 ne constate pas expressément que les actions de la Société foncière immobilière Dauphine devaient elles aussi être transférées à la Banque Romande et par elle à une nouvelle société. La masse en faillite recourante admet cependant que FISA a décidé alors de transférer à la Banque Romande la gestion des biens de tous les fonds de placement sans exception. Il n'y a d'ailleurs aucune raison de penser que le conseil d'administration de FISA ait voulu traiter différemment les actions de la Société foncière immobilière Dauphine, d'une part et les autres biens des Tranches canadienne et française qui faisaient l'objet de ses décisions, d'autre part. Ces actions avaient été acquises par FISA comme un fonds spécial dans le cadre de la Tranche française et les certificats appartenant à Ferszt portaient, outre la surcharge "Série Foch", la mention "Tranche française". c) Il résulte de ces circonstances que François n'a pas excédé les limites des pouvoirs qui lui avaient été conférés lorsque, le 1er juillet 1958, il a déclaré, en se référant aux décisions prises le 24 juin 1958 par le conseil d'administration de FISA, qu'il cédait à la Banque Romande tous les droits, titres, créances et autres semblables que FISA détenait dans le fonds de placement Série Foch, pour autant qu'il existe juridiquement. Il agissait ainsi dans les limites des décisions que le conseil d'administration de FISA avait prises une semaine plus tôt. Il ne cherchait pas à défendre les intérêts de la Banque Romande au-delà de la mesure définie par la volonté effective du conseil d'administration de FISA et par les manifestations de cette volonté, interprétées selon le principe dit de la confiance. On ne saurait non plus reprocher à François d'avoir exercé une double représentation derrière le dos de FISA. Selon le procès-verbal de la séance du 24 juin 1958, le conseil d'administration de FISA savait que François avait également reçu des pouvoirs du conseil d'administration de la Banque Romande. Il savait aussi que le conseil de ladite banque adhérait aux BGE 93 II 461 S. 484 décisions qu'il venait de prendre. Les administrateurs des deux établissements ont donc agi en plein accord les uns avec les autres et François n'était que l'auxiliaire qui, en sa qualité de double représentant, a exécuté leur volonté concordante. d) Il ressort du dossier de la faillite de FISA que Servien et Lozeron étaient également administrateurs de la Banque Romande; Lenoir a été fondé de pouvoir de cette banque du 31 janvier au 10 octobre 1958 (FOSC du 5 février 1958, p. 348, du 26 juin 1958, p. 1746 et du 15 octobre 1958, p. 2749). Pas plus que la double représentation opérée par François, le fait que les mêmes personnes physiques soient les organes des deux personnes morales qui passent un contrat ne suffit à provoquer la nullité de cet acte juridique. La double représentation par les organes inférieurs est parfois autorisée par l'organe supérieur. L'assemblée générale des actionnaires de FISA a peut-être autorisé la double représentation, fût-ce tacitement, ce qui s'expliquerait notamment si les actions de FISA appartenaient à la Banque Romande. Il est fréquent qu'une société qui en domine une autre charge le conseil d'administration de celle-ci, avec l'accord de son assemblée générale, d'accomplir comme double représentant un acte juridique qui transfère des biens de la société dominée à la société dominante. La masse en faillite de FISA aurait dû établir, dans le procès qui l'oppose à la Banque Romande, que Lozeron, Servien et Lenoir avaient pris les décisions du 24 juin 1958 comme doubles représentants, contre la volonté de l'assemblée générale des actionnaires. Elle n'en a pas apporté le moindre indice et ne l'a même pas allégué. Dès lors, ni les décisions du 24 juin 1958, ni la cession du 1er juillet 1958 faite en exécution de celles-ci, ne sauraient être frappées de nullité pour cause de double représentation. Au surplus, la masse en faillite de FISA et la Banque Romande qui lui dicte ses volontés abusent manifestement de leur droit en plaidant ce motif de nullité de la cession à la seule fin de se soustraire à l'exécution de la

sentence arbitrale, comme on le montrera plus loin à propos de l'action révocatoire...

## E. 9

Supposé que la cession du 1er juillet 1958 fût valable, la masse en faillite de FISA estime que l'acquisition par la Banque Romande du certificat d'actions de la Société foncière immobilière Dauphine et de la propriété de l'appartement de l'avenue Foch lui serait néanmoins inopposable. En effet, ce BGE 93 II 461 S. 485 n'est qu'après l'ouverture de la faillite de FISA que la Banque Romande a été inscrite comme actionnaire dans les registres de la Société foncière immobilière Dauphine et comme propriétaire de l'appartement au registre foncier. Or ces inscriptions auraient été opérées sans cause valable, du moment que les droits personnels que la convention du 1er juillet 1958 conférait à la Banque Romande contre FISA s'étaient transformés, à l'ouverture de la faillite, en une créance d'argent équivalente conformément à l'art. 211 LP. Le raisonnement de la recourante suppose que les droits d'actionnaire de FISA n'aient pas été transférés à la Banque Romande par la déclaration de cession du 1er juillet 1958, mais seulement par les actes d'exécution ultérieurs. Sans doute le droit français dispose-t-il que le titre nominatif est transmis à l'égard des tiers et de la personne morale émettrice, par un transfert sur les registres que la société tient à cet effet (cf. art. 1er du décret du 7 décembre 1955 relatif au régime des titres nominatifs, Recueil Dalloz, Législation, 1955 p. 514, et actuellement art. 265 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, op.cit., 1966 p. 279, ainsi que le décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, art. 204 ss., op.cit., 1967 p. 150). Mais la cession est régie par la loi suisse, qui n'exige pas l'inscription du transfert sur le registre de la société anonyme. Seuls les effets de la convention du 1er juillet 1958, notamment le point de savoir si les droits d'actionnaire étaient cessibles et si la cession était opposable à la Société foncière immobilière Dauphine, étaient éventuellement soumis au droit français. Tel serait le cas si l'on admettait avec JÄGGI (rem. prélim. 28-30 au titre XXXIII du CO), mais contre l'opinion de SCHNITZER (Handbuch des internationalen Privatrechts, 4e éd., tome II p. 659), que la jurisprudence selon laquelle la validité quant au fond de la cession de créance se détermine d'après la loi qui régit la créance (RO 61 II 245, 62 II 110, 74 II 87, 78 II 392), s'applique également aux transferts des droits incorporés dans les papiers-valeurs. Point n'est besoin de résoudre la question, du moment que les parties ne contestent pas que les droits d'actionnaire fussent cessibles et que la Société foncière immobilière Dauphine - dont l'attitude n'est d'ailleurs pas décisive - a reconnu le transfert. Au regard du droit suisse déterminant, la déclaration de cession du 1er juillet 1958 opérerait le transfert des droits d'actionnaire BGE 93 II 461 S. 486 par délégation de possession. La juridiction cantonale ne pouvait dès lors pas violer l'art. 211 LP. Le jour de l'ouverture de la faillite de FISA, la Banque Romande n'avait pas un droit personnel à la délivrance des droits d'actionnaire de la Société foncière immobilière Dauphine; elle avait acquis ces droits le 1er juillet 1958 déjà. Il en résulte également que la propriété de l'appartement ne lui a pas été attribuée sans cause valable lors de la liquidation de la Société foncière immobilière Dauphine. Au surplus, la masse en faillite de FISA n'a pas allégué ni établi qu'elle ait fait déclarer le jugement de faillite exécutoire en France ni qu'elle ait réclamé l'application de la faillite aux biens que FISA possédait en France, selon les art. 6 al. 2 et 16 de la Convention entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile du 15 juin 1869 (RS 12 p. 315 ss.; cf. RO 58 I 316 s. et les arrêts cités). Tant que cette application n'a pas été requise, le droit suisse de la faillite ne pouvait pas mettre obstacle à la libre disposition de FISA sur ses biens en France ni par conséquent à l'inscription de la Banque Romande sur le registre des actionnaires de la Société foncière immobilière Dauphine. La

cession du 1er juillet 1958 étant valable au regard du droit civil, il est superflu de rechercher si elle a été ratifiée par la masse en faillite de FISA, qui n'a pas inventorié les biens cédés à l'actif, argument que la Cour de justice invoque par surabondance à l'appui de sa décision.

## E. 10

La juridiction cantonale n'a pas examiné si la cession du 1er juillet 1958 pouvait faire l'objet d'une action révocatoire conformément aux art. 285 ss. LP. Elle a considéré qu'une pareille action serait prescrite en vertu de l'art. 292 LP depuis le 1er juillet 1963. La masse en faillite de FISA objecte que cette disposition légale ne devait pas être appliquée d'office et que la Banque Romande, qui serait défenderesse à l'action révocatoire, n'a pas invoqué la prescription, mais a déclaré s'en remettre à justice. a) Aux termes de l'art. 292 LP, l'action révocatoire se prescrit (dans le texte allemand: verjährt) par cinq ans à partir de l'acte vicieux. Mais on ne saurait se fonder uniquement sur le terme utilisé par le législateur pour dire qu'il s'agit d'une véritable prescription et non d'une péremption (RO 86 I 64 ss. et FAVRE, *Droit des poursuites*, 2e éd., p. 110). Du reste, la IIe BGE 93 II 461 S. 487 Cour civile du Tribunal fédéral a jugé dans l'arrêt Wertheimer du 8 juillet 1915 (RO 41 III 319 ss., consid. 2) que la disposition légale précitée instituait un délai de déchéance ou de péremption en ce sens qu'elle exclut l'action révocatoire si la faillite est déclarée plus de cinq ans après l'acte sujet à révocation; en revanche, si la faillite est ouverte avant l'expiration du délai de cinq ans, le laps de temps qui reste doit être considéré comme un délai de prescription et celle-ci peut être interrompue selon l'art. 135 CO. Dans un arrêt plus récent, rendu le 21 octobre 1965 en la cause Eggimann (RO 91 III 99 s., consid. 2), la IIe Cour civile ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si l'art. 292 LP instituait un délai de prescription ou de péremption, ou encore s'il revêtait un double caractère participant de l'un et de l'autre. La question est controversée en doctrine. Selon VON TUHR/SIEGWART, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 1944, tome II, p. 657, n. 27 et p. 661 n. 60, l'action révocatoire est soumise à un délai de prescription au sens propre. L'opinion exprimée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Wertheimer est partagée par GAUGLER, *Die paulianische Anfechtung*, 1944, tome I p. 193 ss., et par FRITZSCHE, *Schuldbetreibung und Konkurs*, 2e éd., 1968, tome II p. 292. Tout en concédant que le législateur a peut-être envisagé une péremption également pour le temps qui suit la naissance du droit à la restitution, BERZ, *Der paulianische Rückerstattungsanspruch*, thèse Zurich 1960, p. 82 n. 20, estime lui aussi qu'on évite des inconvénients sérieux en admettant un délai de prescription. La thèse selon laquelle l'art. 292 LP institue purement et simplement un délai de péremption a été adoptée par quelques décisions cantonales (BIZR 14 no 32; RJB 81 p. 402). Elle est soutenue par maints auteurs qui sont pour la plupart anciens: BLUMENSTEIN, *Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, 1911, p. 874; KELLER, in *Schweizerische Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht* 1914 p. 184; HANGARTNER, *Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht*, thèse Zurich 1929, p. 99; BRAND, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger*, thèse Berne 1902, p. 321; JAEGER, *Schuldbetreibung und Konkurs*, 1911, n. 2 ad art. 292 LP et FAVRE, *op.cit.*, p. 387. Les trois derniers auteurs cités admettent cependant que les règles du droit des obligations concernant la prescription s'appliquent par analogie. BGE 93 II 461 S. 488 Dans l'arrêt Wertheimer (RO 41 III 320), la IIe Cour civile a relevé que le délai de l'art. 292 LP qui, à partir de l'ouverture de la faillite, n'est plus un délai de péremption, mais de prescription, peut être interrompu conformément à l'art. 135 CO. S'il en est ainsi, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer également l'art. 142 CO, en vertu duquel le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription. JAEGER (loc. cit.) déclare

expressément que cette disposition légale est applicable par analogie. Et le Tribunal supérieur de Zurich a jugé que la prescription de l'action révocatoire ne devait être admise que sur exception du défendeur (BIZR 4 no 179 ou RSJ 2 p. 125 no 636). b) En l'espèce, le délai de l'art. 292 LP a expiré le 1er juillet 1963, cinq ans après la cession contestée. La masse en faillite de FISA n'allègue pas qu'elle ait interrompu la prescription après l'ouverture de la faillite. La Banque Romande s'est bien gardée d'invoquer la prescription. Elle a constamment déclaré qu'elle s'en remettait à justice quant au bien-fondé des conclusions prises contre elle par la masse en faillite de FISA. Sa passivité s'explique par son désir de faire entrer dans la masse en faillite l'appartement de l'avenue Foch qu'elle ne veut pas délivrer à Ferszt, alors qu'elle devrait le faire en exécution de la sentence arbitrale. Si abusive soit-elle, son abstention ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle invoque la prescription, mais laisse au tribunal le soin de dire si l'exception est fondée ou non. L'intimé Ferszt a certes invoqué la prescription devant les juridictions cantonales et il reprend ce moyen dans sa réponse au recours. Mais bien que les arbitres aient reconnu ses droits envers la Banque Romande, qui tendent au transfert de la propriété de l'appartement litigieux, il n'est pas défendeur à l'action révocatoire (cf. art. 290 LP). En effet, ce n'est pas lui, mais la Banque Romande qui a passé avec FISA la convention du 1er juillet 1958 qui, selon la recourante, serait sujette à révocation. Dès lors, si l'on s'en tient à la jurisprudence qui considère le délai de l'art. 292 LP comme un délai de prescription, pour la période postérieure à l'ouverture de la faillite, l'exception ne peut pas être retenue, du moment qu'elle n'a pas été invoquée par la Banque Romande, défenderesse à l'action révocatoire. c) On pourrait se demander, il est vrai, s'il ne conviendrait pas de modifier la jurisprudence - ce qui exigerait en vertu BGE 93 II 461 S. 489 de l'art. 16 OJ un échange de vues avec la IIe Cour civile - et de considérer le délai institué par l'art. 292 LP comme un délai de péremption, même après l'ouverture de la faillite. Il faudrait alors examiner si l'art. 207 LP est applicable par analogie. Cette disposition légale prévoit la suspension des procès civils intentés par le débiteur ou contre lui jusqu'au dixième jour qui suit la seconde assemblée des créanciers; elle précise que les délais de prescription et de péremption ne courent pas pendant les suspensions d'instance. A la vérité, l'analogie envisagée semble douteuse, car l'art. 207 LP vise les procès déjà pendants au moment de l'ouverture de la faillite, auxquels le débiteur est partie comme demandeur ou comme défendeur, et non pas les actions à intenter par le failli ou contre lui (SANDOZ, Des effets de la faillite sur les procès du débiteur, thèse Lausanne 1938, p. 47). De plus, lorsqu'il s'agit d'une prétention de la masse, que l'on doit faire valoir dans un certain délai, JAEGER (n. 16 ad art. 207 LP) estime que ce délai continue à courir nonobstant l'ouverture de la faillite; il appartiendra à l'office des faillites déjà, ou éventuellement à la première assemblée des créanciers, de veiller à ce que le délai soit interrompu (ou sauvegardé) par une ouverture d'action. Or, selon l'art. 285 ch. 2 LP, l'action révocatoire appartient à l'administration de la faillite ou aux créanciers individuellement dans les cas visés aux art. 260 et 269 al. 3 LP. Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer sur l'opinion de JAEGER. Supposé en effet que l'action révocatoire soit soumise à un délai de péremption et que ce délai soit suspendu en vertu de l'art. 207 LP appliqué par analogie, les circonstances de la cause ne permettraient pas de dire que l'action est périmée. L'acte contesté a été fait le 1er juillet 1958. La faillite de FISA a été ouverte le 8 octobre 1958. Il n'y a pas eu tout d'abord d'assemblée des créanciers, car le juge a ordonné le 19 mars 1959 que la faillite soit liquidée en la forme sommaire (art. 231 LP). Ce n'est que le 15 janvier 1965 que la Banque Romande a demandé que la faillite soit liquidée en la forme ordinaire (art. 231 al. 2 LP). L'assemblée des créanciers s'est tenue le

19 février 1965. L'action de la masse en faillite de FISA contre la Banque Romande a été ouverte par exploit du 24 août 1966. Pour que le délai de péremption de cinq ans fût expiré à cette date, il aurait fallu que sa suspension consécutive à l'ouverture de la faillite ait pris fin le 30 novembre 1961 au plus BGE 93 II 461 S. 490 tard: le délai aurait alors couru pendant trois mois et sept jours du 2 juillet au 8 octobre 1958 et pendant quatre ans, huit mois et vingt-trois jours du 1er décembre 1961 au 23 août 1966, ce qui fait cinq ans au total. Le 30 novembre 1961, la faillite était encore liquidée en la forme sommaire. En règle générale, il n'y a pas d'assemblée des créanciers dans ce mode de liquidation (cf. art. 96 litt. a OOF). JAEGER (n. 8 ad art. 207 LP) estime que les procès pendants sont alors suspendus - et que les délais de péremption et de prescription ne courent pas - jusqu'à ce que l'office des faillites ait pu se former une opinion et prendre une décision en ce qui concerne la reprise du procès, c'est-à-dire en tout cas jusqu'à l'expiration du délai fixé aux créanciers pour produire leurs créances (art. 231 al. 3 LP). S'agissant de procès non encore ouverts, il faudrait admettre que les délais de péremption ou de prescription ne courent pas jusqu'à ce que l'office des faillites ait pu se convaincre du bien-fondé ou du mal-fondé de la prétention. Mais la décision n'appartient pas seulement à l'office. Il importe aussi que les créanciers soient mis en mesure de se prononcer en connaissance de cause sur l'ouverture d'une action ou la reprise d'un procès pendant lors de la déclaration de faillite. C'est pourquoi, même en cas de liquidation sommaire, lorsque la masse comprend une prétention douteuse, notamment une action révocatoire, l'office convoquera une assemblée des créanciers ou consultera ceux-ci par circulaire afin de leur permettre de demander la cession du droit litigieux en vertu de l'art. 260 LP ou de charger l'office - le cas échéant en lui faisant une avance de frais - d'introduire une action au nom de la masse (JAEGER, n. 9 ad art. 231 LP, p. 175 de l'édition allemande, resp. p. 291 de l'édition française; n. 1 ad art. 242 LP, p. 208, resp. p. 325; n. 2 ad art. 260 LP, p. 257, resp. p. 378; SANDOZ, op.cit., p. 98; cf. RO 53 III 121 ss.; art. 49 et 96 litt. a OOF). En l'espèce, l'Office des faillites de Genève n'a pas convoqué une assemblée des créanciers ni adressé à ceux-ci une circulaire les invitant à décider s'ils voulaient que la masse intente à la Banque Romande une action révocatoire concernant la cession du 1er juillet 1958 ou, dans la négative, si l'un d'eux demandait la cession de cette prétention en vertu de l'art. 260 LP. La circulaire adressée par l'office aux créanciers le 3 juillet 1959 mentionne certes une prétention litigieuse contre la Banque BGE 93 II 461 S. 491 Romande, inventoriée sous no 32, mais il s'agit d'une réclamation de 3 000 000 fr. représentant des commissions perçues indûment et tous autres montants dus à titres divers (violation des dispositions du règlement de gestion, art. 41 ss. CO, 62 ss. CO), réclamation qui avait fait l'objet d'une autorisation de citer délivrée le 26 juin 1959. Cette prétention en paiement d'une somme d'argent ne saurait être confondue avec l'action révocatoire fondée sur les art. 285 ss. LP, visant la cession du 1er juillet 1958, qui tendait à faire réaliser au profit de la masse en faillite les valeurs acquises par l'acte contesté, à savoir les actions de la Société foncière immobilière Dauphine ou l'appartement de l'avenue Foch qui avait pris leur place. Du reste, les droits découlant des deux certificats d'actions de la Société foncière immobilière Dauphine du 17 juin 1957 et du 7 octobre 1960 et les droits sur l'appartement de l'avenue Foch ont été portés ensuite à l'inventaire sous nos 38 à 40. Cela confirme que l'office des faillites n'estimait pas que ces droits étaient compris dans la créance contre la Banque Romande inventoriée sous no 32. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de décider si le délai de cinq ans prévu à l'art. 292 LP doit être considéré comme un délai de péremption.

Au demeurant, il est sans importance que la prescription de l'action révocatoire ne puisse pas être relevée d'office. De toute manière, cette action doit être rejetée pour un autre motif. Il résulte en effet du dossier de la faillite que la décision de plaider l'action révocatoire a été prise uniquement par la Banque Romande, représentée par Me Hirsch, le délégué de son conseil d'administration François, représenté par Me Cottier et le directeur adjoint de l'établissement Tillmann. Ces trois personnes avaient déjà provoqué l'ouverture de l'action en revendication que Ferszt a intentée à la masse après le rejet de ses prétentions par l'administration de la faillite. La Banque Romande supporte tous les frais de la masse en faillite. Elle profiterait de la majeure partie du gain du procès, si l'issue en était favorable à la masse dont elle est de loin le principal créancier. En plaidant une action révocatoire contre elle-même par personne interposée, avec le concours de l'office des faillites, la Banque Romande cherche évidemment à échapper à l'obligation que lui fait la sentence arbitrale de délivrer à Ferszt la propriété de l'appartement de l'avenue Foch. Elle entend BGE 93 II 461 S. 492 faire réaliser ce bien par l'administration de la faillite de FISA au profit de la masse, c'est-à-dire principalement à son propre bénéfice. Elle tente d'obtenir, en soutenant une argumentation spécieuse, un prononcé judiciaire qui la mette dans l'impossibilité d'exécuter la sentence arbitrale à laquelle elle cherche à se soustraire par tous les moyens. C'est pourquoi elle se garde bien d'invoquer la prescription de l'action révocatoire qui dans la forme est exercée contre elle par la masse en faillite de FISA, mais dont elle est le seul instigateur. Une pareille attitude est en contradiction flagrante avec les règles de la bonne foi et apparaît d'autant plus condamnable qu'en sa qualité d'investment trustee, la Banque Romande devrait précisément sauvegarder les intérêts de Ferszt. En cherchant au contraire à lui nuire et en poursuivant uniquement son propre intérêt, elle commet une violation grossière de ses obligations contractuelles. Dès lors, l'action révocatoire de la masse en faillite de FISA, qui est en réalité un procès que la Banque Romande plaide contre elle-même, constitue un abus de droit manifeste au sens de l'art. 2 CC et ne peut qu'être rejetée... Dispositiv Par ces motifs, le Tribunal fédéral: Rejette le recours et confirme l'arrêt rendu le 7 mars 1967 par la Deuxième Chambre de la Cour de justice du canton de Genève.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.