

Sur l'interdiction du pacte comissoire, la vente simulée à titre de garantie et la fiducie

1. – La décision de l'Assemblée plénière confirme textuellement la précédente du même collège 1611/89⁽¹⁾. Le cas jugé est linéaire et n'offre pas de particularité sur les faits permettant quelque réserve sur la non ambiguïté et l'étendue du *dictum*, comme Mariconda a difficilement dû l'exprimer pour l'autre arrêt⁽²⁾.

L'Assemblée plénière confirme ici la récente orientation commencée

Du «*Il Foro italiano*», 1990, I, p. 205 et suivantes et de «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

Cet écrit commente la décision suivante :

COUR DE CASSATION, Assemblée plénière, 21.4.1989, n° 1907 ;Prés.Brancaccio, Est.Meriggiola, P.M. Amatucci E. (concl. conf.) ;Castiglione c/ Leotta : «*Sont nulles parce qu'interdites par l'art. 2744 du CC, aussi bien les ventes à titre de garantie dans lesquelles le bien est transféré définitivement dans la propriété du créancier en cas de défaut de restitution de la somme empruntée, que les ventes dans lesquelles le bien est, au contraire, transféré immédiatement, mais avec une clause résolutoire si où le vendeur restitue avant une certaine date à l'acquéreur le montant convenu (dans le cas où l'acquéreur est le créancier et le montant a été préalablement versé, à titre de prêt). Dans les ventes à titre de garantie, cette dernière intervient en raison du contrat, car le transfert de propriété trouve sa justification objective en tant que but de la garantie et le versement de l'argent ne constitue pas le paiement du prix, mais l'exécution d'un emprunt. Le transfert du bien n'entraîne pas l'attribution à l'acheteur, mais la constitution d'une position de garantie incontestablement provisoire nonobstant les apparences. Le caractère provisoire constitue un élément révélateur de la cause de garantie et donc de la diversité entre la cause typique de l'acte et la détermination causale des parties. La vente en soi licite et non purement formelle revêt la forme d'un contrat en fraude de la loi (art. 1344 du CC) ».*

(1) Dans *Foro it.*, 1989, I, p. 1428, avec notes jointes de V.MARICONDA et F. REAL MONTE.

(2) Dans *Foro it.*, 1989, I, p. 1429.

avec la décision n° 3800/83 et suivi par d'autres ⁽³⁾ et qui ont dépassé le *revirement* isolé de la décision 7385/86 ⁽⁴⁾. Elles concluent par ailleurs une longue controverse dans le sens qu'elles estiment l'interprétation extensive de l'art. 2744 du CC comme étant obligatoire parce qu'il ne s'agit pas d'une règle exceptionnelle mais, au contraire, elle exprime même «un principe commun à de nombreuses institutions».

Au cas présent, la prononciation de la décision porte une attention particulière aux dispositions commissaires qui reviennent à propos des garanties dites «occultes», que sont les ventes à titre de garantie. Elle confirme, sans équivoque, que l'interdiction du pacte commissaire comprend aussi bien toutes les ventes à titre de garantie, sous condition suspensive, que celles sous condition résolutoire (comme les ventes avec pacte de rachat, de reventes, de rétrocession).

La diversité des deux hypothèses 'actes, comme celles de leurs conditions respectives, est justement considérée plus apparente que réelle. Dans le premier cas, en effet, la vente (et donc l'achat) devient définitive faute de restitution du prêt ; dans l'autre, l'achat (et donc la vente) le devient faute de restitution du prix de rachat (qui n'est rien d'autre que le même montant emprunté).

L'Assemblée plénière l'a bien compris lorsqu'elle souligne que les deux hypothèses sont en fait «l'expression d'une même réalité».

L'élément commun à ces dernières est, en effet, constitué par leur fonction qui est de garantir la créance jusqu'à son extinction, qui se vérifiera alternativement avec la *solutio*, ou la cession prévue et définitive du bien en garantie.

La décision affirme correctement que les deux hypothèses sont «dominées par l'intention fondamentale de garantie» et que dans les deux «le but poursuivi n'est pas différent». En partant de ce préambule, la Cour souligne que dans ces cas, il y a «une divergence consciente entre le but pratique de garantie, voulu par les parties, et la cause typique de la vente» et ainsi cette dernière doit, en tant que telle, être considérée comme étant simulée. Nous avons ici une réponse correcte et pertinente au long différend sur le fait de savoir si

(3) Dans *Foro it.*, 1984, I, p. 212, avec une note de MACARIO ; dans *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1648, avec une note de DANUSSO ; dans *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2953, avec une note d'AZZARITI ; dans *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 97, avec une note de Rocco. Cette orientation a été confirmée par Cass. 7271/83, *Foro it.*, 1984, I, p. 426 ; 3784/87, *id.*, Rep. 1988, rubrique *Patto commissorio*, n° 4 ; 46/88, *id.*, 1988, I, p. 387.

(4) Dans *Foro it.*, 1987, I, p. 799.

la vente sous condition résolutoire (à titre de garantie) doit être considérée comme étant simulée (et la simulation est par conséquent considérée admissible) ou, au contraire, si elle est plutôt vraie et réelle et de type fiduciaire.

Si on devait d'aventure rester attaché à l'aspect opposé de la fiducie, les déclarations en *obiter* de la décision imposeraient, en tout état de cause, des conclusions radicalement nouvelles sur la façon de le comprendre. En parcourant les motivations de la présente décision, on remarque que ce qui bouleverse les fondements, et doit être jugé totalement inacceptable, est le schéma inspiré du Droit romain de la fiducie *cum creditore*, accueilli jusqu' alors ⁽⁵⁾.

Il s'agit du passage de la décision qui qualifie «le transfert de causal et non d'abstrait». La «cause» a été – comme il a été dit correctement déterminée «dans le pacte interne de garantie, voulu par les parties» et non dans la *fiduciae causa*, considérée de manière abstraite, qui portait à dévaloriser le pacte interne au niveau d'un simple motif ⁽⁶⁾. La même propriété, dont on suppose le transfert, est ici interprétée comme «provisoire» et non «pleine et définitive», comme il a toujours été précédemment soutenu. Dans tous les cas, même un acte de type fiduciaire est considéré, par l'Assemblée plénière, comme totalement illicite et nul, sous l'aspect de la fraude à la loi de l'art. 1344 du CC ⁽⁷⁾.

2. – Commençons à voir, de façon plus détaillée, quel est le phénomène envisagé dans l'interdiction du pacte commissoire.

Le pacte commissoire peut se définir comme «l'accord par lequel le débiteur destine un bien en garantie comme propriété définitive de son créancier pour satisfaire par compensation (totale ou partielle) sa dette en cas d'inexécution,

(5) G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, Milan, 1948, p. 1-32, 52- 101, 105-120 ; C. GRASSETTI, dans *Riv. dir. comm.*, 1936, I, p. 345 ; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milan, 1964, p. 334 et suivantes ; R. NITTI, *Negozio fiduciario*, article du *Novissimo digesto*, Turin, 1965, XI, p. 202 ; V. M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, article de l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, 1978, XXVIII, p. 32 ; G. PUGLIESE, dans *Giur. Cass. civ.*, 1945, II, p. 156 ; ainsi que *id.*, 1946, I, p. 87 et dans *Riv. dir. civ.*, 1955, II, p. 1064. Dans le sens de la fiducie allemande : A. DE MARTINI, dans *Giur. it.*, 1946, I, 1, p. 321 ; U. CARNEVALI, dans *Dizionario del diritto privato*, Milan, 1980, p. 455 et suivantes, et bibliographie citée ici. Dans un sens critique, en général : S. PUGLIATTI, dans *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 298 et suivantes ; M. BIANCA, *II divieto di patto commissorio*, Milan, 1957, p. 298.

(6) GRASSETTI, *op. cit.*, p. 348, 353, 358-362, 363-372, 375-377.

(7) Dans ce sens, également G. PUGLIESE, dans *Giur. Cass. civ.*, 1946, I, p. 87 et suivantes.

sans aucune prévision d'évaluation sur sa valeur, sur la base de celles en cours à ce moment-là». Elle peut concerner une dette contractée simultanément à la stipulation (*in continenti*) ou contractée précédemment (*ex intervallo*). Cela se produit souvent dans l'hypothèse où la dette née précédemment a été prorogée ⁽⁸⁾.

Le pacte comissoire concerne nécessairement, comme il a été dit, le bien constitué en garantie de la créance, et non n'importe quel autre bien du patrimoine du débiteur. La disposition comissoire a, par conséquent, sur le plan dogmatique, un caractère accessoire par rapport à la contrainte de garantie et, en définitive, par rapport à l'acte qui l'a fait naître. Ceci apparaît de toute évidence dans le cas où le bien est donné en gage, hypothéqué, ou en antichrèse (garanties dites manifestes). La distinction conceptuelle est, au contraire, beaucoup moins perceptible dans les garanties dites occultes, comme la vente à titre de garantie, considérée dans cette décision ⁽⁹⁾.

Il faut dire, à ce sujet, qu'en général «la vente à titre de garantie» n'est pas manifeste et, à plus forte raison, la disposition comissoire est occultée. L'acte apparent est habituellement représenté par une vente pure et simple d'un bien, du débiteur au créancier. Ce sera le cadre des circonstances concrètes dans lesquelles se situe la vente comme les accords internes intervenus et les documents rassemblés par les parties, qui révéleront si la vente pure et simple a un caractère simulatoire et dissimule en-dessous un rôle de garantie avec la disposition comissoire y afférente. Ceci apparaît de façon évidente lorsque les parties considèrent la dette en cours postérieurement à la vente et à l'hypothétique compensation avec le prix présumé et qu'elles calculent, en outre, les intérêts ultérieurs.

La distinction entre un acte de garantie et un pacte comissoire est, cependant, admissible en théorie sur le plan dogmatique dans l'hypothèse d'une garantie occulte lorsque l'on suppose deux actes dans un contexte unique et non pas un seul acte.

Le caractère illicite (et pas simplement nul) du caractère comissoire entraîne également entre les parties la plus grande liberté de preuve aussi bien orale que présomptive, selon les termes de l'art. 1417 du CC. Le discours con-

(8) M. BIANCA, dans *Foro pad.*, 1958, I, p. 457, également *id.*, 1961, I, p. 49, et dans *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 117 et suivantes. (v. également *Il divieto*, cit., p. 79 et suivantes).

(9) Parmi tant d'autres : BIANCA, *op. ult. cit.* p. 114 et suivantes.

cerné comme cela résulte de cette décision, aussi bien les pactes commissaires sous condition suspensive que ceux sous condition résolutoire. On pourra, en particulier, penser que la vente avec pacte de rachat revêt un caractère simulé et que se cache derrière elle un emprunt avec pacte commissaire. Les caractéristiques fondamentales des dispositions commissaires sont en définitive constituées :

A) par le fait que le bien destiné à satisfaire la dette est celui précis donné en garantie (et pas n'importe quel bien du patrimoine du débiteur),

B) par le fait que cette cession intervient sans la garantie d'une évaluation juste du bien au moment où il entre définitivement dans le patrimoine du créancier ⁽¹⁰⁾,

C) par, enfin, le fait que le créancier n'acquiert pas le bien en concurrence avec d'autres acquéreurs potentiels (comme cela se produit théoriquement même dans les ventes aux enchères).

Ces circonstances mettent en évidence le danger que le créancier peut s'enrichir aux dépens du débiteur et justifient l'intérêt social. On comprend, par ailleurs, pourquoi on considère depuis toujours le pacte «marciano» illicite (avec l'estimation connexe du bien) ⁽¹¹⁾ et enfin, pourquoi le pacte commissaire est considéré comme nul avec effet obligatoire et son épilogue conclusif ⁽¹²⁾.

3. – Analysons maintenant le problème de principe de savoir quelle interprétation est préférable, problème résolu par la présente décision en faveur d'une interprétation extensive.

La question s'est posée, pour le Code précédent, à propos de l'extension de l'interdiction du pacte commissaire du gage à l'hypothèque, (qui n'était pas comprise). La doctrine dominante ⁽¹³⁾ et la jurisprudence la plus ancienne des Cours de Cassation régionales ⁽¹⁴⁾ penchaient pour

(10) L'intervention de Gianquinto est importante à cet égard, lors de la séance du 4 juillet 1940, sur les art. 690 et 691 du projet préliminaire au Code Civil.

(11) U. CARNEVALI, *Patto commissario*, article de *l'Enciclopedia del diritto*, Milan, 1982, XXXII, p. 501 et suivantes ; BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 202 et suivantes.

(12) Parmi tant d'autres : BIANCA, *op. cit.*, p. 177 et suivantes.

(13) G.P. CHIRONI, dans la *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 708 ; E. ALBERTARIO, *id.*, 1924, II, p. 233 ; E. BETTI, *id.*, 1931, II, p. 688.

(14) Parmi tant d'autres : Cass. Rome, 15 mai 1914, *Foro it.*, Rep. 1914, rubrique *Mutuo*, n° 3 ; Cass. Naples, 23 février 1911, *id.*, Rep. 1911, rubrique cit., n° 6.

une interprétation extensive. Après la décision de l'Assemblée plénière du 28 juillet 1923 ⁽¹⁵⁾, la Cour suprême et Brugi ⁽¹⁶⁾ ont soutenu, au contraire, le parti restrictif, sur la base du prétendu caractère exceptionnel et de l'interdiction d'analogie déductible de l'art. 4 des prélois de l'époque. Cette discussion s'est de nouveau posée avec le nouveau Code (qui a étendu l'interdiction à l'hypothèque et au pacte *ex intervallo*) à propos de la vente à titre de garantie. La thèse restrictive, adoptée par la jurisprudence moins récente, étendait l'interdiction jusqu'à comprendre la vente à titre de garantie sous condition suspensive, mais l'excluait pour celle sous condition résolutoire ⁽¹⁷⁾. La nouvelle orientation, suite à la décision de légitimité 3800/83, et la doctrine dominante ⁽¹⁸⁾ se sont, au contraire, déclarées, par principe, favorables à l'interprétation extensive.

Aujourd'hui l'Assemblée plénière met fin au différend sur ce point, en affirmant fermement que l'interprétation littérale doit être totalement abandonnée et qu'elle n'a aucun fondement.

La motivation semble tout à fait correcte. En effet, l'orientation restrictive, dont nous avons parlé, est contradictoire. L'interprétation restrictive pouvait avoir un sens si l'interdiction était limitée aux seules hypothèses de gage, d'hypothèque et d'antichrèse, selon les dispositions des art. 1963 et 2744 du CC. Celle qui est incohérente est l'opinion qui étend l'interdiction au cas non prévu de la vente à titre de garantie sous condition suspensive (pratiquant ainsi une interprétation extensive), alors qu'elle recourt à la restrictive pour exclure la vente sous condition résolutoire.

Il y a ici deux poids et deux mesures totalement injustifiés. L'Assemblée plénière continue d'identifier le *ratio* de l'interdiction dans la double exigence de protéger la partie économiquement plus faible face à la possibilité «d'une contrainte morale du créancier» et de

(15) Dans *Foro it.*, 1923, I, p. 935, et dans *Riv. dir. comm.*, 1924, II, 233, avec une note d'ALBERTARIO.

(16) Dans *Riv. dir. comm.*, 1929, II, p. 46.

(17) Parmi tant d'autres : Cass. 6005/82, *Foro it.*, Rep. 1982, rubrique *Patto commissorio*, n° 3 ; 2854/80, *id.*, Rep. e 1980, rubrique cit., n° 2 ; 1390/73, *id.*, Rep. 1973, rubrique *Vendita*, n° 80.

(18) F. CARNELUTTI, dans *Riv. dir. proc.* 1946, II, p. 156 ; BIANCA, *op. loc. cit.* ; G. STOLFI, dans *Foro pad.*, 1957, I, p. 767 ; DALMAZZO, dans *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 80 ; ANDRIOLI, dans *Commentario Scialoja-Branca*, Bologne-Rome, 1955, sous l'art. 2744 ; et, en général, les commentateurs Cass. 3800/83, cité

protéger l'attente de la *par condicio* des autres créanciers ⁽¹⁹⁾. Dans le passé, cette formulation n'a pas été retenue totalement satisfaisante par certains auteurs ⁽²⁰⁾. En réalité, l'admissibilité du pacte «marciano» montre comment notre ordre se préoccupe, dans un sens très relatif, de protéger, ici, la *par condicio* ⁽²¹⁾. La recherche de la *ratio* doit être ultérieurement approfondie. En particulier, le problème se pose d'identifier quelle *ratio*, dont les conséquences ultimes ne se résolvent pas en niant la liberté du débiteur et du créancier à donner et à recevoir une chose différente de celle due, selon les termes de l'art. 1197 du CC et qui soit, au contraire, conciliable avec cette règle. Il s'agit ici d'accueillir le rapport différentiel entre *cessio in solutum*, valable en soi, et le pacte commissoire, au contraire, non valable.

Le discours mérite d'être développé.

Il a été observé plus haut que la cession commissoire concerne uniquement la destination, pour la satisfaction de la créance, du bien lié à sa garantie et non de n'importe quel autre bien du patrimoine du créancier. Dans le cas présent, la condition qui est grevée sur le bien limite de fait la possibilité de l'aliéner à des tiers, à un prix supérieur, car ces derniers sont méfiants et démotivés pour participer à l'achat, de telle manière que ce bien semble destiné dès le départ à avoir, comme inévitable acquéreur et «à ses conditions», le seul créancier.

Dans ces conditions, notre système se préoccupe de préserver au débiteur jusqu'au moment où il disposera du bien (éventuellement aussi en faveur du créancier) les opportunités et les *chances* de vendre ce bien alternativement à des tiers intéressés à son achat. Notre législateur n'exclut donc pas que le débiteur puisse céder ce même bien au créancier au sens de l'art. 1197, mais il interdit qu'il puisse s'engager par avance dans ce sens ou qu'il le lui cède, même à titre éventuel, car cela équivaldrait à le priver de sa liberté contractuelle. La liberté est ici comprise dans le sens concret d'accomplir des choix alternatifs et non de manière abstraite.

La *ratio* de l'interdiction peut en définitive se formuler ainsi : la cession

(19) F. CARNELUTTI, dans *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 887 et suivantes.

(20) Il a été correctement observé qu'aux fins du pacte commissoire, il importe peu que la valeur du bien soit supérieure à l'emprunt et que concrètement, il y ait un profit du créancier aux dépens du débiteur, qui pourrait recourir au remède de l'art. 1448 du CC.

(21) Le pacte «marciano» légitime la satisfaction préférentielle du créancier au détriment de la *par condicio*.

du bien en garantie au créancier doit être l'expression non équivoque d'une libre volonté et jusqu'au dernier moment, le débiteur ne doit pas être privé de la possibilité de vendre ce bien à des tiers. Le créancier peut, sur le principe, être cessionnaire, exclusivement sur la base d'une estimation.

La motivation de l'Assemblée plénière, à cet égard, est très subtile et a fait mouche lorsqu'elle justifie la protection législative avec l'exigence d'éviter que le propriétaire-débiteur ne soit «privé de la liberté de contracter». Dans ce sens, l'interdiction se pose en tant que confirmation et protection de la liberté contractuelle de la propriété même.

La motivation de l'Assemblée plénière est également perspicace lorsqu'elle retient le principe «commun à de nombreuses institutions». En règle générale il ressort, en effet, de notre système une défaveur au détriment de l'attribution en faisant abstraction de l'estimation du bien. Ainsi, l'art. 2798 du CC prévoit l'assignation du bien en gage au créancier exclusivement «selon une estimation faite par un expert et selon le prix courant, si la chose a un prix de marché ».

Ainsi, dans l'exécution forcée, l'assignation du bien gagé n'est admise qu'uniquement après l'absence d'adjudication lors de la première vente aux enchères et toujours à une valeur minimum liée à celle de base de la vente, bien que la nouvelle enchère se tiendra quelle que soit l'offre (art. 506, 538, alinéa 2, 536, alinéa 2, du Code de Procédure Civile). De même, l'attribution d'un bien immobilier n'est envisagée qu'après l'issue négative de la vente et à un prix lié à celui de l'estimation (art. 588 et 589 du Code de Procédure Civile). Va, en particulier, dans le même sens, la réglementation de la cession des biens aux créanciers. Elle est envisagée, selon nous, uniquement comme cession *pro solvendo* et non *pro soluto*, où les créanciers sont titulaires de pouvoirs d'administration et de liquidation (art. 1977-89 du CC) sous le contrôle du débiteur, à qui revient, en tout état de cause, un éventuel reste d'actif (art. 1982-83 du CC). Le droit d'exproprier les biens cédés continue d'appartenir aux autres créanciers antérieurs. Pour conclure, sur ce point, on comprendra que notre ordre interdit tout pacte ou acte visant à destiner préalablement le bien, objet de la garantie, à l'éventuelle satisfaction du créancier, parce qu'il entend protéger la liberté résiduelle du propriétaire débiteur d'en disposer. On relèvera, par ailleurs, à quel point la circonstance que cette disposition soit soumise à une condition suspensive plutôt que résolutoire est totalement sans importance.

4. – Il faut reconnaître dans le contexte décrit plus haut, que la vente à titre de garantie est une hypothèse extrêmement significative de disposition commissaire interdite. Elle soustrait, en effet, le bien au pouvoir de disposition du propriétaire-débiteur, en en faisant dans une sorte de gage non technique du créancier et, en même temps, elle le destine, de façon anticipée, à la satisfaction de sa créance. À cet égard, le fait que la disposition soit subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire a peu d'importance. Sous un certain angle, cette dernière hypothèse rentre à plus d'un titre dans l'interdiction, parce qu'ici la liberté résiduelle du débiteur de disposer du bien est encore inférieure à l'autre et le bien est «immédiatement» considéré propriété du créancier et destiné à satisfaire éventuellement son droit à la créance. Dans cet ordre d'idées, peu importe – comme nous l'avons dit au début – que l'aliénation commissaire soit envisagée sur un plan dogmatique comme une fiducie «*fiducia cum creditore*», au lieu que comme un contrat innommé interdit. On ne peut pas déduire de l'éventuelle qualification fiduciaire (comprise dans le sens du Droit romain plutôt qu'allemand et vice versa) ⁽²²⁾ une quelconque justification de validité d'un acte en tout état de cause illicite selon les termes de l'art. 1344 du CC. Dans ce sens, la recherche de savoir si la vente avec pacte de rachat à titre de garantie cache en réalité une disposition commissaire interdite sous condition suspensive n'a pas de valeur ⁽²³⁾. Les deux hypothèses sont interdites. Elles ont, du reste, en commun «l'absence de prix», le «but de garantie», alors que la propriété définitive est acquise par le créancier uniquement après le défaut de restitution du montant versé en son temps.

L'Assemblée plénière affirme correctement que dans ce type de contrat «le versement ne constitue pas le paiement du prix, mais l'exécution d'un emprunt, alors que le transfert du bien est l'acte constitutif d'une garantie indéniablement provisoire et susceptible d'évoluer, selon que le débiteur acquitte ou ne restitue pas la somme reçue».

(22) PUGLIESE, dans *Giul. Cass. civ.*, 1946, II, p. 87 et suivantes.

(23) BIANCA, dans *Foro pad.*, 1958, I, p. 456.

Sous un autre angle, les décisions de la Cour Suprême offrent à l'interprète un élément diagnostic clair pour distinguer la disposition commissaire sous condition résolutoire, interdite par la loi, de la vente avec pacte de rachat, licite en soi et valable selon l'art. 1500 et suivants du CC. Il s'agit ici de savoir si la vente avec pacte de rachat a, ou pas, un but de garantie car, dans ce cas, il faudra conclure au caractère commissaire de l'acte et donc à son illégalité.

5. – Le moment est venu d'offrir une contribution à l'approfondissement de la problématique complexe qui s'est développée dans le passé autour de la vente à titre de garantie.

Le fait que cet acte, en tout état de cause qualifié sur le plan dogmatique, soit retenu par l'Assemblée plénière dans tous les cas toujours illicite et nul, ôte pratiquement toute sa valeur à la querelle. Quelle importance peut avoir une classification théorique différente pour un acte de toute façon illicite ?

Voyons, cependant, pour l'exhaustivité du discours, de quoi il s'agit. La vente à titre de garantie est réalisable par l'utilisation d'un acte simulé de vente afin de réaliser, dans l'immédiat, une fonction de garantie puis, à la vérification de l'inexécution, une cession définitive.

Commençons à examiner la signification à attribuer à cette expression de «garantie». Il faut avant tout, exclure que le créancier acquiert avec cette «garantie», un droit de préemption par rapport aux autres créanciers, qui continueront à pouvoir agir de manière exécutive sur ce bien en raison de leur propre droit et de leur propre préemption. Le créancier n'a donc aucun droit réel de garantie ou de préemption, dans l'acception commune à l'égard des tiers. En soi, cette garantie n'attribue même pas au créancier le pouvoir d'aliéner le bien, et encore moins de se satisfaire dessus, sinon en vertu de la présentation d'un mandat spécifique, avec obligation de rendre des comptes⁽²⁴⁾. La préemption dont le créancier pourra jouir à l'égard des tiers relève du simple fait, dans la limite où ces derniers échangeront la propriété apparente par une propriété réelle et s'abstiendront de le saisir *in executivis*.

(24) L'absence d'obligation de compte rendu le transformerait en pacte commissaire.

Cela dépend en grande partie – cela a été souligné à l'époque ⁽²⁵⁾ – de la discrétion des parties au sujet de cette apparence. Dans ce sens, on parle correctement de «garantie occulte».

La garantie prévue dans notre cas, en faveur du créancier, s'adresse substantiellement au débiteur propriétaire, à qui on veut empêcher de disposer du bien, en le soustrayant ainsi au droit de gage (dans un sens non technique) de chaque créancier sur chaque bien du débiteur, c'est-à-dire à une garantie générique liée à la responsabilité illimitée de l'art. 2740 du CC. On veut soustraire ce bien au pouvoir du propriétaire débiteur d'en disposer aux dépens du créancier ou, tout au moins, d'en rendre sa réalisation extrêmement difficile.

Le mot garantie, en définitive, comme cela a déjà été souligné à l'époque ⁽²⁶⁾, est ici employé, comme «garantie au sens économique ou préjuridique du terme», et plus exactement dans une «mesure conservatoire».

Cela fait penser à une forme anormale de saisie conventionnelle de type conservatoire, plutôt que judiciaire, selon les termes des art. 1798 et suivants du CC. ⁽²⁷⁾. Cet acte ne doit pas être considéré, en soi, comme étant interdit tant qu'il se limite à prévoir la naissance d'une obligation conservatoire et ne prévoit pas la cession de la propriété du bien au créancier, dans laquelle la disposition commissaire se concrétise.

Cet acte ne semble, cependant, pas admissible dans notre ordre, car il ne prévoit pas la garde du bien par le créancier, mais uniquement par un tiers selon l'art. 1798 du CC.

La mise en place d'une obligation de garantie de ce genre (dans le sens de conservation) peut se faire de manière abstraite, en mettant le bien au nom du créancier et plus au nom du débiteur. C'est le cas de la fiducie allemande ⁽²⁸⁾, assortie d'un mandat également dans l'intérêt du créancier et, par conséquent, irrévocable selon les termes de l'art. 1723, alinéa 2 du CC ou, plus généralement, d'un accord de rétention *lato sensu* ⁽²⁹⁾.

(25) BIANCA, *Il divieto*, cit., p. 114 et suivantes, p. 243 et suivantes.

(26) PUGLIATTI, *op. cit.* p. 306 et suivantes.

(27) NICOLETTI, dans *Giust. civ.*, 1969, I, p. 1226 ; Cass. 3252/57, *Foro it.*, Rep. 1957, rubrique *Sequestro*, n° 79.

(28) Ceci est praticable dans le cas d'attributions fiduciaires et de participations sociétaires.

(29) BETTI, *op. cit.*, p. 705, fait allusion à une rétention conventionnelle en général. Elle est considérée comme illégale par opposition au pacte commissaire, à tort, selon moi, par W.D'AVANZO, *Ritenzione*, rubrique du *Novissimo digesto*, Turin, 1969, XVI, p. 68, 172 et suivantes.

Le transfert sur le bien du seul nom (ou propriété formelle) du débiteur à celui du créancier à l'égard des tiers est admis par notre ordre uniquement pour les titres, les parts de sociétés et les titres de créances selon les lois du 23 novembre 1939, n° 1966 et du 13 avril 1987, n° 148 sur les sociétés fiduciaires. Dans ce cas, la propriété économique ou substantielle ⁽³⁰⁾ reste au débiteur. Le transfert de la simple légitimation formelle du débiteur au créancier des titres indiqués plus haut peut revêtir une fonction de garantie pure et simple. Dans ce cas, il ne rentre pas en tant que tel, dans le cadre de l'interdiction du pacte commissaire, à condition que son utilisation se limite à cette fonction de garantie et ne s'étende pas à la cession de la propriété économique ou substantielle du bien.

Lorsque, au contraire, cette dernière éventualité se vérifie, on se trouvera face à une situation différente, c'est-à-dire une attribution à titre de garantie et la cession définitive, c'est-à-dire un pacte commissaire. Pour les titres dont nous avons parlé, cela se produit lorsque l'endossement ou le *transfert* ne sera pas simplement effectué sur le registre des associés, mais lorsque la pleine propriété sera transférée (c'est-à-dire également d'un point de vue économique) par un avis de vente du débiteur au créancier pour solde de la créance. Cet acte est un pacte commissaire interdit, identique à toute autre hypothèse de vente à titre de garantie dont nous allons parler maintenant.

6. – Ce qui n'est pas réalisable dans notre ordre juridique est l'attribution fiduciaire d'un bien immeuble du débiteur au créancier à titre de garantie.

A plus forte raison, Cela ne peut pas, se vérifier à travers un acte qui réalise une *fiducia cum creditore*, dans le sens du Droit romain ⁽³¹⁾. Le moins que l'on puisse dire est que ces cessions fiduciaires ne peuvent se transcrire sur les biens immeubles parce qu'elles sont en dehors du *numerus clausus* des hypothèses

 (30) CARNEVALI, *op. loc. cit.* „CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padoue, 1933, p. 85. La distinction est habituelle dans la jurisprudence allemande et suisse où l'acte est assujéti aux règles du mandat et où les comptes fiduciaires ne sont pas reportés dans le bilan.

(31) Selon une recherche effectuée, il n'existe pas de trace de transcriptions des transactions fiduciaires ou des décisions à ce sujet dans les registres immobiliers. Celles qui sont théoriquement favorables à leur admissibilité n'encouragent pas à en soutenir la transcription.

de l'art. 2643 du CC.⁽³²⁾ et aussi de celles identifiables par l'effet analogue sur la base de l'art. 2645 du CC⁽³³⁾.

Ne pouvant être transcrites, les deux ne peuvent pas, en définitive, fournir le changement du nom de l'immeuble du propriétaire débiteur au nom du créancier. Elles ne peuvent pas, par conséquent, avoir une fonction de garantie, même dans le sens conservatoire indiqué ci-dessus.

Elles sont encore moins transcripibles dans leur essence de transactions dissimulées. Par le passé, la vente sous condition résolutoire (avec pacte de rachat, de revente ou de rétrocession) à titre de garantie était considérée comme un cas de cession fiduciaire de Droit romain. Sous cet angle, l'accent a été mis sur la disproportion du moyen par rapport au but, sur le fait qu'elle serait vraie et réelle et non susceptible d'être simulée, ce qui donnerait lieu à un contrat innommé de cause abstraite (*fiduciae causa*) dans lequel le pacte interne constituerait un simple motif, substantiellement privé d'importance⁽³⁴⁾. Cette qualification dogmatique n'est, selon moi, pas acceptable et la fiducie de Droit romain ne semble pas admise dans notre système.

Le discours ci-dessus se résume, du reste, dans une pétition de principe, là où l'on part du préambule non démontré qu'il s'agirait d'une vente avec pacte de rachat effective et non simulée et que, de plus, elle serait valable parce qu'elle réaliserait une fiducie de Droit romain, admise dans notre système.

En réalité, l'opinion selon laquelle la simulation s'oppose à la vente avec pacte de rachat doit être réfutée, parce n'importe quel acte peut être simulé⁽³⁵⁾. Il faut donc, en d'autres termes, enquêter pour savoir si,

(32) Dans ce sens, parmi tant d'autres, PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 302 et suivantes.

(33) G. MARICONDA, *La trascrizione*, dans *Trattato* d'après RESCIGNO, 19, Turin, 1986, p. 100 et suivantes.

(34) Dans ce sens et pour l'admission de l'acte fiduciaire, avec les caractéristiques indiquées, dans notre ordre : Cass. 5663/88 *Foro it.*, 1989, I, p. 101 ; 560/85, *id.*, Rep. 1987, rubrique *Contratto in genere*, n° 295 ; 6423/84, *id.*, Rep. 1985, rubrique *Simulazione civile*, n° 8. Pour l'exécution spécifique du *pactum fiduciae*, c'est la Cass. Ass. plén., 6478/84, *id.*, 1985, I, p. 2325, avec une note de MAZZIA. On ne partage cette orientation sans fondements législatifs et – à mon avis – dépassée par la décision examinée.

(35) À l'opposé, on peut s'exposer à une erreur là où l'on assimile le *lease-back* en tant qu'équivalent du pacte commissaire. Ici, en effet, l'estimation du bien acquis, le domaine professionnel dans lequel exerce les sociétés de leasing et l'absence d'une *causa credendi* n'autorisent pas la généralisation

les parties dans leurs rapports réciproques, les parties n'ont voulu ni acheter ni vendre, mais uniquement se garantir. Un accord à deux, du reste, ne peut s'orienter vers une interposition réelle, mais uniquement vers une interposition fictive. Il faut, de toute évidence, exclure le fait qu'un acte simulé puisse produire les mêmes effets qui naîtraient si celui-ci était vrai et réel. C'est à ce résultat contradictoire qu'aboutit, au contraire, l'opinion qui l'encadre dans le domaine de la fiducie du Droit romain. Il faut donc admettre, au contraire, avec cohérence, que le vendeur simulé peut revendiquer le bien, ses créanciers peuvent l'exproprier, son éventuelle masse de faillite peut l'acheter sous peine de banqueroute frauduleuse (art. 216, alinéa 1, n° 1, et alinéa 3, Loi sur la faillite).

La décision de l'Assemblée plénière montre à ce sujet qu'elle va dans ce sens lorsqu'elle observe que dans la vente avec pacte de rachat, à titre de garantie, il y a une divergence consciente entre l'intention fondamentale des parties et la cause typique de la vente⁽³⁶⁾. Cela revient à affirmer le caractère simulé.

La nouveauté ayant le plus de poids dans cette décision – selon moi – se situe là où elle liquide la fiducie du Droit romain dans ses aspects qui la caractérisent. Cela concerne les motifs qui considèrent le transfert du bien comme causal et non abstrait (ou *fiduciae causa*) et le pacte interne entre les parties comme cause de l'acte et non comme son simple motif⁽³⁷⁾. L'autre motif de la décision qui est également important est celui où elle exclut qu'il puisse y avoir ici une cession définitive de la pleine propriété, identique à la *mancipatio* du Droit romain, alors que tout au plus on pourrait, au contraire, envisager celle d'une propriété provisoire.

de cette conclusion. Ceci n'exclut pas qu'il puisse y avoir, en ce qui concerne des circonstances spécifiques de fait, un pacte commissaire.

(36) Selon ce point de vue : E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin, 1943, p. 248 et suivantes.

(37) Le contrat fiduciaire, admis par le système suisse, a été jugé comme causal (*causa mandati*), par le tribunal fédéral suisse, dans sa décision du 13 juillet 1973 qui annulait celle du 21 septembre 1971 du Tribunal de Lugano en cause dans l'affaire de la Faillite de la Banque Vallugano et a dépassé l'orientation opposée, favorable au caractère abstrait. Récemment, en Italie, l'art. 30 D.L. 2 mars 1989 n° 69 converti en loi du 27 avril 1989 n° 151, qui assujettit à l'imposition fiscale à charge du fiduciaire les propriétés fiduciaires, établies aux noms d'autrui. Ceci constitue le dernier argument supplémentaire contre la fiducie du Droit romain.

(38). La seule fiducie admise, dans notre ordre, limitée aux cas dans lesquels elle est autorisée, et avec l'exclusion certaine des biens immeubles, reste en définitive celle concernant la titularité formelle (à savoir la fiducie de type allemand).

7. – Après cette digression, revenons au discours concernant la vente d'un bien immeuble à titre de garantie.

Pour pouvoir produire le changement de nom du propriétaire débiteur à celui du créancier, il est absolument nécessaire de recourir à un acte apparent qui soit transcriptible, dont la forme la plus courante est la vente simulée. Cette transaction, parce qu'elle est simulée, n'est pas destinée à produire, en théorie, un effet translatif et, ainsi, la propriété demeure au vendeur et le créancier n'en devient pas le propriétaire.

La simulation et l'absence successive d'effets exigent cependant du temps pour être consacrée par une décision judiciaire ; entre temps, le propriétaire-débiteur a «les mains liées» et il n'est pas libre de disposer du bien à l'égard des tiers. Cette situation rentre dans le cadre de la *ratio* qui est à la base de l'interdiction du pacte commissaire.

Outre cette situation conservatoire de simple fait, pour qu'il puisse y avoir un pacte commissaire il faut aussi que les parties soient d'accord pour une éventuelle cession définitive du bien au créancier et pour le solde de la créance. Cette cession est virtuellement comprise dans la vente à titre de garantie et la disposition, même éventuelle, du bien au créancier, doit être présumée jusqu'à preuve du contraire. La vente «cache par conséquent une disposition commissaire», qui peut se prouver selon l'art. 1417 du CC. Elle est, en effet, finalisée préalablement à la compensation avec la créance, garantie par la titularité conservatoire et non à l'échange du bien contre un prix. Même sous cet angle, la vente, dans sa disposition, est apparente et dissimule un pacte commissaire. Ce qui n'est certainement pas envisageable, dans notre cas, est un acte indirect, parce qu'il utiliserait un acte simulé comme moyen pour un autre but ⁽³⁹⁾.

(38) Sur la propriété provisoire, M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, dans *Il circolo giuridico*, 1930, p. 69 et suivantes ; U. NATALI, *La proprietà*, Milan, 1962, p. 145-154 ; PELOSI, *La proprietà risolvibile*, Milan, 1975.

(39) L'acte indirect présuppose que l'acte-moyen soit vrai et non simulé.

À ce point, pour résumer, on ne peut que conclure que l'acte masqué de la vente à titre de garantie, qu'il soit soumis à une condition suspensive ou résolutoire, (comprenant la fonction de garantie et de satisfaction) est constitué, dans sa physionomie unitaire par, justement, le pacte comissoire du cas interdit par l'art. 2744 du CC et à la manière de la *ratio* identifiée plus haut.

Cet écrit a été cité par :

L. BARBIERA, *Codice civile commentato*, Giuffré, 1991, p. 237, p. 247 (où l'auteur se dissocie de ma thèse d'inapplicabilité des transactions fiduciaires aux biens immeubles) ; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Turin 1993, I, p. 686, note 15 ; G. GITTI, *Diritto del patto commissorio* etc., dans *Riv. trim.Dir. e proc. civ.*, 1993, I, p. 461, note 9.