

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Problèmes actuels de sûretés réelles

Jacques AUGER\*

## Résumé

*Lors des Journées portugaises tenues en mai 1996 sous l'égide de l'Association Henri Capitant, le droit des sûretés réelles figurait au tout premier plan des discussions sous le thème « Problèmes actuels de sûretés réelles ». L'auteur, en sa qualité de rapporteur général, avait la tâche de définir le cadre de ces discussions et de présenter un rapport général. Celui-ci se veut une synthèse des travaux des rapporteurs nationaux et il met l'accent sur les deux principales questions qui ont été abordées : l'évolution récente du droit des sûretés réelles dans les pays de droit civil et les principaux problèmes auxquels ce droit est actuellement confronté. C'est ce rapport général qui est ici reproduit.*

## Abstract

*The law governing real securities figured heavily in discussions at the Henri Capitant Conference on the topic of « Contemporary problems Involving Real Securities », held in Portugal in May of 1996. The writer, in his capacity as reporter, had the task of setting out the general parameters of these discussions and of presenting a general report in the form of a synthesis of the national reports. In fulfilling this role, he emphasizes two main questions raised — recent developments in the law of real securities in civilian jurisdictions and major problems confronting contemporary law in this field. The article is the text of his general report.*

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	623
<b>I. Contexte général</b> .....	623
A. Les sources du droit des sûretés réelles.....	623
1. Le Code civil.....	624
2. Le Code de commerce.....	624
3. Les lois spéciales .....	624
4. Les autres sources .....	625
5. Les réformes récentes ou en cours .....	625
B. L'évolution du droit des sûretés réelles .....	627
<b>II. Problèmes actuels</b> .....	632
A. La constitution des sûretés réelles .....	634
1. Le formalisme .....	634
a. L'hypothèque immobilière.....	635
b. Le gage.....	636
c. Les sûretés-propriétés.....	638
2. La spécialité.....	639
a. L'hypothèque pour toutes sommes ou « omnibus ».....	639
b. L'hypothèque sur une universalité de biens présents et futurs .....	640
B. L'exécution des sûretés réelles.....	641
1. L'hypothèque immobilière.....	642
2. Le gage.....	642
3. Les sûretés-propriétés.....	643
<b>Conclusion</b> .....	645
<b>Annexe</b> .....	647



Ce rapport général, présenté oralement dans ses grandes lignes à Porto le 20 mai 1996, a été préparé à partir des rapports nationaux reçus à cette même date<sup>1</sup>, eux-mêmes établis en fonction d'un questionnaire général reproduit en annexe. Ce questionnaire, élaboré en fonction du thème « Les problèmes actuels des sûretés réelles », comportait deux parties. La première avait comme objectif de tracer un portrait général du droit des sûretés par l'identification de ses sources et par la description des grands traits de sa récente évolution. La seconde partie visait à faire ressortir, non pas l'ensemble des problèmes que peut connaître ce secteur du droit, mais bien les principaux problèmes auxquels le droit des sûretés réelles est actuellement confronté.

C'est évidemment en fonction de ces deux paramètres — Contexte général et Problèmes actuels — que le présent rapport a été présenté à Porto afin de permettre aux participants d'avoir, préalablement aux interventions plus spécifiques des rapporteurs nationaux, une meilleure idée du sujet devant faire l'objet de la première des *Journées portugaises*. C'est en fonction de ces mêmes paramètres et dans le même esprit que ce rapport est ici reproduit. Le lecteur devra donc s'en remettre aux rapports nationaux publiés par l'Association Henri Capitant pour obtenir une information plus complète sur le droit des sûretés des différents pays participants et sur ses problèmes actuels.

## **I. Contexte général**

### **A. Les sources du droit des sûretés réelles**

Sans exception, tous les rapporteurs nationaux précisent que leur pays connaît un système de droit écrit ou système de droit civil (par opposition au système de common law), ce qui ne surprend guère dans un congrès réunissant les *Amis de la culture juridique française*. C'est donc la Loi qui est la source première et principale du droit des sûretés réelles. Cela se caractérise de la façon décrite ci-après.

---

<sup>1</sup> Il s'agit des rapports provenant des pays suivants : Belgique, Brésil, Canada (Québec), Chili, France, Grèce, Guatemala, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Turquie.

### **1. Le Code civil**

Dans tous les pays, c'est un *Code civil* qui, en premier lieu, établit le droit commun des sûretés réelles. Il y a cependant lieu ici d'apporter certaines précisions pour tenir compte du fait que parmi ces pays, certains, voire la majorité, sont des pays unitaires où la question de l'autorité législative compétente ne se pose pas, alors que d'autres connaissent un système politique de type fédéral où cette même question se pose par définition.

Ainsi, selon ce qui apparaît dans les rapports nationaux, la Belgique et le Brésil font partie de cette dernière catégorie et leur Code civil respectif relève du pouvoir législatif fédéral. Le Canada est aussi un État fédéral, mais en vertu de sa *Loi constitutionnelle de 1867*, la compétence en matière de propriété et de droit civil relève de chaque province. Le Québec est cependant, parmi les dix provinces canadiennes, la seule où il existe un système de droit civil et, conséquemment, la seule province qui possède un Code civil. C'est donc avant tout le Québec, plus que le Canada, qui, à cet égard, est un ami de la culture juridique française et c'est la raison pour laquelle il ne sera question ci-après, en ce qui a trait au Canada, que du Québec et du droit québécois.

### **2. Le Code de commerce**

Au second rang des sources législatives du droit des sûretés réelles, plusieurs rapporteurs ont fait état de l'existence d'un Code de commerce, soit la Belgique, le Brésil, le Chili, le Luxembourg et la Turquie. L'Italie a abrogé son Code de commerce et celui des Pays-Bas a été incorporé au nouveau Code civil lors de la récente refonte de celui-ci en 1992.

### **3. Les lois spéciales**

Systématiquement, tous les rapporteurs nationaux ont souligné que ce que l'on peut appeler « les lois spéciales » jouent un rôle significatif en matière de sûretés réelles, particulièrement de sûretés réelles mobilières, tant conventionnelles que légales, ces lois étant le moyen privilégié pour intervenir en ce domaine. Ainsi, en marge du Code civil et, le cas échéant, du Code de commerce, existe presque partout une activité législative, qualifiée parfois d'interventionnisme normatif débordant, qui doit absolument être

prise en compte si l'on ne veut pas avoir une vue tronquée des sources du droit des sûretés réelles.

#### **4. Les autres sources**

La loi, qu'il s'agisse du Code civil, du Code de commerce ou des lois spéciales, ne constitue en aucun cas la seule source du droit des sûretés réelles. Partout, la jurisprudence et ensuite la doctrine contribuent à l'enrichissement de ce droit. La jurisprudence, cela est nettement perceptible à travers tous les rapports, a une influence déterminante. Il lui revient souvent de parfaire un régime de sûretés mal équilibrées par le législateur ou encore d'agréer ou non à certaines pratiques nouvelles. Quant à la doctrine, son rôle est certes moins déterminant, mais elle semble partout jouir d'une autorité certaine, tant auprès des législateurs que des tribunaux qui tiennent compte et s'inspirent de ses analyses et critiques.

#### **5. Les réformes récentes ou en cours**

Les Codes civils sont des monuments que l'on conserve précieusement et que l'on préfère retoucher partiellement plutôt que d'entreprendre de les réformer. Souvent même, en matière de droit civil, on choisit, de peur probablement d'en ébranler la structure, de légiférer en marge par le biais de lois spéciales. Le droit des sûretés réelles constitue une bonne illustration de ce phénomène.

Malgré cette tendance, le Québec, en 1994, et les Pays-Bas, en 1992, ont mené à terme une révision de leur code respectif. Si dans plusieurs domaines les législateurs québécois et néerlandais se sont limités à codifier le droit prétorien, le droit des sûretés a par contre fait l'objet de profonds changements.

Au Québec, cela s'est traduit par l'unification au sein du Code civil de toutes les sûretés réelles, légales ou conventionnelles, sous le seul et unique chapeau de l'hypothèque et par l'abandon de la notion de « privilège ». Il en est résulté l'abrogation des dispositions législatives qui avaient créé des sûretés réelles spéciales (gage ou nantissement sans dépossession, cession de créances et cession de biens en stock) et de nombreux privilèges.

En ce qui concerne ces derniers, le législateur québécois les a remplacés par un nouveau concept qu'il nomme « les priorités », lesquelles sont cependant, pour l'instant du moins, beaucoup plus limitées en nombre que ne l'étaient les privilèges. Les priorités ne s'analysent pas non plus, contrairement aux anciens privilèges, comme étant constitutives de droits réels. Elles confèrent certes un droit de préférence à leurs titulaires, droit qui prime même celui qui découle de l'hypothèque, mais elles ne dotent ceux-ci d'aucun droit de suite. L'hypothèque est donc, depuis la réforme, la seule et unique sûreté réelle que connaît le droit québécois.

Aux Pays-Bas, la refonte du Code civil a aussi entraîné un profond changement des instruments juridiques de sûretés réelles, principalement pour les choses mobilières, ce qui s'est traduit notamment par l'abandon de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie et par la création d'un nouveau type de gage sans dépossession et sans enregistrement.

Aucun autre pays participant ne semble avoir procédé récemment à une réforme majeure de son Code civil. Il n'y a pas non plus de semblable réforme en cours ou prévisible dans un avenir immédiat, exception faite du Brésil où un projet de réforme datant déjà de 1975 attend toujours la sanction du Sénat. Il faut en déduire que ce projet, à l'exemple d'un projet antérieur datant de 1965, a été relégué aux oubliettes.

Il ne faut pas en déduire que les codes civils plus âgés, y compris les centenaires, sont quant à eux demeurés inchangés depuis le jour de leur adoption et que l'évolution du droit des sûretés réelles s'est en totalité faite en marge, soit via un Code de commerce ou des lois spéciales, ou encore suite aux décisions des tribunaux, ou par le biais de la pratique de ce droit. Tout cela a bien sûr compté pour beaucoup dans l'évolution du droit des sûretés réelles de ces pays, mais plusieurs rapporteurs nationaux soulignent dans leur texte les nombreuses modifications apportées à leur Code civil respectif concernant le droit des sûretés réelles, signe que ces codes sont toujours bien vivants et qu'ils constituent encore la source première de ce droit.

## **B. L'évolution du droit des sûretés réelles**

Il ressort indiscutablement des rapports nationaux que ce sont les sûretés réelles mobilières conventionnelles qui ont le plus évolué au cours des dernières années. Ce constat n'est pas de nature à surprendre quiconque s'intéresse le moindrement au droit des sûretés, mais il peut quand même être intéressant de tenter de cerner de plus près cette évolution pour en découvrir les principales manifestations.

Il importe cependant de préciser que ce constat ne signifie aucunement que le droit des sûretés réelles immobilières a atteint un degré de perfection tel que son évolution est terminée. Ainsi qu'on le verra un peu plus tard, ce secteur, représenté essentiellement par l'hypothèque, n'est pas exempt de problèmes, signe qu'il est perfectible et encore sujet à évolution.

Dans certains pays, l'évolution des sûretés réelles mobilières s'est traduite par un changement à la fois global et radical. Global en ce que c'est tout le système antérieur qui a été revu et modifié, et radical en ce sens que les solutions anciennes ou traditionnelles ont été en grande partie abandonnées au profit de nouvelles techniques. C'est ce qui s'est produit aux Pays-Bas en 1992 et au Québec en 1994, deux États qui, comme il vient d'être dit, ont récemment mené à terme une révision de leur Code civil respectif.

Ainsi, aux Pays-Bas, un nouveau type de gage est apparu : il s'agit d'un gage non seulement sans dépossession, mais, qui plus est, d'un gage en principe opposable aux autres créanciers sans enregistrement dans un registre public. Le seul enregistrement requis dans un registre qui n'est pas public vise à rendre impossible l'antidatation lorsque l'acte constitutif est sous seing privé. En contrepartie, la loi néerlandaise nouvelle interdit l'aliénation fiduciaire à titre de garantie.

Ce gage « occulte » néerlandais est sans équivalent et il sera intéressant d'en suivre l'évolution. En effet, partout ailleurs on semble considérer que l'existence d'un système de publicité constitue un outil nécessaire au fonctionnement des sûretés réelles mobilières sans dépossession et ce, tant pour la protection des droits des détenteurs de ces sûretés que de ceux des tiers. Souvent même, c'est l'imperfection d'un tel système qui a constitué le frein le plus sérieux au développement des sûretés mobilières non possessoires. Cette nouvelle sûreté « occulte » créée aux Pays-Bas

soulève à la fois scepticisme et curiosité et plus d'un souhaite connaître le sort qui lui sera finalement réservé.

Au Québec, cette évolution, ainsi qu'il a été dit un peu plus tôt, a pris la forme de la consécration, dans le nouveau Code civil de 1994, de l'hypothèque comme unique sûreté réelle, non seulement sur les immeubles, mais aussi sur les meubles. Cette extension de l'hypothèque aux biens meubles a entraîné l'abolition de toutes les autres formes antérieures de sûretés réelles mobilières, y compris les privilèges mobiliers, sauf l'aliénation fiduciaire à titre de garantie, que le législateur a consacrée dans le nouveau Code. L'hypothèque peut ainsi grever des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ; elle peut aussi affecter des universalités de biens présents ou futurs et elle peut même être stipulée « ouverte », ce qui signifie qu'elle est flottante et qu'elle ne prendra rang que suite au défaut du débiteur et après l'inscription d'un avis de clôture.

La nouvelle hypothèque mobilière du droit québécois confère au créancier les mêmes droits que l'hypothèque immobilière, y compris le droit de suite, à la condition essentielle que l'hypothèque ait été publiée, ce qui peut se faire par une inscription dans un registre central public informatisé ou, dans certains cas, par la dépossession du débiteur. Comme on peut le constater, le législateur québécois n'a pas suivi en cela le législateur néerlandais. Bien au contraire, il a instauré un système universel de publicité rendant impossible l'existence de sûretés réelles occultes. Il a même étendu l'exigence de la publicité aux sûretés-proprétés, telles la vente à tempérament ou la vente avec faculté de rachat.

Dans la plupart des autres pays participants, cette évolution du droit des sûretés réelles n'a pas encore débouché sur une réforme globale et elle continue de se manifester graduellement, tantôt par le biais de lois spéciales et tantôt par des modifications spécifiques apportées au Code civil ou au Code de commerce. Quelques exemples, puisés au sein des rapports nationaux, permettront de mieux illustrer cette tendance.

Au Luxembourg, une loi de 1994 a assoupli les dispositions du gage sur le fonds de commerce, seul gage sans dépossession que connaît le droit luxembourgeois. Elle a aussi étendu le régime de cette sûreté à la mise en gage de marchandises et de matières premières. Cette même loi a également supprimé l'exigence de la

déclaration de la somme due avec la conséquence que le gage peut dorénavant être donné pour des dettes présentes ou futures.

En Belgique, une loi de 1991 est venue aussi assouplir les formalités en matière de gage de créances en reconnaissant la dépossession juridique. Le créancier est mis en possession de la créance gagée par la seule conclusion de la convention de gage, ce qui lui assure l'opposabilité aux tiers, sauf à l'égard du débiteur de la créance gagée, à l'égard duquel l'opposabilité n'est assurée que par une notification qui lui est faite de la cession ou par la reconnaissance que ce débiteur fait de la cession. Deux autres lois encore plus récentes, datant respectivement de 1994 et 1995, s'inscrivent dans ce processus d'assouplissement des formalités en instaurant des « titres dématérialisés » représentés uniquement par une inscription en compte. La mise en gage de tels titres s'opère par l'inscription de ceux-ci à un compte spécial ouvert chez un teneur de compte.

La France a également connu, dans un mouvement qui remonte au début de ce siècle, une inflation législative qui a vu le gage se diversifier sous différentes dénominations : *gage*, pour les contrats d'assurance-vie, les véhicules automobiles, les valeurs mobilières; *warrant*, pour les stocks ou matériels agricoles, industriels, pétroliers; *hypothèques*, pour les bateaux et les avions; *nantissement*, pour le fonds de commerce, les films cinématographiques, les marchés publics, les brevets d'invention, les parts sociales, les créances professionnelles et tout récemment encore, en 1994, pour les logiciels.

En Italie, cette évolution s'est aussi caractérisée par une prolifération de sûretés réelles non possessoires entraînant une diminution progressive de l'importance du gage traditionnel avec dépossession. Toutefois, et sauf à l'égard de certaines catégories de biens (navires, aéronefs, rentes de l'État, automobiles), cela n'a pas encore entraîné, à l'exemple du Québec, une généralisation de l'hypothèque comme sûreté mobilière non possessoire.

Au Chili, toute une gamme de sûretés mobilières sans dessaisissement a aussi été créée par lois spéciales et, finalement, une loi de 1982 a créé un système général de gage sans dépossession sur toute chose meuble pour garantir des obligations présentes ou futures, même si elles ne sont pas encore déterminées lors de la constitution du gage.

Comme on peut le constater, c'est le carcan trop étroit du gage traditionnel avec dépossession que cette évolution a fait éclater, donnant ainsi naissance, sous diverses dénominations, à des sûretés réelles mobilières non possessoires. Mais, il importe de le souligner, cette évolution n'est pas le seul fait des législateurs. De la pratique sont nées de nouvelles garanties ou pseudo-sûretés dont l'une des principales manifestations est l'aliénation fiduciaire à titre de garantie. On peut remarquer que ce sont souvent dans les pays où les législateurs ont le plus tardé à créer des sûretés mobilières non possessoires que ces « *sûretés-propriétés* » se sont développées. Controversées, tant dans leur légitimité que dans leur nature juridique, ces nouvelles formes de garanties sont aujourd'hui incontournables et, de plus en plus, les législateurs sentent le besoin d'intervenir, mais ces interventions vont pour l'instant dans plusieurs directions.

Aux Pays-Bas, tel que relaté ci-dessus, cela a pris la forme de l'interdiction de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Au Québec, après avoir hésité entre la prohibition et la reconnaissance pure et simple, le législateur a finalement opté pour une solution mitoyenne. Il a en effet reconnu expressément que la fiducie pouvait être utilisée pour garantir l'exécution d'une obligation, mais il a limité les droits du fiduciaire, en cas de défaut du constituant de la fiducie-sûreté, en l'obligeant à suivre les règles prévues en de semblables circonstances pour l'exercice des droits hypothécaires. Il ne s'agit là que de deux exemples parmi d'autres, mais chose certaine, ces sûretés-propriétés font dorénavant partie intégrante du paysage moderne du droit des sûretés et de sa problématique générale.

En Grèce cependant, contrairement à ce qui s'est produit ailleurs, l'évolution du droit des sûretés réelles a été plus marquée en matière de sûretés immobilières. Cela a pris la forme d'un système dit de « prénotation d'hypothèque ». Il s'agit d'une sorte d'hypothèque provisoire qui ne se transforme en hypothèque qu'au moment où le créancier obtient un jugement ayant acquis force de chose jugée, l'hypothèque étant alors considérée existante depuis la prénotation. Ce système a vu le jour en grande partie à cause des frais importants reliés à la constitution d'une hypothèque immobilière, notamment une taxe de 3.6% sur la créance. La prénotation, pour laquelle la taxe n'est que de 0.6%, est ainsi devenue beaucoup plus courante que l'hypothèque même.

En outre, et bien que le gage sans dépossession soit prévu dans le Code civil grec depuis 1946, les conditions requises pour son inscription n'ont jamais été déterminées par le législateur, ce qui fait qu'en pratique cette forme de sûreté n'est pas disponible, sous réserve de quelques gages fictifs spéciaux prévus par des lois particulières. Il n'est pas surprenant, dans ces conditions, que les sûretés réelles mobilières n'aient pas évolué au même rythme que ce que l'on a pu constater ailleurs et que ce soit du côté de l'hypothèque immobilière que les choses aient davantage bougé. On constate aussi de nouveau que l'imperfection d'un système de publicité constitue généralement un obstacle majeur au développement des sûretés réelles mobilières non possessoires.

À quoi faut-il attribuer cette évolution plus marquée et quasi-généralisée des sûretés réelles mobilières au cours des dernières années? Cela ne semble pas pouvoir s'expliquer par une seule cause. L'hypothèque immobilière ayant atteint depuis longtemps un niveau de perfection élevé, tant en ce qui concerne sa constitution que son opposabilité, il est normal que le développement se soit produit là où il y avait davantage place à amélioration. À cet égard, il était devenu évident depuis de nombreuses années que la règle de la dépossession en matière de sûretés réelles mobilières constituait un inconvénient de moins en moins supportable et que c'est de ce côté que des développements allaient survenir. Cette évolution prévisible a été finalement provoquée par la survenance de besoins nouveaux que les législateurs ont dû prendre en compte et satisfaire, souvent sous la pression des forces conjuguées des créanciers et des débiteurs.

Le rapporteur français souligne que cette diversification du gage traditionnel s'explique aisément d'abord par le besoin d'une sûreté mobilière sans dépossession qui permette au débiteur d'obtenir du crédit sur la base de biens dont la jouissance lui est nécessaire et, ensuite, par la composition renouvelée des patrimoines où les actifs mobiliers représentent une part croissante et se composent de « nouveaux biens », souvent immatériels, comme la clientèle, les valeurs mobilières dématérialisées et les propriétés intellectuelles.

De son côté, le rapporteur italien parle de l'exigence de recourir de manière physiologique au crédit, soit pour accroître l'activité de l'entreprise, soit pour augmenter la diffusion de biens

de consommation durables. Tout ceci, poursuit-il, a mis au point les bases pour une prolifération considérable des sûretés mobilières non possessoires.

Ce sont là de bonnes explications. Le droit, notamment dans le domaine des sûretés, évolue avant tout par nécessité et non pas pour parfaire des institutions susceptibles d'être améliorées.

La prolifération des sûretés réelles mobilières conventionnelles sans dépossession et l'apparition des sûretés-propriétés sont sans contredit des traits dominants de l'évolution du droit des sûretés réelles. Si l'on ajoute à cela que les législateurs ont été dans le même temps portés à multiplier les sûretés légales, particulièrement les privilèges en faveur du Trésor public, et aussi à intervenir de plus en plus en matière de surendettement et de faillite, on est alors en présence des principaux phénomènes qui caractérisent le droit des sûretés réelles.

## **II. Problèmes actuels**

Le rapporteur français écrit : « Les créanciers aspirent à une sûreté simple et efficace. Or, à présent, nos sûretés réelles ne sont ni toujours simples ni toujours efficaces ». Il attribue cela à juste titre à la conjugaison de trois causes qui tiennent à la politique des sûretés, à leur nombre et au pouvoir des volontés individuelles.

En ce qui concerne la politique des sûretés, on constate en effet que les législateurs sont confrontés à des objectifs qui, sans être contradictoires, sont difficiles à concilier : favoriser et soutenir le crédit tout en évitant le surendettement. Il en résulte, tant au sein de la législation propre aux sûretés que de celle connexe relative à l'endettement et à la faillite, des choix parfois équivoques dont souffre le droit des sûretés.

Quant au nombre de sûretés réelles, légales ou conventionnelles, qui a crû, comme on l'a vu, de façon considérable, il est facile de comprendre que cet état de fait n'est pas en soi compatible avec la notion de simplicité. Des conflits surgissent nécessairement entre les créanciers eux-mêmes, sans oublier les difficultés purement juridiques qui découlent de cette multiplicité d'interventions législatives pas toujours compatibles entre elles.

Enfin, les conventions particulières qui interviennent entre créanciers et débiteurs et par lesquelles les parties, utilisant notamment le droit de propriété à des fins de garantie, trouvent des solutions différentes de celles offertes par la loi, contribuent de ce fait à l'accroissement et à la complexité du système des sûretés.

On peut penser que la solution à cette problématique réside dans la réduction systématique du nombre de sûretés créées par la loi, à la limite à une seule, réduction qui, si elle est en plus accompagnée d'une interdiction d'utiliser la propriété à des fins de garantie, aboutit nécessairement à la simplicité et à l'efficacité. Le législateur québécois a été un moment attiré par ce type de solution, mais, en fin de compte, la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés, conception marquée à l'effigie du consensualisme, a prédominé et il a renoncé à emprunter cette voie. Il a certes réduit le nombre de sûretés réelles, bien qu'il soit plus juste d'affirmer qu'il les a regroupées sous le seul concept de l'hypothèque, mais il n'a pas banni les sûretés-propriétés.

L'hésitation des législateurs de tradition civiliste face à une solution aussi draconienne se comprend facilement et il ne s'en trouve aucun pour l'instant qui l'ait retenue intégralement. En outre, il est illusoire de croire que tous les problèmes du droit des sûretés réelles tiennent uniquement à leur nombre et que le seul fait de le réduire, même jusqu'à en reconnaître une seule, constitue la recette pour atteindre la simplicité et l'efficacité recherchées par le créancier. La constitution même d'une sûreté n'est pas toujours chose simple et son exécution est, elle aussi, souvent complexe. C'est en fonction de ces deux paramètres — la constitution et l'exécution des sûretés — que les problèmes actuels de sûretés réelles seront regroupés et examinés.

Les rapports nationaux sont riches d'exemples illustrant le thème « Problèmes actuels de sûretés réelles ». Il aurait été vain de tenter, à l'intérieur de cette *Journée portugaise* consacrée à ce thème, d'en faire un examen exhaustif, aussi des choix ont dû être effectués, et ce qui suit en constitue la présentation. Tel que déjà mentionné, le lecteur devra s'en remettre aux rapports nationaux pour obtenir une information plus complète et précise sur chacun de ces sujets et aussi sur toutes ces autres questions qui n'ont pu être abordées à l'intérieur du cadre temporel fixé.

## **A. La constitution des sûretés réelles**

Étant des institutions qui permettent à un créancier d'échapper à la règle générale voulant que tous les créanciers d'un même débiteur soient entre eux sur un même pied d'égalité, les sûretés réelles ont, de ce fait été de tout temps assujetties, pour leur constitution, à des règles particulières de forme et de fond.

Très succinctement, ces règles peuvent être résumées ainsi : en ce qui concerne l'hypothèque immobilière, cela se traduit généralement, quant à la forme, par l'exigence d'un contrat solennel pour assurer la validité de cette sûreté et par celle de la publication dans un registre public, pour son opposabilité. Quant au fond, c'est le principe de la spécialité qui s'impose, c'est-à-dire l'exigence du rattachement de la sûreté à une ou plusieurs créances déterminées et l'indication précise des biens qui en composent l'assiette. Le gage, quant à lui, est également assujetti en ce qui concerne le fond, au principe de la spécialité alors qu'au niveau de la forme, l'exigence qui s'applique est celle de la dépossession du constituant qui s'opère soit par la remise (matérielle ou immatérielle) du bien au créancier ou à un tiers, soit par l'intermédiaire d'un écrit et d'une publication dans les cas où la dépossession du constituant est en pratique impossible (gage sans dépossession).

Ces règles de fond et de forme, soit à cause de leur complexité, soit à cause des coûts ou des délais qu'elles impliquent, soit à cause des restrictions qu'elles imposent, constituent des obstacles sur le chemin de la simplicité et de l'efficacité. Aussi cherche-t-on à en atténuer la rigueur, à les mettre de côté ou à leur trouver des substituts plus flexibles. Voici quelques illustrations de ces problèmes de sûretés réelles et des solutions envisagées ou retenues.

### **1. Le formalisme**

Le principe du formalisme des sûretés réelles classiques, l'hypothèque et le gage, est bien connu et il commande leur validité et leur opposabilité. Si ce principe a été longtemps accepté sans contestation, il est aujourd'hui remis en question dans certaines de ses manifestations.

### **a. L'hypothèque immobilière**

L'hypothèque conventionnelle immobilière est partout soumise au principe du formalisme qui se traduit très généralement par l'exigence d'un contrat solennel établi par acte notarié et par la publication de l'acte dans un registre public. Ces deux formalités assurent respectivement la validité et l'opposabilité de cette sûreté.

L'exigence du contrat solennel ne fait plus l'unanimité. Au Québec, lors de la récente réforme du Code civil, des voix nombreuses se sont élevées pour demander au législateur de ne pas maintenir cette exigence. La réponse obtenue n'est pas sans équivoque. Le nouveau Code civil a maintenu la nécessité de l'acte notarié pour l'hypothèque conventionnelle immobilière, mais il n'a pas étendu cette formalité à la nouvelle hypothèque conventionnelle mobilière sans dépossession. Des arguments tirés de l'histoire législative peuvent expliquer cette différence de traitement, mais il n'en demeure pas moins que les fondements de la règle de la solennité de l'hypothèque ont été de ce fait sérieusement ébranlés en droit québécois.

Au Chili, certains s'interrogent aussi sur la nécessité de maintenir l'exigence du contrat solennel et l'idée de la constitution de l'hypothèque par acte unilatéral est avancée. Dans le même ordre d'idées, on met en doute la pertinence de la règle voulant que la volonté du créancier doive s'exprimer de façon aussi solennelle que celle du constituant et on soulève la possibilité que ces deux volontés puissent s'exprimer en des actes séparés, l'une étant expresse et l'autre tacite. Même si ces thèses ne reçoivent pour l'instant qu'un accueil très mitigé, elles correspondent à des préoccupations qui débordent largement les frontières du Chili. En effet, la règle de la solennité de l'hypothèque conventionnelle, du moins au regard du créancier, constitue un obstacle sur le chemin de la simplicité, d'où sa remise en question.

L'exigence de la publication de l'hypothèque n'est pas, quant à elle, contestée. Cependant, plusieurs rapporteurs soulignent que les problèmes liés à cette formalité résident dans la longueur des délais nécessaires à l'obtention des états hypothécaires requis pour acquérir en toute quiétude. La fiabilité même de ces états n'est pas toujours sans faille. Le rapporteur belge fournit des exemples de pareilles situations qui entraînent ce que certains appellent des « angles morts » dans le système publicitaire. En

cette matière, l'informatique est souvent vue comme étant de nature à résoudre tous les maux, mais à l'analyse elle présente des défis colossaux. Les cadastres et autres outils actuels de publicité foncière ont été pour la plupart conçus à l'ère de la plume et de l'encrier et un petit nombre d'entre eux sont en mesure de supporter, sans modifications majeures, les exigences de l'ère de l'ordinateur.

### **b. Le gage**

Selon la thèse classique, le gage implique la dépossession du constituant qui se réalise, s'il s'agit d'un meuble corporel, par la remise du meuble ou, s'il s'agit d'une créance, par la signification de la cession au débiteur ou par l'acceptation que celui-ci en fait. Cette formalité s'avère, selon cette même thèse, nécessaire à la formation du gage, contrat réel, et à son opposabilité.

Cette thèse est aujourd'hui remise en question. Le contrat de gage n'est plus unanimement considéré comme un contrat réel et la dépossession est analysée par certains comme une simple formalité de publicité sanctionnée non pas par la nullité, mais seulement par l'inopposabilité. Sous cet angle, le contrat de gage devient une sûreté consensuelle soumise à la publicité. Sans prétendre trancher ce débat, il faut reconnaître que les législateurs ont eux-mêmes favorisé l'émergence de cette remise en question en multipliant les gages spéciaux pour lesquels la dépossession s'opère, selon les expressions mises de l'avant par le rapporteur français, soit par voie d'adaptation, soit par voie de substitution. Ces voies indirectes font apparaître ces gages spéciaux comme des contrats écrits soumis à la publicité et où la publicité ne joue, selon la conception traditionnelle, qu'un rôle de protection à l'égard des tiers et non à l'égard des parties. On comprend alors cette tendance à analyser le gage comme une sûreté consensuelle soumise à la publicité.

Mais ce n'est pas tant ce débat concernant la nature juridique du gage qui pose problème que le phénomène même de la multiplicité des gages spéciaux. Comme on l'a vu ci-dessus, l'émergence des gages sans dépossession constitue un des traits les plus caractéristiques de l'évolution du droit des sûretés réelles, et peu de pays, s'il en est, ont été épargnés par ce phénomène. Des besoins nouveaux ont été ainsi satisfaits, mais non sans qu'il en résulte des inconvénients.

Ces gages spéciaux ont le plus souvent été introduits au « cas par cas », généralement par lois spéciales et sans grand souci de cohérence. Chaque nouveau gage s'est vu doté d'un système particulier de publicité pour lequel le lieu, le délai, la durée et parfois même l'effet de l'inscription étaient différents de ce qui avait été prévu pour un autre gage sans dépossession. Cette hétérogénéité, à la fois des gages et de leur système respectif de publicité, constitue un obstacle important sur la voie de la simplicité et de l'efficacité.

Pour contourner cet obstacle, deux types de solutions apparaissent. La première consiste à regrouper tous ces gages sous un seul chapeau et à instaurer un système universel et centralisé de publicité. C'est la solution retenue notamment par le législateur québécois. Lors de la récente réforme du Code civil en 1994, l'hypothèque mobilière a remplacé le gage et tous ses dérivés (nantissement agricole et forestier, nantissement commercial, cession de biens en stock, etc.) et un registre unique, centralisé et informatisé (Registre des droits personnels et réels mobiliers) a été créé pour en assurer la publicité. Cette solution peut être qualifiée de « classique » en ce qu'elle repose sur des bases traditionnelles : la notion « d'hypothèque », d'une part, et un système de publicité par inscription dans un registre public, d'autre part.

La seconde solution mise de l'avant est beaucoup moins traditionnelle. C'est celle adoptée, en 1992, par le législateur néerlandais et qui a pris la forme, comme on l'a vu, d'un gage non seulement sans dépossession, mais, qui plus est, d'un gage en principe opposable aux autres créanciers sans enregistrement dans un registre public. Le seul enregistrement requis dans un registre qui n'est pas public vise à rendre impossible l'antidatation lorsque l'acte constitutif est sous seing privé.

Le rapporteur néerlandais souligne qu'avec ce gage occulte, le droit néerlandais ignore la double fonction de la publicité : la fonction économique, qui facilite l'obtention du crédit en permettant aux établissements de crédit de connaître la solvabilité d'un emprunteur, et la fonction juridique, qui assure un règlement des conflits entre plusieurs créanciers sur la base de la règle *prior tempore, potior jure*. À quel avenir est voué ce type de solution? Il est difficile de le préciser, mais il serait surprenant qu'une telle formule suscite l'enthousiasme.

### **c. Les sûretés-propriétés**

Face au formalisme des sûretés classiques et aux problèmes qui en résultent, les sûretés-propriétés apparaissent comme un élément de solution. Ainsi, comme le fait remarquer le rapporteur français, la réserve de propriété est valable sans forme en ce qu'elle participe du consensualisme de la vente. De plus, elle est opposable aux tiers sans publicité. Elle est donc une sûreté consensuelle occulte. Mais, précise-t-il, il s'ensuit une double insécurité : pour le créancier lui-même, qui risque de voir sa revendication se heurter à la possession d'un tiers de bonne foi, et pour les autres créanciers exposés au risque d'une revendication insoupçonnée.

Outre ces inconvénients, il faut aussi préciser que l'usage même de la propriété comme instrument de garantie est loin de faire l'unanimité et les rapporteurs italien et néerlandais illustrent bien les diverses tendances qui s'opposent et les arguments qui les sous-tendent.

L'aliénation fiduciaire à titre de garantie est la technique qui, à cet égard, soulève le plus de controverses. Parmi les principaux reproches qui lui sont adressés, on retrouve les suivants : elle est considérée comme une évasion illicite des règles de la mise en gage, particulièrement celle de la dépossession; elle apparaît comme un moyen d'éluder les règles de la réalisation des sûretés réelles, notamment l'interdiction du pacte comissoire; on la dit contraire au principe de l'égalité des créanciers et on y voit une façon détournée de créer un droit réel de sûreté.

L'unanimité est loin d'être faite au sujet des sûretés-propriétés et il faut s'attendre à ce que ce secteur du droit évolue rapidement. Déjà, certains législateurs ont pris position. C'est notamment le cas aux Pays-Bas et au Québec. Aux Pays-Bas, l'aliénation fiduciaire à titre de garantie a été interdite par le nouveau Code et la réserve de propriété restreinte aux créances qui se rapportent à la contre-prestation. Au Québec, l'aliénation fiduciaire à titre de garantie a été reconnue, mais assujettie aux règles de l'hypothèque pour sa réalisation et à celles de la publicité pour son opposabilité. Quant à la réserve de propriété, elle n'a été aucunement restreinte, mais elle a aussi été, en matière commerciale, assujettie aux mêmes règles.

## 2. La spécialité

Le principe de la spécialité de la sûreté est bien connu en droit civil. Il exige que la sûreté, lors de sa constitution, soit rattachée à une ou des créances et que les biens qui en composent l'assiette soient identifiés. Cette règle à double volet interdit donc que l'hypothèque et le gage soient constitués pour toutes sommes présentes ou futures; c'est la spécialité quant aux créances. Elle empêche aussi que l'hypothèque et le gage grèvent tous les immeubles ou tous les meubles, présents et à venir; c'est la spécialité quant à l'assiette.

Il est facile de comprendre que ce principe constitue, du point de vue d'un créancier, un obstacle à l'efficacité de sa sûreté. Sous cet angle, la sûreté idéale est celle qui garantit toutes les créances présentes et futures et qui grève tous les biens présents et futurs. Mais les législateurs ont longtemps refusé d'abandonner ce principe ou même d'y faire exception. C'est vraisemblablement à la fois l'intérêt du débiteur et des tiers qui commandait cette attitude : le débiteur pour que son crédit ne soit pas irrémédiablement compromis et les tiers, créanciers actuels et futurs ou acquéreurs, qui ont le droit de connaître la situation hypothécaire exacte du débiteur.

On ne peut pas encore dire que le principe de la spécialité n'existe plus en droit des sûretés, loin de là, mais il est maintenant possible d'affirmer que de plus en plus de législateurs acceptent de faire exception à l'un ou l'autre des volets de cette règle. Parmi les nombreux exemples contenus dans les rapports nationaux, il en est deux qui sont éloquentes : l'un origine de la Belgique et concerne la spécialité quant aux créances et l'autre provient du Québec et concerne la spécialité quant à l'assiette.

### a. L'hypothèque pour toutes sommes ou « omnibus »

Dans plus d'un pays, tant en jurisprudence qu'en doctrine, est discutée la validité d'une hypothèque constituée en garantie de toutes sommes, présentes et futures. Cette controverse ne découle pas en premier lieu de l'obligation de déterminer, lors de la constitution de l'hypothèque, le montant pour lequel elle est consentie, lequel peut toujours être évalué. Elle tient plutôt au statut d'accessoire de l'hypothèque qui suppose son rattachement à une créance.

Le législateur belge a décidé, en 1995, de trancher cette controverse en fixant un cadre légal à la constitution d'une hypothèque pour toutes sommes, dite hypothèque « *omnibus* ». La loi belge admet maintenant la validité de l'hypothèque constituée pour garantir des créances présentes et futures à la condition que, lors de la constitution de la sûreté, les créances garanties soient *déterminées* ou *déterminables*. Est-ce vraiment l'hypothèque « *omnibus* »? C'est de l'interprétation que feront les tribunaux de cette notion de « déterminabilité » que proviendra la réponse. La controverse n'est pas nécessairement terminée et on peut douter que la jurisprudence aille jusqu'à reconnaître la validité de ce que l'on appelle parfois « l'hypothèque volante », celle que le créancier peut rattacher aux créances de son choix.

Il est intéressant enfin de souligner qu'en Turquie, ce même principe de la spécialité de la créance a été assoupli afin de permettre la constitution d'une hypothèque en monnaie étrangère afin de pallier les inconvénients résultant de la dépréciation monétaire.

#### **b. L'hypothèque sur une universalité de biens présents et futurs**

Au Québec, le nouveau Code civil vient de sacrifier le principe de la spécialité quant aux biens grevés en autorisant l'hypothèque sur des universalités de biens présents et futurs. En matière immobilière, cette nouvelle règle est fortement atténuée par l'exigence de la spécialité de l'inscription. En effet, l'hypothèque qui greève une universalité d'immeubles ne prend rang, à l'égard de chaque immeuble, qu'à compter de son inscription contre chacun d'eux au registre foncier approprié.

Par contre, l'hypothèque sur une universalité de meubles prend rang, à l'égard de tous les meubles, présents et futurs, composant l'universalité, dès son inscription au registre des droits personnels et réels mobiliers. Il suffit, pour décrire une telle universalité, d'en indiquer la nature à l'acte constitutif, ce qui est interprété à l'heure actuelle comme permettant même la constitution d'une hypothèque sur « tous les meubles, corporels et incorporels, présents et à venir ».

L'hypothèque sur une universalité de biens laisse évidemment libre cours au jeu de la subrogation réelle. Le nouveau *Code civil*

*du Québec* l'admet même lorsque l'hypothèque grève un bien spécifique, du moins en matière mobilière, sous réserve d'une inscription au registre approprié.

Les exemples qui précèdent n'épuisent pas la liste des cas mentionnés dans les différents rapports nationaux, mais ils illustrent bien l'existence de problèmes touchant à la constitution des sûretés réelles et les efforts consentis pour les résoudre.

## **B. L'exécution des sûretés réelles**

Encore une fois, il n'est pas inutile de le rappeler, ce que recherche un créancier, c'est une sûreté simple et efficace. Si la simplicité est un caractère qui se rattache davantage à la constitution d'une sûreté, l'efficacité concerne surtout son exécution. Une sûreté sera dite efficace dans la mesure où elle permettra à son titulaire d'obtenir le paiement de sa créance rapidement et au moindre coût. Sur le chemin de l'efficacité, les principales embûches sont donc les procédures lourdes, c'est-à-dire complexes, longues, aléatoires et par conséquent coûteuses, mais aussi les différentes dispositions législatives qui interdisent au créancier d'obtenir conventionnellement les moyens d'atteindre l'efficacité recherchée.

Ainsi, s'agissant de l'hypothèque immobilière, plusieurs rapporteurs soulignent que le créancier se heurte souvent à la lourdeur des procédures de saisie qui caractérise l'exécution de cette sûreté. Quant au gage, ils notent que son exécution implique aussi généralement le recours au tribunal, avec les mêmes inconvénients que ceux qui se rattachent à l'hypothèque immobilière, mais aggravés par le risque, au moment crucial de la distribution de la valeur du bien, de voir apparaître des créanciers jusque-là inconnus et ayant préférence sur le gagiste en raison de privilèges préférables. En cas de faillite du débiteur, événement contre lequel le créancier a principalement voulu se protéger en obtenant une sûreté réelle, ce dernier rencontre maintenant dans plusieurs pays des embûches résultant d'une politique législative favorisant le redressement de la situation du failli.

Face à ces problèmes, des solutions ont émergé. En voici quelques illustrations.

### **1. L'hypothèque immobilière**

En France, la lourdeur des procédures relatives à la saisie des immeubles a rendu nécessaire sa réforme : celle-ci est en cours. Entre-temps, la pratique notariale a mis au point une procédure de purge amiable qui semble donner satisfaction.

Au Brésil, un important débat a eu lieu autour de l'idée de l'exécution extrajudiciaire de l'hypothèque. Ce débat a donné des résultats : le créancier a le choix, en regard de certaines hypothèques faisant partie du Système Financier de l'Habitation, de procéder en justice ou de façon extrajudiciaire. Dans ce dernier cas, la vente de l'immeuble est effectuée par l'intermédiaire d'un agent fiduciaire. Cette procédure peut en outre être utilisée pour les autres hypothèques lorsque, dans l'acte constitutif, un agent fiduciaire est désigné.

Au Québec, la procédure classique de la saisie immobilière a été abandonnée, sauf lorsque le créancier préfère s'en tenir à son action personnelle. Autrement, le créancier hypothécaire dispose dorénavant des droits hypothécaires suivants : il peut prendre possession du bien hypothéqué pour l'administrer, le prendre en paiement de sa créance, le faire vendre sous contrôle de justice ou le vendre lui-même. Seule la vente sous contrôle de justice nécessite l'intervention du tribunal, et encore cette intervention se limite à désigner la personne qui y procédera et à en fixer les conditions. La vente peut être faite de gré à gré, par appel d'offres ou aux enchères. Dans tous les autres cas, les recours hypothécaires peuvent s'exercer sans aucune procédure judiciaire. Le tribunal n'interviendra qu'en cas de contestation et il sera alors saisi du litige par l'intermédiaire d'une requête, une procédure plus expéditive que l'action traditionnelle. Ces mêmes recours sont également offerts au créancier qui détient une hypothèque mobilière.

Ces quelques exemples illustrent bien la tendance qui se dessine : les législateurs abandonnent la procédure classique de saisie immobilière au profit de techniques qui se veulent moins lourdes et, pour ce faire, ils privilégient la voie extrajudiciaire.

### **2. Le gage**

L'exécution du gage soulève dans plus d'un pays des problèmes semblables à ceux que pose l'exécution de l'hypothèque.

L'interdiction du pacte comissoire, qui empêche le créancier de s'approprier le bien gagé et la prohibition de la clause de voie parée, qui lui défend de vendre le bien à l'amiable, obligent le créancier à s'adresser au tribunal, d'où des délais, des coûts, des aléas. Il ne faut donc pas s'étonner que l'on ait cherché dans plus d'un pays à éliminer ces deux obstacles.

Le rapporteur français explique comment la jurisprudence a réussi à éroder l'interdiction du pacte comissoire en validant celui convenu après la constitution du gage ou stipulé dans un gage espèces. Il démontre aussi comment la pratique s'est employée à contourner cette même interdiction lorsque le gage porte sur une créance. En assortissant ce gage d'un mandat de recouvrement, le créancier, après avoir obtenu le paiement de la créance gagée, peut ensuite opposer à son propre débiteur la compensation entre sa créance et sa dette de restitution née du mandat.

Au Luxembourg, la procédure classique de la vente publique de l'objet du gage existe toujours, mais le législateur a ouvert, sous certaines conditions, la voie de l'appropriation judiciaire et conventionnelle. Pour le gage de créances, le créancier peut se voir consentir le droit de procéder à une compensation entre les obligations du débiteur et les créances données en gage.

Au Québec, le créancier qui détient une hypothèque sur une créance perçoit de plein droit les revenus qu'elle produit, ainsi que le capital qui échoit durant l'existence de l'hypothèque. À moins de convention contraire, il impute ces sommes au paiement de l'obligation du débiteur, même non encore exigible.

Comme on peut le constater à partir de ces quelques exemples, la tendance est ici la même qu'en matière d'hypothèque immobilière. On cherche à éviter la procédure classique de la vente en justice au profit de procédés plus souples et, pour ce faire, il faut s'attaquer à l'obstacle que constitue la double prohibition du pacte comissoire et de la clause de voie parée.

### **3. Les sûretés-propriétés**

Avant tout, le créancier recherche dans les sûretés réelles une protection en cas de faillite de son débiteur. En effet, le droit de la faillite a depuis longtemps reposé sur le principe voulant que le créancier détenteur d'une sûreté réelle puisse se tenir à l'écart de

la procédure de liquidation et réaliser sa sûreté sans être gêné par le liquidateur. Mais ce droit se transforme lentement dans certains pays en un droit de redressement des débiteurs en difficultés financières, ce qui se manifeste notamment par une implication des créanciers détenteurs de sûretés réelles dans la procédure collective.

La France constitue un bon exemple de cette nouvelle tendance et le rapporteur français retient trois manifestations récentes des atteintes portées aux prérogatives du créancier muni d'une sûreté réelle. Celui-ci est maintenant, comme le créancier chirographaire, soumis à l'arrêt des poursuites individuelles. Au cas de redressement judiciaire, ce créancier peut se voir imposer une vente du bien grevé à des conditions catastrophiques. Le créancier peut même se voir imposer une substitution de sûreté et se voir ainsi octroyer une sûreté personnelle en remplacement de sa sûreté réelle.

À ces atteintes directes aux prérogatives du créancier, il faut ajouter celles qui découlent des « super-privileges » instaurés par la loi française et grevant de façon prioritaire la totalité des actifs du failli : le privilège des salaires et celui qui garantit les créances nées de la continuation de l'activité de l'entreprise au cours de la procédure.

L'exemple français n'est pas unique. Aux Pays-Bas, plusieurs projets de loi modifiant le Code de faillite sont en préparation, dont l'un propose l'insertion de règles spécifiques sur le redressement judiciaire en cas de surendettement des particuliers. Le rapporteur néerlandais souligne, de plus, que ces projets ont été précédés d'une modification en apparence modeste, mais aux conséquences sérieuses. Le législateur a créé la possibilité de demander un moratoire dont le premier effet est d'empêcher les titulaires d'une sûreté réelle de réaliser leur droit.

Cette tendance à l'érosion des prérogatives du créancier muni d'une sûreté réelle amène en France les créanciers à se détourner des sûretés classiques pour se diriger plutôt vers des sûretés sur lesquelles la loi de la faillite est sans prise : les sûretés personnelles et les sûretés-proprétés. Ces dernières deviennent ainsi, selon l'expression du rapporteur français, des « sûretés-refuge ». En effet, le créancier bénéficiaire d'une réserve de propriété ou d'une cession fiduciaire n'est pas affecté, selon la loi française, par l'arrêt des poursuites individuelles ni menacé par un plan de

cession ou encore par une substitution de sûreté. Il n'a rien à craindre non plus des autres créanciers, y compris les détenteurs des super-privilèges. Étant propriétaire du bien formant l'objet de sa garantie, il n'est pas en situation de concours.

Dans ce contexte qui, encore une fois, n'est pas propre au droit français, il est inévitable que les législateurs s'interrogent sur l'opportunité de maintenir les sûretés-propiétés en pareille situation de force par rapport aux véritables sûretés réelles. Il ne faudrait pas se surprendre que, pour des motifs d'ordre social et économique, ceux-ci choisissent alors de mettre un terme à ce qui peut apparaître comme une incohérence ou un déséquilibre.

En interdisant l'aliénation fiduciaire à titre de garantie et en restreignant la réserve de propriété, les Pays-Bas ont fait indiscutablement un pas dans cette voie. En outre, le rapporteur néerlandais souligne qu'il existe une tendance perceptible dans la jurisprudence visant à permettre à un liquidateur de récupérer une partie des frais de la liquidation auprès des créanciers-propiétaires. Si l'on ajoute à cela le droit du Trésor public néerlandais de faire saisir tous les meubles se trouvant chez un débiteur fiscal, y compris ceux faisant l'objet d'une réserve de propriété à titre de garantie ou d'un crédit-bail, on comprend qu'ailleurs, les sûretés-propiétés tiennent en grande partie leur supériorité de l'inaction des législateurs et des tribunaux et que leur statut de « sûretés-refuge » soit fragile.

\*

\* \* \*

Cette *Journée portugaise* consacrée aux « Problèmes actuels des sûretés réelles » a été l'occasion, grâce aux remarquables travaux des rapporteurs nationaux, de découvrir les traits dominants de l'évolution récente du droit des sûretés réelles et de faire ressortir les principaux problèmes auxquels ce droit est actuellement confronté.

On a pu constater à quel point l'évolution de ce droit a emprunté une même voie, malgré la diversité des pays, des langues et des cultures. Ce sont, en effet, indiscutablement les sûretés réelles mobilières qui, partout, ont monopolisé l'attention. Qui plus est, l'évolution de ce secteur du droit des sûretés s'est tra-

duite concrètement dans la plupart des pays de façon presque identique. Au sein des pays de droit écrit, les interventions législatives ont foisonné jusqu'à créer à plus d'un endroit une situation qui tient davantage du désordre. Des réformes sont de ce fait devenues nécessaires et déjà quelques pays les ont menées à terme. D'autres emboîteront sûrement le pas.

Des différents rapports nationaux, il ressort aussi que les problèmes actuels de sûretés réelles transcendent les frontières. Partout, les créanciers aspirent à une sûreté réelle simple et efficace et les difficultés qu'ils rencontrent face à cet objectif sont très souvent, quel que soit le pays, dues aux mêmes causes. Même les solutions envisagées ou retenues vont le plus souvent dans le même sens. On ne peut cependant pas parler d'uniformité sans déformer la réalité. Parmi les solutions apportées par les législateurs aux problèmes actuels de sûretés réelles, certaines démontrent bien que l'originalité est toujours de mise.

## ANNEXE

### ASSOCIATION HENRI CAPITANT — *JOURNÉES PORTUGAISES* — 20 - 23 MAI 1996

#### **PROBLÈMES ACTUELS DE SÛRETÉS RÉELLES**

##### **Questionnaire général**

Il pourrait suffire de poser la seule question suivante pour couvrir le thème ci-dessus :

*Quels sont, actuellement, les questions à résoudre, les points obscurs ou qui prêtent à discussion dans votre droit des sûretés réelles?*

Mais l'incertitude étant paradoxalement un état qui caractérise souvent le droit des sûretés réelles, cette seule question est de nature à engendrer une trop longue liste de problèmes et à rendre difficile un débat organisé. Aussi, il apparaît nécessaire de définir un cadre général à l'intérieur duquel cette problématique pourra mieux s'inscrire.

Ce cadre se veut le moins contraignant possible et il ne doit surtout pas empêcher quiconque de s'exprimer librement et de mettre l'accent, si les caractéristiques de son droit national l'exigent, sur un aspect particulier du sujet. Le droit des sûretés réelles étant un domaine déjà très vaste, il serait toutefois important de ne pas déborder sur d'autres champs connexes ainsi que de choisir parmi les problèmes actuels de sûretés réelles ceux qui se posent avec le plus d'acuité.

Tout problème de sûretés réelles a une source, possède des propriétés qui le définissent et est susceptible d'une ou de plusieurs solutions. C'est à partir de ces paramètres que le cadre général ci-après est tracé.

## LES PROBLÈMES ACTUELS DE SÛRETÉS RÉELLES

### 1. Contexte général

- a. Quelles sont, par ordre d'importance, les sources de votre droit des sûretés réelles (un code, le droit statutaire, un traité, la jurisprudence, la doctrine, autres)?
- b. Quant aux sources d'origine législative, relèvent-elles toutes d'un même niveau de juridiction (un État, une province, un canton, etc.)?
- c. Si la source principale identifiée au point a. est d'origine législative, celle-ci a-t-elle fait l'objet, ces dernières années, d'une réforme (en cours ou réalisée)?
  - i. Dans l'affirmative, à quand remonte-t-elle précisément et quels en sont les grands traits?
  - ii. Dans la négative, à quand remonte, le cas échéant, la dernière réforme et une réforme est-elle prévisible avant l'an 2000?
- d. En tenant compte, le cas échéant, des réformes législatives intervenues et de toutes les autres sources, est-ce le secteur des sûretés réelles immobilières ou celui des sûretés réelles mobilières qui a le plus évolué dans votre droit au cours des dernières années?

Plus spécifiquement :

- i. Comment, dans ses grandes lignes, cette évolution s'est-elle traduite?
- ii. Cette évolution est-elle survenue principalement en réponse à des problèmes importants qui se posaient depuis longtemps ou pour satisfaire des besoins nouveaux?
  - (1) S'il s'agit de problèmes importants, comment se manifestaient-ils?
  - (2) S'il s'agit de besoins nouveaux, en quoi consistaient-ils?

## 2. Problèmes actuels<sup>2</sup>

- a. Les sûretés réelles immobilières
  - i. Quel est, actuellement, le principal problème dans votre droit des sûretés réelles immobilières légales ou conventionnelles?  
Plus spécifiquement :
    - (1) Comment ce problème se manifeste-t-il?
    - (2) Quelles en sont les causes les plus immédiates?
    - (3) Quelles en sont les principales conséquences?
    - (4) Quelles sont les solutions qui s'offrent pour y remédier?
  - ii. Existe-t-il d'autres problèmes qui, tout en étant de moindre importance, présentent quand même un intérêt suffisant au point où le fait de ne pas les mentionner projetterait une image vraiment incomplète de l'état actuel de votre droit des sûretés réelles immobilières?
- b. Les sûretés réelles mobilières
  - i. Quel est, actuellement, le principal problème dans votre droit des sûretés réelles mobilières légales ou conventionnelles?  
Plus spécifiquement :
    - (1) Comment ce problème se manifeste-t-il?
    - (2) Quelles en sont les causes les plus immédiates?
    - (3) Quelles en sont les principales conséquences?
    - (4) Quelles sont les solutions qui s'offrent pour y remédier?

---

<sup>2</sup> La distinction entre les sûretés réelles immobilières et mobilières peut être omise si les caractéristiques de votre droit national font en sorte que les problèmes importants transcendent cette distinction. S'ils n'appartiennent qu'à l'une de ces deux catégories, il suffit d'ignorer l'autre.

- ii. Existe-t-il d'autres problèmes qui, tout en étant de moindre importance, présentent quand même un intérêt suffisant au point où le fait de ne pas les mentionner projetterait une image vraiment incomplète de l'état actuel de votre droit des sûretés réelles mobilières?

### **3. Conclusion**

- a. Les problèmes actuels de sûretés réelles ci-dessus exposés sont-ils propres à votre droit national ou s'inscrivent-ils dans une problématique plus large?
- b. Quels sont les principaux problèmes auxquels votre droit des sûretés réelles est susceptible d'être confronté dans un avenir prévisible?