Sûretés mobilières : propositions pour une réforme

Autor(en): **Foëx, Bénédict**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **126 (2007)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896214

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Sûretés mobilières: propositions pour une réforme

BÉNÉDICT FOËX*

* Professeur à l'Université de Genève.

Table des matières

Introduction 291
A. De lege lata: un bilan contrasté 291
I. Introduction: notion de sûreté mobilière 291
II. Une réglementation bien faite 294
III. Une réglementation qui a tenu l'épreuve du temps 296
IV. Une lacune identifiée par Eugen Huber 300
V. Des besoins insatisfaits 301
1. Introduction 301
2. Dépossession en principe nécessaire 301
3. Difficulté à mettre en gage un ensemble de biens 303
4. Pas de subrogation réelle 304
5. Un registre des pactes de réserve de propriété inadapté 305
6. Manque de publicité de la cession de créances aux fins de garantie 306
VI. Conclusion 307
B. Un mouvement de fond 309
I. Evolution au plan international 309
1. A l'étranger 309
2. Travaux d'unification ou d'harmonisation internationales 313
3. Conclusion 315
II. En Suisse 316
1. Quelques modifications législatives récentes 316
2. Des dogmes chancelants 318
3. Une réflexion en cours depuis une vingtaine d'années 321
III. Conclusion 323
C. Huit propositions pour une réforme 324
I. Une sûreté mobilière nouvelle, pour tous les types de biens meubles 325
II. Une sûreté mobilière nouvelle s'ajoutant aux sûretés existantes et ouverte à tous 326
III. Un registre pour les sûretés mobilières 328
IV. Constitution moyennant inscription 331
V. Elargir l'assiette de la sûreté: les universalités 332
VI. Elargir l'assiette de la sûreté: les biens «futurs» 334
VII. Garantir des créances futures, conditionnelles et éventuelles 334
VIII. Immunité dans les procédures d'exécution forcée 335
Conclusion 337

On ne prendra point pour gage les deux meules, ni la meule de dessus; car ce serait prendre pour gage la vie même.
Deutéronome 24:6.

Introduction

«Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?» se demandait Daniel Girsberger dans un article paru il y a dix ans.[1] La question est toujours d'actualité, la réponse ne fait plus de doute. Notre droit, notre économie, ne peuvent plus se satisfaire de notre système des sûretés mobilières. Non pas parce que les règles qui le régissent auraient été mal rédigées, mais parce qu'il complique à l'excès (quand il n'empêche pas purement et simplement) la mise en gage de toute une série d'actifs qui pourraient pourtant être utilement remis en garantie, en entraînant une baisse du coût du crédit à la charge du constituant. Des biens sont ainsi mis «hors-jeu», alors même que les possibilités techniques actuelles permettraient leur mise en gage.

L'auteur de la plupart de ces règles avait identifié cette lacune: Eugen Huber avait proposé, dans son avant-projet de Code civil suisse, l'adoption d'une hypothèque mobilière susceptible de grever la plupart des biens qui restent aujourd'hui sur la touche. Le législateur de 1907 ne l'a pas suivi. Cent ans plus tard, cette lacune se fait sentir avec une acuité toute particulière.

Le présent rapport – dont le titre est pour partie emprunté au rapport présenté à la Société suisse des juristes par Luc Thévenoz en 1995[2] – est divisé en trois parties. Dans un premier temps, nous dresserons un rapide bilan de notre droit des sûretés mobilières. La seconde partie nous permettra de constater qu'un véritable mouvement de fond se dessine: la *rejuvenation* des sûretés mobilières est à l'ordre du jour, tant en Suisse qu'à l'étranger. Notre troisième partie sera consacrée à huit propositions pour une réforme.

A. De lege lata: un bilan contrasté

I. Introduction: notion de sûreté mobilière

Nos codifications ne définissent pas la notion de sûreté. Cela ne surprend guère: pragmatiques et rédigées «dans un souci d'égalité et d'adhésion dé-

1 Daniel Girsberger, Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?, RSJ 1997 p. 97 ss.
2 Luc Thévenoz, La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme, RDS 1995 II 253 ss.

mocratiques»[3], il ne leur appartenait pas de dessiner les contours d'une notion abstraite, réputée de surcroît «introuvable».[4] Nous allons néanmoins rappeler brièvement ici ce que sont les sûretés, les sûretés réelles et les sûretés mobilières.

On le sait, le débiteur répond en principe de ses obligations sur tous ses biens; c'est ce qu'il est convenu d'appeler la responsabilité patrimoniale du débiteur.[5] A l'instar de l'art. 2093 du Code civil français[6], on dit aussi parfois que les biens du débiteur constituent le «gage commun» ou le «gage général» des créanciers. Ce «gage commun» n'est pas une sûreté: il profite à tous les créanciers du débiteur. Or, la *sûreté* a précisément pour but de «remédier aux insuffisances du droit de gage général»[7], en procurant à son bénéficiaire un avantage par rapport aux autres créanciers. En d'autres termes, on peut définir la sûreté comme une «prérogative additionnelle du créancier [...] tendant à le protéger contre l'insolvabilité du débiteur».[8]

Cette «prérogative additionnelle» peut consister en une créance dirigée contre une personne autre que le débiteur: une obligation est contractée (par un tiers) «pour en garantir une autre»[9]; le créancier bénéficie d'un second «gage général», portant sur le patrimoine du tiers. On parle alors de sûreté personnelle.[10] La «prérogative additionnelle» peut aussi consister en un droit préférentiel sur un bien ou sur certains biens (du débiteur ou d'un tiers): une chose mobilière, un immeuble, une créance (ou un autre droit aliénable) est

3 Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997, p. XXXI.

4 Michel Cabrillac et Christian Mouly, Droit des sûretés, 7e éd., Paris 2004, p. 2.

5 Voir par exemple Engel (note 3), p. 35.

6 «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence». Voir aussi, par exemple, l'art. 2644 du Code civil du Québec.

7 Jacques Mestre, Emmanuel Putman et Marc Billiau, Droit commun des sûretés réelles. Théorie générale, Traité de droit civil (sous la dir. de Jacques Ghestin), Paris 1996, p. 9.

8 Mario Giovanoli, Tendances modernes du droit des sûretés bancaires et contrôle prudentiel des banques, in: Nicolas Iynedjian, éd., Sûretés et garanties bancaires, Lausanne 1997, p. 23 ss, p. 47 note 37. Voir aussi, par exemple: Cabrillac/Mouly (note 4), p. 2: «La sûreté est une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier [...] qui a pour finalité exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur».

9 Cf. Georges Scyboz, Le contrat de garantie et le cautionnement, Traité de droit privé suisse, Tome VII/2, Fribourg 1979, p. 25.

10 Voir par exemple: Dieter Zobl, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar, vol. IV.2.5.1, 2e éd., Berne 1982, Syst. T., n° 346; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome III, 3e éd., Berne 2003, n° 3044; Scyboz (note 9), p. 25.

affecté au paiement de la dette.[11] On parle alors de *sûreté réelle*[12] ou, à l'image des art. 497 al. 2, 501 al. 2 et 510 al. 4 CO, de sûreté «d'ordre réel».[13]

La sûreté réelle procure en principe à son titulaire un droit réel limité sur le bien grevé (hypothèque, nantissement, etc.); mais elle peut également consister en la propriété de ce bien (réserve de propriété, etc.) ou en la titularité du droit affecté au paiement de la dette (transfert de créance à fin de garantie, etc.). Quoi qu'il en soit, elle permet au créancier d'échapper aux faiblesses qui affectent le «gage commun» des créanciers: le créancier au bénéfice d'une telle sûreté n'est pas en concours avec les autres créanciers du débiteur, puisqu'il est soit propriétaire du bien (ou titulaire du droit) servant de garantie, soit titulaire d'un droit de gage qui lui permet d'être payé par préférence sur le produit de réalisation du bien grevé[14]; en outre, il n'est pas exposé aux aléas des variations du contenu du patrimoine de son débiteur, puisqu'il est soit propriétaire du bien (ou titulaire du droit) servant de garantie, soit titulaire d'un droit de gage pourvu d'un droit de suite (en ce sens que le gage subsiste même en cas d'aliénation du bien grevé).[15] En d'autres termes, les sûretés réelles affranchissent le créancier «de la loi du concours par le droit de préférence et [...] le mettent à l'abri de l'amenuisement de l'actif par le droit de suite».[16]

Selon l'objet sur lequel elles portent, les sûretés réelles sont dites immobilières ou mobilières. Nous nous concentrerons sur les secondes dans le présent rapport, étant rappelé que les premières font actuellement l'objet d'une refonte en profondeur.[17] Les *sûretés réelles mobilières* sont nombreuses. On peut distinguer trois catégories principales[18]: la propriété-sûreté (la propriété pouvant

---

11 Scyboz (note 9), p. 24.

12 Voir par exemple: Steinauer (note 10), n° 3044; Scyboz (note 9), p. 24; etc.

13 «Realsicherheit», «garanzie reali». On peut noter au passage que le projet de Loi fédérale sur les titres intermédiés utilise la notion de sûreté (voir les art. 22 s., 25 s. et 30 ss du projet de LTI; RO 2006 pp. 8925 ss et 8929) pour désigner «aussi bien la constitution de droits de gage que le transfert de propriété à des fins de garantie» (cf. le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, du 15 novembre 2006, *in* FF 2006 p. 8817 ss, p. 8869).

14 Cf. par exemple: art. 219 al. 1 LP. Sur le droit de préférence, voir par exemple: Paul-Henri Steinauer, Les droits réels. Tome I, 4e éd., Berne 2007, n° 26.

15 Sur le droit de suite, voir par exemple: Steinauer (note 14), n° 24.

16 Cabrillac/Mouly (note 4), p. 1.

17 Voir l'Avant-projet de révision du Code civil (droits réels immobiliers et droit du registre foncier), du mois de mars 2004, qui propose notamment d'importants changements s'agissant des gages immobiliers (introduction d'une «cédule hypothécaire de registre», suppression de la lettre de rente, etc.); cf. *http://www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachen-.html.*

18 Pour une énumération complète voir notamment: Zobl (note 10), Syst. T., nos 359 ss et nos 1093 ss; Steinauer (note 10), nos 3032 et 3044 ss.

être retenue[19], reçue[20] ou acquise auprès d'un tiers[21] en garantie), le gage mobilier (sous ses diverses formes[22]) et la cession de créance (ou d'autres droits aliénables) aux fins de garantie[23].

En définitive, on peut définir la sûreté réelle mobilière (ou *sûreté mobilière*[24], *Mobiliarsicherheit*[25]) comme étant le droit préférentiel (propriété, titularité d'une créance, gage) du créancier sur un ou plusieurs biens déterminés (meubles, créances ou autres droits aliénables) affectés au paiement de la créance garantie.[26]

II. Une réglementation bien faite

Dans l'ensemble, notre réglementation des sûretés mobilières est bien faite. Centrée sur les deux formes principales du gage mobilier (le nantissement et le gage sur les créances et autres droits), elle a son assise principale dans le Code civil. Ces articles 884 à 915 et 715 à 717 CC[27] sont complétés par des dispositions insérées dans d'autres lois[28], ainsi que par des ordonnances d'application.[29]

On a le droit d'être admiratif devant le travail accompli par notre législateur de 1907: les dispositions sur le *gage mobilier* (art. 884 à 915 CC) règlent de façon structurée, claire et souple la matière. Respectueuses de l'autonomie des

---

19 Réserve de propriété; cf. art. 715 CC.

20 Propriété fiduciaire mixte, gage irrégulier et consignation fiduciaire à titre de sûreté.

21 *Leasing* financier.

22 Nantissement (art. 884 et 886 ss CC), hypothèque mobilière (voir par exemple l'art. 885 CC), gage sur les créances et autres droits (art. 889 ss CC), droit de rétention (art. 895 ss CC), gage des prêteurs sur gage (art. 907 ss CC) et lettres de gage.

23 L'appartenance de la cession aux fins de garantie à la catégorie des sûretés réelles est parfois mise en doute (voir par exemple: Peter Hänseler, Die Globalzession, thèse, Zurich 1991, p. 16 s.). La doctrine majoritaire range toutefois avec raison la cession à titre de sûreté parmi les sûretés réelles; voir par exemple: Steinauer (note 10), n° 3045; Scyboz (note 9), p. 24; etc.

24 Cf. par exemple: Steinauer (note 10), n° 3045; Antoine Eigenmann, L'effectivité des sûretés mobilières. Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, thèse, Fribourg 2001, p. 7; Thévenoz (note 2), p. 310 ss; etc.

25 Cf. par exemple: Mobiliarsicherheiten (Wolfgang Wiegand, éd.), Berne 1998; Bernhard Berger, Registrierung von Mobiliarsicherheiten. Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts, in: RJB 2002 p. 197 ss, p. 202; etc.

26 Pour une autre définition, voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 8. Voir également la définition qu'en donne le Guide législatif de la Cnudci sur les opérations garanties (version du *Working Paper* 29, du 17 juillet 2006).

27 Voir encore les art. 700 al. 2, 712*k* et 806 CC.

28 Voir par exemple les art. 57 al. 1, 268 ss et 339*a* al. 3 CO, 57 et 60 LCA, 26 ss LRA, 38 ss LRB, 7 ss LLG, 120 ss LD, 151 ss et 324 LP, etc. Pour une liste complète, voir par exemple: Steinauer (note 10), n° 3041.

29 Ordonnance du Conseil fédéral sur l'engagement du bétail, du 30 octobre 1917 (RS 211.423.1); Ordonnance du Tribunal fédéral concernant l'inscription des pactes de réserve de propriété, du 19 décembre 1910 ([OIPR]; RS 211.413.1); etc.

parties et confiantes dans la sagesse des juges, elles n'ont pas l'ambition de tout imposer, moins encore de tout prévoir. A titre d'illustration, on peut rappeler qu'Eugen Huber relevait (à propos de la question de savoir si le Code civil devait préciser que la garantie fournie par le gage pouvait s'étendre à d'éventuelles clauses pénales) «ici et, d'ailleurs, pour tout le reste, le mieux sera de s'en rapporter au contrat constitutif du gage qui, expressément ou tacitement, fera connaître la volonté des intéressés».[30] On peut également rappeler, par exemple, qu'en se bornant à prohiber le pacte commissoire[31], le législateur a laissé aux parties une grande latitude pour convenir des modalités de la réalisation du gage et rendu possible la réalisation privée, qui est par exemple interdite en France.[32] On peut souligner enfin que les dispositions relatives au nantissement et au gage mobilier sur des droits ont le mérite de la concision, puisqu'elles règlent la matière en 18 articles[33], alors qu'il en faut par exemple cinq fois plus au BGB pour couvrir la même thématique.[34]

Notre Code civil connaît par ailleurs la *réserve de propriété* (en matière mobilière[35]). Il lui consacre deux articles[36], qui ne sont pas dus à la plume d'Eugen Huber, mais qui ont été introduits par l'Assemblée fédérale.[37] On le sait, l'art. 715 al. 1 CC exige l'inscription du pacte de réserve de propriété dans un registre. Cette solution a été qualifiée de «diabolique»[38] et a fait l'objet de nombreuses critiques.[39] Elle me paraît toutefois satisfaisante à bien des égards: les pays qui connaissent une réserve de propriété sans mesure de pu-

30 Eugen Huber, Code civil suisse. Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Tome II, Berne 1901, p. 253.

31 Art. 894 CC.

32 Voir l'art. 2346 du Code civil français, introduit par l'Ordonnance du Ministère de la Justice n° 2006–346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (Journal Officiel de la République française du 24 mars 2006, texte 29). Cette disposition remplace l'ancien art. 2078 CCFr., lequel prohibait également le pacte commissoire (désormais autorisé dans les limites prévues à l'art. 2348 CCFr.). Voir notamment, s'agissant du droit antérieur à la réforme de mars 2006: Philippe Dupichot, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, thèse, Paris 2005, p. 545 ss.

33 Art. 884, 886 à 894 et 899 à 906 CC.

34 § 1204 à 1296 BGB.

35 Cf., s'agissant des immeubles, l'art. 217 al. 2 CO.

36 Art. 715 et 716 CC.

37 Sur l'historique de ces dispositions, voir par exemple: Suzette Sandoz, L'inscription du pacte de réserve de propriété: une solution «géniale»... diabolique, RDS 1987 I 535 ss, p. 542 s.; Zobl (note 10), Syst. T., n°s 108, 123 et 133 ss.

38 Sandoz (note 37), p. 543.

39 Voir par exemple: Stephan Ottrubay, Die Eintragung des Eigentumsvorbehalts unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts und der internationalen Harmonisierungsbestrebungen, thèse, Fribourg 1980, p. 77 ss; Berger (note 25), p. 220; Wolfgang Wiegand, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: Wolfgang Wiegand, éd., Mobiliarsicherheiten, Berne 1998, p. 75 ss, p. 85.

blicité, occulte, n'en sont pas nécessairement plus satisfaits.[40] En outre, en ne limitant pas le recours à la réserve de propriété aux seules parties à un contrat de vente, le Code a donné à cette institution un champ d'application particulièrement large (que la jurisprudence et la doctrine ont malheureusement restreint[41]). Il faut toutefois reconnaître que cette réglementation a fait son temps: elle mériterait d'être modernisée, ne serait-ce qu'en adaptant l'enregistrement aux possibilités techniques actuelles.

Notre Code fait par ailleurs allusion au *transfert de propriété aux fins de garantie*, à l'art. 717 CC. Cela peut paraître insuffisant. L'on s'est toutefois fort bien accommodé de cette réglementation lapidaire et il n'est pas certain que les besoins de la pratique auraient été mieux servis si le législateur de 1907 avait codifié la *fiducia cum creditore* (qui constitue en tout état de cause pratiquement une institution de droit coutumier[42]). Enfin, cette parcimonie dans la manière de légiférer n'est pas sans panache; peut-on rester insensible à la pureté de l'art. 717 al. 2 CC, qui tient en ces trois mots[43]: «le juge apprécie»?

III. Une réglementation qui a tenu l'épreuve du temps

Dans l'ensemble, et sans verser dans l'autosatisfaction, on peut retenir que notre droit des sûretés mobilières est un alerte centenaire. Il a vieilli, certes. Certaines de ses dispositions sont dépassées; on songe notamment à l'art. 716 CC qui, curieusement[44], n'a pas été révisé lorsque les art. 226*a* ss CO ont été abrogés[45] ou à l'art. 884 al. 1 CC, qui pose le principe que le gage mobilier ne peut sauf exception être constitué sans dépossession.[46] D'autres règles n'ont

---

40 Voir par exemple, en droit français: Michel Grimaldi, Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français, in: Les garanties de financement, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journées portugaises, Paris 1996, p. 155 ss, p. 162; Jean-François Riffard, Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du Droit français, thèse, Clermont-Ferrand 1997, p. 120 s.; etc. En droit allemand, voir par exemple: Harry Westermann, Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky et Dieter Eickmann, Sachenrecht, 7e éd., Heidelberg 1998, p. 284.

41 Voir par exemple: Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome II, 3e éd., Berne 2002, n° 2033 ss («un pacte de réserve de propriété ne peut être conclu qu'en relation avec un contrat visant l'aliénation à titre onéreux d'une chose mobilière»), et les réf.

42 Voir par exemple à cet égard Zobl (note 10), Syst. T., n° 1302. Voir aussi l'ATF 72 II 235/240, JdT 1947 I 134/138.

43 On peut rappeler que, dans l'avant-projet de Code civil, la version française de cette disposition (qui était alors l'art. 707 al. 3) était légèrement plus longue, puisqu'elle avait la teneur suivante: «le juge apprécie librement»; cf. Huber (note 30), p. 174.

44 Cf. Bénédict Foëx, Les nouvelles fonctions de la propriété. Rapport suisse, in: La propriété. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journées vietnamiennes, Paris 2006, p. 461 ss, p. 469 (note 74).

45 Cf. RO 2002 p. 3861 (abrogation au 31 décembre 2002).

46 Cf. *infra* appels de note 73 et 88.

pas répondu à l'attente que l'on pouvait placer en elles: tel est par exemple le cas des art. 907 à 915 CC, sur le gage des prêteurs sur gage.[47] D'autres encore ont été transplantées, trouvant dans une autre loi fédérale un terreau plus favorable: c'est ainsi que les art. 916 à 918 ont été abrogés en 1930 à la faveur de l'adoption de la Loi fédérale sur l'émission des lettres de gage.[48]

Mais, bon an mal an, notre réglementation des sûretés mobilières a résisté à l'épreuve du temps: pour s'en tenir aux trente dernières années, elle a pu s'adapter à une certaine montée en puissance de la propriété fiduciaire mixte (notamment en raison de l'engouement des banques pour le transfert à titre fiduciaire des cédules hypothécaires[49]), à l'attrait croissant de la cession de créances aux fins de garantie[50] (laquelle finit par supplanter en grande partie le gage sur les créances et autres droits)[51] et à l'introduction de la pratique du *leasing* financier.[52] Plus récemment, elle a même pu être appliquée à la mise en gage des titres «intermédiés» (qu'il s'agisse de papiers-valeurs déposés collectivement et mélangés, de titres représentés par un certificat global ou de droits-valeurs).[53]

Cette longévité s'explique certes par la *qualité et la souplesse des règles adoptées en 1907*. Mais elle s'explique aussi par les *apports judicieux de la jurisprudence*. Le Tribunal fédéral a su apporter les précisions nécessaires et restituer les règles qui n'étaient tout au plus que sous-entendues par le Code. On peut l'observer par exemple dans la jurisprudence relative à l'art. 884

---

47 Le prêt sur gage n'est pratiqué que dans quelques cantons (cf. Dieter Zobl, Das Fahrnispfand, Berner Kommentar, vol. IV.2.5.2, 2e éd., Berne 1996, nº 8 *ad* art. 907–915).

48 Cf. l'art. 52 al. 2 de la LLG, entrée en vigueur le 1er février 1931.

49 Cf. Dieter Zobl, Zur Sicherungsübereignung von Schuldbriefen, RNRF 1987 p. 281 ss, p. 282.

50 Voir notamment: Wolfgang Wiegand, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, RJB 1980 p. 537 ss, p. 560.

51 Cf. Zobl (note 10), Syst. T., nº 1507; Thévenoz (note 2), p. 307; Lionel Aeschlimann et Bénédict Foëx, Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse, in: L. Thévenoz et C. Bovet, éd., Journée 2005 de droit bancaire et financier, Genève 2006, p. 17 ss, p. 29; etc.

52 Voir par exemple: ATFMario Giovanoli, Le contrat de leasing et le droit suisse, JdT 1981 I 34 ss, p. 35.

53 Voir notamment: Zobl (note 10), nos 129 ss *ad* art. 884; Zobl (note 47), nº 23 *ad* art. 901; Christoph Brunner, Wertrechte – nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere. Ein Beitrag zur rechtlichen Erfassung des Effektengiroverkehrs, thèse, Berne 1996, pp. 167 et 240 ss; Bénédict Foëx, Transfert et engagement des valeurs mobilières «intermédiées» en droit suisse, in: L. Thévenoz et C. Bovet, éd., Journée 2003 de droit bancaire et financier, Genève 2004, p. 57 ss, pp. 63, 65 et 66.

CC[54], à la réalisation privée du bien grevé[55], à la propriété fiduciaire mixte[56] ou à l'admissibilité du gage irrégulier[57] (une institution dont la souplesse rend de grands services dans les financements internationaux[58]). Enfin, il ne faut pas oublier de citer la *doctrine comme facteur stabilisateur* de notre droit des sûretés mobilières. A cet égard, on peut considérer que les commentaires de H. Leemann[59], puis celui de K. Oftinger et R. Bär[60] et (*last but not least*) celui de D. Zobl[61] ont joué un rôle considérable.

Cela étant, on peut rappeler que notre droit des sûretés mobilières a connu *trois secousses importantes* au cours des vingt-cinq dernières années:

- Dans un arrêt rendu en 1980, le Tribunal fédéral a retenu que l'inscription du pacte de réserve de propriété au registre du domicile de l'acquéreur (art. 715 al. 1 CC) était une exigence d'ordre public qui s'appliquait même lorsqu'une inscription n'était pas possible, l'acquéreur n'étant pas domicilié en Suisse.[62]
- En 1987, notre Haute Cour, mettant un terme à une controverse doctrinale[63], a admis que «le principe de la spécialité tel qu'il existe en matière de droits réels [...] ne peut être repris sans autre en droit des obliga-

54 Voir par exemple: ATF 43 II 15, JdT 1917 I 392 (possibilité de mettre en gage un stock de marchandises enfermé dans un local); ATF 51 II 273/278 (possibilité de constituer un gage en garantie d'une créance future); ATF 55 II 298 (possession commune du créancier gagiste et du constituant suffisante pour créer le gage); etc.

55 Voir par exemple: ATF 57 III 115/121, JdT 1932 II 71/76 (faculté du créancier gagiste de se porter lui-même acquéreur du bien grevé lors de la réalisation privée [*Selbsteintritt*]); ATF 64 II 415/418, JdT 1939 I 199/201 (admissibilité des conventions prévoyant la réalisation privée); ATF 119 II 344/345 s., JdT 1994 I 309/310 (confirmation de la licéité du *Selbsteintritt*); ATF 118 II 112/114, SJ 1992 p. 461/462 (devoirs et responsabilité du créancier gagiste procédant à la réalisation privée); etc.

56 Voir par exemple: ATF 43 III 342, JdT 1919 I 34 (la propriété fiduciaire n'est pas une propriété *sui generis*); ATF 119 II 326, JdT 1995 II 87/91 (obligation du propriétaire fiduciaire de rendre compte de la réalisation au fiduciant et de lui remettre un éventuel excédent).

57 Cf. ATF 106 II 369/381.

58 Cf. par exemple: Thomas J. Werlen, The Present and Future of the Use of Collateral in International Financial Transactions, with a Particular Focus on Switzerland, in: Rapports suisses présentés au XVIe Congrès international de droit comparé, Partie I, Zurich 2002, p. 229 ss, pp. 258 et 261 s.

59 Hans Leemann, Sachenrecht – II. Abteilung, Berner Kommentar, vol. IV.II, Berne 1925.

60 Karl Oftinger et Rolf Bär, Das Fahrnispfand, Zürcher Kommentar, 3e éd., Zurich 1981 (l'édition précédente, due à la plume de Karl Oftinger, date de 1952).

61 Zobl, note 10 (1982) et note 47 (1996).

62 ATF 106 II 197, JdT 1982 II 75. Voir par exemple les critiques de Pierre Lalive et Andreas Bucher, Droit international privé. Jurisprudence suisse, ASDI 1981 p. 391 ss, p. 434 ss.

63 Voir par exemple: Eugen Bucher, Kreditsicherung durch Zession, in: Probleme der Kreditsicherung, Berne 1982, p. 9 ss, p. 22 s.; Wolfgang Wiegand, Kreditsicherung und Rechtsdogmatik, in: E. Bucher et P. Saladin (éd.), Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Berne 1979, p. 283 ss, p. 295 ss.

tions» [64], avec cette conséquence qu'une cession globale de créances futures (découlant de l'activité commerciale du cédant) est valable pour peu que les créances cédées soient déterminables au moment où elles prennent naissance.[65]

- Deux années plus tard, le Tribunal fédéral a jugé que le créancier gagiste (ayant acquis à l'issue d'une poursuite en réalisation de gage mobilier la propriété d'une cédule hypothécaire qu'il avait reçue en nantissement) n'avait pas l'obligation d'imputer le produit de la réalisation subséquente de l'immeuble (grevé de la cédule hypothécaire) sur la créance de base (qui était garantie par le gage mobilier)[66]: ce résultat était peut-être «choquant», mais il appartenait au législateur d'y remédier.[67]

La dernière de ces secousses s'est résorbée (en partie tout du moins)[68] par l'adoption de l'art. 156 al. 2 LP, entré en vigueur le 1er janvier 1997.[69] Les deux autres se font encore sentir aujourd'hui: le Tribunal fédéral a confirmé récemment sa jurisprudence relative à l'inscription des pactes de réserve de propriété[70] et n'est pas revenu sur sa jurisprudence, qualifiée de «laxiste»[71] sur la cession globale de créances (mais dont il est en tout état de cause admis qu'elle vaut également pour le gage sur les créances).[72]

---

64 ATF 113 II 163/167. Voir par exemple les critiques de L. Thévenoz (note 2), p. 308 ss.

65 ATF 113 II 163. Cf. Dieter Zobl, Die Globalzession im Lichte der neueren Lehre und Rechtsprechung – eine Standortbestimmung, RSJ 1989 p. 349 ss, p. 352 s. La portée de cet arrêt est peut-être moins importante qu'il n'y paraît de prime abord, si l'on se rappelle que le Tribunal fédéral avait admis quarante-quatre ans plus tôt que le constituant pouvait mettre en gage ses créances futures, dans les limites des art. 27 CC et 20 CO (ATF 69 II 286/291, JdT 1944 I 186/190).

66 ATF 115 II 149/155.

67 ATF 115 II 149. Voir par exemple les critiques de Pierre-Robert Gilliéron, Les titres de gage créés au nom du propriétaire, donnés en cautionnement, dans l'exécution forcée selon la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, in: Fritz Sturm, éd., Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, p. 273 ss, pp. 311 et 315. Voir en outre, notamment: Paul Piotet, Le nantissement d'une cédule hypothécaire du propriétaire (ATF 115 II 149 ss; JdT 1989 I 583), JdT 1990 I 130 ss; Roland Pfäffli, Verpfändung von Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefen: Rechtsfolgen in der Zwangsverwertung. Überlegungen zu BGE 115 II 149, RJB 1991 p. 684 ss.

68 Cf. Zobl (note 47), n° 160 *ad* art. 901; Bénédict Foëx, in: Louis Dallèves, Bénédict Foëx et Nicolas Jeandin (éd.), Poursuite et faillite. Commentaire romand, Genève 2005, n° 86 *ad* art. 156.

69 RO 1995 II 1227 ss.

70 ATF 131 III 595.

71 Thévenoz (note 2), p. 310.

72 Voir par exemple: Zobl (note 47), n° 21 *ad* art. 899; Thomas Bauer, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser (éd.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2003, n° 19 *ad* art. 899; etc.

IV. Une lacune identifiée par Eugen Huber

L'avant-projet de Code civil énonçait déjà le principe du nantissement (*Faustpfandprinzip*[73]), selon lequel les biens mobiliers ne peuvent être remis en gage que moyennant transfert de possession «qualifié»[74] au créancier gagiste.[75] Mais Eugen Huber avait prévu une dérogation importante à ce principe. En effet, selon l'art. 884 de son avant-projet de Code civil suisse, «l'hypothèque mobilière peut être constituée sur le bétail, le matériel mobilier d'exploitation, les approvisionnements et les fonds de marchandises, à condition que ces choses servent à leur propriétaire pour l'exercice de sa profession ou de son industrie».[76]

Cette hypothèque mobilière se constituait moyennant inscription dans un registre public, au lieu de situation ordinaire du bien grevé.[77] Sa durée était limitée à deux ans, sauf renouvellement.[78] Lorsqu'elle portait sur un ensemble de biens (fonds de marchandises, etc.), elle s'étendait aux biens réunis à l'ensemble alors qu'elle s'éteignait sur les biens qui en étaient soustraits.[79]

On le sait, Eugen Huber n'a pas été suivi.[80] Si le Conseil fédéral a maintenu dans son projet la proposition de réintroduire[81] l'hypothèque mobilière, il l'a assortie d'une cautèle: ce gage ne pouvait être constitué qu'en faveur des établissements de crédit et des sociétés coopératives au bénéfice d'une autorisation cantonale, s'il avait pour objet le bétail, les approvisionnements et les fonds de marchandises.[82] Quant au parlement fédéral de 1907, il a limité le champ d'application de l'hypothèque mobilière au seul engagement du bé-

---

73 Voir les art. 884 al. 1 et 3, 900 al. 1 et 901 CC; Zobl (note 10), Syst. T., n° 284 et n° 481 *ad* art. 884; Oftinger /Bär (note 60), Syst. T, n° 32; Bauer (note 72), n° 5 *ad* art. 884; Wolfgang Hromadka, Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, RDS 1970 I 117 ss; etc.

74 Cf. par exemple: Steinauer (note 10), n° 3099; Zobl (note 10), n° 499 *ad* art. 884; Bauer (note 72), n° 59 *ad* art. 884.

75 Voir à cet égard l'art. 865 al.1 et 3 de l'avant-projet de Code civil. Eugen Huber, Code civil suisse. Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Berne 1900, p. 207.

76 Huber (note 75), p. 211.

77 Art. 886 al. 1 de l'avant-projet de Code civil; Huber (note 75), p. 211.

78 Art. 888 al. 1 et 2 de l'avant-projet de Code civil; Huber (note 75), p. 212.

79 Art. 889 al. 2 et 3 de l'avant-projet de Code civil; Huber (note 75), p. 212.

80 Sur ces travaux préparatoires, voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 110 ss; Urs Fasel, Sachenrechtliche Materialien. Von den ersten Entwürfen bis zum Gesetz 1912, Bâle 2003, pp. 579 ss, 1246 ss, 1393 ss, 1515 ss et 1689 s.

81 Certaines législations cantonales antérieures à 1881 connaissaient l'hypothèque mobilière; le Code fédéral des obligations de 1881 n'avait pas repris cette institution, mais son art. 210 al. 3 laissait aux cantons la possibilité de la prévoir pour le bétail (cf. Huber [note 30], p. 257 s.; Zobl [note 10], Syst. T., n° 99 ss).

82 Voir l'art. 890 al. 2 du projet de Code civil et le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de code civil suisse, du 28 mai 1904, FF 1904 IV 1 ss, pp. 85 et 343. Cette restriction a été conservée dans l'art. 885 CC actuel.

tail[83], dans le souci, notamment, de prévenir le surendettement et les crédits contractés à la légère, et de ne pas privilégier certains créanciers.[84]

Ainsi que l'a noté Luc Thévenoz, «l'histoire récente n'a pas donné raison au législateur»[85]: le besoin d'une hypothèque mobilière susceptible de grever, notamment, les biens d'équipement et les stocks est aujourd'hui grandissant. C'est Eugen Huber qui avait raison, lorsqu'il relevait, en 1901: «Mais la seule possibilité d'abus plus ou moins graves suffit-elle pour restreindre arbitrairement les fonctions économiques de certaines catégories de biens au détriment du commerce honnête? En pesant le pour et le contre, on finit par se persuader que la prohibition absolue de l'hypothèque mobilière dépasse le but que l'on se propose d'atteindre».[86] Notre codification est donc sur ce point lacunaire, pour ne pas dire orpheline.

V. Des besoins insatisfaits

1. Introduction

Notre réglementation des sûretés réelles mobilières est perfectible. Si, dans l'ensemble, elle a bien résisté au siècle qui s'est écoulé depuis l'adoption de l'essentiel de ses dispositions, force est de constater qu'elle donne des signes de vieillissement et qu'elle ne suffit pas à répondre aux besoins actuels. Il n'est pas possible de dresser ici l'inventaire détaillé de ces manquements; une analyse approfondie de l'ineffectivité du système des sûretés mobilières a d'ailleurs été effectuée par Antoine Eigenmann dans sa thèse de doctorat.[87] Il me paraît néanmoins utile de passer rapidement en revue les principaux points d'accrochage qu'une réforme des sûretés réelles mobilières devrait tenter de résoudre.

2. Dépossession en principe nécessaire

La principale difficulté tient sans nul doute au fait qu'en principe, il n'est *pas possible de remettre un bien mobilier en gage sans dépossession* du constituant [88] (et, le cas échéant, du débiteur ainsi que du tiers propriétaire).[89] Cette nécessité de procéder à un transfert de possession qualifié[90] au créancier ga-

83 Cf. art. 885 CC.
84 Cf. notamment Fasel (note 80), p. 1523 (Conseil des Etats); Zobl (note 10), Syst. T., n° 136.
85 Thévenoz (note 2), p. 306.
86 Huber (note 30), p. 258.
87 Eigenmann (note 24), p. 245 ss.
88 Cf. art. 884 al. 3 CC. Principe du nantissement, cf. *supra* appel de note 73.
89 Cf. Zobl (note 10), n° 576 s. *ad* art. 884.
90 Cf. *supra* appel de note 74.

giste est fréquemment problématique[91]; il en va notamment ainsi lorsque le constituant ne peut pas abandonner la possession immédiate des biens à grever (biens d'équipement, par exemple) ou que le créancier gagiste ne souhaite pas s'encombrer des choses à nantir (marchandises, etc.) et que leur entiercement[92] ne serait pas praticable ou se révélerait coûteux.[93]

La réserve de propriété ne suffit pas à pallier ces manquements: elle permet de garantir un crédit octroyé par un fournisseur (le cas échéant, repris ensuite par une banque)[94]; en revanche, elle ne peut guère servir de sûreté si les biens vendus sont destinés à être transformés[95], et n'est tout simplement pas envisageable si le constituant est déjà propriétaire des biens qu'il envisage de remettre en gage (machines achetées au comptant, par exemple)[96] ou si le constituant les produit (stocks, etc.). Quant au transfert de propriété aux fins de garantie, il se heurte à l'obstacle que constitue l'art. 717 al. 1 CC (inopposabilité aux tiers du transfert de propriété mobilière effectué par constitut possessoire s'il a eu pour but d'éluder les règles sur le gage mobilier).[97]

A cela s'ajoute que, même lorsque les biens grevés se prêtent à un transfert de possession qualifié et que les parties sont disposées à y procéder, *le degré des exigences légales* peut constituer une invite aux contestations; à titre d'exemple, on rappellera qu'il a fallu récemment aller jusque devant le Tribunal fédéral pour faire trancher la question de savoir si la validité d'un gage était affectée par le fait qu'il était théoriquement possible d'accéder au local

---

91 Cf. par exemple: Peter Altorfer, Die Mobiliarhypothek. Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, thèse, Zurich 1981, p. 211; Bauer (note 72), n° 11 *ad* art. 884; Berger (note 25), p. 205 s.; Wiegand (note 39), p. 127; Thévenoz (note 2), p. 305; Nicolas de Gottrau, Guide législatif de la Cnudci sur les opérations garanties: le point de vue des banques créancières, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 179 ss, p. 182; Barbara Graham-Siegenthaler, Das Bedürfnis nach Sicherheit – Möglichkeiten und Schranken des Rechts, RSJ 2006 p. 449 ss, p. 450; Aeschlimann/Foëx (note 51), pp. 22 et 27; Bénédict Foëx, Sûretés mobilières: un si long silence (Variations sur un air de *cha-cha-cha*), in: Christine Chappuis, Bénédict Foëx et Luc Thévenoz (éd.), Le législateur et le droit privé. Colloque en l'honneur de Gilles Petitpierre, Genève 2006, p. 85 ss, p. 95; etc.

92 A savoir, la remise à un tiers qui possède pour le créancier gagiste (tiers convenu, *Pfandhalter*; Zobl [note 10], n° 558 ss *ad* art. 884).

93 Cf. par exemple: Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 24. Voir aussi: Altorfer (note 91), p. 213; Graham-Siegenthaler (note 91), p. 450; etc.

94 Cf. par exemple: Wiegand (note 39), pp. 93 et 97 s.

95 La réserve de propriété s'éteint en cas de spécification, d'adjonction ou de mélange. Cf. par exemple: Steinauer (note 41), n° 2060; Zobl (note 10), Syst. T., n° 1711; etc.

96 Cf. Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 23.

97 Cf. notamment: Berger (note 25), p. 205 s.; Wiegand (note 39), pp. 101 et 127; Thévenoz (note 2), p. 305; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 24; etc.

dans lequel les tapis grevés étaient enfermés (dans un port franc) par une bouche d'aération de 39 cm sur 52 cm située à deux mètres du sol.[98]

Enfin, il faut rappeler que la loi exige en principe que la possession qualifiée du créancier gagiste soit *maintenue durant toute la durée du gage*[99] . La mise en gage de biens auxquels le constituant doit conserver un accès régulier (stock à fort roulement, choses nécessitant un entretien particulier, etc.) est donc problématique.[100] Les parties doivent alors imaginer des solutions compliquées ou coûteuses pour concilier l'impératif de publicité du gage avec les nécessités du cas particulier; il n'est pas rare qu'elles soient découragées par les difficultés de mise en œuvre ou par la crainte que les modalités envisagées ne satisfassent pas en fin de compte aux exigences légales.[101]

3. *Difficulté à mettre en gage un ensemble de biens*

Une deuxième difficulté tient au *principe de spécialité*, selon lequel un droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée.[102] Parce qu'il suppose que les conditions de la constitution du gage soient scrupuleusement respectées pour chaque objet grevé, ce principe *complique* (et, selon les cas, rend impossible) *la mise en gage d'un ensemble de biens*: d'un point de vue juridique, il existera autant de gages qu'il y a d'objets formant la collection de choses en cause; et si les conditions de constitution du gage ne sont pas réunies pour l'un de ceux-ci (par exemple, parce que la possession n'est pas transférée au créancier gagiste), le gage ne naît pas sur lui.[103]

Il en résulte que les parties doivent user de *précautions particulières* lorsqu'elles entendent constituer une sûreté sur une universalité de fait (établis-

98 Arrêt du Tribunal fédéral 5C.172/2000, du 1er novembre 2000 (validité du gage confirmée). Voir par exemple à cet égard: Wolfgang Wiegand, Rechtsprechungschronik 2000/2001, in: Peter Nobel, éd., Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Berne 2002, p. 165 ss, p. 175 ss, qui relève (p. 177): «Damit Fälle wie der vorliegende, der leider die Realität widerspiegelt, in Zukunft dem akademischen Unterricht vorbehalten bleiben, ist erneut daran zu erinnern, dass eine Reform des Rechts der Mobiliarsicherheiten dringend geboten ist». Voir aussi: Graham-Siegenthaler (note 91), p. 450 s.

99 Cf. art. 888 CC.

100 Cf. notamment Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 24.

101 Voir par exemple: Bénédict Foëx, La protection du créancier gagiste mobilier, in: Margareta Baddeley, éd., La protection de la personne par le droit. 1re Journée de droit civil, Genève 2007, p. 149 ss, p 160 s.

102 Sur le principe de spécialité, voir par exemple: Steinauer (note 14), n° 139; Zobl (note 10), Syst. T., n° 257; etc.

103 Voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 258; Wiegand (note 39), p. 110.

sement d'un inventaire détaillé[104], réunion des biens dans un même local[105], observation de modalités de constitution différentes selon les objets faisant partie de l'universalité [choses mobilières, papiers-valeurs, créances avec ou sans titre, brevets d'invention, etc.]), alors même qu'une description générique et une modalité de constitution unique pourraient suffire.

En outre, ce principe *contribue à empêcher*, pratiquement, *la mise en gage d'universalités flottantes* (dont le contenu varie dans le temps)[106], tels un fonds de commerce ou les biens d'une entreprise[107], alors même que de tels gages généraux peuvent être constitués à l'étranger[108] ou dans certains cas particuliers prévus par des lois fédérales spécifiques.[109] On peut enfin rappeler qu'une application stricte du principe de spécialité conduit également à douter de la validité de gages «généraux», constitués par acte de disposition accompli à l'avance (*Vorausverfügung*) sur un nombre indéterminé de biens (par exemple, l'ensemble des biens du constituant qui entreront en possession du créancier gagiste pendant la durée de leurs relations contractuelles).[110]

4. *Pas de subrogation réelle*

Une troisième difficulté réside dans le fait que notre droit ne connaît pas le principe de subrogation réelle.[111] Dès lors, si le *bien grevé est aliéné*, le gage ne s'étend pas au prix de vente encaissé par le constituant, pas plus qu'il ne grève le bien acquis en remplacement par le constituant. Les parties peuvent certes convenir que le bien de substitution sera engagé, mais le gage ainsi constitué est un gage nouveau, qui prend son rang en vertu du principe *prior tempore potior jure*[112]; le créancier gagiste n'est donc pas à l'abri des manœuvres du constituant tendant à ce que les biens de remplacement échappent

---

104 Cf. l'art. 7 *lit.* f de l'Ordonnance du Tribunal fédéral sur l'inscription des pactes de réserve de propriété, s'agissant de l'inscription d'un pacte de réserve de propriété portant «sur un grand nombre d'objets, formant ou non un ensemble de biens».

105 Wiegand (note 39), p. 111.

106 Voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 249 ss et p. 100 s.; de Gottrau (note 91), p. 182 s.; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 27; etc.

107 Cf. Zobl (note 10), Syst. T., n° 262; Berger (note 25), p. 237; etc.

108 Ex.: nantissement du fonds de commerce du droit français, art. L142–1 ss du Code de commerce français.

109 Art. 9 de la Loi fédérale concernant la constitution de gages sur les entreprises de chemins de fer et de navigation et la liquidation forcée de ces entreprises, du 25 septembre 1917 (RS 742.211); art. 3 de la Loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, du 29 mars 1950 (RS 744.21).

110 Voir par exemple: Wiegand (note 39), p. 110; Bénédict Foëx, Le contrat de gage mobilier, Bâle 1997, p. 282 s. et p. 214. D'un avis contraire, notamment: Zobl, (note 10), n° 662 *ad* art. 884; Nicolas Iynedjian, Les sûretés globales, thèse Lausanne, Zurich 1999, p. 172 ss.

111 Cf. par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 315; Arthur Meier-Hayoz, Das Eigentum, Berner Kommentar, vol. IV.1.1, 5e éd., Berne 1981, Syst. T., n° 105; Steinauer (note 10), n° 3120c.

112 Cf. par exemple: Zobl (note 10), n° 393 ss *ad* art. 884; Steinauer (note 10), n° 3092a; etc.

au gage ou visant à créer un gage de rang préférable au profit d'un tiers, pas plus qu'il n'est protégé si le constituant tombe en faillite avant que les conditions de constitution du gage sur le bien de remploi ne soient réalisées.

L'absence de subrogation réelle est également une source de difficulté si le bien grevé (par exemple, des lingots de métal précieux) doit faire l'objet d'une *transformation*: le gage n'est pas reporté *ipso jure* sur la chose nouvelle issue de la spécification[113]; le créancier court donc, ici aussi, le risque que le constituant ne grève pas la chose nouvelle en sa faveur ou que son gage soit primé par un gage en faveur d'un tiers (par exemple, par un éventuel droit de rétention de l'auteur de la spécification).

L'absence de subrogation réelle peut également constituer un problème pour l'aliénateur sous réserve de propriété, puisque sa sûreté disparaît avec la transformation de la chose aliénée.[114]

5. *Un registre des pactes de réserve de propriété inadapté*

Une autre source de difficultés tient au côté peu performant du registre des pactes de réserve de propriété.[115] On se bornera à rappeler ici que, le registre n'étant pas centralisé, les inscriptions doivent être opérées au registre du «domicile actuel» de l'acquéreur.[116] En outre, une nouvelle inscription doit être prise si l'acquéreur transfère son domicile en dehors de l'arrondissement originellement compétent[117]; à défaut, les effets de la réserve de propriété cessent après trois mois.[118] Se réserver la propriété peut donc être une opération relativement lourde et coûteuse, puisqu'il faut assumer un certain «monitoring» du domicile de l'acquéreur et, le cas échéant, prendre en charge les frais d'une nouvelle inscription.

---

113 Cf. par exemple: Dieter Zobl, in: Robert Haab, August Simonius, Werner Scherrer et Dieter Zobl (éd.), Das Eigentum, Zürcher Kommentar, vol. IV.1, 2e éd., Zurich 1929–1977, nº 39 *ad* art. 726; Steinauer (note 41), nº 2105a; etc.

114 Cf. *supra* note 95.

115 Cf. par exemple: Wiegand (note 39), p. 85; Berger (note 25), p. 220.

116 Cf. art. 715 al. 1 CC.

117 Cf. art. 3 al. 1 OIPR.

118 Art. 3 al. 3 OIPR. Cf. Wiegand (note 39), p. 85, qui ajoute: «Dass allein die Verlegung des Wohnsitzes in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Betreibungsamtes zur Unsichtbarkeit und damit zur Unwirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes gegenüber Dritten führt, macht dieses Sicherungsinstrument für den Vorbehaltsverkäufer uninteressant».

A cela s'ajoute que les taxes perçues par le registre sont relativement élevées.[119] Le fonctionnement même du registre est par ailleurs lourd et compliqué: ainsi, l'art. 11 OIPR n'exige-t-il pas que le préposé certifie «chaque inscription par sa signature»? Enfin, on rappellera que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une inscription est nécessaire (pour que la réserve de propriété produise ses effets) même lorsqu'elle ne peut pas être prise (faute pour l'acquéreur d'être domicilié en Suisse ou d'y avoir un établissement).[120]

6. *Manque de publicité de la cession de créances aux fins de garantie*

Enfin, on peut mentionner que la cession de créance aux fins de garantie souffre d'un manque de publicité patent.[121] La question de savoir si la remise du titre constatant le cas échéant la créance cédée produit un effet constitutif est controversée.[122] En outre, la notification de la cession au tiers débiteur n'est pas exigée.[123] Qualifiée par la doctrine de «sûreté occulte»[124], la cession fiduciaire aux fins de garantie fait courir au cessionnaire le risque d'une double cession: si la créance a déjà été cédée, le second cessionnaire n'acquiert pas la titularité de la créance, même s'il est de bonne foi.[125]

A cela s'ajoute que la jurisprudence admet de façon généreuse la cession de créances futures, (puisqu'il suffit que les créances cédées soient simplement déterminables au moment où elles prennent naissance)[126]: il en résulte, ainsi que l'a souligné Luc Thévenoz, que «toute la substance vive d'une entreprise peut être grevée au profit d'un seul créancier, sans limitation de durée ni quant

---

119 Voir l'art. 37 de l'Ordonnance du Conseil fédéral sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 23 septembre 1996 (RS 281.35): Frs 25 si le prix de vente est inférieur à Frs 1000 (à comparer, par exemple, avec le tarif pratiqué pour le *Personal Property Security Register* néo-zélandais [*infra* note 308]: 3 dollars néo-zélandais pour une inscription; cf. *http://www.ppsr.govt.nz/pls/web/dbssiten.main*).

120 ATF 131 III 595; cf. *supra* appels de note 62 et 70.

121 Voir par exemple: Thévenoz (note 2), p. 308; Eigenmann (note 24), p. 123; de Gottrau (note 91), p. 185; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 29; etc.

122 Se prononcent notamment en faveur de l'application analogique de l'art. 900 al. 1 CC à la cession de créance aux fins de garantie: Zobl (note 10), Syst. T., n° 1588; Oftinger/Bär (note 60), Syst. T, n° 304; Eigenmann (note 24), p. 110; Nicolas de Gottrau, Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et applications dans le domaine bancaire, in: Nicolas Iynedjian, éd., Sûretés et garanties bancaires, Lausanne 1997, p. 173 ss, p. 229. *Contra*: Peter Reetz, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, thèse Fribourg, Zurich 2006, p. 151; Thévenoz (note 2), p. 306; Hans Peter Walter, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in: Wolfgang Wiegand, éd., Mobiliarsicherheiten, Berne 1998, p. 43 ss, p. 58 et la note 71.

123 Cf. Zobl (note 10), Syst. T., n° 1583; de Gottrau (note 122), p. 227; etc.

124 Voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 123; de Gottrau (note 91), p. 200 s.

125 Cf. par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 1622; Hänseler (note 23), p. 156; de Gottrau (note 91), p. 189; de Gottrau (note 122), p. 232; etc.

126 Cf. *supra* note 65.

au montant de la garantie. En fait, la cession globale correspond à une *floating charge* dépourvue de toute publicité».[127]

VI. Conclusion

Rédigée pour l'essentiel au début du siècle passé, notre réglementation des sûretés réelles n'est pas ridicule. Elle supporte même plutôt bien la comparaison avec celles de nos pays voisins.[128] Il n'en demeure pas moins qu'elle a vieilli et qu'elle ne répond plus aux besoins des parties[129], pas plus qu'elle ne tire parti des possibilités qu'offrent les développements de l'informatique et de l'Internet.

Notre système des sûretés mobilières est dès lors décrit comme ayant fait son temps[130], étant «paradoxal et insatisfaisant»[131], «mal commode» et «inefficace»[132], «disparate» et «insatisfaisant»[133], «rigide, incohérent, parfois risqué, et dans une certaine mesure inadapté au crédit»[134], témoignant enfin de «rigueur» et d'«étroitesse».[135]

Cette situation est semble-t-il avant tout *préjudiciable* aux petites et moyennes entreprises[136], ainsi qu'aux *start-up*.[137] Ayant peu ou pas de capital disponible, elles sont contraintes d'emprunter, à des conditions plus onéreuses si elles ne peuvent offrir en garantie les biens qui leur appartiennent.[138] Mais les banques et les autres dispensateurs professionnels de crédit sont également affectés[139]; en fin de compte, c'est l'économie en général qui est concernée: en effet, «l'économie a besoin du crédit, le crédit a besoin des sûretés, les sûretés ont besoin d'un régime juridique qui assure leur efficacité».[140] Enfin, ce système n'est pas non plus nécessairement satisfaisant du point de vue des

---

127 Thévenoz (note 2), p. 308. Voir aussi, notamment: de Gottrau (note 91), p. 185.

128 Voir par exemple: Foëx (note 91), p. 92 s.

129 Cf. Berger (note 25), p. 205; Eigenmann (note 24), p. 158; etc.

130 Voir par exemple: Wiegand (note 39), p. 127; Berger (note 25), p. 205.

131 Thévenoz (note 2), p. 310.

132 de Gottrau (note 91), p. 185.

133 Eigenmann (note 24), p. 158.

134 de Gottrau (note 91), p. 206.

135 Philippe Reymond, Les sûretés mobilières aux Etats-Unis et en Suisse. Etude de droit comparé et de droit international privé, Genève 1983, p. 202.

136 Wiegand (note 39), p. 127; Berger (note 25), p. 205; de Gottrau (note 91), p. 181.

137 de Gottrau (note 91), p. 181, note 11. Voir aussi: Berger (note 25), p. 205.

138 Voir par exemple à cet égard Georges Affaki, Des aspects bancaires dans le Guide législatif de la Cnudci sur les opérations garanties, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas (éd.), Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 165 ss, p. 166 s.

139 Cf. de Gottrau (note 91), p. 206.

140 Georges Affaki, De la relation perfectible entre les crédits et les sûretés, in: Repenser le droit des sûretés mobilières (sous la dir. de Marie-Elodie Ancel), Paris 2005, p. 9 ss, p. 9.

tiers, puisqu'il repose pour partie sur un instrument de publicité peu performant, la possession[141], et que certaines sûretés demeurent occultes.[142]

Au-delà de ces questions, il faut également souligner que notre système actuel est *compliqué*.[143]

Sans que l'on puisse parler (comme en France par exemple) d'«inventaire à la Prévert» ou de «kaléidoscope»[144], force est de constater que le paysage est hétéroclite[145]: nos sûretés mobilières sont nombreuses, soumises à des régimes juridiques variables et pour partie contradictoires (leurs effets différant de façon peu rationnelle)[146], tout en laissant néanmoins subsister des lacunes.

Ce *foisonnement de solutions éparses*, d'exigences matérielles et formelles divergentes *a un prix*. D'une part, la constitution de sûretés mobilières se révèle fréquemment coûteuse.[147] Les parties consultent des juristes et avocats. Avec eux, elles opèrent un tri parmi les solutions envisageables et imaginent des constructions compliquées pour contourner les difficultés[148]; elles recourent à des ruses de sioux pour satisfaire aux exigences légales tout en ménageant leurs intérêts; pour peu que l'opération présente un caractère international et que le caractère créatif de la structure envisagée provoque l'étonnement, elles passent du temps à expliquer à des correspondants souvent incrédules les subtilités de la matière et la rigidité des exigences légales.

D'autre part, la *sécurité juridique n'y trouve pas son compte*: la validité de la sûreté mobilière savamment mise en place reste souvent incertaine, la rigidité des règles applicables constituant autant d'invites à saisir les tribunaux. *Better safe than sorry*: il n'est pas rare que les parties renoncent à un financement (ou à le garantir par le biais de sûretés mobilières) plutôt que de courir le risque de contestations et de litiges à l'issue incertaine. La sûreté, dont c'est pourtant le but d'apporter la sécurité, se révèle en définitive une source d'in-

141 Voir par exemple: Zobl (note 10), n° 494 *ad* art. 884; Girsberger (note 1), p. 102 s.; Thévenoz (note 2), p. 311; Berger (note 25), p. 206 s.; Wiegand (note 39), p. 129; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 30; etc.

142 Voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 123 ss.

143 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 30; de Gottrau (note 91), p. 188; etc.

144 Affaki (note 140), p. 13.

145 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 30.

146 Cf. Eigenmann (note 24), p. 157 s.; de Gottrau (note 91), p. 188.

147 Cf., en droit français: «Les opérateurs de banque, et leurs juristes, passent un temps considérable à choisir parmi les mérites et les limites de sûretés potentielles trop nombreuses, un temps précieux qu'ils pourraient allouer plus utilement à monter de nouveaux crédits» (Affaki [note 140], p. 13).

148 Cf. par exemple: Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 25 s.

certitudes, quand elle ne se révèle pas purement et simplement inapte à remplir son rôle.[149]

Bref, le bilan de notre droit des sûretés mobilières est pour le moins contrasté. On a pu dire qu'une réforme en ce domaine était *«dringend»*[150] ou que le besoin s'en faisait sentir avec *«Dringlichkeit»*.[151] Il n'est pas certain que ce sentiment d'urgence soit universellement répandu.[152] Du moins conviendra-t-on qu'une telle réforme est nécessaire et qu'elle devrait intervenir dans des délais rapprochés.

B. Un mouvement de fond

Avant de dessiner les grandes lignes de ce que pourrait être un droit suisse des sûretés mobilières modernisé, il peut être intéressant de s'interroger brièvement sur les tendances récentes, tant au plan international que national. Ce sera l'occasion de constater que les choses bougent. Certains pays ont procédé à un rajeunissement de leur droit des sûretés mobilières, d'autres envisagent de le faire; par ailleurs, divers textes internationaux, adoptés ou à l'état de projet, proposent des solutions innovatrices. En Suisse également, plusieurs indicateurs pointent dans la même direction.

I. Evolution au plan international

1. A l'étranger

Si l'on s'en tient tout d'abord à *l'Europe*, on peut noter que plusieurs pays ont modifié de façon substantielle leur droit des sûretés mobilières. Ainsi, en 1992 déjà, les *Pays-Bas* ont introduit un gage sans dépossession: l'art. 3:237 al. 1 du Code civil néerlandais prévoit en effet que «le droit de gage sur une chose mobilière, sur un droit au porteur ou sur l'usufruit de telle chose ou de tel droit peut également être établi par acte authentique ou par acte sous seing privé enregistré, sans que la chose ou le titre au porteur soit placé en la puissance du créancier gagiste ou d'un tiers».[153] Dans le projet législatif, ce gage devait

149 Cf. Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 38: «A l'heure actuelle, il n'est pas possible, en droit suisse, de mettre en gage de façon rationnelle et efficace les actifs d'une entreprise. Les constructions les plus créatives ne permettent pas de garantir l'efficacité de la sûreté pas plus qu'elles ne permettent d'émettre une *legal opinion* sans réserves».

150 Wiegand (note 98), p. 177.

151 Graham-Siegenthaler (note 91), p. 450.

152 Voir par exemple, à propos du manque apparent de débat à ce propos dans les milieux intéressés: Foëx (note 91), p. 90 ss.

153 Traduction de P.P.C. Haanappel et Ejan Mackaay, Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht, Deventer 1990, p. 102.

être limité aux biens professionnels et supposait une inscription dans un registre public; ces propositions n'ont cependant pas été retenues, si bien que le droit néerlandais connaît un gage dit «silencieux», sans mesure de publicité.[154]

On peut par ailleurs relever que plusieurs pays d'Europe de l'Est ont depuis lors introduit dans leur législation des gages mobiliers sans dépossession: tel est par exemple le cas de la *Pologne*[155] et de la *Hongrie*.[156] En tout, ce sont semble-t-il plus de 25 pays de l'ex-bloc communiste qui ont modernisé (à des degrés divers) leur système des sûretés réelles depuis l'adoption, en 1994, de la Loi-modèle sur les sûretés[157] de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement.[158]

Plus près de nous, on peut rappeler que la *France* a entrepris récemment une refonte de son droit des sûretés[159], qui a débouché sur l'adoption d'une Ordonnance du Ministère français de la Justice relative aux sûretés[160] introduisant notamment un gage mobilier sans dépossession inscrit dans un registre «spécial».[161] Ce gage peut porter sur un bien meuble déterminé, ou sur «un

154 Cf. T.H.D. Struycken, Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport néerlandais, in: Les garanties de financement. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journées portugaises, Paris 1996, p. 253 ss, p. 255 s.

155 Voir par exemple: Férdérique Dahan, Un point de vue de Londres: projet anglais et réformes en Europe centrale, in: Repenser le droit des sûretés mobilières (sous la dir. de Marie-Elodie Ancel), Paris 2005, p. 95 ss, pp. 97 s. et 101 ss. La traduction en anglais de la loi du 6 décembre 1996 (Law on Registered Pledges and the Pledge Registry) est disponible sur le site Internet de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (*http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/laws/pollop.pdf*).

156 Cf. Law CXVII on the Modification of Legal Regulations on Charges, du mois de décembre 2000, dont la traduction en anglais est disponible sur le site Internet de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (*http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/laws/hungary.pdf*).

157 Cf. *infra* appel de note 193.

158 Cf. Affaki (note 138), p. 167 s. et la note 3. Voir en outre: *http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/index.htm.*

159 Voir notamment l'avant-projet et le rapport du groupe de travail présidé par le prof. Michel Grimaldi, du 28 mars 2005 (*Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés. Rapport à Monsieur Dominique Perben, Garde des sceaux, Ministre de la Justice*), disponibles à l'adresse suivante: *http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10047&ssrubrique=10049&article=11940.*

160 Ordonnance du Ministère français de la Justice n° 2006–346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés (Journal officiel de la République française du 24 mars 2006, texte 29; également publiée in: Juris-Classeur Périodique, Supplément au n° 20 – 17 mai 2006, p. 37 ss).

161 Cf. art. 2338 du Code civil français, introduit par l'art. 11 de l'Ordonnance du 23 mars 2006 (*supra* note 160): «Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat». Voir par exemple: Dominique Legeais, Le gage de meubles corporels, in: Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Juris-Classeur Périodique, Supplément au n° 20 – 17 mai 2006, p. 12 ss, p. 16 ss.

ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs»[162] et peut garantir des créances «présentes ou futures», à condition qu'elles soient déterminables.[163] A noter que les parties peuvent convenir d'un pacte commissoire.[164]

Le Décret d'application relatif à la publicité de ce gage sans dépossession a été publié le 31 décembre 2006[165] et est entré en vigueur le 1er mars 2007.[166] Il prévoit que l'inscription du gage est faite «à la requête du créancier sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou [...] dans le ressort duquel est situé [...] son siège ou son domicile».[167] Ce Décret prévoit en outre l'institution d'un «fichier électronique national»[168], «consultable gratuitement sur un site d'information accessible par le réseau Internet»[169] et dans lequel sont reportés (pour chaque inscription prise dans le registre «spécial») «le nom du constituant ainsi que la catégorie à laquelle appartient le bien affecté en garantie».[170] La consultation du fichier national suppose que le requérant fournisse des données relatives au constituant et précise la catégorie du bien grevé.[171]

On peut relever que, parallèlement, une révision substantielle a été proposée en *Grande-Bretagne*; elle prévoyait notamment l'introduction d'un *Company security interest* sans dépossession, moyennant inscription dans un registre, inspiré de l'art. 9 du *Uniform Commercial Code* américain.[172] Cette proposi-

162 Art. 2333 al. 1 du Code civil français. Cf. Legeais (note 161), p. 16.

163 Art. 2333 al. 2 du Code civil français. Legeais (note 161), p. 16.

164 Art. 2348 al. 1 du Code civil français, dont la portée est précisée par les alinéas 2 et 3: «La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé [...]. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée». Cf. Legeais (note 161), p. 15.

165 Décret n° 2006–1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession (Journal officiel de la République française n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20368 ss).

166 Art. 21 du Décret (note 165).

167 Art. 1 al. 1 du Décret (note 165).

168 Art. 9 al. 1 du Décret (note 165). Cf. *http://www.cngtc.fr/fichier-national-gages.php*.

169 Art. 9 al. 3 du Décret (note 165).

170 Art. 10 al. 1 du Décret (note 165).

171 Art. 11 du Décret (note 165). Voir le site Internet d'où peut s'effectuer la consultation électronique du fichier: *http://www.infogreffe.fr/infogreffe/afficherGageSansDepossession.do*.

172 Cf. Company Security Interest, Presented to the Parliament of the United Kingdom by the Secretary of State for Constitutionnal Affairs and Lord Chancellor by Command of her Majesty (août 2005), disponible à l'adresse suivante: *http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc296.pdf*. Voir par exemple: Dahan (note 155), p. 96 ss.

tion a été fort critiquée[173] et n'a finalement pas été retenue dans le *Companies Act* adopté en 2006.[174] Les milieux intéressés ont semble-t-il craint que la réforme ne rigidifie et ne complexifie le système[175] et qu'elle ne soit la source d'une certaine insécurité juridique.[176]

S'agissant des pays européens, on peut également relever qu'une réflexion sur l'introduction d'un gage mobilier sans dépossession est également en cours en *Autriche*.[177]

En *Amérique du Nord*, c'est évidemment l'art. 9 du *Uniform Commercial Code* américain qui sert de référence, et qui est fréquemment cité comme source d'inspiration pour une réforme du droit suisse notamment.[178] Il permet depuis 1952 la constitution d'un gage sans dépossession moyennant inscription dans un registre.[179] L'art. 9 UCC a fait l'objet d'une révision avec effet au 1er juillet 2001[180]; il s'agissait notamment de régler certaines questions relatives au lieu d'enregistrement du *financing statement* concernant le gage et

173 Voir par exemple: Richard Calnan, The reform of company security interests, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 2005 p. 25 ss. Voir aussi les prises de position du Financial Law Committee de la City of London Law Society: Company Security interests. Commentary by the Financial Law Committee of the City of London Law Society on Law Commission Consultation Paper No. 176 (du 22 novembre 2004), accessible à l'adresse suivante: *http://www.citysolicitors.org.uk/Legal_activities/defaulton.asp?s=3&lo=3&on=9*; The registration of companies' security interests (company charges). Comments of the Financial Law Committee City of London Law Society on the DTI's Consultation Document of July 2005 (du 31 août 2005), accessible à l'adresse suivante: *http://www.citysolicitors.org.uk/_word/finregcompsec2005.pdf.*

174 Cf. *http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/20060046.htm.*

175 Voir par exemple Calnan (note 173), p. 33.

176 Voir par exemple à ce propos: Gerard McCormack, The Uncitral Legislative Guide on Secured Transactions – Functionalism and Form, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 43 ss, p. 59.

177 Voir à cet égard Meinhard Lukas, Effect of Security Rights vis-à-vis Third Persons, in: Ulrich Drobnig, Henk J. Snijders et Erik-Jan Zippro (éd.), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?, Munich 2006, p. 95 ss, p. 100.

178 Voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 1092 et n° 494 *ad* art. 884; Berger (note 25), p. 214 ss; Antoine Eigenmann, Le livre 9 UCC au regard du droit suisse, in: Bénédict Foëx, éd., La défaillance de paiement. Retard et défaut de paiement, Fribourg 2002, p. 339 ss.

179 Sur l'art. 9 UCC, voir notamment: Eigenmann (note 24), p. 161 ss; Barbara Graham-Siegenthaler, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr. Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung, thèse d'habilitation Zurich, Berne 2005, p. 514 ss; Riffard (note 40), p. 124 ss; Eigenmann (note 178), p. 340 ss; etc.

180 Pour le texte révisé, voir par exemple: William D. Warren et Steven D. Walt, Commercial Law: Selected Statutes, New York 2006, p. 658 ss.

de supprimer l'exigence de la signature du constituant sur le *financing statement*.[181]

Dans la mouvance de l'art. 9 UCC, plusieurs provinces du *Canada*[182] et la *Nouvelle-Zélande*[183], notamment, ont introduit dans leur système juridique un gage sans dépossession moyennant inscription.

2. *Travaux d'unification ou d'harmonisation internationales*

Une évolution peut également être observée à l'échelle internationale. Ici aussi, on se bornera à citer les principaux exemples.

En premier lieu, on peut rappeler qu'a été adoptée le 16 novembre 2001 au Cap une *Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles*, que la Suisse a signée, et qui prévoit l'introduction d'une sûreté réelle sur des biens d'équipement (avions, matériel d'équipement ferroviaire, etc.) moyennant inscription dans un registre[184]; cette convention est complétée (en l'état) par deux protocoles, l'un concernant le matériel aéronautique (2001) et l'autre le matériel roulant ferroviaire (adopté le 23 février 2007).[185] La Convention et le Protocole aéronautique sont entrés en vigueur[186]; le registre destiné à recevoir les inscriptions de garanties internationales sur le matériel aéronautique est accessible par Internet.[187]

S'agissant encore des textes adoptés, on peut signaler l'existence d'un *Acte uniforme portant organisation des sûretés* (1999) de l'*Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* (OHADA), qui prévoit une hypothèque mobilière sur les stocks de marchandises notamment[188], de la *Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière*, qui vise à harmoniser le régime juridique applicable aux garanties remises sous forme d'espèces ou d'instru-

---

181 Voir notamment les §§ 9–301, 9–307, 9–502 et 9–509 UCC. Cf. par exemple: Harry C. Sigman, The Filing System Under Revised Article 9, The American Bankruptcy Law Journal 1999 p. 61 ss, pp. 62 ss et 68 ss; Warren/Walt (note 180), Official Comment *ad* § 9–502, n° 3; Eigenmann (note 24), pp. 207 et 208.

182 Voir par exemple: *Personal* Property *Security Act, 1993* du Saskatchewan (disponible à l'adresse suivante: *http://www.qp.gov.sk.ca/documents/English/Statutes/Statutes/P6–2.pdf*); art. 2660 et 2665 du Code civil du Québec (1994; cf. Denise Pratte, Priorités et hypothèques, 2e éd., Sherbrooke 2005, p. 132 ss; Michel Deschamps, Le droit des sûretés au Québec, in: Repenser le droit des sûretés mobilières [sous la dir. de Marie-Elodie Ancel], Paris 2005, p. 73 ss, p. 75 ss).

183 *Personal Property Securities Act 1999*; *http://www.legislation.govt.nz*.

184 Voir *http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/main.htm*.

185 Pour le texte de ces protocoles, voir: *http://www.unidroit.org/french/conventions/c-main.htm*.

186 Le 1er avril 2004 s'agissant de la Convention, le 1er mars 2006 pour le protocole; cf. *http://www.unidroit.org/french/implement/i-main.htm*.

187 Cf. *http://www.aviareto.aero/public/*.

188 Cf. *http://ohada.net/actescons_fr.php?IDTexte=3&idirb=1*.

ments financiers[189] et de la *Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire*, du 5 juillet 2006[190] (dont le Conseil fédéral propose la ratification[191]), qui régit notamment le droit applicable à la création de sûretés sur les titres «intermédiés».[192]

On peut par ailleurs rappeler qu'en 1994, la *Banque européenne pour la reconstruction et le développement* (BERD) a élaboré une *Loi-modèle sur les sûretés* (tant mobilières qu'immobilières), prévoyant notamment l'introduction d'un gage mobilier sans dépossession moyennant inscription dans un registre.[193] Cette *Model Law* a semble-t-il joué un rôle non négligeable dans la modernisation d'un certain nombre de réglementations de droit des sûretés dans les pays de l'ancien bloc communiste.[194] Elle a été en quelque sorte complétée en 2004 par des *Guiding Principles for the Development of a Charges Registry*[195] . Il convient enfin de souligner que la BERD a dressé une liste de dix *Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés*[196], dont on citera ici les trois suivants:

«2. Constitution simple et sans dépossession. La loi doit permettre la constitution rapide, simple et peu onéreuse d'une sûreté sans priver le débiteur de l'usage des biens grevés».

«7. Toutes catégories de biens/dettes/personnes. Une sûreté doit pouvoir:
porter sur toutes catégories de biens;
garantir toutes catégories de dettes; et
être constituée entre toutes catégories de personnes».

«10. Autonomie de la volonté. Les parties doivent autant que possible être laissées libres d'adapter la sûreté aux besoins particuliers de leur transaction».

Au chapitre des lois-modèles, on peut aussi signaler la *Model Inter-American Law on Secured Transactions* adoptée par l'*Organisation des Etats*

189 Cf. par exemple Thomas Keijser, Financial Collateral Arrangements, Deventer 2006.

190 Cf. *http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72.*

191 Cf. Message (note 13), p. 8894 ss.

192 Dans ce domaine, voir par ailleurs l'Avant-projet de Convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés; *http://www.unidroit.org/french/publications/proceedings/2006.*

193 *Model Law on Secured Transactions*. Cf. *http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/modellaw.pdf.* Cf. Jan-Hendrik Röver, Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten. Eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung, Munich 1999, p. 69 ss; Thilo Rott, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten, Tübingen 2000, p. 92 ss. Le texte de cette Loi-modèle est par exemple publié in: Joseph J. Norton et Mads Andenas (éd.), Emerging Financial Markets and Secured Transactions, Londres 1998, p. 446 ss.

194 Cf. notamment: Dahan (note 155), p. 97 s.; Affaki (note 138), p. 167 s. Cf. *supra* appel de note 158.

195 Cf. *http:// www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/index.htm.*

196 Cf. *http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/about/prin/stfr.htm.*

américains en 2002[197] et qui préconise également l'introduction d'une hypothèque mobilière moyennant inscription dans un registre.

Il convient par ailleurs de mentionner le projet de *Guide législatif sur les opérations garanties*[198] de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (Cnudci), en voie d'adoption, qui propose, par 230 recommandations destinées aux législateurs nationaux, un système très complet de sûretés mobilières, dont un gage mobilier sans dépossession et moyennant inscription dans un registre.[199]

On peut enfin signaler que, dans une étude commandée par l'Union Européenne sur l'interaction du droit des contrats et des droits réels en Europe, les professeurs C. von Bar et U. Drobnig proposent notamment d'unifier ou d'harmoniser à l'échelle européenne le droit des sûretés mobilières, en introduisant à terme un gage sans dépossession.[200] L'idée d'un *European Security Right* avec inscription dans un registre centralisé fait d'ailleurs son chemin, dans les cercles académiques en tout cas.[201]

3. *Conclusion*

Sans vouloir dresser un bilan définitif de ce qui précède, force est de constater qu'une *tendance très nette* se dessine: à l'étranger comme au plan international, le rajeunissement des sûretés mobilières passe par l'introduction (ou l'élargissement) d'un gage mobilier sans dépossession. Que la Grande-Bretagne ait (provisoirement?) renoncé à aller de l'avant n'est pas déterminant puisqu'elle dispose déjà d'une institution qui s'en approche, qualifiée parfois

---

197 Cf. *http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions_eng.htm.*

198 Cf. *http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/6Security_Interests.html.*

199 Sur ce projet de Guide législatif, voir notamment: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007.

200 Christian von Bar et Ulrich Drobnig, The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study, Munich 2004, p. 469.

201 Karl F. Kreuzer, Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des internationalen Privatrechts, in: Walter A. Stoffel et Paul Volken, éd., Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65e anniversaire, Fribourg 1990, p. 613 ss, p. 637 ss; Henk J. Snijders, Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables, in: Ulrich Drobnig, Henk J. Snijders et Erik-Jan Zippro (éd.), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?, Munich 2006, p. 153 ss, p. 159 ss. Voir encore, par exemple: Eva-Maria Kieninger, Evaluation: a common core? Convergences, subsisting differences and possible ways for harmonisation, in: Eva-Maria Kieninger, éd., Security Rights in Movable Property in European Private Law, Cambridge 2004, p. 647 ss, p. 667 s.

de *«Holy Grail of financial law»*[202]: la *floating charge*.[203] On reste en revanche quelque peu surpris que, parmi nos Etats voisins, ni l'Allemagne ni l'Italie ne semblent envisager d'entreprendre une réforme de leur droit des sûretés mobilières.

II. En Suisse

1. Quelques modifications législatives récentes

Quoi que l'on dise parfois, le droit suisse n'est pas statique. Ainsi, dans notre domaine, on peut signaler *deux modifications récentes* et *deux autres en voie d'adoption*, qui, si elles ne sont pas fondamentales, n'en sont pas moins significatives.

Ainsi, par un nouvel art. 27 al. 3 entré en vigueur au 1er juillet 2004[204], la loi fédérale sur les banques prévoit désormais (au titre de protection systémique) que le sursis bancaire ou d'autres mesures protectrices en cas d'insolvabilité d'une banque n'affectent pas la «validité juridique des accords conclus préalablement en matière de compensation ou de réalisation de gré à gré de sûretés, lorsque ces dernières se composent de titres ou d'autres instruments financiers négociés sur un marché représentatif».[205]

Dans la même veine, l'art. 16 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite bancaire[206], entrée en vigueur le 1er août 2005[207], prévoit que le *droit de procéder à la réalisation privée n'est pas affecté* par la faillite de l'établissement bancaire ayant constitué le gage.[208]

Ces dispositions s'écartent du principe selon lequel les conventions autorisant la réalisation privée du gage ne peuvent pas être invoquées en cas de mesures d'exécution forcée (saisie ou séquestre du bien grevé, faillite) à l'en-

---

202 Philip R. Wood, Is the English Law of Security Interests Sleepwalking?, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 2005 p. 211 ss, p. 211.

203 Sur la *floating charge*, voir par exemple: Roy Goode, Security Interests in Movables under English Law, in: Karl. F. Kreuzer, éd., Mobiliarsicherheiten: Vielfalt oder Einheit? Baden-Baden 1999, p. 43 ss, p. 57 ss; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 414 ss.

204 RO 2004 p. 2776.

205 RO 2004 p. 2770.

206 Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières, du 30 juin 2005 (OFB; RS 952.812.32).

207 RO 2005 p. 3551.

208 Art. 16 OFB: «1. Les sûretés, sous forme de titres ou d'autres instruments financiers, ne doivent pas être remises, dans la mesure où les conditions légales pour leur réalisation par le bénéficiaire des sûretés sont réunies. 2. Ces biens, ainsi que la preuve du droit à leur réalisation, doivent toutefois être annoncés au liquidateur de la faillite, qui doit les mentionner sur l'inventaire. 3. Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur de la faillite sur le calcul du produit de réalisation des sûretés. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite».

contre du constituant.[209] Elles peuvent s'expliquer par le souci de tenir compte des risques particuliers inhérents à l'insolvabilité d'une banque.

Ces exceptions pourraient connaître une extension non négligeable lors de l'adoption de la Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI). Le projet de LTI prévoit en effet à l'art. 31 al. 2 que le droit de procéder à la réalisation privée des titres «intermédiés» grevés d'une sûreté «subsiste même lorsque le constituant de la sûreté fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée ou d'une mesure d'assainissement ou de protection»[210] s'il s'agit de titres «négociés sur un marché représentatif».[211] Dans le système de la LTI, l'exception deviendra donc la règle et l'on peut s'en réjouir.[212] On peut cependant regretter que le Message du Conseil fédéral présente cette avancée importante comme une codification de la pratique.[213]

Mais ce n'est pas seulement en étendant le champ d'application des clauses contractuelles prévoyant la réalisation privée que le projet de LTI innove: il prévoit également de *s'écarter du principe de spécialité*. En effet, l'art. 25 al. 2 *lit.* b et c du projet indique qu'une sûreté sur des titres «intermédiés» peut porter «sur tous les titres figurant au crédit d'un compte» ou «sur une partie des titres figurant au crédit d'un compte à concurrence d'une valeur déterminée».[214] Ainsi donc, la sûreté pourrait être constituée non seulement sur des titres déterminés, mais également sur un ensemble de titres ou un sous-ensemble de titres, sans que ceux-ci ne doivent être déterminés autrement que par leur valeur totale. Cette exception au principe de spécialité est fort bien motivée dans le Message du Conseil fédéral[215] et emporte la conviction.[216]

---

209 Voir par exemple: ATF 116 III 23/26; ATF 108 III 91/94; Oftinger/Bär (note 60), n°s 39 et 53 *ad* art. 891; Steinauer (note 10), n° 3122b; Nicolas Jeandin, Défaillance, réalisation et insolvabilité: Enseignements pour le droit suisse, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 125 ss, p. 129. Voir cependant les critiques de Zobl (note 47), n° 40 s. *ad* art. 891; Bauer (note 72), n° 34 s. *ad* art. 891; Benno Degrandi, Rechtsprobleme des Lombardkredites, RSDA 1990 p. 2 ss, p. 10; Elisabeth Moskric, Der Lombardkredit, thèse, Zurich 2003, p. 233; etc.

210 RO 2006 p. 8929.

211 Art. 31 al. 1 du projet de LTI; RO 2006 p. 8929.

212 Cf. (à propos de l'avant-projet de LTI): Antoine Eigenmann, Projet de loi sur le dépôt et le transfert des titres intermédiés, aspects choisis, RSDA 2006 p. 104 ss, p. 115; Bénédict Foëx, Gage sur les droits-valeurs: développements récents, in: Mélanges publiés par l'Association des Notaires Vaudois à l'occasion de son centenaire (sous la dir. de François Bianchi), Zurich 2005 p. 235 ss, p. 249.

213 Message (note 13), p. 8879.

214 RO 2006 p. 8926.

215 RO 2006 p. 8870.

216 Cf. (à propos de l'avant-projet de LTI): Eigenmann (note 212), p. 113; Foëx (note 212), p. 247 s.

On le constate, notre droit des sûretés mobilières évolue. Cette évolution se fait un peu en catimini et dans des secteurs assez spécialisés du droit bancaire, mais elle n'en est pas moins significative. Il n'y a guère de raison de s'arrêter en si bon chemin et de ne pas étendre ces avancées à d'autres provinces du droit des sûretés mobilières.[217]

2. *Des dogmes chancelants*

Nos droits réels sont gouvernés par un certain nombre de principes fondamentaux, qui sous-tendent notre codification mais que la loi n'exprime pas en tant que tels.[218] Ces principes jouent un rôle important dans la compréhension des institutions de droits réels et dans l'application des dispositions qui les régissent. Mais il ne faut pas les ériger en règles absolues: d'une part, ils ne lient pas le législateur[219] et d'autre part, ils connaissent des exceptions.

Notre droit des sûretés (et particulièrement notre droit du nantissement) est également régi par ces principes. Dans ce domaine, ils semblent parfois s'imposer comme des dogmes. Mais à y mieux regarder, il s'agit plutôt de dogmes chancelants. Il paraît important de le rappeler et de souligner ainsi que ces principes ne sauraient faire obstacle à une réforme des sûretés mobilières.

En ce qui concerne en premier lieu le *principe du nantissement*[220], force est de constater qu'il tolère des exceptions (sous forme d'hypothèque mobilière), ainsi que l'indique expressément l'art. 884 al. 1 CC.[221] A cela s'ajoute que le principe du nantissement a fait l'objet de nombreuses et sérieuses critiques: on lui reproche essentiellement de reposer sur la possession, un instrument de publicité peu efficace, qui ne correspondrait de surcroît plus aux conceptions et aux besoins actuels.[222]

Ce n'est pas le lieu d'analyser la question en détail et de rechercher si le principe du nantissement remplit efficacement le rôle que le législateur lui a dévolu: protéger les tiers, le créancier gagiste et le constituant.[223] On peut se borner à constater qu'avec l'évolution de la technique, il est possible d'introduire un registre informatisé et performant, susceptible d'assurer de façon satisfaisante la publicité des sûretés réelles. En d'autres termes, le principe du

---

217 Cf. Foëx (note 101), p. 162 s.

218 Voir notamment: Meier-Hayoz (note 111), Syst. T., n°s 56 ss; Zobl (note 10), Syst. T., n°s 240 ss; Bauer (note 72), Vor Art. 884–894, n°s 20 ss; Steinauer (note 14), n°s 120 ss; etc.

219 Voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 243.

220 Cf. *supra* note 73.

221 Cf. Zobl (note 10), n° 8 *ad* art. 884.

222 Voir par exemple: Girsberger (note 1), p. 102 ss; Zobl (note 10), n° 494 *ad* art. 884; Altorfer (note 91), p. 79 ss; Wiegand (note 50), p. 555 s.; Thévenoz (note 2), p. 311; etc.

223 Voir notamment à ce propos: Girsberger (note 1), p. 100 s.; Zobl (note 10), n°s 484 ss *ad* art. 884; Foëx (note 91), p. 88 ss.

nantissement conserve sa raison d'être; il ne peut cependant être invoqué pour faire obstacle au développement d'autres formes de sûretés dont la publicité répondrait de façon satisfaisante aux buts que le législateur lui a assignés.[224]

Le *principe de spécialité*[225] est destiné à assurer une certaine clarté des relations juridiques sur une chose[226] et à renforcer la publicité des droits réels[227]; il permet également d'empêcher la constitution d'hypothèques générales du droit commun.[228] Mais les exceptions à ce principe se sont multipliées au cours des années en droit des sûretés réelles[229] et on vient de voir qu'il est question d'en introduire encore une.[230]

En outre, si la possession peine à rendre public un droit réel grevant plusieurs objets, tel n'est pas le cas d'un registre, dont les inscriptions peuvent fort bien refléter le caractère plus ou moins générique ou multiple des objets grevés.[231]

Sans être devenu obsolète, le principe de spécialité ne s'impose donc plus comme une évidence. Dans son Message du 15 novembre 2006 relatif à la LTI, le Conseil fédéral ne s'est d'ailleurs guère embarrassé de précautions oratoires ou de développements dogmatiques pour justifier sa mise à l'écart (s'agissant de l'engagement des titres «intermédiés»): il s'est fondé essentiellement sur des considérations d'ordre pratique.[232] On peut donc considérer qu'à l'heure actuelle plus encore que par le passé, le principe de spécialité n'a que la portée que le législateur veut bien lui prêter; la modernisation de notre droit des sûretés mobilières ne devrait donc pas être conditionnée par le souci d'assurer sa préservation absolue.

Notre droit des sûretés mobilières est par ailleurs dominé par le *principe de l'accessoriété*, qui s'applique notamment au nantissement et au gage sur

---

224 D'un avis contraire: Bauer ([note 72], n° 5 *ad* art. 884), qui estime que le principe du nantissement est mieux à même d'assurer la clarté des relations juridiques relatives à une chose mobilière.

225 Cf. *supra* note 102.

226 Cf. par exemple: Bauer (note 72), n° 22 *ad* art. 884; Eigenmann (note 24), p. 100.

227 Cf. par exemple: Wolfgang Wiegand, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt et Thomas Geiser, éd., Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 2e éd., Bâle 2003, Vor Art. 641 ff., n° 60.

228 Cf. par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n° 258.

229 Outre les exemples donnés *supra* note 109 (gage sur les entreprises de chemin de fer, de navigation et de trolleybus), voir notamment les art. 798 al. 1 CC (gage immobilier collectif), 27 al. 1 LRA (hypothèque globale sur plusieurs aéronefs), 29 ss LRA (extension du gage aux pièces de rechange d'un aéronef) et 18 LLG (droit de gage du titulaire d'une lettre de gage).

230 Cf. *supra* appel de note 214.

231 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 750; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 33.

232 Message (note 13), p. 8870: respecter le principe de spécialité «à la lettre lors de la constitution de sûretés sur des titres intermédiés forcerait soit à engager tous les titres figurant au crédit d'un compte, soit à définir le gage jusqu'au niveau des titres, par exemple en indiquant leur numéro ISIN ou leur numéro de valeur. [...] ce qui intéresse en principe le bénéficiaire de la sûreté, c'est non pas qu'elle soit constituée de tels ou tels titres, mais qu'elle atteigne une certaine valeur».

les créances et autres droits.[233] Il en résulte que le gage dépend, dans sa naissance, son existence, son transfert et son extinction, de la créance garantie.[234] Il s'agit de protéger le constituant, en limitant la portée et la durée de son engagement.[235]

Ce principe est proclamé, mais connaît de nombreuses exceptions.[236] En particulier, il est généralement admis que le gage des art. 884 et 899 ss CC peut être créé en garantie d'une créance future ou soumise à condition suspensive et qu'il naît avant que la créance ne s'actualise[237]; de même, il est admis que lorsque le gage est destiné à garantir successivement plusieurs créances, il ne s'éteint pas avec l'extinction de la première créance pour renaître à l'avènement de la créance suivante, mais qu'il subsiste dans l'intervalle.[238] En revanche, on considère (de façon quelque peu contradictoire) que le gage s'éteint pour renaître lorsque la créance garantie est remplacée par une autre créance[239]; par ailleurs, la doctrine n'évoque que rarement le moment de la naissance d'un gage constitué en garantie d'une créance purement éventuelle[240], laissant subsister l'incertitude en la matière.

Quoi qu'il en soit, le principe d'accessoriété ne devrait pas non plus constituer un obstacle incontournable dans une réforme des sûretés mobilières; ce pourrait au contraire être l'occasion de clarifier le lien entre la sûreté et la créance garantie et de renforcer la sécurité juridique en la matière.[241]

Notre droit des choses ne connaît pas le *principe de subrogation réelle*, selon lequel un droit réel se reporte *ipso facto* sur la chose qui remplace l'objet sur lequel il portait initialement.[242] Cela n'empêche pas la loi de consacrer ici ou là des cas de subrogation réelle.[243] Il devrait donc être possible, dans le cadre d'une réforme des sûretés mobilières, d'en prévoir d'autres.

---

233 Voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n°s 246 ss; Bauer (note 72), Vor Art. 884–894, n°s 20 ss.

234 Zobl (note 10), Syst. T., n° 246; Bauer (note 72), n° 52 *ad* art. 884; etc.

235 Voir par exemple: Graham-Siegenthaler (note 179), p. 754 et 770; Wiegand (note 39), p. 112; Wolfgang Wiegand, Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in: Probleme der Kreditsicherung. Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Berne 1982, p. 35 ss, p. 38.

236 Voir par exemple: Zobl (note 10), Syst. T., n°s 248 ss; Bauer (note 72), n°s 54 s. *ad* art. 884.

237 Cf. par exemple: Zobl (note 10), n°s 224 ss *ad* art. 884; Bauer (note 72), n° 55 *ad* art. 884.

238 Cf. Zobl (note 10), n° 219 *ad* art. 884.

239 Zobl (note 10), n°s 213 ss *ad* art. 884.

240 Voir cependant Leemann ([note 59], n° 23 *ad* art. 884) et Steinauer ([note 10], n° 3081) qui indiquent expressément que le gage naît lors du transfert de la possession (et non lorsque la créance s'actualise).

241 Cf. *infra* C.VII.

242 Meier-Hayoz (note 111), Syst. T., n° 105; Zobl (note 10), Syst. T., n° 315; Oftinger/Bär (note 60), n° 21 *ad* art. 892; etc.

243 Ex.: art. 721 al. 3, 750 al. 3 et 774 al. 2 CC, art. 57 LCA, art. 39 et 40 LRA. Voir notamment: Meier-Hayoz (note 111), Syst. T., n° 105; Bauer (note 72), n° 13 *ad* art. 892.

En définitive, les relations entre les personnes et les choses doivent être claires, perceptibles par les tiers et aisément constatables: notre droit des choses a besoin de clarté, de sécurité, de publicité. Dans ce contexte, les grands principes qui le gouvernent renforcent considérablement l'édifice. S'il importe de ne pas saper ces piliers, il ne faut pas non plus les sacraliser: ils tolèrent déjà des exceptions, sans que la structure n'en souffre; ils peuvent en connaître d'autres si le législateur l'estime justifié.

3. *Une réflexion en cours depuis une vingtaine d'années*

La réflexion en vue d'une réforme du droit suisse des sûretés mobilières a été entamée au début des années quatre-vingt. Wolfgang Wiegand a proposé dans son article relatif à la fiducie-sûreté publié en 1980 de transformer le registre des pactes de réserve de propriété en un registre destiné à recevoir les inscriptions de toutes les sûretés mobilières[244], proposition qui semble avoir convaincu Dieter Zobl[245]; on trouve par ailleurs dans la thèse de doctorat de Stephan Ottrubay, publiée la même année, plusieurs propositions *de lege ferenda* concernant le pacte de réserve de propriété.[246]

Mais à mon sens, le débat a véritablement été lancé en 1981, par la parution de la thèse de doctorat de Peter Altorfer. Ce travail consacré à l'hypothèque mobilière s'achève en effet par un chapitre consacré à la réforme des sûretés mobilières, dans lequel l'auteur préconise l'introduction d'une hypothèque mobilière sur les biens d'équipement et les stocks de marchandises, moyennant inscription constitutive dans un registre.[247]

Les choses se sont accélérées dans la seconde moitié des années nonante. En 1995, Luc Thévenoz suggère l'introduction d'un «gage mobilier sans dépossession, limité dans son objet (*e.g.* les biens d'équipement et les stocks) et dans la finalité de l'opération (crédit commercial, et non crédit à la consommation)».[248] En 1996, Diego Bischof propose l'institution d'un registre des contrats de *leasing*, dans lequel une inscription devrait être prise pour que le donneur de *leasing* conserve la propriété de l'objet remis en *leasing*.[249] En 1997, Daniel Girsberger propose d'insérer dans le Code civil des dispositions relatives à une hypothèque sur des biens d'investissement présentant une certaine valeur, moyennant inscription constitutive dans un registre électronique

244 Wiegand (note 50), pp. 557 ss.
245 Cf. Zobl (note 10), n° 494 *ad* art. 884 et Syst. T., n° 1092.
246 Ottrubay (note 39), p. 85 ss.
247 Altorfer (note 91), p. 211 ss.
248 Thévenoz (note 2), p. 312.
249 Diego Bischof, Le leasing de biens mobiliers. Etude de droit positif et désirable, thèse, Lausanne 1996, p. 215 ss.

et centralisé[250]; il effectue simultanément des propositions concernant l'inscription des contrats de *leasing*.[251] La même année, Theodor Bühler préconise l'introduction d'une hypothèque mobilière sur les machines et autres biens d'équipement avec inscription dans un registre centralisé.[252] En 1998, poursuivant sa réflexion entamée près de vingt ans plus tôt, Wolfgang Wiegand plaide pour l'introduction d'un registre centralisé, informatisé et accessible par Internet, servant à l'inscription d'une hypothèque mobilière destinée à garantir des crédits autres que privés.[253] Enfin, dans sa thèse de doctorat parue en 1999, Nicolas Iynedjian[254] se rallie à l'idée de l'introduction d'une hypothèque mobilière grevant le cas échéant des «éléments globaux»[255], avec registre informatisé consultable par Internet.

De nombreuses autres contributions sont parues depuis lors[256], dont un article de Bernhard Berger, dans lequel est préconisée l'introduction d'une hypothèque mobilière (pouvant grever des universalités) qui naîtrait *solo consensu* et deviendrait opposable aux tiers par inscription dans un registre.[257]

Mais les réflexions les plus achevées, au bénéfice de développements de droit comparé approfondis, me paraissent être celles présentées par Antoine Eigenmann (2001) et par Barbara Graham-Siegenthaler (2005). Dans sa thèse de doctorat, Antoine Eigenmann propose l'adoption d'une *Loi fédérale sur les sûretés mobilières* et d'une *Ordonnance sur le registre central des sûretés mobilières*, textes dont il fournit une première mouture qu'il commente en-

250 Girsberger (note 1), p. 107 ss.

251 Daniel Girsberger, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, Zurich 1997, pp. 184 ss et 512 s.

252 Theodor Bühler, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr. Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt, Zurich 1997, p. 211 s.

253 Wiegand (note 39), p. 130 s.

254 Iynedjian (note 110), p. 214 ss.

255 Iynedjian (note 110), p. 216, et p. 215.

256 Voir par exemple: Wiegand (note 98), p. 177; de Gottrau (note 91), p. 185 ss; Lionel Aeschlimann, Défaillance, réalisation et insolvabilité: le point de vue du praticien sur quelques questions choisies, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 153 ss; Antoine Eigenmann, Publicité et effets à l'égard des tiers des sûretés mobilières, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 91 ss; Aeschlimann /Foëx (note 51), p. 30 ss; Eigenmann (note 212), pp. 113 et 118; Foëx (note 91), p. 93 ss; Bénédict Foëx, Les types et la création de sûretés selon le Guide législatif de la CNUDCI. Quelques enseignements pour le droit suisse, in: Bénédict Foëx, Luc Thévenoz et Spiros V. Bazinas, éd., Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la Cnudci, Genève 2007, p. 63 ss; Bénédict Foëx, La Convention du Cap relative aux garanties portant sur des matériels d'équipement mobiles, in: Bénédict Foëx, éd., La défaillance de paiement. Retard et défaut de paiement, Fribourg 2002, p. 393 ss, p. 400 s.

257 Berger (note 25), p. 208 ss et 214 ss.

suite[258]; selon ces propositions, une sûreté mobilière pourrait être constituée sur des biens mobiliers et des universalités, en garantie d'une créance quelconque (actuelle, future ou simplement éventuelle), moyennant inscription dans un registre centralisé opérée par le préposé au registre; la nécessité d'une inscription s'appliquerait même à la cession de créance, pour peu que le cédant soit une entreprise. Quant à Barbara Graham-Siegenthaler, elle présente quarante thèses pour une réforme des sûretés mobilières, qui tendent à l'introduction d'une sûreté mobilière pouvant grever des universalités flottantes, inscrite par les parties dans un registre centralisé et informatisé.[259]

Sans qu'il soit question d'effectuer ici une synthèse de ces réflexions et propositions, on peut souligner qu'elles tendent toutes[260] à l'introduction d'une sûreté mobilière inscrite dans un registre plus performant que ceux que notre droit connaît actuellement. Elles divergent en revanche notamment sur les objets susceptibles d'être grevés[261], sur la manière de procéder à l'inscription[262] et sur les effets de celle-ci[263] et, en fin de compte, sur le degré d'alignement sur l'art. 9 UCC.

III. Conclusion

Notre droit des sûretés mobilières s'essouffle. Une réforme s'impose; la doctrine l'appelle de ses vœux depuis plus d'une vingtaine d'années. Il existe un *très large consensus* à cet égard[264], peu de voix discordantes s'étant fait entendre.[265]

Quant à la *manière de procéder*, tant l'évolution à l'étranger que les travaux d'unification ou d'harmonisation internationales nous montrent la voie: il s'agit d'introduire une sûreté mobilière (ou, si l'on préfère, d'élargir le champ d'application de l'hypothèque mobilière) inscrite dans un registre tirant parti

258 Eigenmann (note 24), p. 337 ss. On peut également mentionner, au titre de la comparaison des droits américain et suisse, l'ouvrage de P. Reymond (note 135), paru en 1983.

259 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 737 ss.

260 A l'exception peut-être de celle de Thévenoz (note 2), pp. 312 et 352 («gage mobilier sans dépossession», sans qu'une inscription ne soit mentionnée).

261 Par exemple: les biens d'équipement et les stocks (Altorfer [note 91], p. 234 ss), les biens d'équipement présentant une certaine valeur (Girsberger [note 1], p. 108), tous les biens mobiliers, y compris les créances (Eigenmann [note 24], p. 354).

262 Par exemple: inscription nécessitant l'intervention du préposé du registre (Eigenmann [note 24], p. 408 ss) ou opérée directement par les parties (Graham-Siegenthaler [note 179], p. 764 s.; Aeschlimann/Foëx [note 51], p. 36).

263 Inscriptions au registre censées être connues des tiers (Girsberger [note 1], p. 108; Graham-Siegenthaler [note 179], p. 767) ou non (Eigenmann [note 256], p. 97); etc.

264 Cf. de Gottrau (note 91), p. 186.

265 Voir Bauer (note 72), n° 12 *ad* art. 884.

des possibilités techniques actuelles. C'est d'ailleurs ce que préconise la doctrine quasi-unanime.[266]

C. Huit propositions pour une réforme

Les temps sont donc mûrs pour une réforme des sûretés mobilières. Reste à dessiner les contours de la sûreté qui serait introduite. Les développements qui suivent ne se veulent pas une synthèse des propositions qui ont été formulées en ce sens au cours des dernières années; elles sont si riches et abondantes qu'il serait regrettable, si ce n'est illusoire, de les résumer en quelques pages. Il s'agit plutôt de présenter les grands axes autour desquels devrait à mon avis s'orienter la réforme.

On notera au passage que la réforme du droit des sûretés mobilières devrait se maintenir dans une *«sobriété législative»* conforme à la tradition juridique suisse[267]: il ne s'agit pas d'importer dans notre système l'art. 9 UCC, qui compte en réalité plus de 130 articles à la rédaction souvent fort complexe[268], pas plus qu'il ne s'agit de transposer en droit suisse les 230 recommandations[269] que compte le Guide législatif de la Cnudci sur les opérations garanties.[270]

Ainsi que le note le Conseil fédéral dans son Message concernant le projet de Code de procédure civile suisse: «Il faut renoncer à régler le moindre détail et éviter les longueurs inutiles. [...] En présence de variantes, la plus simple doit être préférée. La terminologie doit être accessible, le système, intelligible et doté d'une flexibilité qui permette la gestion efficace et adéquate des cas particuliers. Le droit doit également pouvoir évoluer».[271] L'objectif est donc d'offrir des solutions aussi simples que possible, permettant de préserver la cohérence du système et répondant aux besoins des parties.

---

266 Voir cependant Bauer ([note 72], n° 12 *ad* art. 884), qui doute de l'opportunité d'introduire une hypothèque mobilière, au vu des autres types de sûreté déjà à disposition des parties, eu égard aux problèmes de protection des données que pourrait poser aux parties l'inscription dans un registre et étant donné que le principe du nantissement est mieux à même d'assurer la clarté des relations juridiques sur une chose mobilière.

267 Cf. de Gottrau (note 91), p. 199.

268 On trouve par exemple le texte complet de l'art. 9 UCC (ainsi que la version antérieure, p. 925 ss) dans Warren/Walt (note 180), p. 658 ss.

269 Version du *Working Paper* A/CN.9/631, du 16 mars 2007. Cf. *http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/6Security_Interests.html.*

270 Cf. de Gottrau (note 91), p. 199.

271 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841 ss, p. 6855 s.

I. Une sûreté mobilière nouvelle, pour tous les types de biens meubles

La première proposition tient en l'introduction d'une sûreté mobilière nouvelle, susceptible de grever tous les types de biens meubles.

Il s'agirait d'une *sûreté mobilière nouvelle.* On pourrait, si on l'estime opportun, la qualifier d'hypothèque mobilière. La sûreté nouvelle se rapproche en effet de l'hypothèque mobilière que nous connaissons: il s'agirait aussi d'un gage sans dépossession, moyennant inscription dans un registre. Mais son régime juridique différerait sur des points essentiels de l'hypothèque mobilière, ainsi qu'on va le voir.[272]

Les dispositions relatives à cette sûreté nouvelle pourraient être *insérées dans le Titre vingt-troisième du Code civil*, consacré au gage mobilier.[273] L'adoption d'une loi fédérale distincte relative à la sûreté nouvelle me paraît une solution moins favorable du point de vue de la cohérence du système et de sa lisibilité.[274] A l'image des règles régissant le nantissement (art. 884 et 886 à 894 CC), l'on pourrait se contenter de quelques dispositions, concernant la constitution de la sûreté, son objet, ses effets et son extinction. Les autres règles, notamment celles relatives au registre et à l'inscription dans le registre, pourraient faire l'objet d'une Ordonnance du Conseil fédéral, à l'instar de ce qui a été fait pour l'hypothèque mobilière de l'art. 885 CC.[275]

Cette sûreté devrait pouvoir porter sur *toutes les catégories de biens meubles*[276]: les choses mobilières (y compris les papiers-valeurs), les créances, droits-valeurs et autres droits aliénables, ainsi que les avantages économiques (savoir-faire, clientèle, etc.).[277]

En effet, les propositions de limiter l'objet de la sûreté à certaines catégories de choses (matériel mobilier d'exploitation, approvisionnements et fonds de marchandises[278], biens d'équipement et stocks de marchandises[279], biens d'investissement présentant une valeur minimale[280], biens d'équipement et

---

272 Cf. *infra* C.III et C.V à C.VIII.

273 Girsberger (note 1), p. 108. On pourrait par exemple réutiliser à cette occasion les art. 916 à 918, abrogés en 1931 suite à l'introduction de la LLG.

274 A. Eigenmann ([note 24], p. 338) indique d'ailleurs expressément que sa proposition de loi fédérale sur les sûretés mobilières pourrait être insérée dans le Code civil.

275 Ordonnance du Conseil fédéral sur l'engagement du bétail, du 30 octobre 1917 (RS 211.423.1). Voir aussi la proposition d'Ordonnance sur le registre central des sûretés mobilières d'A. Eigenmann (note 24), p. 346 ss.

276 Il s'agit là d'un des principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés selon la BERD; cf. *supra* appel de note 196.

277 Eigenmann ([note 24], p. 338; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 738 s.; Aeschlimann/Foëx (note 51), pp. 30 s. et 33. Voir en outre l'art. 5.2 de la Loi-modèle de la BERD (note 193) et la Recommandation 2 (a) du Guide législatif de la Cnudci (note 269).

278 Huber (note 75), p. 211.

279 Altorfer (note 91), p. 235 ss.

280 Girsberger (note 1), p. 108.

stocks[281], machines et autres biens d'équipement[282]) n'emportent pas la conviction: par leur diversité même, elles démontrent que le choix serait malaisé. Ainsi, en limitant par exemple la sûreté nouvelle à l'engagement des biens d'équipement, ne risque-t-on pas de regretter demain de ne l'avoir pas étendue aux stocks, comme nous regrettons aujourd'hui que l'hypothèque mobilière ne puisse grever que le bétail et des «macromeubles»? Surtout, la limitation de l'objet de la sûreté à certaines catégories de biens empêcherait (ou compliquerait) l'engagement de certaines universalités (entreprise, etc.), dont il paraît pourtant souhaitable qu'elles puissent être grevées.[283] C'est d'ailleurs pour cela que l'inclusion des avantages économiques (qui ne sauraient guère faire à eux seuls l'objet d'une réalisation et dont l'engagement séparé ne se conçoit donc pas) dans la liste des biens susceptibles d'être grevés se justifie.

Si une limitation du cercle des biens engageables devait néanmoins être retenue, elle pourrait s'effectuer en posant une valeur minimale, ainsi que l'a proposé D. Girsberger[284], ou en excluant tout ou partie des biens de consommation.[285]

On notera enfin que, s'agissant d'une sûreté inscrite, sans dépossession, la sûreté nouvelle sera susceptible de poser des difficultés pratiques lors de la réalisation: il faudra en effet mettre la main sur le bien grevé pour pouvoir le réaliser, ce qui peut nécessiter le recours à la justice ou à l'exécution forcée.[286]

II. Une sûreté mobilière nouvelle s'ajoutant aux sûretés existantes et ouverte à tous

La sûreté mobilière nouvelle devrait *s'ajouter aux sûretés réelles existantes* (nantissement, gage sur les créances et autres droits, hypothèque mobilière, réserve de propriété, etc.) et non les remplacer.[287] Chacun de ces types de sûreté a des caractéristiques qui lui sont propres et répond à des besoins distincts des autres; il n'y a pas de raison d'en priver les parties sous le prétexte qu'une

281 Thévenoz (note 2), p. 312.
282 Bühler (note 252), p. 212.
283 Cf. *infra* C.V.
284 Girsberger (note 1), p. 108.
285 Voir par exemple à cet égard l'art. 2683 du Code civil du Québec: «véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par le règlement».
286 Cf. à cet égard Altorfer (note 91), p. 252; Aeschlimann (note 256), p. 157. Cf., sur la *repossession* en droit américain: Graham-Siegenthaler (note 179), p. 545 s.; voir aussi: Foëx (note 91), p. 89.
287 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 34.

sûreté nouvelle est mise à leur disposition[288]: l'introduction d'une sûreté inscrite serait destinée à combler une lacune de notre système, non à remplacer ce dernier.

En particulier, il faudrait à mon sens se garder d'adopter l'approche dite fonctionnelle des sûretés[289], consacrée notamment par l'art. 9 UCC[290], et consistant à appliquer le même régime juridique à toutes les institutions poursuivant un but de garantie. Il est en effet artificiel de traiter de la même manière le titulaire d'un gage et le créancier qui est propriétaire de la chose servant à garantir sa créance (vendeur sous réserve de propriété, donneur de *leasing*, etc.). La réserve de propriété, par exemple, ne saurait être réduite à sa seule fonction de garantie.[291] A cela s'ajoute que l'approche dite fonctionnelle implique non rarement une requalification des conventions des parties, génératrice d'insécurité juridique.[292] En définitive, la flexibilité de nos institutions est une richesse, qu'il faut veiller à conserver.[293] On notera d'ailleurs que l'approche fonctionnelle n'a pas été suivie par le législateur français dans sa réforme de 2006.[294]

Reconnaître la complémentarité entre les différentes formes de sûretés mobilières n'empêche naturellement pas de les coordonner. A cet égard, une certaine harmonisation de leurs régimes juridiques peut s'avérer néces-

---

288 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 34.

289 Altorfer (note 91), p. 222; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 34 s.; Eigenmann (note 256), p. 91 et la note 2; Foëx (note 256), p. 66 ss. *Contra*: Berger (note 25), p. 227; voir encore Girsberger (note 1), p. 106; Wiegand (note 39), p. 130. Pour une solution intermédiaire: Graham-Siegenthaler (note 179), p. 738.

290 Cf. Riffard (note 40), p. 130 ss; Harry C. Sigman, The security interest in the United States: a unitary functional solution, in: Repenser le droit des sûretés mobilières (sous la dir. de Marie-Elodie Ancel), Paris 2005, p. 55 ss, p. 60 ss; McCormack (note 176), p. 53 ss; etc.

291 Ex.: la vente porte sur un produit destiné à être transformé, dont la composition est protégée (alliage spécial, etc.) et sur lequel le vendeur souhaite conserver un certain contrôle, notamment en cas de faillite de l'acheteur; cf. Foëx (note 256), p. 67.

292 Cf. Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 35. Voir par ailleurs McCormack (note 176), p. 58: «In effect, two types of contractor, the finance lessor and the simple retention of title supplier, who never considered that they were bringing into existence a security interest at all, are magically transformed by legislation into doing what they never wanted to do. Article 9 and PPSA legislation deems the parties to have done something that they expressly did not want to do and this ‹recharacterisation›, if you can call it that, has troubled even arch exponents of an Article 9 type regime».

293 La «recharacterisation» découlant de l'approche fonctionnelle pourrait par exemple être source de difficulté pour les opérations de *repurchase agreement* (cf. Werlen [note 58], pp. 241 et 262; pour le droit anglais: McCormack [note 176], p. 59).

294 Cf. par exemple Legeais (note 161), p. 13: «Les rédacteurs du projet n'ont pas voulu succomber à la tentation de la conception moniste et fonctionnelle des sûretés inspirée des droits anglo-saxons. [...] Les rédacteurs ont voulu s'en tenir à la tradition française faisant une large place à la diversité des techniques utilisées». On peut rappeler également que le Code civil du Québec, de 1994, ne consacre pas non plus l'approche fonctionnelle du droit des sûretés; cf. Deschamps (note 182), pp. 76 et 81 s.

saire.[295] Ainsi, la réforme pourrait par exemple prévoir l'obligation d'*inscrire les cessions de créance aux fins de garantie* dans le registre qu'elle instituerait[296], pour remédier à l'absence de publicité qui caractérise actuellement cette sûreté.[297]

La sûreté nouvelle devrait être *ouverte à tous*, tant aux personnes morales qu'aux personnes physiques (commerçants ou particuliers).[298] Sur le plan des principes, il n'y a guère de raison de priver telle ou telle catégorie de personnes (les consommateurs, par exemple) du recours à la sûreté nouvelle; nous n'avons pas de Code de commerce, pour de bonnes raisons[299]; il ne faudrait pas introduire une sûreté réservée aux commerçants.

Cela étant, des *mesures d'accompagnement* devraient évidemment être prises s'agissant des personnes physiques et, plus particulièrement, des non-commerçants.[300] En concrétisation de la protection résultant de l'art. 27 CC, il faudrait limiter ou interdire l'engagement d'universalités par des personnes physiques.[301] De même, la loi pourrait prévoir que seules certaines catégories de biens (par exemple, les véhicules automobiles) sont susceptibles d'être grevés de la sûreté nouvelle par un consommateur.

III. Un registre pour les sûretés mobilières

Sauf exception, la sûreté nouvelle devrait être inscrite dans un registre. Les registres existant en l'état en matière mobilière sont relativement peu performants (registre des pactes de réserve de propriété, registre pour l'engagement du bétail) ou ne se prêtent guère à une extension de leur champ d'application

---

295 Voir à cet égard les propositions d'A. Eigenmann (note 24), p. 338 ss. Voir encore Graham-Siegenthaler (note 179), p. 738. Dans ce contexte, on peut noter que le Guide législatif de la Cnudci (note 269), tout en préconisant l'adoption de l'approche fonctionnelle (cf. Recommandation 2 [e]) propose deux versions (approche «unitaire» et «non-unitaire») des Recommandations relatives aux «Mécanismes de financement d'acquisitions» (cf. Recommandations 184 ss), ce qui revient à tolérer un régime juridique partiellement distinct.

296 Cf. de Gottrau (note 91), p. 200; Foëx (note 256), p. 71. Voir aussi: Eigenmann (note 256), p. 100. *Contra*: Hänseler (note 23), p. 78. Le Guide législatif de la Cnudci (note 269) propose même d'appliquer le régime qu'il institue à la cession pure et simple de créance (Recommandation 3), ce qui paraît excessif. A. Eigenmann ([note 24], p. 359) considère quant à lui que toute cession de créance effectuée par une entreprise devrait faire l'objet d'une mesure de publicité.

297 Cf. *supra* A.V.6.

298 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 35. Il s'agit là d'un des principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés selon la BERD; cf. *supra* appel de note 196; voir aussi la Recommandation 2 (b) du Guide législatif de la Cnudci (note 269). Voir cependant: Berger (note 25), p. 211 (limitation aux transactions commerciales); Thévenoz (note 2), p. 312 (crédits commerciaux).

299 Cf. Engel (note 3), p. XXXI.

300 Cf. Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 35.

301 Cf. art. 2684 du Code civil du Québec: «Seule la personne [...] qui exploite une entreprise peut consentir une hypothèque sur une universalité de biens [...]».

(registre des aéronefs). La réforme des sûretés mobilières nécessiterait donc l'*introduction d'un registre nouveau*, de conception différente de ceux que nous connaissons.

Tirant parti des possibilités actuelles, ce registre devrait être informatisé[302], *centralisé* pour toute la Suisse[303] et *accessible* en tout temps *par le biais d'Internet*[304] *;* en outre, il devrait être public et consultable librement[305], par Internet.

Compte tenu de la diversité des biens susceptibles d'être grevés, le registre devrait être tenu selon le système personnel (en fonction du nom du constituant) et non selon le système réel (en fonction du bien grevé).[306] En outre, son fonctionnement devrait être simple et peu onéreux: les choses mobilières sont mobiles (par définition) et ne présentent pas nécessairement une valeur élevée; les inscriptions devraient pouvoir être prises rapidement et moyennant un émolument modique.[307]

Plus concrètement, les inscriptions devraient pouvoir être effectuées *directement par les parties*, par le biais d'Internet[308], sans intervention ni contrôle d'un préposé[309]; les données enregistrées seraient réduites au minimum: identité du constituant et du créancier, détermination de l'objet grevé[310] et, le cas échéant, durée de l'inscription. L'indication de la créance garantie et de son montant ne paraît pas indispensable[311], s'agissant de données susceptibles d'évoluer et partant, peu fiables voire génératrices de litiges[312]; au besoin, l'indication d'un montant maximal pourrait être prévue.[313]

---

302 Girsberger (note 1), p. 107; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 760; Wiegand (note 39), p. 131; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36; Foëx (note 91), p. 93.

303 Girsberger (note 1), p. 108; Eigenmann (note 24), p. 407; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 758; Bühler (note 252), p. 212; Berger (note 25), p. 224; Wiegand (note 39), p. 130; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36; Foëx (note 91), p. 93.

304 Wiegand (note 39), p. 131; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36; Foëx (note 91), p. 93.

305 Cf. Eigenmann (note 24), p. 420; Recommandation 55 (g) du Guide législatif de la Cnudci (note 269); art. 35 de la Loi-modèle de la BERD (note 193). Plus restrictive: Graham-Siegenthaler (note 179), p. 769. Voir aussi Eigenmann (note 256), p. 97.

306 Eigenmann (note 24), p. 420; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 760; Foëx (note 91), p. 94.

307 Cf. *supra* note 119, s'agissant du registre néo-zélandais.

308 Cf. à titre d'illustration le *Personal Property Securities Register* néo-zélandais *(www.ppsr.govt.nz/pls/web/dbssiten.main),* avec un didacticiel (*www.ppsr.govt.nz/ppsr-images/tutorial/*).

309 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 760; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36; Foëx (note 91), p. 94. A comparer avec la proposition d'A. Eigenmann (note 24), p. 408 ss.

310 Girsberger (note 1), p. 107 (qui ajoute que l'inscription devrait également indiquer la date et le type de contrat constitutif de sûreté); Graham-Siegenthaler (note 179), p. 764; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36.

311 Cf. Girsberger (note 1), p. 107; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 764. D'un avis contraire: Eigenmann (note 24), p. 410.

312 Voir par exemple: Sigman (note 290), p. 69.

313 Cf. Graham-Siegenthaler (note 179), p. 764.

Ce registre «minimaliste»[314] produirait nécessairement des *effets limités*. Il serait pourvu de la foi publique négative, en ce sens qu'il serait *censé être complet*: sans inscription, la sûreté n'existerait pas.[315] En revanche, il ne produirait pas l'effet positif de la foi publique: il ne serait pas *censé être exact*.[316] Les inscriptions étant opérées par les parties et sans contrôle officiel, elles seraient susceptibles d'être erronées; en outre, elles pourraient avoir été prises de façon anticipée, par exemple en cours de négociations en vue de la constitution de la sûreté qui n'auraient finalement pas abouti. Partant, une inscription ne correspondrait pas nécessairement à une sûreté existant effectivement; elle ne ferait donc pas foi de l'existence de la sûreté. Les tiers ne pourraient dès lors pas se fier à une inscription pour en conclure que la sûreté inscrite existe; en revanche, ils pourraient se fier à l'absence d'inscription (effet négatif de la foi publique).

Enfin, le registre serait en principe *censé être connu*: une sûreté valablement inscrite serait opposable aux tiers, même de bonne foi.[317] Afin de ne pas compliquer à l'excès les transactions en matière mobilière, ce principe devrait souffrir des exceptions; s'il ne paraît pas souhaitable de prévoir que cette fiction de connaissance des inscriptions ne vaudrait pas pour certaines catégories de personnes (par exemple, les consommateurs), la loi pourrait en revanche notamment prévoir que, même dûment inscrite, une sûreté constituée sur des biens destinés à être revendus (stock de marchandises, inventaire, etc.) s'éteint en cas d'aliénation à un tiers (que celui-ci soit de bonne foi ou non).[318]

Une sûreté inscrite étant (en principe) opposable aux tiers, elle primera les sûretés inscrites postérieurement ou les autres sûretés (nantissement, etc.) constituées postérieurement; à l'inverse, elle sera primée par les sûretés constituées antérieurement. C'est donc le *principe prior tempore, potior iure* qui devrait s'appliquer.[319]

---

314 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36.

315 Girsberger (note 1), p. 108; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 765; Eigenmann (note 256), p. 97; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36; Foëx (note 91), p. 94. Voir cependant: Berger (note 25), p. 225.

316 Eigenmann (note 24), p. 391; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 766; Eigenmann (note 256), p. 97; Berger (note 25), p. 225; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 36 s.; Foëx (note 91), p. 94.

317 Girsberger (note 1), p. 108; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 767; Berger (note 25), p. 226; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 37. D'un avis contraire: Altorfer (note 91), p. 253; Eigenmann (note 256), p. 97.

318 Cf. Berger (note 25), p. 226 et la note 84; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 37. Voir par ailleurs la solution proposée par A. Eigenmann (note 24), p. 398 ss.

319 Eigenmann (note 24), pp. 343 et 401 ss (avec des exceptions en faveur du vendeur sous réserve de propriété et du donneur de *leasing*); Eigenmann (note 256), p. 105 s.; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 35. Du même avis, semble-t-il: Graham-Siegenthaler (note 179), p. 772 s. Voir en outre *infra* appel de note 344.

On soulignera enfin que le registre ainsi mis en place pourrait servir d'instrument de publicité pour d'autres sûretés mobilières. Ainsi, il pourrait recevoir les inscriptions de *pactes de réserve de propriété*, à la place du registre actuel. De même, la loi pourrait prévoir que les *cessions de créances aux fins de garantie* doivent y être inscrites.[320]

IV. Constitution moyennant inscription

La sûreté nouvelle ne devrait naître que *moyennant inscription* dans le registre. Cela paraît aller de soi: notre droit ne connaissant pas le système consensuel, le seul échange de manifestations de volontés ne suffit pas à créer un droit réel.[321] Une mesure de publicité est au contraire nécessaire et, en l'espèce, il s'agirait de l'inscription dans le registre.

On le sait, dans le système de l'art. 9 UCC, la sûreté naît par le seul effet du contrat *(«attachment»)* et est alors opposable à certains tiers (soit notamment les créanciers chirographaires du constituant); l'inscription dans un registre a pour effet d'assurer la *«perfection»* de la sûreté et son opposabilité aux autres tiers.[322] Bernhard Berger propose de reprendre cette construction (connue également d'autres systèmes juridiques)[323] dans le cadre d'une réforme du droit suisse des sûretés.[324] On peut toutefois craindre que ce droit réel naissant sans publicité ne constitue un *corps étranger* dans notre système; en particulier, on peut se demander quels seraient les effets d'une telle sûreté non inscrite en droits réels et en droit de l'exécution forcée.[325] Par ailleurs, il paraîtrait quelque peu paradoxal d'introduire une sûreté naissant *solo consensu* précisément au moment où un registre facilitant considérablement la procédure d'inscription serait mis à disposition des parties. Il ne paraît dès lors pas souhaitable de reprendre pour le droit suisse cette construction en deux étapes (*attachment, perfection*).[326]

L'inscription de la sûreté produirait donc un effet constitutif. Mais ce principe connaîtrait deux catégories d'exception. Tout d'abord, la loi devrait permettre aux parties de prendre des *inscriptions anticipées*, avant même

---

320 Cf. *supra* appel de note 296.

321 Cf. ATF 132 III 155/161.

322 Voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 190 ss et 204 s.; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 532 ss.

323 Cf. à cet égard: Eigenmann (note 256), p. 92. Le Guide législatif de la Cnudci (note 269) institue également une sûreté naissant par l'effet de la convention (cf. Recommandation 31). Voir en revanche l'art. 6.2 de la Loi-modèle de la BERD (note 193): inscription constitutive.

324 Berger (note 25), p. 216 ss.

325 Voir par exemple à cet égard: Foëx (note 256), p. 70.

326 Cf. Eigenmann (note 24), p. 242 s.; Graham-Siegenthaler (note 179), pp. 745 s. et 762 s.; Eigenmann (note 256), p. 98; Foëx (note 256), p. 70. Voir aussi: Altorfer (note 91), p. 247 (inscription constitutive).

qu'elles ne soient tombées d'accord sur la constitution du gage; cela permettrait au créancier de bénéficier du rang «réservé» par l'inscription anticipée prise par exemple en cours de négociations contractuelles.[327] L'inscription ne produirait ici pas d'effet constitutif, puisqu'elle ne reposerait (momentanément) sur aucun acte juridique constitutif de la sûreté.

Ensuite, la loi devrait prévoir des cas dans lesquels la sûreté est *dispensée d'inscription* et, partant, naît sans inscription. On songe notamment à la sûreté portant sur une créance (ou un autre droit) dont le créancier gagiste a le *contrôle*, à savoir le pouvoir de fait[328] (par exemple: sûreté créée sur le compte du constituant en les livres de la banque créancière gagiste).[329]

V. Elargir l'assiette de la sûreté: les universalités

La sûreté nouvelle devrait pouvoir grever des *universalités de fait ou de droit*[330]: il devrait être possible de constituer une sûreté globale, par une seule inscription fondée sur une description générique des biens concernés, grevant par exemple les stocks d'une fabrique, l'inventaire d'un magasin ou l'ensemble des biens d'une personne morale[331] (y compris le savoir-faire et la clientèle).[332] De même, une seule inscription devrait suffire à constituer une sûreté sur les créances actuelles et futures du constituant.[333]

En étendant ainsi l'assiette de la sûreté, la réforme répondrait à un besoin important de la pratique, déjà reconnu à l'étranger.[334] Certes, on s'écarterait ainsi du principe de spécialité. Mais il connaît déjà d'assez nombreuses exceptions.[335] En outre, l'inscription dans le registre permettrait de répondre à l'impératif de publicité que le principe de spécialité a notamment pour fonction

---

327 Cf. Eigenmann (note 24), p. 392.

328 Cf. notamment: Eigenmann (note 24), p. 394; Eigenmann (note 256), p. 92; de Gottrau (note 91), p. 202 s. Pour d'autres propositions, voir Girsberger (note 1), p. 108 (inscription facultative pour les biens de peu de valeur); Graham-Siegenthaler (note 179), p. 746 (dispense d'inscription pour la sûreté servant à financer l'acquisition d'un bien de consommation).

329 Cf. l'art. 26 al. 1 du projet de Loi fédérale sur les titres intermédiés: «Une sûreté en faveur du dépositaire est constituée sur des titres intermédiés du titulaire d'un compte et elle est rendue opposable aux tiers par la conclusion d'une convention» (FF 2006 p. 8927).

330 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 749 s.; Eigenmann (note 24), p. 373; Iynedjian (note 110), p. 216; Berger (note 25), p. 240; Eigenmann (note 256), p. 95; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 33; etc.

331 Aeschlimann/Foëx (note 51), pp. 33 et 35. *Contra:* Eigenmann (note 24), p. 371; Eigenmann (note 256), p. 95. Une personne morale pouvant en principe transférer tout son patrimoine (art. 69 LFus.), elle devrait pouvoir mettre en gage l'actif de son patrimoine.

332 *Contra*, s'agissant de la sûreté grevant une entreprise: Girsberger (note 1), p. 108.

333 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 749 ss; Iynedjian (note 110), p. 216.

334 Voir par exemple l'art. 9–108 UCC, l'art. 2666 du Code civil du Québec et l'art. 2333 du Code civil français. Voir en outre la Recommandation 16 du Guide législatif de la Cnudci (note 269).

335 Cf. *supra* note 229.

de renforcer.[336] Par ailleurs, si on l'estime nécessaire, on pourrait considérer que l'inscription rend publique une pluralité de gages et qu'il n'est donc pas fait exception au principe de spécialité.[337] Enfin, l'introduction d'une sûreté sur une universalité est moins révolutionnaire qu'il y paraît de prime abord: le droit romain connaissait déjà le gage portant sur tous les biens se trouvant dans un magasin[338]; on se souviendra en outre qu'Eugen Huber avait proposé que l'hypothèque mobilière du Code civil puisse porter sur le matériel mobilier d'exploitation, les approvisionnements et les fonds de marchandises.[339]

L'introduction d'une telle *sûreté globale* devrait être accompagnée de certaines *cautèles*. En premier lieu, la loi devrait limiter ou prohiber l'engagement d'universalités par des *personnes physiques*.[340] En outre, la *durée* de la sûreté grevant une universalité devrait être limitée[341], ainsi que l'avait d'ailleurs prévu Eugen Huber il y a cent ans.[342] Enfin, afin d'éviter que les «financiers de comptes d'exploitation» ne soient indûment favorisés par rapport aux «financiers d'actifs»[343], il y aurait lieu de prévoir que la sûreté globale est *primée* par la sûreté (inscrite) acquise postérieurement par celui qui finance l'acquisition du bien rentrant dans l'assiette de la sûreté globale.[344] En d'autres termes, il serait fait exception au principe *prior tempore potior iure* pour protéger celui qui finance (moyennant une sûreté inscrite) l'apport d'un bien dans le patrimoine du constituant ayant créé antérieurement une sûreté globale.[345]

---

336 Cf. *supra* appels de note 227 et 231.

337 Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 33.

338 Digeste 20,1,34; cf. Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 33.

339 Cf. *supra* A.IV.

340 Cf. *supra* appel de note 301.

341 B. Graham-Siegenthaler ([note 179], p. 769) propose même de limiter la durée de toutes les sûretés inscrites. Voir aussi la Recommandation 67 du Guide législatif de la Cnudci (note 269).

342 Huber (note 75), p. 212 (limitation à deux ans; art. 888 al. 1 de l'avant-projet de Code civil suisse).

343 Affaki (note 138), p. 170.

344 Voir par exemple: Eigenmann (note 24), p. 403; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 775 s.; Eigenmann (note 256), p. 106 s. Cf. aussi: Affaki (note 138), p. 170 (qui rappelle que ce privilège a pour origine le *purchase-money security interest* prévu par l'art. 9–103 UCC); McCormack (note 176), p. 54 ss; Recommandations 189 ss du Guide législatif de la Cnudci (note 269).

345 Si le second créancier est au bénéfice d'une réserve de propriété dûment inscrite, le bien ne devient pas la propriété du constituant et la question du rang entre les deux sûretés ne se pose en principe pas; cf. Eigenmann (note 256), p. 107. Cf., en droit québécois: Deschamps (note 182), p. 82 s. Voir toutefois Affaki (note 138), p. 169 (conflit entre le vendeur sous réserve de propriété dont la sûreté s'étend au prix de revente du bien et le cessionnaire aux fins de sûreté des créances de l'acheteur).

VI. Elargir l'assiette de la sûreté: les biens «futurs»

La réforme devrait également permettre aux parties de convenir que la sûreté inscrite s'étendra aux *biens «futurs»*, qu'il s'agisse du meuble nouveau dont le constituant acquiert la propriété suite à la transformation de la chose initialement grevée, du bien acquis en remplacement du bien grevé en premier lieu, ou d'un bien acquis postérieurement à l'inscription de la sûreté, sans qu'il y ait substitution.[346]

Il s'agirait là d'une subrogation réelle conventionnelle. La sûreté ne grèverait naturellement les biens «futurs» qu'à partir du moment où le constituant en deviendrait propriétaire[347]; elle conserverait toutefois le rang résultant de sa date d'inscription.

L'élargissement de l'assiette de la sûreté aux biens «futurs» permettrait notamment aux parties de constituer une sûreté sur des *universalités «flottantes»*, répondant ainsi à un besoin[348] qu'Eugen Huber avait déjà identifié: il avait prévu d'introduire dans le Code civil un cas de subrogation réelle en faveur du titulaire d'une hypothèque mobilière grevant un fonds de marchandises.[349]

Cela étant, ainsi que le note B. Berger, cette extension de l'assiette de la sûreté devrait s'accompagner de mesures destinées à *protéger les créanciers chirographaires* (notamment dans l'exécution forcée)[350] et à prévenir des engagements excessifs.

VII. Garantir des créances futures, conditionnelles et éventuelles

L'art. 824 al. 1 CC prévoit expressément que l'hypothèque immobilière peut être constituée «pour sûreté d'une créance quelconque, actuelle, future ou simplement éventuelle». La réforme des sûretés mobilières serait l'occasion d'introduire une *règle similaire* pour la sûreté nouvelle[351], étendue le cas

---

346 Graham-Siegenthaler (note 179), p. 751 ss; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 33 s. Voir la Recommandation 2 (a) du Guide législatif de la Cnudci (note 269). A. Eigenmann ([note 24], p. 384 s.) propose quant à lui que la sûreté s'étende au bien acquis, sans pour autant que le bien aliéné ne soit dégrevé.

347 Graham-Siegenthaler (note 179), pp. 752 et 753. Voir aussi: Berger (note 25), p. 240.

348 Voir par exemple Berger (note 25), p. 241; Eigenmann (note 212), p. 113; et, à propos du droit français: Affaki (note 140), p. 16 ss.

349 Cf. art. 889 al. 3 de l'avant-projet de Code civil suisse: «Les objets nouveaux réunis à l'ensemble sont aussitôt et de plein droit soumis à l'hypothèque, en remplacement de ceux qui manquent» (Huber [note 75], p. 212).

350 Berger (note 25), p. 241. Voir par exemple la solution développée en droit anglais: un certain pourcentage du produit de réalisation (dégressif et avec plafonnement) est réservé aux créanciers chirographaires; McCormack (note 176), p. 48.

351 Eigenmann (note 24), p. 407; Graham-Siegenthaler (note 179), p. 753 s.; Aeschlimann/Foëx (note 51), p. 34. Plus nuancé: Berger (note 25), p. 242 ss.

échéant au nantissement et au gage sur les créances et autres droits.[352] On lèverait ainsi tout doute sur le fait que ces sûretés mobilières naissent et prennent leur rang dès que les conditions de leur constitution sont réunies (alors même que la créance garantie n'existe pas encore).

En bonne logique, il faudrait également prévoir que le *remplacement d'une créance* par une autre n'entraîne pas l'extinction de la sûreté existante et la naissance d'un gage nouveau.[353]

On précisera à toutes fins utiles qu'il n'est pas proposé ici de prévoir dans la réforme une extension du cercle des créances garanties au-delà de ce qu'autorise la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral.[354]

VIII. Immunité dans les procédures d'exécution forcée

Selon les termes mêmes du Conseil fédéral, «les sûretés ne valent [...] jamais plus que ce que vaut la procédure permettant de les réaliser».[355] Or nos procédures de réalisation forcée sont longues et compliquées, retardant la réalisation du bien grevé et le désintéressement du créancier gagiste.[356] A cela s'ajoute que, selon la jurisprudence, le créancier gagiste ne peut pas exercer son droit conventionnel de procéder à la réalisation privée (*ius vendendi*, clause de voie parée) si le bien grevé est saisi ou séquestré ou si le constituant est en faillite.[357]

Dans ces conditions, il serait opportun de prévoir que la sûreté nouvelle pourra faire l'objet d'une *réalisation privée même en cas de mesure d'exécution forcée*.[358] On a vu que notre droit le permet déjà dans certains secteurs du droit bancaire.[359] Il est vrai que, dans ces cas, le gage porte sur des actifs (titres cotés en bourse, etc.) dont la valeur peut être aisément évaluée. Mais il ne s'agit pas là des seuls biens dont la valeur peut être «déterminée objectivement»[360]; n'en va-t-il pas de même, par exemple, des métaux précieux ou du pétrole remis en garantie?

A cela s'ajoute que les motifs invoqués par le Tribunal fédéral à l'appui de sa jurisprudence paraissent aujourd'hui dépassés: il s'agit d'éviter les ventes

---

352 Cf. *supra* appels de note 240 et 241.

353 Cf. *supra* appel de note 239.

354 Voir par exemple: ATF 51 II 273/282; ATF 108 II 47/49, JdT 1984 II 92/93; ATF 106 II 257/263, JdT 1982 II 106/114. Du même avis: Eigenmann (note 24), p. 370.

355 Message (note 13), p. 8879.

356 Voir notamment les art. 198 al. 1, 206 al. 1, 297 al. 1 et 324 al. 1 LP.

357 Cf. *supra* note 209.

358 Cf. Aeschlimann (note 256), pp. 155 et 163; de Gottrau (note 91), p. 203. Voir aussi la Recommandation 134 du Guide législatif de la Cnudci (note 269).

359 Cf. *supra* B.II.1.

360 Message (note 13), p. 8879 (à propos de l'art. 31 al. 2 du projet de LTI).

à vil prix causant un préjudice aux autres créanciers du constituant.[361] Or, le Tribunal fédéral a depuis lors admis que le créancier gagiste doit être diligent lorsqu'il exerce son *ius vendendi*; s'il ne respecte pas ce devoir il répond du dommage qu'il cause au constituant.[362] Dans ces conditions, le risque d'une vente à vil prix paraît aujourd'hui éloigné.[363]

Le créancier titulaire de la sûreté nouvelle devrait donc pouvoir se prévaloir de la clause de voie parée même en cas de mesure d'exécution forcée; au besoin, la réforme pourrait formaliser la responsabilité du créancier gagiste qui exerce son *ius vendendi* contrairement aux règles de la bonne foi et permettre expressément aux (autres) créanciers du constituant d'agir en réparation.

Dans la foulée, il faudrait à mon sens permettre également *aux titulaires d'autres sûretés* (nantissement, gage sur les créances et autres droits, etc.) de procéder à la réalisation privée même en cas de mesure d'exécution forcée. En effet, il n'est pas sain que se développe à cet égard un régime à deux vitesses: les sûretés qui permettent une réalisation rapide (la sûreté nouvelle, les sûretés au bénéfice du régime favorable prévu en matière bancaire) et celles qui restent empêtrées dans les procédures d'exécution forcée.

Après tout, ainsi que le relevait (par une remarque générale) le Groupe d'experts chargé par l'Office fédéral de la justice de réexaminer la procédure concordataire, «la procédure pour insolvabilité (procédure de faillite et de concordat) doit [...] respecter» les droits de gage «du fait qu'elle procède d'un droit auxiliaire qui doit se soumettre au droit matériel».[364] Cela permettrait également de rétablir un certain équilibre entre les catégories de sûretés: en l'état, les sûretés qui procurent la propriété de la chose (ou la titularité du droit) sont qualifiées d'«arme absolue» en matière de sûretés[365], notamment parce qu'elles présentent l'avantage de permettre au créancier d'échapper aux aléas de l'exécution forcée. Cette immunité, dans le cas de la sûreté nouvelle, re-

361 ATF 116 III 23/26 s.: «La vente publique peut, à elle seule, protéger suffisamment les intérêts de tous les créanciers gagistes. On évite ainsi que les créanciers n'assistent impuissants à la liquidation à vil prix, par le créancier gagiste, des biens saisis (ATF 108 III 94). Un semblable danger existe plus particulièrement, selon le Tribunal fédéral, si les biens mis en gage ne sont pas cotés au marché ou à la bourse (ATF 81 III 59 s.)».

362 ATF 118 II 112/114, SJ 1992 p. 461/462, JdT 1993 I 384/385.

363 Cf. Foëx (note 101), p. 162.

364 Le droit suisse de l'assainissement doit-il être révisé? Thèses et propositions au regard de l'assainissement des entreprises. Rapport du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure concordataire, Berne, avril 2005, p. 8 (disponible à l'adresse Internet suivante: *http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0002.File.tmp/ber-sanierungsrecht-f.pdf)*.

365 Cf. Giovanoli (note 8), p. 54. Voir aussi: de Gottrau (note 91), p. 194.

poserait sur la convention; le cas échéant, le législateur pourrait même prévoir que cette prérogative compète de par la loi au titulaire de la sûreté.[366]

Conclusion

«Quiconque propose une loi nouvelle le fait la corde au cou. La proposition paraît-elle louable et utile, l'auteur se retire, la vie sauve. Sinon, on serre la corde, et c'est la mort»; ainsi s'exprimait semble-t-il Démosthène il y a plus de deux millénaires.[367] On mesure le trouble qui saisit l'auteur de ces lignes au moment de clore son rapport. Au risque de confirmer dans leur intention ceux qui songeraient à lui réserver le second de ces sorts, il ajoutera (très rapidement) encore trois remarques.

Notre droit des sûretés, alerte centenaire, a vécu et bien vécu. Il est temps de le rajeunir, en l'adaptant aux standards et possibilités actuelles. Cette adaptation devrait se faire dans la continuité: il ne s'agit pas de remplacer nos institutions par d'autres, en cédant à la mode du moment. Tout en tenant compte des tendances au plan international, nous pouvons développer notre propre *aggiornamento*, respectueux des spécificités et du génie de notre droit.

Dans ce contexte, les huit propositions qui précèdent n'ont rien de définitif (la corde se desserre-t-elle?). Elles apportent une solution aux problèmes qui ont été signalés tout en préservant la cohérence de notre système, mais sont certainement perfectibles. Quoi qu'il en soit, les réflexions menées au cours des vingt-cinq dernières années démontrent amplement la nécessité d'une réforme, passant par l'introduction d'une sûreté sans dépossession moyennant inscription dans un registre moderne et performant.

Il reste au législateur à décider s'il entend se saisir de la question. Toutefois, ainsi que le relève G. Affaki, «l'histoire nous montre que chaque fois qu'on a privé les sûretés d'efficacité, le crédit s'est raréfié, surtout pour les petites et moyennes entreprises».[368] Dès lors, si nous ne leur procurons pas à brève échéance les moyens d'optimiser les conditions d'obtention du crédit (de sorte qu'elles soient en outre concurrentielles par rapport aux solutions proposées à l'étranger), ne sont-ce pas en définitive nos entreprises qui risquent l'étranglement?

366 Cf. à cet égard la Recommandation 134 du Guide législatif de la Cnudci (note 269); Aeschlimann (note 256), p. 155.

367 Cf. Jacqueline de Romilly, La loi dans la pensée grecque, Paris 2001, p. 204.

368 Affaki (note 140), p. 10.