

Le transfert de la propriété à titre de garantie en droit français et en droit japonais

(讓渡担保に関する日仏の比較検討——フランス法への提言)

Masamichi NOZAWA

Professeur adjoint à l'Université Rikkyo

- I. Introduction
- II. Les problèmes à résoudre sur le transfert de la propriété à titre de garantie
- III. Un examen comparatif

I. Introduction

1—L'évolution de la propriété-garantie en France. De nos jours, ce qui est un des phénomènes remarquables dans le domaine du droit des sûretés, c'est une évolution de l'utilisation de la propriété en tant que sûreté. En France, depuis les années 60, au fur et à mesure que l'on aperçoit l'inefficacité des sûretés réelles traditionnelles liées, notamment, à l'évolution du droit des procédures collectives, se développaient les propriétés-garanties telles que le crédit-bail, la clause de réserve de propriété, qui permettent d'éviter les inconvénients. Mais, la fiducie-sûreté n'existe pas d'une façon générale en droit français. Cette opération est un contrat par lequel un débiteur aliène un bien à son créancier afin de garantir une créance, à charge pour le créancier de retransférer le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer¹⁾. Quoique certains auteurs aient insisté sur l'utilité de cette opération, la jurisprudence et la doctrine françaises y sont traditionnellement hostiles²⁾.

Toutefois, le droit français admet sur la créance la cession fiduciaire, qui transfère au créancier un droit de propriété à titre de garantie³⁾. En plus, un avant-projet de loi relatif à la fiducie permettrait d'instituer généralement la fiducie-sûreté. Si ce projet était adopté, elle s'insérerait dans le livre III du Code civil⁴⁾.

2—La situation au Japon. Parmi les pays ayant influencé les systèmes issus du droit romain, le Japon fut le premier à codifier un système juridique concernant les trusts. Autrement dit, c'est au Japon que la loi sur les trusts est entrée en

vigueur en 1922⁵⁾. Mais, à la différence de l'avant-projet français⁶⁾, dans la loi japonaise comme dans la "common law", il est interdit de transférer au fiduciaire un bien dans son propre intérêt (art. 9 de la loi sur les trusts). Le trust ne pourra donc pas être utilisé aux fins de garantie de paiement⁷⁾.

En mettant la loi sur les trusts de côté, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu le transfert de la propriété à titre de garantie, conformément à la nécessité de la pratique, au début du 20^e siècle. Mais, il y avait des problèmes durs à résoudre tels que sa qualification, ses effets entre parties et à l'égard de tiers, etc. Après de longues discussions chez les juristes, les doctrines et les jurisprudences contemporaines sont quasi-unanimes sur les problèmes issus du type de sûreté. Et nous croyons que l'expérience du droit japonais fournirait à cet égard des renseignements en droit français.

Avant d'envisager la comparaison entre le droit français et le droit japonais (section III), il nous paraît nécessaire, tout d'abord, de relever des problèmes sur la fiducie-sûreté en France (section II-A), et ensuite, de proposer les solutions contemporaines au Japon (II-B).

II. Les problèmes à résoudre sur le transfert de la propriété à titre de garantie.

A—Les problèmes en France

3—L'utilité de la fiducie-sûreté. Tandis que la fiducie-sûreté dont l'objet est une créance est pratiquée dans les rapports bancaires, la jurisprudence et la doctrine sont en opposition, comme il est mentionné plus haut, avec celle qui joue en matière de biens corporels.

En ce qui concerne l'immeuble, la fiducie-sûreté est inutile, parce que l'hypothèque, la principale des sûretés réelles conventionnelles, est relativement efficace pour le créancier⁸⁾. Et, si elle était adoptée, elle se heurterait à deux difficultés ; non seulement les parties devraient payer deux fois les coûts fiscaux des mutations, mais aussi elle empêcherait le débiteur de constituer de nouvelles sûretés sur ce bien, alors que la valeur du bien est très supérieure à celle de la créance⁹⁾. Par contre, à l'égard des meubles corporels, la fiducie-sûreté mériterait d'être pratiquée sur les points suivants ; d'abord, elle est facile à constituer. Dans sa constitution, il n'est pas nécessaire de déposséder le débiteur de son objet, alors que le gage suppose la dépossession du débiteur au profit du créancier ou d'un tiers. Et, pour le débiteur, cette dépossession peut entraver la continuation de son activité

économique, après qu'il a obtenu le crédit¹⁰⁾. Ensuite, la fiducie-sûreté est aisément réalisable. Lors de l'échéance de la créance, il n'est pas nécessaire qu'elle soit soumise à la procédure à la différence du gage¹¹⁾. Enfin, grâce au fait que la réalisation soit facile, le créancier devenu propriétaire a la priorité sur tous les autres créanciers de son débiteur¹²⁾.

Tous ces mérites de la fiducie-sûreté seraient communs à la propriété-garantie y compris le crédit-bail et la clause de réserve de propriété. Et récemment, M. Crocq a insisté, dans sa thèse, sur ce dernier point comme mérite de la propriété-garantie. A savoir qu'il a prétendu que, si le créancier était confronté au déclin des sûretés réelles traditionnelles, ce serait la propriété-garantie qui pourrait le sauver¹³⁾. Mais, pour examiner si son opinion est opportune, il faut savoir, d'abord, quel serait le «déclin» sur les sûretés réelles traditionnelles.

4—Le «déclin» des sûretés traditionnelles avant la loi de 1985. Avant la réforme du droit des procédures collectives de 1985, la situation du créancier muni d'une sûreté réelle traditionnelle s'est déjà aggravée à cause de l'accroissement des privilèges.

Au 20^e siècle, au fur et à mesure de la progression de l'état providence, de l'interventionnisme et du dirigisme, les pouvoirs de l'état s'accroissaient. Il en est résulté que les privilèges fiscaux se sont également multipliés. Selon M. Mouly, dès que le privilège mobilier général a garanti les impôts directs (art. 1920, C.G.I.) en 1908, son domaine s'est étendu de plus en plus à la T.V.A. (art. 1926, C.G.I.) en 1931, au paiement des pénalités (art. 8- I, la loi du 31 décembre 1981) etc...¹⁴⁾. Lors de la procédure collective, avant que les créanciers munis des sûretés réelles traditionnelles soient satisfaits, les créances privilégiées, dont les ordres préférentiels sont ci-dessous, seraient payées : les privilèges des salariés, des frais de justice, du Trésor et de la Sécurité sociale et des salariés¹⁵⁾. De surcroît, quoique l'art. 83 al. 3 de la loi du 13 juillet 1967 (abrogée par la loi du 25 janvier 1985) ait donné le premier rang au créancier nanti, la cour de cassation a protégé préférentiellement le Trésor¹⁶⁾.

Ainsi, sous l'empire de la loi de 1967, puisqu'ils venaient après ces créanciers privilégiés, "les créanciers titulaires de sûretés réelles obtenaient le règlement de 15% à 20% de leurs créances"¹⁷⁾.

5—Le «déclin» après la loi de 1985. Les droits de préférence des créanciers titulaires de sûretés réelles traditionnelles sont encore davantage restreints en deux

étapes par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. Son but est “la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi” (art. 1^{er}).

—D’une part, les créanciers ne peuvent exercer leurs poursuites pendant toute la durée de la période d’observation (art. 47), qui peut être de 20 mois¹⁸⁾. A l’expiration de cette période, si le jugement arrête un plan de continuation, les créanciers doivent respecter les délais fixés par le tribunal (art. 74), qui varient entre cinq et dix ans¹⁹⁾.

En cas de liquidation judiciaire ou de cession totale de l’entreprise pour insuffisance d’actif, les créanciers n’exercent pas définitivement leur droit de poursuite individuelle sauf quelques exceptions (art. 169 ; art 92 al. 3 renvoyant à l’art. 169 sur la cession totale de l’entreprise).

Par contre, en cas de liquidation judiciaire sans insuffisance d’actif, les créanciers peuvent l’exercer. Mais, ce n’est qu’au cas où le liquidateur n’aurait pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire (art. 161 al. 1).

—D’autre part, lors de la réalisation de l’objet grevé d’une sûreté réelle traditionnelle, la satisfaction du créancier est diminuée en raison de deux innovations issues de la loi de 1985²⁰⁾.

Premièrement, pour susciter le financement de la poursuite d’exploitation de l’entreprise, la loi de 1985 a établi que les créanciers dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d’ouverture ont la priorité sur les autres créanciers à l’exception du super-privilège des salariés (art. 40, al. 1). Il en était notamment résulté que les créances hypothécaires étaient réduites à néant, parce qu’elles subissaient de ce fait la primauté du super-privilège des salariés, du privilège des créanciers de l’art. 40 et des privilèges généraux, et que le prix de vente de l’immeuble grevé de l’hypothèque pouvait être finalement absorbé aux dépens de ce créancier²¹⁾. Toutefois, la loi n° 94-45 du 10 juin 1994 a amélioré sur un certain point cette situation des créanciers hypothécaires. Elle ajoute un nouvel alinéa 2 à l’art. 40 qui énonce qu’en cas de liquidation judiciaire, les créanciers “garantis par des sûretés immobilières ou mobilières spéciales assorties d’un droit de rétention” ou par un “nantissement de l’outillage et du matériel d’équipement” sont payés avant les créances de l’art. 40. Mais, cette réforme ne concerne que le cas de liquidation judiciaire, et l’atteinte aux créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles demeure en cas de continuation ou de cession totale de l’entreprise²²⁾.

Deuxièmement, le créancier serait obligé de recevoir un prix dérisoire lors de la

cession de l'entreprise. Si le tribunal adopte un plan de cession totale de l'entreprise, le prix de cession est fixé souverainement par le tribunal. On a indiqué, qu'en pratique, le prix de cession serait souvent bien inférieur à la valeur réelle des biens en considération des charges liées, notamment, au maintien de l'emploi, lesquelles peuvent être assumées par le cessionnaire. Or, lorsque la cession porte sur des biens grevés des sûretés réelles traditionnelles, "une quote-part du prix est affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence." (art. 93, al. 1). Cependant, étant donné que le prix de cession de l'ensemble est, lui-même, inférieur à sa valeur réelle, la quote-part, qui est affectée au créancier, est également réduite en comparaison de la valeur de l'objet de sa sûreté²³⁾.

Par ailleurs, avant la loi du 10 juin 1994, le nantissement d'outillage ou du matériel d'équipement professionnel échappait à cette diminution des droits du créancier, parce que la charge de ce nantissement était transmise au cessionnaire, et celui-ci était obligé de payer les échéances restant dues à compter du transfert de la propriété (ancien art. 93, al. 2). La loi du 10 juin 1994 a étendu cet avantage à toutes les "sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés" (art. 93, al. 3). Toutefois, cet avantage n'est que partiel, car l'obligation qui est transmise au cessionnaire ne concerne pas les échéances antérieures au transfert de propriété²⁴⁾.

En fin de compte, sous l'empire de la loi de 1985, le droit des créanciers titulaires de sûretés réelles traditionnelles, notamment celui de créancier hypothécaire, est restreint. Cependant, seul au sein des sûretés réelles traditionnelles, le gage protège le créancier grâce au droit de rétention. Autrement dit, ce droit de rétention permet au créancier gagiste de refuser de restituer l'objet tant qu'il n'est pas totalement payé, et d'échapper aux droits de préférence énoncés par l'art. 40 de la loi de 1985²⁵⁾. Mais, le droit de rétention suppose une dépossession du débiteur et ceci n'est pas économiquement satisfaisant²⁶⁾. Les créanciers sont donc obligés actuellement d'avoir recours à la propriété-garantie y compris la fiducie-sûreté pour protéger leurs créances.

6—La théorie de la fiducie-sûreté. Tandis que la doctrine a traditionnellement réagi contre la reconnaissance de la propriété-garantie, surtout de la fiducie-sûreté²⁷⁾, certains auteurs y sont favorables. Toutefois, la plupart de ces

auteurs l'intègrent à la catégorie des sûretés réelles traditionnelles, et affirment que la propriété-garantie est soumise aux mêmes règles que les autres sûretés excepté aux règles propres au gage telles que la prohibition du pacte comissoire²⁸⁾.

Par contre, pour remédier à la situation des créanciers qui subissaient des restrictions précitées de la loi de 1985, M. Crocq a tenté, dans sa thèse, d'éclaircir l'efficacité de la propriété-garantie, notamment de la fiducie-sûreté, et de l'insérer dans le système du droit français²⁹⁾. Puisque son opinion est récemment introduite et soutenue par certains auteurs³⁰⁾, il faut, tout d'abord, que nous la présentions avant de l'examiner.

1°—**Qualification.** Si la propriété est utilisée comme garantie, cette propriété est-elle qualifiée de propriété normale, pleine et entière, ou bien d'une sorte de sûreté réelle ? Autrement dit, on se demande si le créancier, à qui la propriété est transférée à titre de garantie, a tous les pouvoirs sur cet objet.

A propos de cette question, de nombreux auteurs ont affirmé le démembrement du droit de propriété en une propriété de la valeur et une propriété de l'utilité³¹⁾. C'est-à-dire que, comme dans une sûreté réelle traditionnelle telle que l'hypothèque, dans la fiducie-sûreté, le créancier n'a qu'un droit sur la valeur de la chose : le débiteur conserve la propriété aux fins habituelles de jouissance complète³²⁾. D'après cette idée, la fiducie-sûreté s'insère dans la sûreté réelle traditionnelle, dont les règles y seraient étendues³³⁾.

Par contre, M. Crocq s'oppose à cette modification de la notion de propriété. Du fait qu'elle aboutirait à l'assimilation de la fiducie-sûreté à une sûreté réelle traditionnelle, non seulement elle ferait perdre une grande partie de son intérêt à la fiducie-sûreté (ci-dessous, 2°), mais aussi elle se heurterait au principe du *numerus clausus* des garanties réelles³⁴⁾. Il propose alors que le créancier devient pleinement propriétaire de l'objet, parce qu'il a vocation à recouvrer la plénitude de ses prérogatives en cas de défaut de paiement par le débiteur³⁵⁾.

Or, si le créancier était parfaitement propriétaire, son pouvoir serait limité : il n'a pas le pouvoir de jouir ou de disposer du bien objet de la fiducie-sûreté, et en cas de paiement, il doit retransférer la propriété de ce bien au débiteur. Selon M. Crocq, cette limitation du droit de propriété repose sur l'acceptation d'obligations personnelles et non pas sur le démembrement de la notion de propriété³⁶⁾.

Cette opinion est conforme à la position de la loi Dailly. Modifiée par la loi du 24 janvier 1984, elle énonce que le créancier est propriétaire de la créance transférée à titre de garantie³⁸⁾, et cette conception a été retenue par la Cour de cassation dans

un arrêt du 8 janvier 1991³⁹⁾.

2°—Droit préférentiel ou exclusif ? Certains auteurs, qui reconnaissent l'assimilation de la fiducie-sûreté à une sûreté réelle traditionnelle, confèrent un droit de préférence au créancier lors de la réalisation du bien⁴⁰⁾.

En revanche, M. Crocq relève que “la notion de préférence n'a pas de sens s'agissant du droit de propriété”, voire de la propriété-garantie⁴¹⁾. En effet, tandis que cette notion “suppose une hypothèse de concours de droits sur un même bien”, en ce qui concerne le droit de propriété, cette hypothèse n'existe pas en raison de son caractère exclusif. Autrement dit, en cas de fiducie-sûreté, étant donné que le créancier est propriétaire du bien (ci-dessus, 1°) et que toutes les prérogatives sur ce bien sont entre les mains du créancier, “les autres créanciers du débiteur ne peuvent avoir de prérogatives concurrentes sur ce bien”.

En résumé, M. Crocq affirme que le caractère exclusif de la propriété-garantie y compris la fiducie-sûreté fait “qu'elle évince les droits des autres créanciers sans même entrer en concours avec eux puisque le bien est sorti du patrimoine du débiteur”. La fiducie-sûreté ne confère pas alors un droit de préférence, qui suppose le concours entre créanciers, au créancier, mais un droit d'exclusivité qui exclut ce concours. Ainsi, M. Crocq soutient que la fiducie-sûreté ne peut pas “être assimilée à une sûreté réelle traditionnelle, comme le gage ou l'hypothèque, ni à un privilège”⁴²⁾.

Par ailleurs, d'après M. Crocq, il en résulte que la propriété-garantie permet, en principe, d'échapper à la limitation du droit d'agir du créancier en cas de procédures collectives, à la différence de sûretés réelles traditionnelles⁴³⁾. C'est-à-dire que, dans le cas de la propriété-garantie, étant donné que le créancier est propriétaire du bien, l'art. 47 de la loi de 1985 ne s'applique pas à son action en revendication⁴⁴⁾. Toutefois, quant au meuble corporel, le bénéficiaire de la fiducie-sûreté et de la clause de réserve de propriété voit le droit en revendication restreint par l'art. 115 de la loi de 1985⁴⁵⁾. Pourtant, cette restriction ne paralyse pas ce droit. Elle ne contraint ce bénéficiaire qu'à “s'empressement de l'exercer”⁴⁶⁾.

3°—Classification. L'essor de la propriété-garantie a conduit la doctrine française à l'analyse de la notion de “sûreté”. En effet, le Code civil ne connaît qu'un certain nombre de dispositions qui s'appliquent aux “sûretés”. En précisant cette notion, on pourrait concevoir si elle comprend la fiducie-sûreté, et au cas où ce serait affirmé, certaines règles, qui sont réservées aux sûretés, s'appliqueraient à

celle-ci⁴⁷⁾.

Toutefois, certains auteurs affirment qu'il est impossible de réunir l'ensemble des sûretés dans un concept unique⁴⁸⁾. Mais, M. Crocq a tenté récemment de définir la notion de sûreté. D'après cet auteur, elle se caractérise par une finalité, un effet et une technique⁴⁹⁾ : la finalité est, d'abord, "l'amélioration de la situation juridique du créancier par rapport à celle d'un créancier chirographaire." Ensuite, l'effet est l'extinction de la créance, par laquelle le créancier serait, totalement ou partiellement, satisfait. Enfin, quant à la technique, on confère au créancier pour satisfaire sa créance un droit d'agir, dont le caractère est l'accessoire d'une obligation de payer une somme d'argent.

En unissant ces caractères, M. Crocq propose la définition suivante : "une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement."⁵⁰⁾ Et aujourd'hui, nombre d'auteurs se rallient à cette conception⁵¹⁾.

Or, M. Crocq observe que, confrontées avec cette notion, les propriétés-garanties non fiduciaires, y compris la clause de réserve de propriété et le crédit-bail, devraient être sorties du domaine des sûretés, dont deux critères n'y correspondent pas. D'une part, ces garanties ne respectent guère la notion d'accessoire : quoiqu'une sûreté conventionnelle doive pouvoir garantir n'importe quel type de créance, les constitutions de ces garanties sont intégrées dans les contrats de base, et elles ne sont pas détachables de ceux-ci⁵²⁾. D'autre part, l'exercice de ces garanties n'a pas pour effet l'extinction de la créance : la mise en œuvre de ces garanties "se traduit par une action en revendication qui a pour effet une restitution du bien au créancier demeuré propriétaire", et elle n'entraîne pas l'extinction des obligations qui serait produite par la résolution du contrat de base⁵³⁾. En revanche, la propriété-garantie fiduciaire, la fiducie-sûreté, respecte les différents critères précités de la notion de sûreté⁵⁴⁾. M. Crocq soutient donc que, dans toutes les propriétés-garanties, ce n'est que la fiducie-sûreté, autrement dit l'aliénation fiduciaire ou la propriété-sûreté, qu'on peut considérer comme une sûreté⁵⁵⁾.

Par ailleurs, au cas où la fiducie-sûreté ne s'intégrerait pas dans les sûretés réelles traditionnelles telles que l'hypothèque, le gage, les privilèges alors qu'elle est une sûreté, on ne pourrait plus maintenir la classification traditionnelle des sûretés,

selon laquelle toutes les sûretés se divisent en sûretés personnelles et sûretés réelles. En effet, la fiducie-sûreté, qui a été récemment reconnue comme une sûreté, ne s'intègre bien dans aucune des deux catégories⁵⁶⁾. C'est pourquoi, pour rechercher la nouvelle classification des sûretés, M. Crocq propose deux critères suivants : d'une part, comme la détermination de l'objet est un élément essentiel de la notion de droit réel, "l'affectation soit d'un ou plusieurs biens déterminés, soit d'une universalité de biens, à la satisfaction du créancier". Quant aux sûretés réelles, ce critère correspond à "l'existence ou l'absence d'un droit de suite"⁵⁷⁾. D'autre part, le caractère est "soit préférentiel, soit non préférentiel, du paiement obtenu"⁵⁸⁾, parce que "le paiement préférentiel est la finalité essentielle de la sûreté réelle"⁵⁹⁾.

Conformément à la combinaison de ces deux critères, M. Crocq établit une nouvelle classification quadripartite des sûretés⁶⁰⁾ :

1. bien(s) déterminé(s) + caractère préférentiel = sûretés préférentielles spéciales : le gage, les hypothèques (légales inscrites ou conventionnelles), le cautionnement réel et l'action directe.
2. Universalité de biens + caractère préférentiel = sûretés préférentielles générales : les privilèges, les hypothèques légales générales non inscrites etc.
3. Universalité de biens sans caractère préférentiel = sûretés personnelles.
4. Bien(s) déterminé(s) sans caractère préférentiel = la fiducie-sûreté.

En conclusion, selon M. Crocq, seule la fiducie-sûreté peut se classer dans les sûretés, à la différence des autres propriétés-garanties, voire dans une autre catégorie que les autres sûretés.

7—La question théorique. En France, si la fiducie-sûreté s'intègre dans le domaine des sûretés, lesquelles se confrontent au "déclin" après la loi de 1985, deux courants s'opposent sur son traitement : D'une part, certains auteurs affirment que la fiducie-sûreté doit être traitée comme les sûretés réelles traditionnelles en améliorant la situation des créanciers munis de ces sûretés⁶¹⁾. D'autre part, M. Crocq soutient que la fiducie-sûreté diffère des sûretés réelles traditionnelles, et qu'elle pourrait y remédier. Il nous semble que cette opposition se réduit à savoir qui est propriétaire du bien objet : ou le créancier, ou en plus le débiteur. Autrement dit, de nombreux auteurs affirment la dissociation du droit de propriété en sa valeur et son utilité alors que M. Crocq la nie. Ce débat entre deux conceptions est loin d'être clos.

Mais, en tout cas, "dans la mesure où l'avant-projet de loi relatif à la fiducie n'a

pas abouti, la question demeure théorique⁶²⁾ en France. On mérite donc de comparer cette question française avec les expériences des autres pays y compris le Japon, où la fiducie-sûreté se discute, non seulement théoriquement, mais aussi pratiquement, depuis longtemps chez les juristes.

B—L'expérience du Japon.

8—**La nécessité du transfert de la propriété en tant que sûreté.** Au Japon, on utilise couramment les propriétés-garanties y compris la clause de réserve de propriété, le crédit-bail, le transfert de la propriété en tant que sûreté, qui s'appelle "transfert-sûreté" correspondant à la fiducie-sûreté en France.

Quel rôle le transfert-sûreté joue-t-il en matière de biens corporels⁶³⁾? Il convient d'établir une distinction selon la nature mobilière ou immobilière des objets corporels affectés en garantie.

En matière immobilière, quoique l'hypothèque soit relativement efficace, le transfert-sûreté est ordinairement utilisé pour deux raisons : d'une part, le bien affecté en cette sûreté est facile à réaliser, alors que la réalisation d'un immeuble grevé de l'hypothèque requiert une procédure. Et à la vente aux enchères publiques, on a relevé, qu'en pratique, le créancier serait obligé de recevoir le prix inférieur à la valeur réelle des immeubles⁶⁴⁾. D'autre part, en utilisant le transfert-sûreté, le créancier peut échapper à certains inconvénients de l'hypothèque tels que la purge (art. 378-383, C. civ. jap.), le bail à court terme (art. 395, C. civ. jap.)⁶⁵⁾.

Mais, le transfert-sûreté n'est pas bien satisfaisant pour les créanciers : tout d'abord, les parties sont obligées de payer deux fois les coûts fiscaux des mutations, dont le taux est cinquante sur mille du prix par mutation. Deuxièmement, il y a un risque de gaspillage du crédit du débiteur. Une fois que le transfert de propriété de l'immeuble, dont le but n'est que de garantir une créance, a été transcrit, cet immeuble ne peut plus être utilisé pour en garantir une autre, alors que la valeur de l'immeuble est très supérieure à celle de la première créance⁶⁶⁾.

En matière mobilière, le transfert-sûreté a les mêmes mérites que la fiducie-sûreté en France⁶⁷⁾ : tout d'abord, le bien cédé à titre de garantie peut rester entre les mains du débiteur. Par suite, le débiteur peut continuer son activité économique après qu'il a obtenu le crédit. Deuxièmement, quant à la réalisation du transfert-sûreté, il n'est pas nécessaire qu'il soit soumis à la vente aux enchères. Toutefois, bien qu'il soit aisément réalisable, il n'est pas dit que le créancier muni de cette garantie ait la priorité sur les autres créanciers de son débiteur : il est discutable

que ce créancier soit véritablement devenu propriétaire du bien objet du transfert-sûreté⁶⁸⁾.

Enfin, on peut transférer le bien objet à titre de garantie, lequel ne peut pas être affecté aux sûretés réelles traditionnelles : d'une part, on peut utiliser une entreprise entière y compris les immeubles et les équipements, au moyen du transfert-sûreté, comme instrument du crédit, alors que les sûretés réelles traditionnelles ne portent que sur le bien individuel. De même, le débiteur peut céder au créancier, à titre de garantie, plusieurs créances⁶⁹⁾ ou plusieurs meubles corporels à la fois. D'autre part, les nouvelles valeurs économiques telles que le software, que n'a pas connues le code civil, seraient utilisées comme bien objet du transfert-sûreté⁷⁰⁾.

En raison de la nécessité pratique, comme nous venons de voir, la jurisprudence insère le transfert-sûreté dans le système juridique japonais depuis le début de ce siècle⁷¹⁾. Mais, après les discussions de la doctrine sur la qualification de cette garantie, la jurisprudence s'est récemment troublée.

9—Qualification ① : la position traditionnelle de la jurisprudence. Au Japon, on peut définir le transfert-sûreté comme une opération par laquelle le débiteur transfère la propriété d'un bien à son créancier afin de garantir une créance, à charge pour le créancier de la retransférer en cas d'exécution de son obligation par le débiteur⁷²⁾. Selon cette définition, il semble que le créancier devienne complètement propriétaire du bien objet, même avant l'échéance de la dette. Mais, cela ne convient pas au but visé par les parties, lequel but n'est que de garantir une créance : elles n'ont l'intention que de constituer une sûreté. Il faut donc savoir quelle est la qualification juridique du transfert-sûreté. Autrement dit, le créancier devient-il parfaitement propriétaire dès la conclusion du contrat entre les parties ?

D'abord, sur cette question, l'ancienne cour suprême hésita à considérer le créancier comme propriétaire du bien objet avant l'échéance de la dette. Elle divisa la situation juridique en deux, entre les parties et à l'égard des tiers : l'arrêt du 8 juillet 1912 a donc jugé que : "tandis que la propriété (du bien objet) est transmise au créancier à l'égard des tiers, elle reste au débiteur entre les parties, attendu que le créancier se contente du pouvoir de disposer du bien en cas de non-paiement de la dette, et que le débiteur n'a pas l'intention de lui transférer définitivement sa propriété"⁷³⁾. Cette décision reconnut qu'une propriété appartenait au créancier et au débiteur à la fois. Cependant, à cette époque-là, la doctrine n'admit jamais ce démembrement de la conception de propriété.

Sa position lui étant reprochée par la doctrine, l'ancienne cour suprême l'a changée en 1924 : l'arrêt du 24 décembre 1924 a jugé que la propriété était en principe transmise absolument au créancier⁷⁴⁾. La jurisprudence maintiendrait essentiellement cette décision même aujourd'hui, bien que sa position se trouble⁷⁵⁾.

Toutefois, même si le créancier devient propriétaire du bien objet du transfert-sûreté, ce n'est pas à dire qu'il y ait un risque de spoliation du débiteur : d'une part, il faut que le créancier restitue la différence résiduelle au débiteur, lorsque le bien a une valeur supérieure à sa créance(1°). D'autre part, même après l'échéance, le débiteur peut réclamer la restitution du bien au créancier jusqu'à un certain moment (2°).

1°—Le problème de la différence résiduelle. Il est très concevable que le bien, objet du transfert-sûreté, a une valeur très supérieure à la créance garantie. Mais, avant l'arrêt de la cour suprême du 25 mars 1971 ci-dessous, le débiteur ne pouvait pas exiger du créancier le remboursement de la différence entre sa dette et la valeur du bien dans le cas où ces parties auraient prévu que ce bien appartiendrait au créancier dès le non-paiement du débiteur à l'échéance⁷⁶⁾.

Cependant, même si les parties ont prévu expressément que le créancier ne restituerait pas la différence résiduelle au débiteur en cas d'inexécution de sa dette, nous ne pouvons pas le reconnaître comme cela, parce qu'il y aurait un déséquilibre entre le profit du créancier et la perte du débiteur, au cas où le bien donné en garantie vaudrait beaucoup plus que la créance : dans cette hypothèse, il y a un risque de spoliation du débiteur. De surcroît, il suffit au créancier que sa créance soit satisfaisante, et il faut éviter que le créancier cherche un profit "supérieur à celui qui aurait résulté du parfait accomplissement des obligations de son débiteur"⁷⁷⁾ en exploitant la défaillance de celui-ci.

La cour suprême impose donc au créancier de restituer au débiteur la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette restant due : en matière de transfert-sûreté de l'immeuble, l'arrêt de la cour suprême précité⁷⁸⁾ a jugé que : "le créancier doit restituer la différence résiduelle au débiteur, après avoir affecté le prix du bien immobilier, au moyen de la vente ou de l'estimation, à sa créance. En plus, lorsque le créancier poursuit le débiteur en revendiquant l'immeuble affecté en garantie et que ce débiteur demande cette différence en échange de cette revendication, la cour n'admet le droit de revendication du créancier, sauf cas exceptionnel, qu'en échange de la restitution de la différence au débiteur (V., l'arrêt de la 1^{ère} chambre de la cour suprême du 24 septembre 1970)."

A la suite de cette décision, tous les créanciers sans exception sont obligés de restituer la différence résiduelle au débiteur.

Or, pour déterminer la valeur du bien donné en garantie, à savoir, pour restituer la différence résiduelle au débiteur, les parties peuvent choisir entre deux moyens l'un, lors de la constitution du transfert-sûreté : d'une part, après que le créancier ou l'expert estime raisonnablement le prix de ce bien, le créancier restitue au débiteur la différence entre cette estimation et sa créance. Dans cette hypothèse, si la différence n'existe pas, le créancier doit le lui notifier. Et bien entendu le créancier n'estime pas arbitrairement la différence résiduelle : il est concevable de conférer au juge le pouvoir de déterminer définitivement le montant de cette différence.

D'autre part, après que le créancier a vendu le bien au tiers et qu'il a affecté le prix de cette vente à sa créance, il restitue le reliquat au débiteur.

Si nous n'admettions que le premier moyen pour déterminer la valeur du bien objet, il serait difficile de réaliser le transfert-sûreté⁷⁹⁾. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent donc les deux.

2° — Le droit de restitution du débiteur après l'échéance. Quoique le débiteur n'exécute pas sa dette à l'échéance, ce n'est pas à dire qu'il ne puisse plus restituer le bien objet du transfert-sûreté. Même après l'échéance, en exécutant la dette, le débiteur peut restituer le bien donné en garantie jusqu'à l'appropriation définitive par le créancier. Mais, dans cette hypothèse, il s'agit de ce qu'est "l'appropriation définitive par le créancier" : autrement dit, jusqu'à quand le débiteur peut-il exécuter sa dette au créancier ?

Sur cette question, la jurisprudence fait la distinction des solutions entre les deux moyens mentionnés plus haut, de déterminer la valeur de l'objet : d'une part, dans le premier cas où le créancier estime le prix du bien, le débiteur a le droit de restitution de ce bien jusqu'au moment où le créancier lui restitue la différence résiduelle, et que, si cette différence n'existe pas selon l'estimation du créancier, il le lui notifie⁸⁰⁾. En plus, la cour suprême dans un arrêt du 12 février 1987 a énoncé que, "lorsque le créancier a vendu l'immeuble, objet du transfert-sûreté, au tiers, le débiteur a perdu définitivement le droit de restitution du bien, voire la propriété de l'immeuble objet à ce moment-là, en même temps que l'effet de l'extinction de la créance garantie s'est produite"⁸¹⁾. D'autre part, dans le deuxième cas où le créancier vend le bien au tiers, le débiteur peut réclamer la restitution du bien jusqu'au moment où le créancier dispose de ce bien envers le tiers⁸²⁾.

Finalement, selon la jurisprudence, le débiteur peut réclamer au créancier la

restitution du bien, en tout cas, jusqu'au moment où, au plus tard, celui-ci dispose de ce bien envers le tiers⁸³⁾.

10—Qualification ② : la réaction de la doctrine. Normalement, dans le contrat de la constitution de transfert-sûreté, les parties, le créancier et le débiteur, stipulent que la propriété du bien affecté en garantie est transmise au créancier et que, si le débiteur exécute sa dette à l'échéance, le créancier doit retransférer cette propriété au débiteur. En qualifiant le transfert-sûreté selon le contenu de ce contrat, la doctrine dominante a affirmé, autrefois, que le créancier est devenu propriétaire du bien objet, dès la conclusion du contrat de construction. C'était la même position que la jurisprudence traditionnelle précitée⁸⁴⁾.

Mais, le but visé par les parties n'est que de constituer une sûreté : elles ne veulent pas conférer au créancier tous les pouvoirs sur le bien. Le créancier ne peut donc ni détruire le bien, ni le céder au tiers avant l'échéance. La doctrine dominante traditionnelle a soutenu que ces limitations des prérogatives du propriétaire se sont réalisées par l'acceptation d'obligations personnelles dans le contrat des parties. Autrement dit, le créancier a accepté de ne pas disposer du bien, arbitrairement, avant l'échéance et, à l'inverse, il a dû payer des dommages-intérêts au débiteur.

Cependant, selon cette conception, il serait inévitable que le débiteur subisse des dommages. En effet, lorsque le créancier dispose du bien envers un tiers, même si celui-ci était de mauvaise foi sur le fait que le transfert de la propriété au créancier n'était qu'en tant que sûreté, c'est-à-dire que ce créancier n'avait pas le pouvoir de disposer de ce bien, alors, ce tiers est devenu propriétaire de ce bien, et le débiteur perdra complètement le bien lui-même, quoiqu'il reçoive des dommages-intérêts⁸⁵⁾.

En outre, non seulement le débiteur perdrait le bien donné en garantie, mais aussi il se pourrait qu'il ne puisse pas obtenir la réparation, lorsque le créancier ne respectant pas son obligation n'est pas solvable. Toutefois, en cas de transfert-sûreté, le débiteur est le plus souvent en possession du bien objet. Si le tiers acquéreur demandait donc au débiteur la revendication du bien, et si celui-ci pouvait exercer le droit de rétention contre ce tiers jusqu'au moment où les dommages-intérêts seraient payés par le créancier au débiteur, il serait mieux protégé.

Mais, la jurisprudence et la doctrine dominante n'admettent pas le droit de rétention contre le tiers au profit du débiteur : en matière de transfert-sûreté de l'immeuble, la cour suprême dans un arrêt du 3 septembre 1959 a jugé que le débiteur ne peut pas exercer le droit de rétention contre le tiers, "attendu que le droit de réparation du débiteur ne peut pas s'opposer au tiers alors qu'il s'oppose au

créancier”⁸⁶⁾.

Par contre, un auteur a affirmé que, dans cette hypothèse, le débiteur avait le droit de rétention même contre le tiers. C’est parce que, d’après lui, le droit de réparation du débiteur et le droit de revendication du bien du tiers acquéreur se seraient produits à la suite de la vente faite par le créancier, et qu’il existe toujours un lien de connexité entre les deux droits précités⁸⁷⁾. Mais, la doctrine dominante nie ce lien de connexité⁸⁸⁾, parce que le créancier chargé de payer les dommages-intérêts au débiteur n’a pas le droit de revendication contre ce débiteur : c’est le tiers acquéreur qui réclame au débiteur la revendication du bien. Alors, si le débiteur pouvait refuser le droit de revendication du tiers en ayant recours au droit de rétention, ce ne serait pas à dire que ce refus du débiteur contre le tiers contraigne indirectement le créancier à payer les dommages-intérêts au débiteur, bien que le but du droit de rétention soit, en général, de forcer indirectement un débiteur à exécuter sa dette, son créancier détenant le bien du débiteur⁸⁹⁾. De surcroît, supposons que le débiteur exerce le droit de rétention contre le tiers acquéreur, celui-ci ne peut pas revendiquer le bien sans qu’il paie les dommages-intérêts au débiteur même s’il n’avait pas connaissance de l’existence du transfert-sûreté. Cette conclusion n’est pas convenable pour la protection du tiers. Au fond, le problème qui se pose est de savoir quelle influence du droit personnel subit la transmission du droit réel, notamment du droit de propriété. C’est une question fondamentale dans le système juridique de droit romain⁹⁰⁾.

La plupart des auteurs soutiennent donc la jurisprudence, selon laquelle le débiteur ne peut pas exercer le droit de rétention contre le tiers acquéreur⁹¹⁾ en raison de l’inexistence du lien de connexité entre le droit de revendication du tiers et la créance de dommages-intérêts (art. 295, al. 1, C. civ. jap.)⁹²⁾.

Ainsi, supposons, selon la doctrine dominante traditionnelle, que le créancier ait une propriété pleine et entière, et que le débiteur n’ait qu’un droit personnel à recouvrer cette propriété du bien, il serait inévitable que le créancier risque de disposer du bien envers le tiers. Actuellement, la doctrine dominante soutient donc que le créancier n’a pas une propriété pleine et entière, et que le débiteur a également une sorte de droit réel sur le bien affecté en garantie⁹³⁾. En concédant un droit réel au débiteur sur le bien, ce débiteur peut exercer un droit de suite contre le tiers acquéreur : si le débiteur a un droit réel à recouvrer la propriété du bien, le créancier ne peut transmettre, par application du principe “*nemo plus juris...*”, qu’une propriété affectée de cette charge avant l’échéance⁹⁴⁾. Le tiers acquéreur ne pourrait donc pas, en principe, revendiquer le bien au débiteur, et le tiers perdra sa

propriété au cas où le débiteur exécuterait sa dette au créancier⁹⁵⁾.

Cette affirmation correspondrait non seulement au but visé par les parties, selon lequel ces parties ne transfèrent au créancier la propriété du bien qu'en tant que sûreté, mais aussi à la position de la jurisprudence, laquelle admet le remboursement de la différence résiduelle au débiteur sans exception⁹⁶⁾ et le droit de restitution de ce dernier, même après l'échéance⁹⁷⁾⁹⁸⁾.

Toutefois, cette doctrine dominante se divise, dans les grandes lignes, en deux, pour qualifier le droit réel du débiteur⁹⁹⁾ : d'une part, en dissociant la conception du droit de propriété, dans la limite du montant de la créance garantie, le créancier a la propriété de la valeur du bien, objet du transfert-sûreté, et le reste de cette propriété appartient au débiteur. D'autre part, certains auteurs soutiennent que le créancier n'a qu'une sûreté réelle telle que le gage, l'hypothèque, et que la propriété du bien reste encore au débiteur¹⁰⁰⁾ : en poussant cette idée à l'extrême, un auteur prétend considérer le droit réel, que le créancier obtient sur le bien objet du transfert-sûreté, comme l'hypothèque¹⁰¹⁾.

En tout cas, la plupart des auteurs actuels affirment unanimement le démembrement de la conception du droit de propriété, et intègrent le transfert-sûreté dans les sûretés réelles traditionnelles.

Or, il semble que cette doctrine dominante se heurte à la règle du *numerus clausus* (art. 175, C. civ. jap.). Mais, cet obstacle ne serait nullement décisif. En effet, si on admet le transfert-sûreté comme une nouvelle sûreté que ne connaissait pas le code civil, on ne crée jamais une restriction féodale au droit de propriété¹⁰²⁾, alors que le but de la règle du *numerus clausus* est la protection de la propriété contre les atteintes portées à celle-ci, telle la *saisine* sous l'Ancien Régime. De surcroît, bien qu'il soit certain que la meilleure solution, pour franchir cet obstacle, est de codifier le transfert-sûreté, on ne peut nier, par application de la règle du *numerus clausus*, la nouvelle sûreté que la jurisprudence et la pratique forment depuis longtemps.

Ainsi, rien n'empêche que, dans le transfert-sûreté, l'on admette le démembrement de la conception de la propriété.

11—Qualification ③ : l'ébranlement de la jurisprudence. Au fur et à mesure que la doctrine dominante prétend que le transfert-sûreté n'est qu'une sûreté, la position de la jurisprudence s'approche, de plus en plus, de celle de la doctrine. On peut citer deux décisions qui montrent l'ébranlement de la position de la cour suprême.

D'une part, on a remarqué un arrêt de la cour suprême du 28 avril 1965¹⁰³⁾, lequel

concerne le droit des procédures collectives, notamment la loi du redressement des entreprises¹⁰⁴⁾ : en 1957, une banque a prêté 500.000 F à une société, dont l'équipement de l'usine avait été affecté en transfert-sûreté. Après l'ouverture des procédures collectives, le créancier, à savoir, la banque, a demandé l'action en revendication, en tant que propriétaire de l'équipement, à l'administrateur du débiteur. Mais, la cour suprême énonce que, "tandis que, lors de l'ouverture de la procédure du redressement des entreprises, la propriété du bien objet a été transmise au créancier selon le contrat de la constitution de transfert-sûreté entre les parties, cette mutation n'était pas définitive et les obligations entre les parties existaient encore. Dans cette hypothèse, le créancier propriétaire ne peut pas exercer l'action en revendication," mais il doit déclarer sa créance et l'exercer en se conformant à la procédure de la loi du redressement des entreprises comme les créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles.

Ainsi, en cas de redressement des entreprises, la cour suprême affirme que le transfert-sûreté n'est qu'une sûreté telle que le gage, l'hypothèque, étant donné qu'elle n'admet pas l'action en revendication (art. 62, la loi du redressement des entreprises) du créancier, et qu'elle intègre le transfert-sûreté dans les sûretés réelles traditionnelles. Bien entendu la doctrine dominante soutient cette décision¹⁰⁵⁾.

D'autre part, la cour suprême dans un arrêt du 28 septembre 1982 affirme que le débiteur peut exercer le droit de revendication contre le tiers, lequel était illégalement en possession du bien objet du transfert-sûreté : en matière de transfert-sûreté de l'immeuble, un tiers a occupé illégitimement l'immeuble objet, et le débiteur, en tant que propriétaire de cet immeuble, a réclamé le droit de revendication contre ce tiers. La cour d'appel a énoncé que, "en cas de transfert-sûreté, le débiteur ne perd pas le droit de revendication, attendu que la propriété du bien lui est réservée." Le tiers a fait grief de cette décision du fait que, puisque la propriété a été transmise au créancier dans le transfert-sûreté, le débiteur ne pouvait plus faire valoir le droit de revendication.

Dans cette hypothèse, la cour suprême énonce que, "tandis que, dans le cas du transfert-sûreté, la propriété du bien objet est transmise à titre de garantie au créancier, cet effet de la mutation n'est admis que dans la mesure où le but visé par les parties, garantir une créance, serait atteint : d'une part, le créancier garanti ... se borne à avoir la priorité sur les autres créanciers du débiteur en cas d'inexécution de la dette. D'autre part, le débiteur constituant peut restituer au créancier la propriété pleine et entière du bien objet en exécutant sa dette (jusqu'à un certain

moment, même après l'échéance¹⁰⁶⁾ (V., Ch. 1^{ère} de la cour suprême, le 28 avril 1966, 民集 20, 4, 900 ; même, le 25 mars 1971, 民集 25, 2, 208 ; Ch. 2^e de la cour suprême, le 22 janvier 1982, 民集 36, 1, 92). En conséquence, lorsque le tiers est en possession du bien objet sans pouvoir légitime, le débiteur ... peut, en principe, revendiquer ce bien."

Etant donné que, dans cette hypothèse, la cour suprême admet le droit de revendication du débiteur contre le tiers, elle affirme que le débiteur a un droit réel sur le bien objet du transfert-sûreté¹⁰⁷⁾.

Toutefois, on peut trouver également des décisions de la cour suprême, selon lesquelles le créancier devient propriétaire du bien objet dès la conclusion du contrat de constitution du transfert-sûreté. Il est donc difficile de comprendre la position de la cour suprême. Mais, on peut juger qu'elle s'oriente vers la position de la doctrine dominante.

En conclusion de ce chapitre, au Japon, sur la qualification du transfert-sûreté, la doctrine et la jurisprudence, dont les détails sont variés, affirment de plus en plus qu'il n'est qu'une sûreté telle que le gage, l'hypothèque, en attachant de l'importance au but visé par les parties.

III. Un examen comparatif

12—La fiducie-sûreté dans les procédures collectives. En France, comme nous avons vu plus haut¹⁰⁸⁾, sous l'empire de la loi de 1985, le droit des créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles est restreint. Toutefois, "les techniques qui garantissent le créancier en lui conférant la propriété de la chose grevée restent en dehors de ces contraintes"¹⁰⁹⁾. Et M. Crocq prétend que ces techniques "constitue(nt) le remède au déclin des sûretés réelles traditionnelles"¹¹⁰⁾ : quant à la fiducie-sûreté, étant donné que le créancier devient propriétaire du bien, et que, pour cela, ce bien est sorti du patrimoine du débiteur, les restrictions au droit d'agir du créancier, lesquelles sont établies par la loi de 1985, ne diminuent pas le droit de ce type de créancier¹¹¹⁾.

Cependant, dans les procédures collectives, dont le but est la sauvegarde des entreprises, il est inéluctable que le droit d'agir des créanciers soit limité¹¹²⁾. En plus, en cas de fiducie-sûreté, si le créancier a la propriété pleine et entière du bien objet, et qu'il peut exercer l'action en revendication après l'ouverture des procédures collectives, nous serions obligés de considérer cette sûreté comme un instru-

ment de fraude à la loi sur deux points : d'une part, il en résulte qu'il serait difficile que le débiteur se rétablisse, ce qui serait contraire au but de la loi concernant "le redressement des entreprises." C'est-à-dire que le bien affecté en fiducie-sûreté est, le plus souvent, indispensable à l'exploitation du débiteur. Sur ce point, M. Stoufflet relève que, "la seule façon de permettre aux entreprises épuisées par les difficultés économiques du moment et n'ayant plus aucune garantie classique crédible à proposer, de se procurer le crédit nécessaire à leur survie ou à leur redressement, c'est de les autoriser à céder à un créancier, en garantie, la propriété des biens qui leur restent ou qu'elles se procurent pour les besoins de leur exploitation"¹¹³). C'est pourquoi, au cas où le créancier pourrait exercer son action en revendication après l'ouverture des procédures collectives, le débiteur ne pourrait plus continuer son exploitation en perdant les biens qui lui étaient indispensables.

D'autre part, il est inadmissible que seul le créancier muni de fiducie-sûreté puisse échapper aux limitations du droit d'agir de tous les autres créanciers : quoique ce créancier soit propriétaire du bien objet, ce n'est admis que dans la mesure où son but, garantir sa créance, serait atteint¹¹⁴). C'est-à-dire qu'il n'est pratiquement qu'un créancier comme les autres. En ce qui concerne l'inopposabilité de droit des créanciers à la masse, prévue à l'art. 29-6° de la loi du 13 juillet 1967 (abrogée par la loi de 1985), M. Stoufflet affirme que, "il serait, à mon sens, anormal que l'aliénation d'un bien à titre de garantie d'une créance échappe à (cette inopposabilité).... Certes, le texte ne vise que l'hypothèque et le nantissement et l'on pourrait soutenir que, prononçant une sanction, il doit être interprété strictement. Il serait pourtant anormal de faire échapper à l'inopposabilité une sûreté qui est plus forte que celles que mentionne l'art. 29-6°"¹¹⁵).

La fiducie-sûreté doit donc être traitée comme une sûreté, et "toutes les règles des procédures collectives qui affectent les sûretés traditionnelles ont vocation à affecter" cette sûreté¹¹⁶).

Par contre, M. Crocq relève qu'en pratique, l'entreprise en difficulté n'est pas viable en raison de l'ouverture tardive de la procédure¹¹⁷). Et il affirme que, dans ces conditions, "le développement de la propriété-garantie n'est pas un inconvénient dans la très grande majorité des cas puisque, le plus souvent, l'entreprise n'est pas susceptible de redressement et que, par conséquent, le développement de la propriété-garantie ne risque pas de remettre en question ce qui, de toutes façons, n'aurait pas eu lieu"¹¹⁸).

Mais, si le taux de réussite du redressement des entreprises est inférieur à 10%,

ce n'est pas à dire que l'exercice sans limite de la fiducie-sûreté ne risque pas d'entraver le redressement des entreprises puisqu'il est probable que son exercice prive l'entreprise en difficulté des équipements indispensables à la continuation de son exploitation. Sur ce point, M. Crocq est obligé d'admettre certaines limitations de l'exercice de la fiducie-sûreté, lesquelles favorisent la survie de l'entreprise, dans les procédures collectives¹¹⁹⁾.

Cependant, bien que le but de l'affirmation de M. Crocq, selon lequel "la propriété-garantie constitue le remède au déclin des sûretés réelles traditionnelles" sous l'empire de la loi de 1985, soit compréhensible, ce remède doit être constitué par la réforme de cette loi elle-même. En ce sens, on remarque la loi du 10 juin 1994 qui a amélioré la situation des créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles¹²⁰⁾, et M. Crocq reconnaît lui-même que "(l')évolution allant dans le sens d'une restauration de l'efficacité de la sûreté traditionnelle et des droits du créancier dans le cas d'une procédure collective ferait diminuer l'intérêt de la propriété-garantie. La loi du 10 juin 1994 marque une étape en ce sens"¹²¹⁾.

Mais, il est, à mon sens, excessif que l'on compte sur la propriété-garantie, qui n'est qu'une sûreté comme les autres, pour remédier à la situation des créanciers dans les procédures collectives.

13—Qualification de la fiducie-sûreté. D'après M. Crocq, dans le cas de la fiducie-sûreté, le créancier devient pleinement propriétaire du bien objet, aussi il n'a pas un droit de préférence qui suppose le concours entre créanciers, mais un droit d'exclusivité qui exclut ce concours¹²²⁾. Mais, cette proposition n'est pas acceptable sur deux points : d'une part, si le créancier était propriétaire du bien, même avant l'échéance, il serait inéluctable que ce créancier risque de disposer de ce bien envers le tiers¹²³⁾.

D'autre part, demander si le créancier n'a pas un droit de préférence ne serait qu'une affaire de terme : en cas de fiducie-sûreté, le créancier doit, sans exception, restituer au débiteur la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette restant due¹²⁴⁾ et, par conséquent, les autres créanciers peuvent exercer le droit de poursuite sur cette différence. Il nous paraît que ce serait la même situation que celle dans laquelle un bien est affecté en sûreté classique¹²⁵⁾. A ce point de vue, pour expliquer que le créancier muni de fiducie-sûreté ait la priorité sur les autres créanciers, il ne serait pas nécessaire que l'on invoque le droit d'exclusivité : l'on n'a qu'à admettre le droit de préférence au créancier¹²⁶⁾¹²⁷⁾.

Pour qualifier la fiducie-sûreté, "le but visé par les parties est important"¹²⁸⁾ : il

n'est que de constituer une sûreté, et, si la propriété du bien est transmise au créancier, cet effet de la mutation n'est admis que dans la mesure où ce but serait atteint¹²⁹⁾. Le fait que le créancier-fiduciaire soit pleinement et entièrement propriétaire du bien objet lui accorde un droit excessif. Il est donc pertinent que le débiteur maintienne également un droit réel sur le bien objet.

Par ailleurs, ce qui est en question, c'est ce qu'est ce droit réel du débiteur. En comparant ce problème à l'expérience du Japon, on peut trouver, dans les grandes lignes, deux idées¹³⁰⁾ : d'une part, en démembrant la conception du droit de propriété, on admet que le créancier ait la propriété du bien dans la limite du montant de la créance garantie, et que le reste de cette propriété soit réservée au débiteur. D'autre part, en admettant véritablement une nouvelle sûreté réelle comme le gage et l'hypothèque, on peut soutenir que ce droit de sûreté, la fiducie-sûreté, appartient au créancier, et que la propriété du bien reste au débiteur.

En s'appuyant soit sur la première conception, soit sur la seconde, on doit intégrer la fiducie-sûreté dans les sûretés réelles traditionnelles. Mais, conformément aux volontés des parties, selon lesquelles la propriété du bien est, au moins formellement, au créancier, il nous semble que la première conception est plus conforme à la pratique que la seconde.

En conclusion, la fiducie-sûreté n'est substantiellement qu'une sûreté. Dans cette hypothèse, la propriété du bien n'appartient au créancier que dans la mesure où le but visé par les parties, garantir une créance, serait atteint.

14—L'intérêt de la fiducie-sûreté. Si la fiducie-sûreté n'est qu'une sûreté, comme nous venons de l'envisager, les règles communes aux sûretés réelles traditionnelles, notamment celles des procédures collectives, doivent être appliquées à la fiducie-sûreté¹³¹⁾.

Par contre, M. Crocq appréhende que cette idée ne fasse perdre une grande partie de son intérêt à la fiducie-sûreté¹³²⁾. En effet, d'après cet auteur, "la fiducie-sûreté, comme la propriété-garantie en général, présente pour intérêt majeur de remédier au déclin des sûretés réelles traditionnelles. Il est donc essentiel qu'elle demeure bien distincte des sûretés réelles traditionnelles car, à défaut, elle pourrait se voir appliquer leur régime juridique"¹³³⁾.

Mais, ce n'est pas à dire pour cela que la raison d'être de la fiducie-sûreté soit perdu : tout d'abord, en matière de meuble corporel, seule la fiducie-sûreté parmi les sûretés réelles offre au débiteur l'instrument du crédit, par lequel le débiteur peut affecter à la garantie, sans dépossession, le bien indispensable à son exploitation, ou

le bien qui ne peut pas être affecté aux sûretés réelles traditionnelles¹³⁴). Deuxièmement, en matière mobilière et immobilière, la fiducie-sûreté serait facile à réaliser : il n'est pas nécessaire qu'elle soit soumise à la vente aux enchères publiques. Bien entendu le créancier-fiduciaire peut mettre le bien aux enchères, et il peut également participer à la vente à laquelle les autres créanciers auraient eu recours. Enfin, le créancier-fiduciaire aurait la priorité sur les autres créanciers, même lors de la répartition du patrimoine du débiteur dans les procédures collectives alors que le régime juridique lui serait appliqué.

La fiducie-sûreté mérite donc d'être introduite dans un système du droit français, et son développement serait "un phénomène durable"¹³⁵, même si cette sûreté ne peut échapper à l'application de la loi relative aux procédures collectives.

15—Conclusion générale. En comparant la controverse sur la fiducie-sûreté en France avec l'expérience du Japon, il nous semble que la position des auteurs, lesquels intègrent la fiducie-sûreté à la catégorie des sûretés réelles traditionnelles, est juste. Par contre, nous comprenons le but de la thèse de M. Crocq, selon lequel, sous l'empire de la loi de 1985, la propriété-garantie y compris la fiducie-sûreté peut remédier au déclin des sûretés réelles traditionnelles. Cependant, il nous paraît excessif que la fiducie-sûreté, comme la propriété-garantie en général, serait chargée d'y remédier. En effet, si la fiducie-sûreté pouvait échapper à l'application des règles des procédures collectives, non seulement l'égalité des créanciers serait rompue, mais aussi le but de la loi de 1985, c'est-à-dire de faciliter le redressement du débiteur, ne serait pas atteint étant donné que l'action en revendication des créanciers-fiduciaires priverait le débiteur en difficulté des biens indispensables à son activité. Ce serait la mission législative, non pas la fiducie-sûreté, qui remèdierait à la situation des créanciers dans les procédures collectives.

Toutefois, en dehors de ce problème, la thèse de M. Crocq serait très utile à l'introduction de la fiducie-sûreté dans le système du droit français, parce que son affirmation sur la qualification de la fiducie-sûreté est conforme à la position législative, notamment celle de la loi Dailly¹³⁶⁾¹³⁷). De surcroît, il nous semble qu'en pratique, il n'y a pas de grande différence de conséquences entre la proposition de M. Crocq et celle des autres auteurs, lesquels admettent que la fiducie-sûreté est une sûreté réelle traditionnelle. En effet, M. Crocq propose non seulement d'appliquer à la fiducie-sûreté une part du régime juridique des procédures collectives¹³⁸), mais aussi de restituer au débiteur la différence résiduelle par application du "principe d'adéquation du résultat de la mise en œuvre de la propriété-garantie au montant

de la dette restant due¹³⁹⁾. Mais, pour admettre la restitution de la différence résiduelle au débiteur, il nous paraît facile et clair que l'on reconnaisse que la fiducie-sûreté n'est qu'une sûreté.

En tout cas, pour introduire et élaborer la sûreté "fruste", comme la fiducie-sûreté, le rôle de la jurisprudence est important, et nous croyons que cette sûreté s'intégrera au système du droit français dans un avenir prochain.

Paris, le 30 novembre 1997.

NOTES

- 1) Cl. Witz, Les transferts fiduciaires à titre de garantie, in Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI-L.G.D.J., 1985, p. 55 ; De même, La fiducie, sûreté en droit français, in L'évolution du droit des sûretés, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, Rev. jur. com. n° spécial-Février, 1982, pp. 67-75 ; Cf., Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, t. IX, Les sûretés, La publicité foncière par L. Aynès, Cujas, 1997, p. 289.
- 2) D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J., 1996, p. 326.
- 3) Ex., La loi Dailly du 2 janvier 1981 (modifiée par la loi du 24 janvier 1984). Le développement de l'aliénation fiduciaire sur la créance s'explique par les inconvénients suivant le nantissement des créances ; à la différence du nantissement, puisque la fiducie confère au créancier un droit de propriété sur la créance, elle lui évite d'avoir à demander l'attribution judiciaire de la créance, et de subir la concurrence d'autres créanciers (Malaurie et Aynès, op. cit., n° 529, p. 205). En outre, ce qui est la raison plus profonde, c'est que la distinction entre la fiducie et le nantissement des créances est assez artificielle, parce que la propriété d'une créance n'est pas autre chose qu'un droit personnel (Malaurie et Aynès, ibid., n° 753, p. 290).
- 4) Cf., M. Grimaldi, La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Rép. du notariat Defrénois 1991, doctrine 35085 et 35094, spéc. n° 35. Mais, actuellement, il ne semble pas que ce texte soit voté pour des raisons essentiellement fiscales (Legeais, op. cit., n° 668, p. 338).
- 5) K. Takayanagi, La fiducie en droit japonais contemporain, in Travaux de la semaine internationale de droit, Paris 1937, Recueil Sirey, p. 71. Dans ce rapport, l'auteur a relevé que "le Code civil japonais a été façonné largement sur le patron du deuxième projet de Code civil allemand". Mais, aujourd'hui, après avoir examiné minutieusement les institutions et les textes qui s'intègrent dans le Code civil en vigueur, on estime, tout au moins, que la moitié de ses textes a été inspirée du Code

civil français. C'est parce que, tandis que le premier projet du Code civil japonais a été rédigé en 1888 par M. Gustave Boissonade qui avait été professeur à l'Université de Paris, ce projet s'est modifié dans le Code civil actuellement en vigueur (E. Hoshino, 「日本民法典に与えたフランス民法の影響」『民法論集=第1巻』(有斐閣, 1970) 所収。Même auteur, 『民法=財産法』(放送大学教育振興会, 1994)p. 28 et suiv.). Alors, beaucoup de professeurs japonais qui s'occupent du droit civil se sont rendus récemment en France pour poursuivre leurs études.

- 6) Ch. Larroumet, La fiducie inspirée du trust, D. 1990, Chronique p. 119.
- 7) K. Shinomiya, 『信託法』(有斐閣, 新版, 1989)p. 10.
- 8) Cl. Witz, La fiducie en droit privé français, *Economica*, 1981, n° 191, p. 177.
- 9) Witz, *ibid.*, p. 178. ——*Contra.*, P. Crocq, Propriété et garantie, L.G.D.J., 1995, n° 482 et suiv.
- 10) Witz, *ibid.*, n° 211, p. 198.
- 11) J. Stoufflet, L'usage de la propriété à des fins de garantie, in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Feduci, 1984, n° 2, p. 320.
- 12) Witz, *op. cit.*, n° 213, p. 200 ; Stoufflet, *ibid.*
- 13) Crocq, *op. cit.*, n° 352 et suiv.
- 14) Ch. Mouly, Procédures collectives : assainir le régime des sûretés, in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes dédiées à René ROBLOT, L.G.D.J., 1984, n° 5, p. 534.
- 15) Mouly, *ibid.*, n° 22, p. 544.
- 16) Com., 26 octobre 1971, J.C.P. 1972, II, 17058, obs. P. Spitéri ; Com., 13 avril 1972, Bull. civ. IV, n° 102, p. 101.
- 17) F. Derrida, P. Godé et J.-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, avec A. Honorat, Dalloz, 7^e éd., 1991, n° 501, p. 371.
- 18) L'art. 8 énonce que "la durée maximale de la période d'observation ... est fixée par décret en Conseil d'Etat." et le décret n° 94-910 du 21 octobre 1994.
- 19) Crocq, *op. cit.*, n° 356, p. 309.
- 20) Crocq, *op. cit.*, n° 358, p. 311.
- 21) R. Houin, L'évolution du droits des sûretés, Exposé introductif, Colloque de Deauville précité (*op. cit.*, note 1), p. 8.
- 22) Crocq, *op. cit.*, n° 359, p. 313.
- 23) Crocq, *op. cit.*, n° 361, pp. 314-315.
- 24) Crocq, *op. cit.*, n° 361, pp. 315-316.
- 25) Crocq, *op. cit.*, n° 363, p. 316.
- 26) V., *supra*, n° 3.
- 27) D'après M. Mouly, la réaction de la doctrine contre la propriété-garantie était suscitée "plus par réflexe que par réflexion." ; Mouly, *op. cit.*, n° 30, p. 547.

- 28) Stoufflet, op. cit., n° 47, p. 341 ; Mouly, op. cit., n° 47, p. 561 ; G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, Les sûretés-la publicité foncière, par Ph. Jestaz, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 559, p. 361.
- 29) Crocq, op. cit.
- 30) Legeais, op. cit., n° 642 et suiv., p. 325 et suiv. ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles, L.G.D.J., 1996, n° 15 et suiv., p. 14 et suiv.
- 31) Marty, Raynaud et Jestaz, op. cit., n° 550, p. 350 ; Ch. Goyet, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, L.G.D.J., 1983, n° 354 et suiv., p. 191 et suiv. (selon sa terminologie, on reconnaît la propriété économique pour le débiteur et la propriété juridique pour le créancier.) ; Witz, op. cit. (note 8), n° 156, p. 144.
- 32) Mouly, op. cit., n° 34, p. 550.
- 33) Stoufflet, op. cit., n° 47, p. 341.
- 34) Crocq, op. cit., n° 235 et suiv., p. 189 et suiv., spéc. n° 257, p. 206.
- 35) Crocq, op. cit., n° 99, p. 81.
- 36) Crocq, op. cit., n° 100 et suiv., p. 99 et suiv.
- 37) Crocq, op. cit., n° 106, pp. 85-87.
- 38) L'art. 1^{er}-1 de la loi de Dailly énonce : "Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée".
- 39) Cass. Com., 8 janvier 1991, Bull. civ. IV, n° 8, p. 5 ; Rev. trim. dr. civ. 1991, p. 368, obs. M. Bandrac ; Rev. trim. dr. com. 1991, p. 271, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Rev. dr. banc. 1991, n° 25, p. 96, obs. F.J. Credot et Y. Gérard ; Rev. jurispr. com. 1993, p. 190, note D. Fenouillet.
- 40) M. Cabrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 4^e éd., 1997, n° 529, p. 443 : D'après eux, "la fiducie est une authentique sûreté réelle. Elle met la propriété au service d'un objectif exclusif : le paiement préférentiel d'une créance". Au surplus, M. Mouly affirme que "la propriété, lorsqu'elle est utilisée à fin de garantie, a bien pour finalité première le paiement préférentiel" (op. cit., n° 36, p. 553). Cependant, il écrit également que "La propriété, en affectant au créancier la totalité du bien et en interdisant le concours sur ce bien, s'exclurait ainsi du monde des sûretés... (Mais) L'idée de concours entre sûretés sur le bien ... ne me paraît pas être un des piliers nécessaires du concept de sûreté". Sur ce point, il nous semble que, comme M. Crocq l'a indiqué (op. cit., p. 254, note 1), M. Mouly se contredit.
- 41) Crocq, op. cit., n° 301, pp. 253-255.
- 42) Crocq, op. cit., p. 254.
- 43) V., supra, n° 5.
- 44) Crocq, op. cit., n° 369 et suiv., p. 322 et suiv. ; C'est ainsi que le cessionnaire d'une créance à titre de garantie peut agir en paiement envers le débiteur. De même, quant

- à l'immeuble, le crédit-bailleur et le fiduciaire, auquel la propriété est transférée en tant que sûreté, peuvent exercer l'action en revendication (op. cit., n° 370).
- 45) Crocq, op. cit., n° 370, p. 323 : L'art. 115 al. 1^{er} énonce que "La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate". Toutefois, "lorsque le contrat portant sur (le) bien a fait l'objet d'une publicité", le propriétaire de ce bien est dispensé de cette restriction (art. 115-1 inséré par la loi du 10 juin 1994).
- 46) Crocq, *ibid.*
- 47) Legeais, op. cit., n° 20, p. 11 ; Crocq, op. cit., n° 262, p. 215.
- 48) Cabrillac et Mouly, op. cit., n° 2, p. 2.
- 49) Crocq, op. cit., n° 267 et suiv., p. 220 et suiv.
- 50) Crocq, op. cit., n° 282, p. 234.
- 51) Mestre, Putman et Billiau, op. cit., n° 5 et suiv., p. 5 et suiv. ; Malaurie et Aynès, op. cit., n° 2, pp. 11-12 ; Legeais, op. cit., n° 21, pp. 11-12.
- 52) Crocq, op. cit., n° 293, pp. 243-244 ; on relève, notamment, que la clause de réserve de propriété "ne peut garantir que le prix de vente d'un objet et s'avère indissociable du contrat de vente dont elle ne constitue qu'une modalité" (Witz, op. cit. (note 8), n° 154, p. 142).
- 53) Crocq, op. cit., n° 294, p. 244.
- 54) Crocq, op. cit., n° 296, pp. 249-250.
- 55) Crocq, op. cit., n° 297, p. 250.
- 56) Crocq, op. cit., n° 309, p. 262 : Cet auteur affirme encore que cette classification bipartite est inapte à regrouper la totalité des sûretés qui existaient déjà.
- 57) Crocq, op. cit., n° 316, p. 270.
- 58) Crocq, *ibid.*
- 59) Cabrillac et Mouly, op. cit., n° 503, p. 416 ; Crocq, *ibid.*
- 60) Crocq, op. cit., n° 317, p. 270.
- 61) Mouly, op. cit., n° 3, p. 532 ; Stoufflet, op. cit., n° 47 et suiv., p. 341 et suiv.
- 62) Mestre, Putman et Billiau, op. cit., n° 18, p. 16.
- 63) En ce qui concerne la créance, on utilise également le transfert-sûreté. Toutefois, il n'est pas évident que le transfert-sûreté soit supérieur aux sûretés réelles traditionnelles, surtout au nantissement des créances. En effet, il se heurte au formalisme de la cession de créance (art. 467, C. civ. jap.), de même que le nantissement des créances (art. 467 appliqué par l'art. 364, C. civ. jap.). A cet égard, on a remarqué récemment la loi Dailly dont le mode de cession est simple et efficace (en matière de loi Dailly ; S. Yamada, 「金融機関を当事者とする債権の譲渡および質入れ—フランスにおける最近の動向」金融法研究6 (1990) p. 50).
- 64) S. Wagatsuma, 『新訂担保物権法＝民法講義III』 (有斐閣, 1968) p. 596.

- 65) Au Japon, en cas d'hypothèque, dès que le créancier hypothécaire accomplit une publicité foncière, il peut exclure tous les tiers postérieurs à la date de cette publicité sauf le preneur à bail à court terme : pour mieux exploiter l'immeuble grevé de l'hypothèque, l'art. 395, C. civ. jap. énonce que le créancier hypothécaire ne peut pas exclure ce preneur postérieur à la date de la publicité de l'hypothèque. Cependant, on a indiqué, qu'en pratique, si ce preneur existait, le prix de l'objet serait bien inférieur à sa valeur réelle lors de la réalisation, de la vente aux enchères. Par contre, en cas de transfert-sûreté, le créancier peut échapper à cet inconvénient en ne concluant pas le bail de l'art. 395 en sa qualité de propriétaire de l'objet.
- 66) H. Dougauchi, 『担保物権法』(三省堂, 1990) p. 250 ; Contra., Crocq, op. cit., n° 483, pp. 433-434. Selon M. Crocq, même après le transfert de propriété au créancier, le débiteur "a, au sein de l'actif de son patrimoine, un droit à recouvrer la propriété de l'immeuble en cas de paiement". C'est pourquoi "ce droit peut être cédé à titre de garantie d'une nouvelle dette ... et ainsi de suite jusqu'à ce que la somme des dettes garanties atteigne, comme en matière hypothécaire, la valeur de l'immeuble. Il n'y a donc pas de gaspillage du crédit du débiteur" (op. cit., p. 434). Cependant, dans le cas de l'aliénation fiduciaire de l'immeuble, dès que le premier transfert de propriété a été transcrit, les transferts successifs ne peuvent plus être transcrits. Autrement dit, le premier excepté, les créanciers ne peuvent pas publier leur garantie sur cet immeuble à la différence de ce qu'ils peuvent faire en cas d'hypothèque. En pratique, l'immeuble ayant été transféré pour garantir une créance ne pourrait donc pas être utilisé pour en garantir une autre, même si le débiteur avait théoriquement un droit à en recouvrer la propriété.
- 67) V., supra, n° 3.
- 68) V., infra, n° 10 et suiv.
- 69) Nous nous rappelons la loi Dailly, selon laquelle l'on peut mobiliser, au moyen d'un seul bordereau, plusieurs créances à la fois.
- 70) T. Takagi, 『担保物権法』(有斐閣, 新版 1993) p. 323.
- 71) Ex. ancienne cour suprême, le 8 juillet 1912, 民録 18, 691.
- 72) C'est la même définition que la fiducie-sûreté en France. V., n° 1.
- 73) Ancienne cour suprême, le 8 juillet 1912 précité : également, chambre criminelle de l'ancienne cour suprême, le 9 octobre 1913, 刑録 19,955 ; ancienne cour suprême, le 2 novembre 1914, 民録 20, 865 ; ancienne cour suprême, le 2 juin 1915, 新聞 1031, 27 ; ancienne cour suprême, le 12 juillet 1916, 民録 22, 1507 ; ancienne cour suprême, le 8 novembre 1916, 民録 22, 2193 ; ancienne cour suprême, le 16 juillet 1918, 新聞 1469, 18. V., Takayanagi, op. cit., pp. 73-74.
- 74) Assemblée plénière de l'ancienne cour suprême, le 24 décembre 1924, 民集 3, 555.
- 75) Infra, n° 11.
- 76) V., K. Yunoki et T. Fukuchi, 『注釈民法 (9) 物権 (4)』(有斐閣, 1982) p. 345 et suiv.

- 77) V., Goyet, op. cit., n° 417, p. 228.
- 78) Cour suprême, le 25 mai 1971, 民集 25, 2, 208.
- 79) Par exemple, lorsque un débiteur a transféré la propriété du bien, dont la valeur était de 20.000.000 F, en garantie d'une dette d'un montant total de 5.000.000 F, le créancier serait obligé de préparer 15.000.000 F en tant que différence, laquelle sera restituée au débiteur lors de la réalisation du transfert-sûreté dans le premier.
- 80) Cour suprême, le 12 février 1987, 民集 41, 1, 67 : en matière de transfert-sûretés de l'immeuble.
- 81) Arrêt précité ; V., Cour suprême, le 23 avril 1982, 金融法務事情 1007, 43.
- 82) Cour suprême, le 7 mars 1968, 民集 22, 3, 509 ; cour suprême, le 22 janvier 1982, 民集 36, 1, 92.
- 83) Récemment, l'arrêt de la cour suprême a énoncé que : "en matière de transfert-sûreté de l'immeuble, lorsque le débiteur n'exécute pas sa dette à l'échéance, le créancier a un pouvoir de disposer du bien, objet du transfert -sûreté, (dans tous les cas). Au cas où, fondé sur ce pouvoir, le créancier aurait disposé de l'objet envers le tiers, ce tiers l'a définitivement acquis, et le débiteur ne peut plus récupérer le bien objet en exécutant sa dette : il se borne à restituer au créancier la différence résiduelle, si elle existe" (Cour suprême, le 22 février 1994, 民集 20, 4, 900).
- 84) Supra, n° 9.
- 85) Ch. crim. de l'ancienne cour suprême, le 9 octobre 1913, 刑録 19,955 ; ancienne cour suprême, le 2 juin 1920, 民録 26, 839 ; ancienne cour suprême, le 25 septembre 1920, 民録 26,1389 ; ancienne cour suprême, le 25 mars 1921, 民録 27, 660 ; ancienne cour suprême, le 3 juin 1922, 民集 1, 276.
- 86) Cour suprême, le 3 septembre 1959, 民集 13, 1357.
- 87) K. Yunoki, 「判批」 民商 42, 3, 358.
- 88) Ex., Takagi, op. cit, p. 19 et suiv.
- 89) Il y a d'autres hypothèses où le créancier ayant droit à des dommages-intérêts ne peut pas exercer le droit de rétention contre le tiers acquéreur. On peut citer l'exemple du cas de la double cession de l'immeuble : Après qu'un propriétaire a cédé et a livré son immeuble au premier cessionnaire (P), il le retransfère au deuxième cessionnaire (S). Lorsque le dernier a transcrit son acquisition de l'immeuble, il est devenu définitivement propriétaire (art. 177, C. civ. jap.) et P ne peut réclamer que les dommages-intérêts au propriétaire originaire. Dans ce cas-là, si S demande à P de revendiquer l'immeuble, P ne peut pas exercer le droit de rétention contre S, parce qu'il n'y a pas de lien de connexité entre le droit de revendication et la créance de dommages-intérêts (Cour suprême, le 21 novembre 1968, 民集 22, 12, 2765).
- 90) K. Shinomiya, 『讓渡担保』 総合判例研究叢書・民法 (17) (有斐閣, 1962) pp. 236-239, spéc. p. 238.
- 91) Il ne faut pas confondre le cas mentionné dans le texte avec le fait que le droit de

rétention, dont la nature est un droit réel, est opposable au tiers acquéreur : après qu'un propriétaire a vendu son bien au cessionnaire, celui-ci, n'ayant pas payé le prix au propriétaire, le revend au tiers. Si ce tiers demande au propriétaire originaire de livrer le bien, ce dernier peut le refuser en exerçant le droit de rétention (Cour suprême, le 16 novembre 1972, 民集 26, 9, 1619). En effet, la créance du prix du vendeur et le droit de livraison de l'acheteur se sont produits à la fois lors de la conclusion de la première vente : le propriétaire pouvait donc exercer le droit de rétention contre l'acheteur jusqu'au moment où sa créance de prix serait satisfaite, et ce droit de rétention est opposable au tiers acquéreur.

- 92) La même question est actuellement controversée en France : contrairement à certains auteurs, qui affirment que le débiteur a un droit réel sur le bien donné en garantie pour le protéger, M. Crocq prétend que l'intérêt de la reconnaissance d'un droit réel au profit du débiteur serait diminué sur deux points. D'une part, d'après lui, le débiteur serait protégé par le droit de rétention contre le fait que le créancier risque de disposer du bien : "la caractéristique la plus fréquente de la propriété-garantie était de laisser au débiteur la détention du bien donné en garantie. Celui-ci exerce sur le bien une détention effective et régulière qui présente un lien de connexité ... Si le bien est cédé par le propriétaire ne respectant pas son obligation, le débiteur aura droit à être indemnisé du préjudice subi et il existera toujours un lien de connexité entre sa détention et sa créance de dommages-intérêts qui est une créance certaine et exigible. Tant qu'il n'a pas été indemnisé, le débiteur pourra retenir le bien, qu'il soit mobilier ou immobilier, et ce droit ... sera opposable au tiers acquéreur qui, par hypothèse, a acquis le bien après la constitution de la propriété-garantie et, donc, postérieurement au début de la détention du bien" (op. cit., n° 207, pp. 167- 168). Mais, comme nous avons déjà observé dans le texte, cet argument ne nous convainc pas, parce que il est inadmissible que le débiteur exerce le droit de rétention contre le tiers acquéreur. D'autre part, pour protéger le débiteur contre le fait que le créancier risque de disposer du bien, M. Crocq propose d'employer "la technique de la condition résolutoire (le bien a été donné en garantie au créancier sous condition résolutoire du paiement) ou de la condition suspensive (le créancier voit mise à sa charge une obligation de donner sous condition suspensive du paiement de la dette du débiteur.)" : si les parties prévoient que "le paiement aura un effet rétroactif, s'agissant du retransfert de la propriété du bien au débiteur, ... il suffit au débiteur de procéder au complet paiement pour que le créancier soit sensé ne pas avoir été propriétaire et pour bénéficiaire, ainsi, de l'application de la maxime «prior tempore, potior jure». Le créancier n'a pu transmettre à un tiers un droit qu'il n'a jamais eu." (Crocq, op. cit., n° 208, p. 169). Cependant, l'effet rétroactif de la condition résolutoire n'est pas absolu : la rétroactivité n'est qu'une fiction juridique, une technique juridique. Lorsque le créancier propriétaire dispose du bien envers le tiers, ce tiers peut invoquer la règle de

l'article 2279, voire la théorie de l'apparence (F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz, 6^e éd., 1996, n° 1139, pp. 913-915), si bien que le débiteur perdrait définitivement le bien objet de la fiducie-sûreté. En plus, on relève que "la pratique utilise rarement la vente sous condition résolutoire, car, fiscalement, si la condition se réalise, il existe une double mutation ; les droits de mutation seront dus deux fois" (Ph. Malaurie et L. Aynès, Droit civil, Les obligations, Cujus, 7^e éd., 1997, n° 1124, p. 674).

Enfin, dans la mesure où l'on suppose que le débiteur n'a qu'un droit personnel à recouvrer la propriété du bien, il serait inéluctable que le créancier risque de la transmettre au tiers, et que le débiteur risque de la perdre contre son gré.

- 93) V., Takagi, op. cit., p. 325 ; Dougauchi, op. cit., p. 253.
- 94) V., Crocq, op. cit., n° 202, p. 165.
- 95) Dougauchi, op. cit., p. 266 ; Toutefois, en matière de transfert-sûreté de l'immeuble, la plupart des auteurs affirment que le tiers acquéreur, lequel était de bonne foi sur le fait que le créancier cédant n'avait qu'une propriété restreinte par un droit réel du débiteur, serait protégé par application de la théorie de l'apparence (V., art. 94, al. 2, C. civ. jap.). Par ailleurs, en matière de meuble corporel, le créancier ne risque pas, le plus souvent, de disposer du bien envers le tiers, puisque le débiteur est, en fait, en possession du bien objet de transfert-sûreté, alors que le tiers acquéreur serait théoriquement protégé par application de la règle concernant la protection de la possession (art. 192, C. civ. jap.).
- 96) Supra, n° 9-1.
- 97) Supra, n° 9-2.
- 98) De surcroît, elle correspond à la position législative : L'art. 24, al. 1 de la loi concernant la perception des impôts, établie en 1959, énonce que, si le contribuable, dont le bien a été transmis au créancier à titre garantie, néglige de payer ses impôts, ce bien peut être perçu dans la mesure où le bien perceptible lui fait défaut. Cette disposition repose sur l'idée, selon laquelle la propriété du bien objet du transfert-sûreté reste partiellement au débiteur (Yunoki et Fukuchi, op. cit., pp. 330-331).
- 99) V., Dougauchi, op. cit., p. 253.
- 100) Takagi., op. cit., p. 326.
- 101) A. Yonekura, 『譲渡担保の研究』 (有斐閣, 1976) p. 44 et suiv. ; Contra., Takagi, ibid.
- 102) En fait, M. Crocq relève que le démembrement de la conception du droit de propriété, 《propriété de la valeur》 et 《propriété de l'utilité》, "n'est pas sans rappeler le système des propriétés simultanées ... de l'ancien droit. En effet, la propriété de l'utilité est un concept proche de la *saisine*, base de la propriété coutumière, ou de la *tenure*, propriété de la jouissance dénuée d'abus sur la terre." (Crocq, op. cit., n° 175, p. 147). Mais, au contraire de cette observation, M. Mouly affirme que "l'efficacité de ces principes se limite au domaine philosophique et politique auquel ils s'alimentent.

Au degré technique, leur impact s'étrécit ; la démonstration des atteintes portées à la propriété immobilière n'est plus à faire ; la démonstration des limites permanentes ... a été menée avec clairvoyance." (Mouly, op. cit., n° 32, p. 548).

- 103) Cour suprême, le 28 avril 1965, 民集 20, 4, 900.
- 104) Le but visé par cette loi est la sauvegarde des entreprises comme celui de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 en France. Toutefois, à la différence de celle de la France, la loi de redressement des entreprises a été établie en 1952, après la seconde Guerre mondiale, pour relever l'économie japonaise.
- 105) M. Ito, 『破産法』 (有斐閣, 新版, 1991) pp. 258-261 ; Y. Aoyama, M. Ito, H. Inoue et A. Fukunaga, 『破産法概説』 (有斐閣, 新版, 1992) pp. 75-77.
- 106) Supra, n° 9-2.
- 107) Dougauchi, op. cit., p. 255 et p. 268.
- 108) Supra, n° 5 et suiv.
- 109) Mouly, op. cit., n° 38, p. 556.
- 110) C'est le titre d'une section de la thèse de M. Crocq (op. cit., p. 306).
- 111) Supra, n° 6-2.
- 112) Ito, op. cit., p. 19 et suiv. spéc. p. 21.
- 113) Stoufflet, op. cit., n° 6, p. 322.
- 114) V., Cour suprême japonaise, le 28 septembre 1982 (supra, n° 11).
- 115) Stoufflet, op. cit., n° 50, p. 342.
- 116) Mouly, op. cit., n° 38, pp. 556-557 ; V., Stoufflet, ibid., n° 47, p. 341 : C'est également la solution de la doctrine dominante et de la jurisprudence au Japon (supra, n° 11).
- 117) M. Crocq cite le taux de réussite du redressement. Selon sa thèse, dans tous les pays européens, "on constate qu'environ 90% des entreprises soumises à une procédure collective font l'objet d'une procédure similaire à la liquidation judiciaire et que seulement 2% connaissent un redressement réussi" (op. cit., n° 513, p. 458), et en France, "globalement, le taux de réussite des plans (de continuation et de cession) n'est que de 10%" (op. cit., pp. 458- 459, note 5). Par ailleurs, au Japon, on relève également que le nombre d'entreprises, qui font l'objet du redressement, diminue, parce que sa procédure est stricte et que, par conséquent, l'entreprise en difficulté tarde à se redresser (Ito, op. cit., p. 22).
- 118) Crocq, op. cit., n° 513, p. 459.
- 119) Crocq, op. cit., n° 514 et suiv., p. 460 et suiv.
- 120) Supra, n° 4.
- 121) Crocq, op. cit., n° 366, p. 321, voire n° 528, p. 474.
- 122) Supra, n° 6.
- 123) Supra, n° 10 et note 92.
- 124) Au Japon, les jurisprudences et les doctrines admettent unanimement cette solution (supra, n° 9-1). En France, M. Crocq prétend que "le principe d'adéquation de la mise

en œuvre de la propriété-garantie au montant de la dette restant due”, lequel procède du caractère accessoire de ce type de garantie, existe (Crocq, op. cit., n° 484 et suiv., p. 434 et suiv.), et que, par conséquent, dans le cas de la fiducie-sûreté, le créancier doit restituer au débiteur la différence résiduelle (Crocq, op. cit., n° 498 et suiv. spéc. n° 505 et suiv., pp. 449-451).

- 125) A supposer qu'un immeuble soit affecté à plusieurs hypothèques, le créancier hypothécaire de premier rang a la priorité sur les autres créanciers hypothécaires et, si la différence résiduelle existe, ces derniers peuvent exercer leurs droits de poursuite sur cette différence.
- 126) Sur ce point, au Japon, tous les auteurs reconnaissent que le transfert-sûreté confère au créancier le droit de préférence, non pas le droit d'exclusivité (ex. Wagatsuma, op. cit., p. 627 et suiv.). En France, certains auteurs admettent également le droit de préférence (Cabrillac et Mouly, op. cit., n° 529, p. 443 ; Mouly, op. cit., n° 46, p. 561) alors qu'il y a une certaine confusion (supra, note 40).
- 127) Toutefois, pour expliquer que le créancier-fiduciaire ait la priorité sur les autres créanciers y compris ceux munis de sûretés réelles traditionnelles, il vaudrait mieux que l'on invoque la notion du droit d'exclusivité. Mais, il n'est pas nécessaire pour cela que l'on estime que le créancier ait la propriété pleine et entière, même avant l'échéance : il serait possible que le créancier ait une partie de la propriété du bien en admettant le démembrement de la notion de propriété.
- 128) Mouly, op. cit., n° 34, p. 550.
- 129) Supra, n° 10 et n° 11.
- 130) Supra, n° 10.
- 131) Stoufflet, op. cit., n° 47, p. 341 ; Mouly, op. cit., n° 38, pp. 556-557.
- 132) Crocq, op. cit., n° 256 et n° 257, p. 206, et n° 529, pp. 475-476.
- 133) Crocq, op. cit., p. 206, note 5.
- 134) Supra, n° 8.
- 135) Crocq, op. cit., n° 529, p. 476.
- 136) Supra, n° 6-1.
- 137) Au Japon, au début, les jurisprudences et les doctrines ont qualifié le transfert-sûreté comme une sorte de fiducie, à savoir, l'aliénation fiduciaire de la propriété du bien à titre de garantie. Puisque nous avons déjà codifié la loi relative à la fiducie, nous avons pu, pour cela, introduire, sans réaction, cette sûreté dans le système juridique.
- 138) Crocq, op. cit., n° 514 et suiv., p. 460 et suiv.
- 139) Crocq, op. cit., n° 505 et suiv., p. 449 et suiv.

[追記] 本稿は、筆者が、1998年3月4日にパリ第2大学において行う講義のために書いたものです。