

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE

DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper **LAW** No. 2001/2

**Étude comparée sur la propriété
utilisée comme sûreté**

Partie I

Étude comparée de la clause de réserve de propriété

Partie II

Transmission de la propriété de créances
ou de valeurs mobilières pour garantir une dette

sous la direction de

MARIE-JEANNE CAMPANA

Agrégée des Facultés de droit

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author.

© 2001 Marie-Jeanne Campana
Printed in Italy in April 2001
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

***Etude comparée sur la propriété utilisée
comme sûreté***

Table des matières

Partie I

Etude comparée de la clause de réserve de propriété

Introduction

Marie-Jeanne Campana 1
(IUE, Florence/Université de Paris X – Nanterre)

La Clause de réserve de propriété.

Son évolution dans la législation française
Marie-Jeanne Campana 3

La réserve de propriété en droit allemand

Reinhard Welter (Université de Leipzig) 13

Reservation of Title in English Law – Past, Present and Future

Gerard McCormack (University of Essex) 29

Partie II

***Transmission de la propriété de créances ou
de valeurs mobilières pour garantir une dette***

Le mécanisme du Bordereau Dailly en droit français

Marie-Jeanne Campana 43

*Security Rights in English Law with particular reference to Security
over Book Debts*

Gerard McCormack 55

*Transfer of Ownership of Credits and Movable Assets
by Way of Guarantee*

Paola Lucarelli (Université de Florence) 67

Partie I

Etude comparée de la clause de réserve de propriété

ETUDE COMPAREE SUR LA PROPRIETE UTILISEE COMME SURETE

Marie-Jeanne Campana

Introduction

L'émergence de la notion d'entreprise et des intérêts catégoriels qui s'affrontent en son sein a bouleversé le monde des sûretés et celui du crédit.

Tant que la défaillance d'un débiteur a été considérée comme une affaire privée concernant essentiellement ses créanciers, tant que les procédures collectives ont été envisagées comme une voie d'exécution mise à la disposition de ces créanciers, les sûretés traditionnelles ont parfaitement rempli leur rôle : garantir leur titulaire contre le non-paiement du débiteur. Dans ce cadre, **l'hypothèque** était considérée comme la reine des sûretés. Ne présente-t-elle pas l'avantage de porter sur un bien immobilier - richesse par excellence de ce 19^{ème} siècle capitaliste et bourgeois - et ne confère-t-elle pas à son titulaire un droit de préférence sur tout autre ainsi qu'un droit de suite - droit extraordinaire qui consiste à suivre et donc appréhender le bien dans quelque patrimoine qu'il se trouve ?

Mais du jour où on a compris que l'entreprise n'est pas une affaire privée et n'est pas la "propriété" de ceux qui la possèdent, du jour où on a compris que la disparition de cette entreprise ne concerne pas seulement ses créanciers mais constitue une atteinte à l'ordre public économique dans la mesure où disparaît avec elle un élément de la richesse nationale ou régionale, une atteinte également à l'ordre public social dans la mesure où disparaissent avec elle des centaines, voire des milliers d'emploi provoquant des drames sociaux et humains, ce jour alors le rapport de force a changé. Le créancier, fut-il le détenteur de crédit pourtant si indispensable dans le monde des affaires, fut-il muni de sûretés, s'est vu dépassé par des intérêts plus dignes d'être protégés : l'intérêt de l'entreprise en général, celui des salariés en particulier.

Le rôle traditionnel des sûretés s'est alors considérablement affaibli. Certes, cela n'a pas été le cas dans les rapports entre particuliers. Mais dans le monde des affaires, les atteintes au droit des sûretés ont été telles que ces dernières n'ont plus été aussi attractives pour les détenteurs de crédit. Ceci s'est manifesté de manière privilégiée - si l'on peut dire - au moment de la crise majeure, heure de vérité de ces relations, au moment où le débiteur a cessé ses paiements. L'évolution de la législation française en ce domaine -

mais le mouvement dans son ensemble a été européen - s'est faite dans le sens d'une restriction des droits des créanciers en général et des créanciers munis de garanties en particulier ; de sorte que les plus importantes des sûretés, privilèges de toute sorte et hypothèque, ont connu un inévitable déclin.

Alors, le monde des affaires, jamais en panne d'imagination et d'inventivité, s'est tourné vers d'autres mécanismes permettant aux détenteurs de crédits de retrouver la place qu'ils avaient au moment où les sûretés remplissaient leur rôle traditionnel.

Ce mouvement s'est opéré dans deux directions. D'une part, on a assisté à un développement des sûretés personnelles. C'est essentiellement les acteurs du commerce international qui ont préféré se tourner vers ces sûretés, ce qui s'est traduit par l'utilisation du crédit documentaire et des garanties à première demande. Les raisons en sont multiples ; il s'est agi avant tout d'éviter les difficultés du droit international : les disparités des législations quant à la constitution des sûretés réelles, quant à leur statut, et l'application d'un ordre juridique étranger en raison du principe de la *lex rei sitae*. D'autre part, et sans que ce mouvement soit paradoxal, les créanciers ont songé à utiliser la propriété comme garantie de leur créance. Ils ont, en quelque sorte, "redécouvert" la fiducie du droit romain. Et par là même, les détenteurs de crédit, de créanciers qu'ils étaient, sont devenus propriétaires avec l'avantage majeur de pouvoir revendiquer auprès du débiteur, quelle que soit sa situation, le bien dont ils ont désormais la propriété, plutôt que d'être mêlés à la piétaille des créanciers mal payés. Garantie que ne pourra pas négliger le commerce international en raison du développement des ventes et des prestations de services internationales.

C'est cette dernière évolution que nous aimerions examiner à la loupe de la comparaison avec d'autres systèmes législatifs.

Cette étude se fera en deux temps : nous étudierons d'abord la transmission de la propriété de biens meubles pour garantir une créance et l'étude de la clause de réserve de propriété nous a paru inévitable.

Puis nous verrons l'utilisation de la propriété de créances et de valeurs mobilières comme sûretés.

LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE SON EVOLUTION DANS LA LEGISLATION FRANÇAISE

Marie-Jeanne Campana

L'article 1583 du Code civil français dispose que la vente, est réputée parfaite entre les parties, dès l'instant où elles se sont accordées sur la chose et le prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. Ce principe de consensualisme établi sous l'influence de l'Ecole du droit naturel au XVIIe ne s'est guère révélé satisfaisant pour la pratique du monde marchand. Le vendeur courait le risque de perdre la propriété de son bien et de ne pas récupérer le prix. D'où l'idée, ancienne, de retarder le transfert de la propriété jusqu'à complet paiement du prix. La clause de réserve de propriété pourrait donc se définir comme «la clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans le but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie » (F. Pérochon). La validité' d'une telle clause n'a jamais été contestée. En revanche il en a été très différemment de son efficacité.

Tant que la législation française a refusé de reconnaître toute efficacité à ces clauses en les rendant inopposables en cas de « faillite » du débiteur, la pratique a peu utilisé cette garantie. Elle se réfugiait parfois derrière des subterfuges comme la location-vente mais les magistrats n'étaient pas dupes. Certes, par ailleurs, le législateur avait tenté d'améliorer le sort des créanciers afin de ne pas ruiner le crédit commercial. En 1951 il a organisé le nantissement sur le matériel et l'outillage professionnel, en 1953 le gage sur automobile, en 1966 le crédit-bail. Mais les efforts en ce domaine paraissaient insuffisants.

Après les crises économiques provoquées par le premier choc pétrolier de 1973, la législation a tenté d'améliorer la situation des créanciers, en particulier des créanciers fournisseurs de l'entreprise, eux-mêmes chefs d'entreprise pouvant subir directement et gravement la défaillance du débiteur. On a alors rapproché la loi française de la loi allemande en permettant, par la loi du 12 mai 1980, au vendeur titulaire d'une clause de réserve de propriété de revendiquer son bien malgré la « faillite » de l'acheteur.

Ce rapprochement avec la législation allemande était justifié par l'idée que l'opposabilité de la clause de réserve de propriété favoriserait, comme en Allemagne, les paiements au comptant et éviterait les faillites en chaîne. Mais il convient de rappeler ici que si le droit allemand a conservé l'origine

romaine d'un transfert de la propriété distinct de l'échange des consentements sur la chose et sur le prix, le droit français est, malgré tout, resté consensualiste. La loi du 12 mai 1980 n'a pas manqué, on l'imagine, de multiplier les clauses de réserve de propriété, donc les occasions de contentieux. Et la doctrine française a beaucoup investi dans ce domaine à cette époque. Il faut dire que le sujet ne manque pas d'intérêt pratique et théorique. Il touche à la fois le droit des obligations, le droit des biens, le droit des sûretés et concerne au premier chef le droit des faillites'. D'autant que le développement important de cette clause en Allemagne n'a pas manqué de conduire à d'utiles rapprochements comparatifs.

Lorsque le législateur français a réformé la loi sur la « faillite » par la loi du 25 janvier 1985, s'est reposé le problème de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. En effet, cette loi a pour finalité clairement affirmée de faire prévaloir l'intérêt de l'entreprise en difficulté sur celui de ses créanciers. En permettant au fournisseur de reprendre une partie de l'actif mobilier n'entrave-t-on pas le redressement de l'entreprise ? Certes, la loi de 1985 a réduit les possibilités de revendication et, à l'inverse du droit allemand actuel, a limité le montant des sommes garanties à celles du prix de la marchandise faisant l'objet de la clause. Mais le principe de l'opposabilité de la clause a été maintenu.

Par la suite, sous la pression de l'Association française des banques et du Conseil national du patronat français, et à la faveur de l'arrivée de la droite au Gouvernement, la loi de 1985 a été remise en chantier. On a estimé qu'elle sacrifiait trop les droits des créanciers pour un résultat assez médiocre quant au redressement des entreprises. Un mouvement important en faveur des droits des créanciers s'est alors fait jour, allant à contre-courant de la plupart des législations européennes. Il faut préciser qu'à la veille de la réforme le crédit en France présentait cette particularité d'être pratiquement aux deux tiers un crédit fournisseur, c'est-à-dire un crédit inter-entreprises. Situation éminemment dangereuse et de grande fragilité économique, les entreprises étant particulièrement vulnérables lors de la « faillite » de leur client. C'est la raison pour laquelle, à l'inverse de ce qu'avait tenté de réaliser le législateur précédent, la réforme de 1994 a renforcé dans des conditions qui ne favoriseront guère le redressement de l'entreprise, les droits des créanciers titulaires d'une clause de réserve de propriété.

Pour comprendre cette nouvelle situation, nous envisagerons dans un premier temps les conditions de la recevabilité de la revendication (I), puis ses modalités d'exercice (II).

I. CONDITIONS DE RECEVABILITE DE LA REVENDICATION

Ces conditions de recevabilité sont grandement déterminées par une analyse de la nature juridique de la clause de réserve de propriété (A). Ce qui nous amènera à envisager ensuite les conditions de son opposabilité (B).

A) La nature juridique de la clause de réserve de propriété

Deux questions essentielles se posent :

S'agit-il d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire ? (1°). Joue-t-elle un rôle de garantie ou peut-on la considérer comme une véritable sûreté ? (2°)

1°) *Condition suspensive ou condition résolutoire ?*

Les conséquences pratiques de cette qualification sont essentielles.

Si la clause a un effet résolutoire cela veut dire que, juridiquement, l'acheteur devient immédiatement propriétaire et en assume les risques. S'il ne paye pas, le vendeur redeviendra propriétaire. Il y a donc transfert puis retransfert de la propriété.

Si la clause a un effet suspensif l'acheteur ne deviendra propriétaire qu'après son paiement effectif. Les risques demeurent alors au vendeur si la chose, entre-temps, périt de manière fortuite.

Dans cette dernière analyse l'acheteur n'est pas propriétaire et théoriquement, ne peut pas vendre la marchandise. Mais la pratique et la loi le lui ont permis, pour des raisons économiques évidentes ; on ne sera pas étonné dès lors que le droit du vendeur se reporte, en cas de revente, sur la créance du produit de la revente.

La loi de 1985, reprenant les termes de la loi de 1980, est parfaitement claire sur ce point. Elle parle d'une « clause subordonnant le transfert de propriété au paiement du prix ». La Cour de Cassation a justement interprété ce texte comme impliquant une condition suspensive, le vendeur étant muni d'une action en revendication du bien et non d'une action en résolution du contrat de vente.

Le risque étant resté au vendeur, cela expliquera que sa revendication ne puisse s'effectuer que si l'objet se trouve en nature dans le patrimoine du débiteur.

Beaucoup de solutions légales sur la clause de réserve de propriété s'expliquent par cette analyse en une condition suspensive, nous le verrons.

2°) *S'agit-il de l'utilisation de la propriété comme une garantie ou d'une véritable sûreté ?*

Cette question est nettement plus difficile et la réponse plus incertaine. A l'inverse du problème précédent cette réponse ne peut être déduite de la loi. Et les auteurs sont partagés.

Pour certains d'entre eux, il ne peut s'agir d'une sûreté car il n'y a de sûretés que celles qu'énumère la loi ; de plus, la propriété ne saurait être réduite à la fonction subalterne de sûreté. Pour d'autres, il n'y a aucun obstacle à considérer la propriété comme sûreté car, dans notre cas, elle remplit bien la finalité d'une sûreté et elle est incontestablement l'accessoire d'une créance.

Notre opinion est plus partagée.

Certes, dans deux arrêts importants la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a, le 15 mars 1988, reconnu que la propriété réservée était un accessoire de la créance et a permis qu'elle puisse être transmise dans le cadre d'une subrogation ou avec une lettre de change. Nous n'affirmerons pas pour autant qu'il s'agit d'une véritable sûreté au sens technique de terme. Il ne faut pas confondre la fonction d'un mécanisme qui est le but poursuivi par les parties, et sa qualification qui est soumise au contrôle des tribunaux. En effet, d'une part elle porterait sur le patrimoine même du créancier, ce qui serait très particulier. Ensuite, elle n'est pas créée au moment de la naissance de la créance. Elle ne s'ajoute pas à celle-ci. Je pense qu'il s'agit plutôt de l'utilisation d'un droit par son titulaire pour conforter un autre droit. Le vendeur fait de son droit de propriété non un droit principal mais un droit accessoire, et comme tel, parfaitement transmissible avec la créance. C'est davantage une utilisation moderne du droit de propriété, dont l'intérêt économique n'est plus à souligner. Le droit réel est ici au service d'une créance afin qu'elle soit honorée.

Cette utilisation de la propriété comme accessoire d'une créance ne fait pas pour autant, à notre avis et pour les raisons exposées, de la clause de réserve de propriété une sûreté au sens technique du terme, même si elle est utilisée comme garantie.

Plusieurs conséquences en découlent :

- D'une part, elle n'a pas à être déclarée à la procédure et le vendeur ne subira donc aucune des atteintes que fait subir la loi des «faillites» aux créanciers munis de sûretés.

- D'autre part, cela va permettre de régler le conflit qui pourra exister sur un même bien entre le créancier gagiste et le vendeur muni d'une clause de réserve de propriété. Il ne s'agit pas d'un conflit entre deux créanciers, entre deux sûretés, mais d'un conflit entre un propriétaire et un créancier. En toute logique c'est le propriétaire qui doit être préféré, sauf si

le créancier gagiste possède le bien et est de bonne foi. Normalement, le droit du créancier gagiste est affecté de la même condition qui assortit le droit de l'acheteur qui a constitué le gage.

Cet environnement juridique posé, à quelles conditions la clause de réserve de propriété peut-elle être opposée au débiteur ?

B) Les conditions d'opposabilité de la clause de réserve de propriété

Le mécanisme de la clause de réserve de propriété n'a été réglementé que dans le cadre de la « faillite ». Certes, cette clause est parfaitement possible en droit commun et elle obéira alors à la théorie générale des obligations et à celle des droits réels. Nous aurons donc soin chaque fois de distinguer le droit commun et le droit du redressement judiciaire.

Les conditions de l'opposabilité sont à la fois des conditions de forme (2°) et des conditions de fonds (1°).

1°) Conditions de fonds

Elles ont trait, essentiellement, aux biens susceptibles de réserve de propriété.

En droit commun la clause de réserve de propriété peut porter sur toute catégorie de biens, mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, sans aucune restriction. Le droit des « faillites » quant à lui, utilise dans l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985, modifié en 1994, les termes de « marchandises » et de « biens ». La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur une conception large de cette terminologie qui peut donc englober les matériels d'équipement et même des biens incorporels dont le support est un bien corporel, comme un logiciel informatique. La seule restriction concerne, dans ce domaine, les biens immobiliers pour lesquels aucune clause de propriété réservée ne pourra être opposée à la « faillite » de l'acheteur.

Il convient de préciser que le bien peut être acquis par le débiteur soit pour les besoins de son activité, soit pour la revente. On pourrait être surpris par ce dernier point. Comment un acheteur peut-il revendre un bien qui ne lui appartient pas encore puisqu'il ne l'a pas définitivement payé ? Certes, dans la stricte orthodoxie de la réserve de propriété et compte tenu de l'analyse juridique que nous avons présentée *in limine* il paraît difficile d'accepter cette revente d'un bien qui n'appartient pas encore à l'acquéreur originel. Toutefois, pour des raisons économiques et pratiques évidentes, tout le monde s'accorde sur le fait que l'acheteur puisse revendre le bien impayé, même s'il n'en est pas encore propriétaire. Le succès de cette garantie et son utilité sont à ce prix là.

2°) *Conditions de forme*

Ces conditions se résument à l'exigence d'un écrit qui doit être accepté par l'acheteur. L'écrit n'est requis, en droit commun, que sur le terrain probatoire, avec les exceptions admises en général. Le droit des procédures collectives pose lui, dans l'article 121 de la loi du 25 janvier 1985, l'exigence d'un écrit qui est une exigence d'opposabilité. Il doit avoir été établi au plus tard au moment de la livraison. Il s'agit bien évidemment de protéger les autres créanciers de l'acheteur contre tout risque de fraude.

Jusqu'en 1994 la jurisprudence avait interprété cette condition de manière restrictive. Un écrit stipulant la clause était nécessaire lors de chaque opération de vente, même si un courant d'affaires habituel existait entre les parties. Ce qui rendait la clause moins efficace. La loi de 1994, qui a beaucoup accentué les droits de cette catégorie de créanciers a décidé, à l'instar d'autres législations européennes, que cette clause pouvait figurer « dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties ». Donc dans des conditions générales de vente.

Écrit qui n'a pas besoin d'être spécifique. La mention de la clause sur une facture ou un bordereau de livraison est suffisante.

Cette clause doit avoir été acceptée par l'acheteur. Mais là encore, l'acceptation n'a pas à être expresse. Il suffit, pour la jurisprudence, que l'acheteur en ait pris connaissance avant la livraison sans protester. Encore faut-il que cette connaissance soit effective en ce sens que les magistrats ont rejeté une clause écrite en caractère peu apparents ou peu claire.

Est-ce pour accentuer un peu plus encore les droits des créanciers fournisseurs qu'une loi très récente, du 1er juillet 1996, a modifié encore l'article 121 de la loi de 1985 en prévoyant que la clause de réserve de propriété est « opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier ». Cette modification ne manque pas de laisser perplexe. Elle semble établir une véritable présomption de connaissance de la clause par l'acheteur et renforce encore plus l'efficacité de la propriété réservée. En effet, alors qu'auparavant c'était au vendeur à prouver la connaissance qu'avait eu l'acheteur de la clause, désormais il semble que cette opposabilité renverse le fardeau de la preuve et oblige l'acheteur à fournir un écrit s'il ne veut pas que la clause lui soit opposée.

Une fois la clause de réserve de propriété opposable parce que remplissant cet ensemble de conditions, encore faut-il que le vendeur puisse exercer son action en revendication. C'est poser le problème de la mise en œuvre de la revendication.

II.- MODALITES D'EXERCICE DE L'ACTION EN REVENDICATION

Le vendeur impayé va réaliser sa garantie en revendiquant soit le bien lui-même (A) soit la créance qui lui est substituée (B).

A. La revendication du bien lui-même

Pour que le vendeur puisse revendiquer le bien il faut, dit l'article 121, que le bien se retrouve en nature au moment de l'ouverture de la procédure (1°) et que le vendeur respecte certaines conditions (2°).

1°) Le bien doit se retrouver en nature

Cette exigence d'identité entre le bien vendu et le bien revendiqué est l'application du droit commun. Le droit des procédures collectives ajoute seulement l'existence du moment où se fixe le droit du vendeur : au jour de l'ouverture du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire. De sorte que si cette condition est remplie, mais que par la suite le bien est transformé, vendu ou a disparu, le vendeur doit être indemnisé et deviendra un créancier de la procédure muni d'un privilège : celui établi par l'article 40 de la loi.

Cette exigence de l'existence en nature du bien revendiqué a donné lieu à une abondante jurisprudence, mais elle n'est que l'application même du droit de propriété : pour que le vendeur exerce son droit réel sur la chose cela suppose nécessairement qu'elle soit individualisée. L'existence en nature du bien soulève deux types de questions. Le vendeur pourra-t-il revendiquer si le bien a été transformé ? (a) Pourra-t-il revendiquer des biens fongibles ? (b)

a) La revendication du bien transformé

C'est sur ce point que le droit français diverge le plus du droit allemand et du droit anglais. La « clause de transformation » (*Verarbeitungsklausel*) permet en Allemagne, en l'état actuel du droit, de transporter la garantie du vendeur sur les biens issus de la transformation, par un système de subrogation réelle qu'entérine la jurisprudence. La position du législateur français est beaucoup plus rigoureuse. Pour la comprendre il faut distinguer entre deux situations : ou bien la marchandise a été transformée, ou bien elle a été incorporée à une autre.

La transformation est délicate à déterminer et à définir car il s'agit souvent de cas d'espèces. Par exemple, le tissu transformé en vêtements, le bois en parquet ou du caoutchouc en pneumatique. La règle légale et jurisprudentielle est assez stricte une marchandise transformée ne peut être revendiquée même si elle est seulement en cours de transformation.

Qu'en est-il lorsque la marchandise, sans être transformée, a été **incorporée** dans une autre : par exemple les tuiles qui sont devenues toit, les pneumatiques montés sur une voiture, les carrelages incorporés dans le sol. La jurisprudence avait fait, avant 1994, un énorme travail. Elle avait établi le principe que la marchandise pouvait être revendiquée quand elle était incorporée à un autre bien mobilier, à condition que cela se fasse sans détérioration des deux choses. Mais elle refusait toute revendication en cas d'incorporation dans un immeuble. La loi de 1994 a réglementé ce point en reprenant l'essentiel des solutions jurisprudentielles. Elle admet la revendication de « biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés ». Ne faisant aucune allusion à la possibilité de revendication en cas d'incorporation dans un bien immeuble celle-ci doit être écartée. Solution qui paraît, à un cartésien, parfaitement raisonnable car mesurée puisqu'elle ne défavorise pas à l'excès l'entreprise et les autres créanciers. Bien moins raisonnable est la solution adoptée en cas de biens fongibles.

b) La revendication des biens fongibles

La question peut paraître surprenante car, par hypothèse, un bien fongible est un bien qui est envisagé dans son espèce ou son genre mais non dans son identité. Des quantités de blé, d'orge ou de fuel sont des choses fongibles. Il n'y a pas d'identification possible puisqu'en cas de fournisseurs multiples comment savoir quel est le bien même qui a été fourni ? Il n'y donc pas lieu, en principe, à revendication.

Pourtant la jurisprudence avait tenté de permettre la revendication de choses fongibles dans quelques cas particuliers. Un vendeur de fuel avait pu revendiquer sa marchandise parce qu'il n'y avait pas eu d'autre livraison que la sienne dans le patrimoine du débiteur. Solution critiquable sur le plan des principes juridiques et qui devait demeurer exceptionnelle.

Par une innovation très remarquée la loi de 1994 a permis au vendeur de revendiquer des « biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité ». Même si cette réforme était annoncée par quelques arrêts isolés, elle n'en est pas moins très audacieuse car elle pousse très loin l'avantage donné au créancier titulaire d'une propriété réservée. Les problèmes pratiques posés par cette nouvelle

disposition sont considérables : comment départager plusieurs revendiquants sur une même quantité ? Et les enjeux pratiques ne sont pas moins importants. Car se pose alors nécessairement le problème de la revendication des espèces, des fonds déposés auprès d'un organisme, notamment un établissement de crédit. A l'heure des grandes « faillites » bancaires - aujourd'hui la banque Pallas-Stern, hier la BCP et bien d'autres - à l'heure de l'internationalisation de ces relations bancaires, le problème mérite d'être posé.

Même muni de tels avantages, le vendeur devra respecter certaines conditions pour exercer son action en revendication.

2°) *Conditions de la revendication*

Ces conditions sont négatives et positives :

- négatives en ce sens que le vendeur devra respecter des délais trois mois après la publication du jugement sauf - autre avantage donné par la loi de 1994 - si le contrat a été publié.

- positives en ce sens que la loi prévoit que le vendeur pourra être dispensé de revendiquer. En effet, si l'administrateur de la procédure estime devoir payer le prix du bien dont il a particulièrement besoin, il désintéressera le créancier-vendeur qui perdra donc sa propriété. Mais le paiement concernera uniquement celui du prix du bien vendu ; car, à l'inverse du droit anglais et allemand, il n'est pas possible en droit français des procédures collectives, de prévoir une « clause de relations d'affaire » ou une « clause de compte-courant » qui stipule que les marchandises restent la propriété du vendeur jusqu'au paiement intégral de toutes les créances qu'il détient sur l'acheteur ou de l'apurement du compte-courant. Certes possible en droit commun, une telle clause n'est pas valable en droit français de la « faillite » car ce droit est d'interprétation restrictive.

Si le bien a été revendu par le débiteur ou l'administrateur, alors qu'il se trouvait en nature au jour du jugement d'ouverture, le législateur prévoit la revendication de la créance du prix de revente.

B. La revendication de la créance du prix de revente

Cette revendication par le vendeur est possible à condition que le prix n'ait pas encore été payé au débiteur revendeur. C'est la loi de 1985 qui permet ce report de la clause de réserve de propriété sur la créance du prix de revente. Cela suppose donc que cette créance soit entrée dans le patrimoine du débiteur-vendeur et n'implique pas un droit direct contre le sous-acquéreur.

A ce stade va naître un conflit entre le vendeur titulaire de la propriété réservée et d'autres créanciers qui peuvent avoir un droit sur cette créance. Ce sera le cas d'un banquier auquel la créance du prix de revente a été transmise par « bordereau Dailly », mécanisme que nous étudierons lors de notre prochaine rencontre. Dans ce conflit, la jurisprudence a donné la préférence au bénéficiaire de la clause de réserve de propriété car l'acheteur n'a pu transmettre la créance que grevée de la menace de revendication, c'est-à-dire qu'il n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait.

Pour conclure, quel est le devenir de la propriété réservée ?

Il est souriant si l'on songe à tous les avantages qu'a donné le législateur de 1994 à la catégorie des créanciers-propriétaires, c'est-à-dire aux fournisseurs, allant à contre-courant de la plupart des législations européennes.

De plus, cette clause présente des avantages d'ordre procédural. Elle peut être établie facilement, sans frais ni gêne d'aucune sorte pour les parties.

Néanmoins, elle présente à nos yeux des inconvénients majeurs et suscite bien des ... réserves.

- au plan de la sécurité du crédit et des transactions, c'est une garantie qui demeure occulte pour les autres partenaires du débiteur. Certes, depuis 1994 elle peut être publiée ; de plus, elle est devenue si générale que la plupart des partenaires économiques en soupçonnent l'existence. Néanmoins elle garde encore ce caractère secret qui est gênant.

- au plan de l'organisation du crédit, elle bouleverse quelque peu la hiérarchie classique connue jusqu'ici. Elle permet à son titulaire de passer avant tout les autres créanciers, les créanciers privilégiés en général et les salariés en particulier, car elle vide l'assiette de ces privilèges. Résultat très pernicieux.

- au plan strictement juridique on peut lui reprocher d'être particulièrement aléatoire. Son efficacité dépendra de l'attitude du débiteur qui aura transformé ou revendu rapidement le bien, en encaissant le prix. « La propriété réservée est un billet de loterie gratuit » à dit un auteur.

- au plan économique deux reproches essentiels peuvent lui être adressés : elle favorise le crédit inter-entreprises, le crédit-fournisseur, ce qui fragilise, on l'a vu, l'économie. Mais surtout, elle compromet considérablement le redressement des entreprises en les privant d'une grande partie de leur actif mobilier. Il n'est pas étonnant que la loi de 1994 ait accentué les droits de la propriété réservée quant on connaît son optique très libérale qui favorise en définitive bien plus la liquidation des entreprises défaillantes que leur redressement - ce que l'on ne peut que déplorer.

LA RESERVE DE PROPRIETE EN DROIT ALLEMAND

Reinhard Welter

A. L'IMPORTANCE DES SURETES REELLES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL ET DANS LE MARCHÉ COMMUN

B. LA CLAUSE DE RESERVE DE PROPRIETE EN DROIT ALLEMAND.

I. Distinction entre la conclusion du contrat de vente et le transfert même de la propriété (principe d'abstraction ou de la séparation)

1. Le contrat de vente
2. Le transfert de la propriété
3. La clause de réserve de propriété élargie.
4. La clause de réserve de propriété prolongée.
 - a) Transformation du bien
 - b) La revente de la marchandise
5. Particularités.

C. LA RESERVE DE PROPRIETE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE ALLEMAND.

I. La loi applicable.

1. Généralités concernant les meubles corporels.
2. La réserve de propriété " inter-frontière "
 - a) La réserve de propriété simple
 - b) La réserve de propriété prolongée (revente avec cession)

D. LE FUTUR DE LA RESERVE DE PROPRIETE

A. L'importance des sûretés réelles dans le commerce international et dans le marché commun

Dans les relations juridiques internationales, traditionnellement ce ne sont pas les sûretés réelles mais bien les sûretés personnelles qui se trouvent au premier plan¹. Cette situation s'explique par plusieurs raisons.

1. C'est spécialement dans le domaine des sûretés réelles que le constituant se heurte à des problèmes concrets lorsqu'il veut **faire valoir sa sûreté à l'étranger**². L'éloignement et l'inexpérience des relations étrangères renforcent les risques usuels : le bien remis en garantie peut avoir cessé d'exister ou s'être dégradé.
2. D'un point de vue juridique, la situation n'est pas meilleure. Les règles à respecter pour la constitution des sûretés réelles ne suivent pas un modèle international³. Au contraire, elles prennent leur source dans les **particularités des ordres juridiques nationaux**⁴, qui sont d'un abord difficile pour les étrangers. On peut même s'attendre à des contradictions au sein du marché commun, non seulement pour les détails, mais également pour les principes de base⁵. Parmi les divers ordres juridiques, on trouve d'innombrables différences dans les règles de publicité à respecter pour la constitution de sûretés réelles⁶.
3. Ces difficultés juridiques sont à peine contournables par le choix d'un ordre juridique applicable⁷. Le **principe de la *lex rei sitae***⁸ soumet universellement le sort des meubles au droit du lieu de leur situation⁹.

¹ DROBNIG, *Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr*, *RebelsZ* 38 (1974), pp. 468 et ss., spéc., p. 469; U. DROBNIG/H. KRONKE, *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge zum X. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Budapest*, 1978, p. 90.

² J. NIELSEN, *Bankrecht und Bankpraxis*, 1979 et ss. n. 5/76.

³ Vgl. PENNINGTON, *Retention of Title to the Sale of Goods under European Law*, *ICLQ* 44 (1978), pp. 277 et ss.; WELTER, *Collateral in International Trade*, in N. HORN (éd.), *The Law of International Trade Finance*, 1989, pp. 532 et ss., spéc., p. 534; WIESBAUER, *Die Anerkennung des Eigentumsvorbehalts in Westeuropa*, *ZIP* 1981, 1063 et ss.

⁴ WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières en R.F.A.*, *R.I.D.C.* 1-1985, pp. 27 et ss., spéc., p. 28.

⁵ COING, *Probleme der Anerkennung besitzloser Mobiliarpfandrechte im Raum der EWG*, *ZfRV* 1967, pp. 65 et ss., spéc., p. 67; NIELSEN, n. 5/78; PENNINGTON, *supra*, pp. 277 et ss.; WIESBAUER, *supra*, pp. 1063 et ss.

⁶ Cf. sommaire chez COING, *supra*, pp. 65, 68 et ss.; DROBNIG, *supra*, p. 476; concernant le développement dans la CEE U. HÜBNER, *Europäische Entwicklungstendenzen im Recht der Lieferantenkreditsicherung*, in G. LÜKE/G. RESS/M.R. WILL, *Gedächtnisschrift für Constantinesco*, 1983, pp. 245 et ss.; WELTER, *supra*, p. 534.

⁷ NIELSEN, *supra*, 2, n. 5/75.

⁸ A. LÜDERITZ, *Die Beurteilung beweglicher Sachen im internationalen Privatrecht*, in MAX-PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT (éd.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen- und*

Si par contre l'on compare cette liste aux qualités des sûretés personnelles, ce sont la garantie bancaire indépendante et le crédit documentaire qui permettent incontestablement d'éviter ce genre de désavantages¹⁰. Juridiquement, on peut largement se fonder sur un modèle international selon lequel la portée de telles sûretés dépend du contenu du contrat de garantie et du crédit documentaire. Pour mener la sûreté à bonne fin, on ne doit pas laborieusement déchiffrer les règles et conditions des droits étrangers, mais on peut simplement compter sur le standing des principales banques. Par des stipulations appropriées (choix du droit applicable, clause d'élection de for et garantie d'une banque interne), les risques inhérents aux relations internationales disparaissent¹¹.

Il n'est dès lors pas surprenant qu'avant tout la garantie bancaire¹² et le crédit documentaire¹³ tiennent une place préférentielle par rapport aux sûretés réelles. D'un autre côté, il n'est pas légitime de négliger les sûretés réelles dans la pratique et dans les réflexions juridiques. Au contraire, les

Sachenrechts, 1972, p. 187; NIELSEN, *supra*, n. 5/76; W. ROSENER, in G. DICKSON/W. ROSENER/P.M. STORM (éd.), *Security on movable property and receivables in Europe*, 1988, pp. 58 et ss., spéc., p. 70

⁹ A. BROCCA, *Manuel de la clause de réserve de propriété - Effets de la clause dans les contrats de vente en France et dans les principaux pays de la Communauté Européenne*, 1982, pp. 139 et ss.; G. KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, 1984, pp. 17 et ss.; KLEIN, La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger, *Rev. crit. d.i.p.* 1979, pp. 507 et ss. (Suisse); MAYER, Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980, *J.C.P.* 1981 II 13 481 (France); C.M. MAZZONI, *La reconnaissance des sûretés mobilières sans dépossession créées à l'étranger en droit international privé italien* (Rapports nationaux italiens au X^e Congrès International de Droit Comparé Budapest 1978), pp. 245 et ss. (Italie); TH. SCHILLING, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Privatrecht* (Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 54) 1985, pp. 1 et ss., pp. 199 et ss.; SIEHR, Der Eigentumsvorbehalt an bewegliche Sachen im Internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, *AWD* 1971, pp. 10 et ss. (Italie); du même auteur, *IPRax* 1982, pp. 207 et ss. (Suisse); SONNENBERGER, "Lex rei sitae" und internationale Transportwesen, *AWD* 1971, p. 253; du même auteur *Quartalshefte der GZ IV/1986*, p. 9 et ss., spéc., p.15 et ss.; STOLL, Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen, *RabelsZ* 38 (1974), pp. 450 et ss.; WITZ, Der neue französische Eigentumsvorbehalt im deutsch-französischen Handel, *NJW* 1982, pp. 1897 et ss., spéc., p. 1899 et ss.; du même auteur, Das internationale Privatrecht der Mobiliarsicherheiten in Deutschland, *Quartalshefte der GZ IV/1986*, pp. 113 et ss. (France); PH. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, 1980, n. 15.4(2).

¹⁰ DROBNIG, *supra*, p. 469.

¹¹ Ibid.

¹² Cf. W. HADDING/F. HÄUSER/R. WELTER, *Bürgschaft und Garantie*, in Bundesminister der Justiz (éd.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, p. 682 et ss.

¹³ F. EISEMANN/R. SCHÜTZE, *Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr* (3^{ème} éd.) 1988; W. GACHO, *Das Akkreditiv*, 1985; J. NIELSEN, *Grundlagen des Akkreditivgeschäfts*, 1985; J.C.D. ZAHN/E. EBERDING/D. EHRLICH, *Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel* (6^{ème} éd.), 1986, n. 2/1 et ss.

relations internationales croissantes et la mise en place très prochaine du marché commun, appellent de plus en plus cette forme de garantie¹⁴. Lorsque d'un point de vue économique, les frontières s'effaceront, une nouvelle balance des avantages et des désavantages de la garantie bancaire et du crédit documentaire, en résultera.

En effet, lorsqu'il existe entre parties aux échanges commerciaux, un courant continu et intensif de livraisons de biens, celles-ci se poseront de plus en plus la question de savoir si elles économiseront les **frais** liés à de telles garanties qui impliquent l'intervention d'un **établissement de crédit**¹⁵.

Dans le futur, même dans les situations où l'on adoptera pour des raisons bien fondées, les garanties habituelles pour couvrir les transactions avec l'étranger, les sûretés réelles entreront néanmoins en ligne de compte. En effet, les **établissements de crédit**, se portant fort vis-à-vis des tiers, font des efforts pour obtenir toutes sûretés que les emprunteurs peuvent leur proposer. Les **sûretés réelles** ne peuvent donc pas être négligées seulement parce qu'elles présentent un rapport avec un ordre juridique étranger. La politique du financement le montre déjà à l'heure actuelle. Avec le développement des ventes et des prestations de services internationales, les établissements de crédit ont de plus en plus dû accepter comme garantie la cession de créance sur des débiteurs étrangers. Or il n'est pas rare dans ce contexte, que ces sûretés soient traitées à tout hasard, selon les règles juridiques internes. Cette pratique ne peut que paraître audacieuse.

En résumé, on peut souligner qu'il est économiquement déraisonnable de ne pas exploiter des possibilités de garantie uniquement parce qu'un créancier redoute un ordre juridique étranger. Il est évident que l'internationalisation croissante des relations économiques (particulièrement dans le secteur bancaire) appellera une mise en valeur de cet aspect des choses.

En dépit de ces considérations économiques, il faut rappeler la situation juridique arriérée et fragmentée qui prévaut dans ce domaine. Malgré l'interpénétration des relations économiques internationales, et malgré les harmonisations juridiques de toute nature, force est de constater que la célèbre maxime de Pascal reste toujours appropriée: " Plaisante justice, qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-delà."

Il serait cependant incorrect de se résigner à cette situation. Il sera sans cesse nécessaire de connaître le contenu du droit des principaux pays industrialisés en matière de sûretés réelles, une tâche importante du droit

¹⁴ DROBNIG/KRONKE *supra*, p. 90; WITZ, *supra*, 4, p. 28; cf. ABDERRAHMANE, Les contrats d'exportation de l'entreprise française et le droit allemand des sûretés, *D.P.C.I.* 1987, pp. 129 et ss., spéc., p. 130.

¹⁵ DROBNIG, *supra*, p. 470.

comparé qui s'adapte aux besoins de la pratique¹⁶. Bien sûr, une réflexion différenciée s'impose. La possibilité de constituer une sûreté à l'étranger varie de pays en pays et est selon le cas plus ou moins difficile; le recours à une telle sûreté est donc plus ou moins raisonnable.

Sans exagération, on peut dire que le **droit allemand** appartient aux ordres juridiques qui organisent **efficacement** et **sans dépenses élevées** les sûretés réelles¹⁷. Pour le commerce international il est très important qu'on puisse **constituer** la garantie réelle **à l'étranger** et la **faire valoir efficacement en République fédérale** d'Allemagne. A côté des règles juridiques internes qui ont rendu possible des constructions appropriées à la pratique, le droit international privé allemand contribue à ce résultat.

B. La clause de réserve de propriété en droit allemand¹⁸

La clause de réserve de propriété existe en droit allemand par application des règles du droit commun.

I. Distinction entre la conclusion du contrat de vente et le transfert même de la propriété (principe d'abstraction ou de la séparation)

En effet, selon le droit commun, il faut distinguer la conclusion du contrat de vente et le transfert même de la propriété. Les deux opérations sont indépendantes l'une de l'autre. C'est ce qu'on appelle le « principe d'abstraction (ou séparation) », qui pour un juriste étranger est assez difficile à comprendre.

Le contrat de vente ne résulte que dans des **obligations de** :

- payer le prix (acheteur)
- transférer la possession et le propriété (vendeur).

L'acte translatif de propriété s'opère au moyen de deux éléments:

- le transfert de la possession
- l'accord sur le transfert de la propriété.

¹⁶ WITZ, *supra*, pp. 28 et 32.

¹⁷ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 130; WITZ, *supra*, 4, p. 31.

¹⁸ A cet effet en général GERHARDT, *supra*, pp. 672 et ss.; PALANDT/PUTZO, *supra*, § 455 Anm. 2; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, 21, § 455 n. 1 et ss.; H.G. LAMBSDORFF, *Handbuch des Eigentumsvorbehalts*, 1974; M. PEDAMON, *La réserve de propriété en droit allemand*, 1981; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, 21, n. 370 et ss.; R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung*, Bände I-VI, 1963 bis 1986; SOERGEL/MÜHL, *supra*, 45, § 455 n. 1 et ss.; WELTER, p. 547 et ss.

1. Le contrat de vente

Selon le § 433 al. 2 BGB et les règles générales l'acheteur est obligé de payer le prix au moment où le vendeur fournit le bien vendu.

Le **contrat de vente** peut donc accorder aux acheteurs le droit d'obtenir la **possession** du bien sans payer le prix immédiatement mais payer le prix dans un certain délai. Il s'agit d'une dérogation au § 320 BGB qui prévoit le principe de la réciprocité.

2. Le transfert de la propriété

Selon les règles générales concernant toutes les opérations juridiques, l'acte translatif de propriété peut être conditionnel (§§ 158 BGB). La loi prévoit la condition suspensive et la condition résolutoire.

Pour la réserve de propriété, on utilise une condition résolutoire : le transfert de la propriété ne sera effectif qu'avec le paiement du prix. Il faut se rendre compte qu'il ne s'agit pas d'une condition qui met en cause le contrat de vente. De l'autre côté, la convention sur la condition peut être (et normalement est) prévue dans le contrat de vente¹⁹ (en vue du transfert futur). C'est pour cette raison que les règles sur le contrat de vente prévoient une règle d'interprétation: selon le § 455 BGB, la clause de réserve de propriété peut être interprétée comme une condition suspensive portant sur le transfert de propriété comme opération juridique et le paiement du prix comme condition. Dans la pratique allemande la réserve de propriété se trouve dans les conditions générales du vendeur constituant le contrat de vente²⁰.

Le fondement juridique de la réserve de propriété est important à deux égards :

1. Lorsque s'ouvre une exécution forcée contre acheteur ou lorsque s'ouvre sur son patrimoine une procédure de liquidation entraînant une situation de concours, le propriétaire du vendeur s'impose. Il peut soustraire le bien affecté en garantie d'une procédure en exécution forcée (§ 771 BGB)²¹. Dans une situation de faillite, il peut également revendiquer le bien²². Il n'a pas à craindre les droits d'autres créanciers²³.

¹⁹ Voyez infra sur l'exception de la clause anti-contractuelle (particularités)

²⁰ Sur la „défense“ de l'acheteur par ses conditions générales REGOUT-MASSON/WELTER, Les suretés internationales (R.F.A.), *RDAI* 1986, pp. 325 et ss., spéc., p. 328.

²¹ BGHZ 80, pp. 296 et ss., spéc., p. 299; BÜLOW, *supra*, n. 629; GERHARDT, Die neue Rechtsprechung zu den Mobiliarsicherheiten, *JZ* 1986, pp. 672 et ss., spéc., p. 679 et 740; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, § 455 n. 81; MÜNCH-KOMM/QUACK, *supra*, Anh. §§ 929-936, n. 88; WITZ, *supra*, p. 61; concernant la cession à titre de garantie cf. POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 711.

²² BGHZ 72, pp. 141 et ss., spéc., p. 144 et ss.; ABDERRAHMANE, *supra*, p. 134; BÜLOW, *supra*, n. 658 ; GERHARDT, *supra*, p. 676; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN,

2. La condition peut être librement formulée par les parties de telle manière qu'au delà de la **clause de réserve de propriété dite simple**, dont la condition est le paiement complet du prix, d'autres formes sont possibles.

3. La clause de réserve de propriété élargie²⁴

Ainsi, lorsqu'il existe entre parties des relations commerciales continues (courant continu de livraisons et de créances) voire même un véritable compte courant, le vendeur peut se réserver la propriété de la marchandise, jusqu'au paiement de **toutes les créances** se rapportant aux relations entre les parties, ou, jusqu'au règlement du solde du compte courant qui enregistre toutes les opérations (Kontokorrentvorbehalt - **clause de compte courant**)²⁵. Les parties peuvent également y inclure les créances futures tant qu'elles naissent avant le règlement du solde²⁶.

Encore plus large, la **clause "de groupe de sociétés"** (Konzernvorbehalt) prévoit que le transfert de propriété est subordonné au paiement des créances de tout un groupe de sociétés déterminé²⁷. La licéité de pareille clause est controversée et spécialement sa conformité avec la loi sur les conditions générales d'affaires²⁸. Le nouveau droit de la faillite allemand qui entrera en vigueur en 1999 supprimera cette clause.

4. La clause de réserve de propriété prolongée²⁹

La faiblesse de la clause de réserve de propriété résulte du fait qu'un bien ne peut pas toujours rester identique dans le patrimoine du débiteur, mais est souvent appelé à circuler au sein du système économique ou à être

supra, § 455 n. 85 et réf.; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 463; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 83; WELTER, *supra*, p. 548.

²³ WITZ, *supra*, p. 66.

²⁴ BÜLOW, *supra*, n. 1146 et ss.; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 89; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 420 et ss.; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 42 et ss.

²⁵ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 140; BÜLOW, *supra*, n. 1148; GERHARDT, *supra*, p. 675; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 90; PALANDT/PUTZO, § 455 Anm. 2 b) dd); PAULUSCH, *WM* 1986, Sonderbeilage 10, p. 33; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 421; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 329; WITZ, *supra*, p. 37; SERICK, *supra*, § 80, pp. 695 et ss.; Soergel/Mühl, *supra*, § 455 n. 44; WELTER, *supra*, p. 554.

²⁶ Cf. en détail PAULUSCH, *supra*, p. 33; ; SERICK, *supra*, § 58 IV, pp. 139 et ss.; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 422; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 45; BGH *WM* 1977, 1422.

²⁷ ABDERRAHMANE, *supra*, pp. 140 et ss.; BÜLOW, *supra*, n. 1156; GERHARDT, *supra*, p. 675; PAULUSCH, *supra*, p. 33; PENNINGTON, *supra*, p. 281; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 329; SERICK, *supra*, § 80 I 2, pp. 699 et ss.

²⁸ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 141; GERHARDT, *supra*, p. 675; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 92, WITZ, *supra*, p. 37; PALANDT/PUTZO, *supra*, § 455 Anm. 2 b) ee); POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 424; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 50.

²⁹ BÜLOW, *supra*, n. 1096; PALANDT/PUTZO, *supra*, § 455 Anm. 2 b) cc); POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 426 et ss.

transformé³⁰. La clause de **réserve de propriété prolongée** permet au vendeur de conserver sa sûreté sur les créances résultant **d'une revente** ou sur le **bien transformé**³¹.

a) Transformation du bien

Lorsqu'il s'agit d'une transformation du bien, il faut respecter le § 950 BGB, selon lequel, devient propriétaire du nouveau produit celui qui l'a fabriqué³². Le ou les propriétaires des matériaux utilisés perdent leur propriété. Cette règle est impérative. La clause de réserve de propriété prolongée, sous la forme d'une clause de transformation (Verarbeitungsklausel)³³, se fonde sur une concession de la jurisprudence³⁴ selon laquelle les parties au contrat de vente peuvent prévoir que la transformation est réalisée pour le compte du vendeur³⁵. Ainsi le vendeur est considéré conformément au § 950 BGB comme le producteur et son droit de propriété atteint alors le nouveau bien³⁶.

b) La revente de la marchandise

Lorsqu'il s'agit d'une revente, la clause de réserve de propriété prolongée permet au débiteur de transférer la propriété (§ 185 BGB) en revendant le bien affecté en garantie, dans le cadre de ses activités commerciales courantes³⁷. Dans la même clause le vendeur se fait céder à l'avance toutes les créances dont le débiteur viendrait à être titulaire du fait de cette revente³⁸.

A ce propos il faut dire quelques mots sur la cession de créance à titre de garantie en droit allemand. En bref:

- Le transfert de propriété (biens corporels et incorporels) à **titre de garantie** est admis dans le droit allemand, bien que la loi prévoit le gage comme sûreté réelle impliquant la publicité de la sûreté et une protection particulière du débiteur (e.g. interdiction de la clause commissaire et

³⁰ MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 93.

³¹ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 136; GERHARDT, *supra*, p. 673; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 93; WITZ, *supra*, p. 35; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 28.

³² ABDEHMANE, *supra*, p. 138.

³³ ABDERRAHMANE, 14, p. 138; BÜLOW, *supra*, n. 1127 et ss.; PENNINGTON, *supra*, p. 297; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 427; WELTER, *supra*, p. 560.

³⁴ BGHZ 14, pp. 114 et ss., spéc., p. 117; BGHZ 20, p. 159.

³⁵ MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 98; critique POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 428.

³⁶ REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 329; WITZ, *supra*, p. 36; SERICK, *supra*, § 77 I, pp. 419 et ss. avec réf.

³⁷ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 136; BÜLOW, *supra*, n. 1113; PAULUSCH, *supra*, p. 33; PENNINGTON, *supra*, p. 281; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 438; WITZ, *supra*, p. 35; BGHZ 82, p. 283 = WM 1982, p. 37.

³⁸ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 136; PENNINGTON, *supra*, pp. 281 et 299; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 437; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, 329; SOERGEL/MÜHL, *supra*, n. 45 et 49 concernant la réalisation correspondante du transfert de propriété à titre de garantie.

vente aux enchères). Le transfert de propriété ne vise pas à rendre le créancier propriétaire définitivement; le transfert n'est que **fiduciaire**.

- La cession des créances s'opère par une **convention entre le cédant et le cessionnaire**. Il peut porter sur des créances futures (cession anticipée des créances déterminables). Aucune publicité n'est exigée ; la cession est opposable au débiteur et aux tiers sans notification³⁹. Il va de soi que le débiteur qui n'a pas une connaissance effective de cette cession est protégé; il se libère valablement en payant au cédant (§ 407 BGB) qui doit passer le montant au cessionnaire (§ 816 al. 2 BGB). C'est évidemment un risque dans la crise du débiteur, quand les moyens liquide entre ses mains disparaissent rapidement. Le cessionnaire peut donc se protéger dans une telle situation en informant le débiteur de la créance cédée de la cession. En tout cas ce problème n'existe plus dans la faillite du débiteur et c'est la situation pour laquelle le sûreté est créée.

Il est évident que le droit allemand prévoit des conditions extrêmement favorables pour utiliser des créances comme sûretés, c'est à dire dans la terminologie française pour leur „mobilisation“. Ce ne sont pas seulement les vendeurs utilisant une clause de propriété qui profitent de cette situation légale. Ce sont surtout les banques qui ont développé la pratique de la **cession globale** par laquelle le débiteur cède au créancier toutes ses créances présentes et futures. Cette sûreté ouvre la possibilité pour le bénéficiaire de la sûreté de se réserver tout le potentiel de créances de son débiteur. Il en découle également que l'ensemble des autres créanciers ne seront pas désintéressés. Cependant la cession globale ne sera considérée comme contraire aux bonnes mœurs et ne sera donc inefficace que dans certains cas limités⁴⁰.

A ce propos, nous pouvons revenir à la clause de réserve prolongée. En particulier, les conséquences de la cession globale sont critiquables lorsqu'entrent en cause des fournisseurs bénéficiaires d'une telle clause. Les créanciers qui en raison de l'objet de leur activité (financement à long terme par exemple) ont pu bloquer l'ensemble des créances du débiteur, seront préférés. Désavantagés sont dès lors, les créanciers qui n'entrent qu'ultérieurement en relation avec le débiteur (fournisseurs)⁴¹. Concrètement, il y a conflit d'intérêt entre d'une part, les établissements de crédit et d'autre

³⁹ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 136; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 329; WITZ, *supra*, p. 35; WELTER, *supra*, p. 558.

⁴⁰ Cf. ABDERRAHMANE, *supra*, p. 137; GERHARDT, *supra*, p. 737; ROSENER, *supra*, p. 69; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 930 n. 85 et ss.; WITZ, *supra*, pp. 51 et ss.; BGHZ 26, pp. 185 et ss., spéc., p. 190.

⁴¹ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 150; BÜLOW, *supra*, n. 1352; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 675; ROSENER, *supra*, p. 69; WITZ, *supra*, p. 51.

part, les fournisseurs qui stipulent une clause de réserve de propriété prolongée et qui ont fourni le bien vendu.

Si l'on applique la règle normale de l'antériorité, les droits de la banque qui s'est fait consentir une cession globale des créances avant la vente doivent primer les droits du vendeur. Or ce n'est qu'en considération du fait que sa sûreté portera sur la créance résultant d'une revente que le fournisseur l'a autorisée. Toutes les parties (y compris la banque) savaient que le débiteur ne pouvait acquérir la marchandise et continuer ses affaires que sur cette base (achat avec clause de réserve de propriété prolongée). Selon la jurisprudence, la banque agit dans cette hypothèse d'une manière contraire aux bonnes mœurs par ce que le débiteur est placé dans une situation telle qu'il ne peut acheter ses marchandises sans tromper son vendeur qui pense avoir une sûreté solide en contractant sous le bénéfice d'une cession de créance. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un débiteur qui dépend de livraisons pour lesquelles cette clause de réserve de propriété est utilisée habituellement la jurisprudence a déclaré une telle cession globale contraire aux bonnes mœurs et l'a donc rendue inefficace⁴².

Pour éviter la nullité de la cessions globale, il faut donc insérer dans le contrat des clauses particulières excluant automatiquement les créances qui naissent à l'occasion d'une revente de marchandises achetées sous l'empire de la clause de réserve de propriété prolongée (dingliche Teilverzichts klauseln)⁴³.

5. Particularités

Pour un observateur étranger, il peut paraître étonnant qu'une clause de réserve de propriété puisse être déclarée **unilatéralement** après la conclusion du contrat de vente⁴⁴. Cette clause de réserve de propriété dite "anti-contractuelle" (vertragswidriger Eigentumsvorbehalt) trouve à nouveau son fondement dans la scission entre le contrat de vente et l'acte translatif de propriété (Übereignung). Etant donnée cette scission, les parties doivent convenir du transfert de la propriété au moins au moment de l'envoi en possession du bien (Übergabe). La clause de réserve de propriété qui est

⁴² BGHZ 30, pp. 149 et ss., spéc., p. 153; BGHZ 72, p. 309; BGH WM 1980, p. 67; BGH NJW 1983, pp. 2502 et ss., spéc., p. 2504; SERICK, *supra*, § 58 IV, pp. 139 et ss.; ABDERRAHMANE, *supra*, p. 150; BÜLOW, *supra*, n. 1360; MÜNCH-KOMM/ROTH, *supra*, § 398, n. 101 et ss., spéc., p. 114; GERHARDT, *supra*, p. 738; PALANDT/HEINRICH, *supra*, § 398 Anm. 6 c); POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 676 et s.; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 331; SERICK, *supra*, § 76 IV 3, p. 390 et réf.; WELTER, *supra*, p. 546; WITZ, *supra*, p. 51; critique BÜLOW, *supra*, n. 1360.

⁴³ ABDERRAHMANE, *supra*, p. 150; GERHARDT, *supra*, p. 738; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 331; WELTER, *supra*, p. 546; WITZ, *supra*, p. 51; BGH NJW 1974, pp. 942 et ss., spéc., p. 943.

⁴⁴ Cf. ABDERRAHMANE, *supra*, pp. 132 et ss.

seulement déclarée à ce moment-là, fait échouer le transfert de propriété inconditionnel⁴⁵. Cette clause a été introduite dans les conditions générales d'affaires par la pratique contractuelle et a eu pour conséquence une jurisprudence obscure⁴⁶.

Une telle clause stipulée unilatéralement par le vendeur a provoqué la défense des acheteurs qui prévoient de plus en plus dans leur conditions générales d'affaires, une clause par laquelle ils rejettent à l'avance celle que pourrait leur proposer le vendeur (Abwehrklauseln)⁴⁷.

Si les conditions générales d'affaires d'un importateur allemand sont en contradiction avec celles d'un exportateur étranger, un accord individuel (Individualvereinbarung) est le meilleur moyen de clarifier ce point⁴⁸.

C. La réserve de propriété en droit international privé allemand

Les différentes possibilités de garantie offertes par le droit allemand ne trouveront à s'appliquer, que si d'après les circonstances, les règles de conflit de lois désignent le droit allemand. Comme chaque tribunal applique ses propres règles de droit international privé, se posent également des questions de droit international de procédure judiciaire (compétence). Celles-ci acquièrent une importance particulière dans le cadre des cessions de créance à titre de garantie. Nous aborderons l'analyse, du point de vue d'une Cour allemande appliquant le droit international privé allemand des sûretés réelles.

I. La loi applicable

1. Généralités concernant les meubles corporels

Selon le principe de la *lex rei sitae*, le droit applicable aux meubles est le droit du lieu de leur situation⁴⁹. Lorsque, dans le cadre de relations juridiques entre l'Allemagne et la Belgique, le bien passe la frontière, ceci signifie que:

⁴⁵ PAULUSCH, *supra*, p. 32; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 382.

⁴⁶ LG Düsseldorf ZIP 1987, p. 1396 = EWiR § 455 BGB 1/87 v. WESTPHALEN; BGH WM 1982, p. 486; WM 1982, p. 763; WM 1985, p. 694; WM 1986, pp. 643 et ss.; WM 1986, p. 1081 = WuB IV A § 455 BGB JOHLKE; WM 1986, p. 1194; NJW 1986, p. 2948.

⁴⁷ Cf. ABDERRAHMANE, *supra*, p. 133; BÜLOW, *supra*, n. 526 et ss.; GERHARDT, *supra*, p. 673 et ss.; LAMBSDORFF, Der Eigentumsvorbehalt bei Kollision von Verkaufs- und Einkaufsbedingungen, ZIP 1987, pp. 1370 et ss.; MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 13 a; PALANDT/PUTZO, *supra*, § 455 Anm. 2 b) et ss.; PAULUSCH, *supra*, p. 32; POTTSCHMIDT/ROHR, *supra*, n. 384; SOERGEL/MÜHL, *supra*, § 455 n. 15 et ss.; v. WESTPHALEN, Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts bei Kollision von Abwehrklauseln in Einkaufs-AGB mit Verkaufs-AGB?, ZIP 1987, pp. 1361 et ss.; WITZ, *supra*, pp. 45 et ss.

⁴⁸ REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 328.

⁴⁹ Voy. *supra*.

- Pendant le laps de temps, durant lequel le bien s'est trouvé à l'étranger, le droit étranger est applicable. Celui-ci déterminera les droits concernant le bien et surtout le contenu de ces droits⁵⁰.
- Lorsque le bien passe la frontière, il tombe tel quel sous l'application du droit allemand⁵¹.

Ceci est largement possible, sans heurt, lorsque le droit concerné, par exemple la propriété, a, pour les points essentiels, le même contenu dans les deux ordres juridiques⁵². Les droits inconnus en droit allemand (comme le gage par registre ou les privilèges) doivent être transposés autant que possible dans une institution similaire⁵³. La jurisprudence de la Cour Suprême Allemande s'est montrée généreuse⁵⁴: un gage français transcrit dans un registre, qui n'a pas son pendant en droit allemand, a été reconnu comme gage sans dépossession⁵⁵. Cette décision se fonde sur la considération qu'il serait inopportun de ne pas reconnaître un gage étranger qui peut en tout cas être produit par un registre de publicité, alors que l'ordre juridique allemand connaît le transfert fiduciaire de propriété sans publicité⁵⁶.

2. La réserve de propriété "inter-frontière"

Dans les relations commerciales avec l'Allemagne, la réserve de propriété "inter-frontière" est d'un intérêt considérable.

⁵⁰ LÜDERITZ, *supra*, p. 193; O. PALANDT/A. HELDRICH, BGB (61^{ième} éd.) 1996, Anh. II zu EGBGB 38, Anm. 4 a); ROSENER, *supra*, p. 70; v. WESTPHALEN, *supra*, p. 379; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 328; cf. aussi MÜNCH-KOMM/KREUZER, BGB, 1983, Nach Art. 12 Anh. I n. 59 et ss. avec d'autres détails.

⁵¹ LÜDERITZ, p. 193 avec d'autres détails; MÜNCH-KOMM/KREUZER, *supra*, Nach Art. 12 Anh. I n. 62 et ss.; PALANDT/HELDRICH, *supra*, Anh. II zu EGBGB 38, Anm. 4 a); SOERGEL/KEGEL, BGB (11^{ième} éd.) 1983, vor Art. 7 n. 565; v. WESTPHALEN, *supra*, p. 379. Concernant le même problème dans les relations juridiques germano-suisse SIEHR, Eigentumsvorbehalt in deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr, *IPRax* 1982, pp. 207 et 208 et réf.; pour l'Autriche OGH ZIP 1984, p. 1330 = *IPRax* 1985, p. 165; GERHARDT, *supra*, p. 679; RAUSCHER, *RIW* 1985, pp. 265 et ss.; MARTINY, *IPRax* 1985, p. 168 et en détail F. SCHWIND, Hinkendes Eigentum im österreichisch-deutschen Rechtsverkehr - ein juristischer Alptraum, in H.-J. MÜSIELAK/K. SCHURIG (éd.), Festschrift für Kegel, 1987, pp. 599 et ss.

⁵² Cf. déjà H. LEWALD, *Das deutsche IPR auf der Grundlage der Rechtsprechung*, 1931, p. 184; en outre LÜDERITZ, *supra*, p. 210; restrictif STOLL, *supra*, p. 459.

⁵³ SOERGEL/KEGEL, *supra*, vor Art. 7 n. 567; ROSENER, *supra*, p. 70; SIEHR, *supra*, p. 208 et réf.; en outre STOLL, *supra*, p. 461.

⁵⁴ Cf. LÜDERITZ, *supra*, p. 210 und MÜNCH-KOMM/KREUZER, *supra*, Nach Art. 12 Anh. I n. 63.

⁵⁵ BGHZ 39, pp. 173 et ss. = WM 1963, p. 506 = NJW 1963, p. 1200.

⁵⁶ En détail STOLL, *supra*, pp. 464 et ss.

a) La réserve de propriété simple

Du point de vue du droit allemand, lorsqu'une clause de réserve de propriété est stipulée à l'étranger, le bien passe la frontière sous cette forme juridique. Si la clause de réserve de propriété est inefficace en vertu du droit d'origine, le principe de la *lex rei sitae* veut que le bien passe la frontière en la propriété de l'acheteur⁵⁷. Si ultérieurement, aucune autre disposition n'est stipulée, le bien reste dans cette situation juridique⁵⁸. Toutefois, dans l'intérêt des relations commerciales, la doctrine soutient qu'il faut reconnaître la clause de réserve de propriété stipulée avec la prévision que le bien tombera dans le champs d'application d'un autre système juridique⁵⁹. Est ici visée la clause de réserve de propriété prévue par un exportateur étranger et un importateur allemand. Clause inefficace selon les règles sévères du droit de l'Etat de l'exportateur mais parfaitement valable selon le droit allemand.

La Cour Fédérale est arrivée au même résultat sur base de la *lex rei sitae*. Le cas d'espèce concernait une relation commerciale entre l'Allemagne et l'Italie. La Cour devait arriver à la conclusion qu'une clause de réserve de propriété prolongée, non absolument valable en droit italien, l'était entre les parties⁶⁰. Au moment de l'importation du bien en République fédérale d'Allemagne, les effets absolus de la clause de réserve de propriété du droit allemand ne pouvaient sortir. L'acquéreur allemand était par conséquent à ce moment propriétaire. Il fallait examiner la volonté des parties, qui était, compte tenu de l'exportation imminente, de stipuler une clause de réserve de propriété efficace au profit du vendeur italien. Par une interprétation du contrat fondée sur la volonté implicite⁶¹ des parties, la Cour arrive à la conclusion que le bien devait, conformément au § 930 BGB, être transféré à nouveau au vendeur italien aussitôt qu'il se trouvait sur le sol allemand. La Cour Fédérale défend l'objectif de la clause de réserve de propriété et décide que les parties avaient tacitement convenu de transférer le bien à titre de garantie selon le droit allemand⁶². Pour les praticiens, cette décision permet d'atteindre le but de la clause de réserve de propriété. Si les effets d'une clause de réserve de propriété sont incertains et douteux en vertu du droit

⁵⁷ Cf. LÜDERITZ, *supra*, 8, 200.

⁵⁸ LG Frankfurt AWD 1958, p. 190; différent SOERGEL/KEGEL, *supra*, vor Art. 7 n. 569 et de lege lata LÜDERITZ, *supra*, p. 206.

⁵⁹ DROBNIG, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, *RabelsZ* 32 (1968), pp. 450 et ss., spéc., p. 469; MÜNCH-KOMM/KREUZER, *supra*, Nach Art. 12 Anh. I n. 66 et réf.; PALANDT/HELDRIICH, *supra*, Anh. II zu EGBGB 38, Anm. 4 c); SOERGEL/KEGEL, *supra*, vor Art. 7 n. 573; SIEHR, Der Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen im Internationalen Privatrecht, insbesondere im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, AWD 1971, pp. 10 et ss., spéc., p. 20; STOLL, *supra*, 9, pp. 456 et s.; cf. aussi v. WESTPHALEN, *supra*, 9, p. 380.

⁶⁰ LÜDERITZ, *supra*, p. 193.

⁶¹ Critique à ce sujet LÜDERITZ, *supra*, p. 202.

⁶² BGHZ 45, pp. 95 et ss.

de l'Etat de l'exportateur, un transfert de propriété à titre de garantie aura ses pleins effets dès que le bien se trouvera sur le sol allemand.

D'autre part, il y a tous les cas où la clause de réserve de propriété est parfaitement valable selon le droit étranger mais ne peut s'imposer en cas d'exécution forcée ou de faillite. Est visé ici, le droit belge⁶³. La doctrine allemande défend le point de vue selon lequel la clause de réserve de propriété étrangère doit être traitée conformément au droit étranger, mais que toutes les limitations fondées sur le droit d'exécution et réduisant les prérogatives du vendeur, tombent⁶⁴. Cette conception n'est pas incontestée et il n'y a en ce domaine aucune décision de la Cour Fédérale. Le moyen le plus sûr est encore de stipuler un transfert fiduciaire de propriété anticipé.

b) La réserve de propriété prolongée (revente avec cession)

La cession fiduciaire de créance présente une situation initiale plus complexe puisqu'à côté du cédant et du cessionnaire intervient le débiteur cédé. La cession fiduciaire de créance doit être efficace compte tenu de ce débiteur cédé et cela dépendra du succès de l'action en paiement intentée par le cessionnaire, bénéficiaire de la sûreté, contre le débiteur cédé.

La créance cédée peut également présenter un élément d'extranéité, si par exemple, le débiteur a son domicile ou son siège à l'étranger ou si un tribunal étranger est compétent pour d'autres raisons. Pour clarifier ces éléments fondamentaux, nous partirons du cas simple où la créance cédée ne présente aucun élément d'extranéité.

Cette situation se présente lorsqu'un exportateur étranger et un importateur allemand concluent une **clause de réserve de propriété prolongée** et que cet importateur revend la marchandise en République fédérale d'Allemagne à un acquéreur allemand. Lorsqu'en cas de faillite, la question se pose de savoir à qui revient la créance cédée, le tribunal allemand appliquera à cette cession le droit allemand. Le siège ou domicile

⁶³ Cour de cassation, *Pas.* 1933 I, p. 103; BROCCA, *supra*, 9, pp. 140 et 145; W. GRAVENHORST, *Mobiliarsicherheiten für Darlehens- und Warenkredite in den sechs Ländern der Europäischen Gemeinschaften*, 1972, p. 47; LAMBSDORFF, *supra*, 57, n. 703; I. MOREAU-MAGREVE, in *Les créanciers et le droit de faillite*, 1983, p. 174; W. VAN GERVEN, Les garanties portant sur les matières et produits, *Revue de la Banque* 1966, pp. 165 et ss., spéc., p. 171; A.-M. STRANART/H.-J. HAINZ, *Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil III: Belgien* (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Rechtswissenschaft, Band 18), 1979, p. 20; H. STUMPF/R. ZIMMERMANN, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland* (4^{ième} éd.) 1980, p. 62; WIESBAUER, *supra*, pp. 1063 et 1064; en outre E. MEZGER, in *Les créanciers et le droit de faillite*, 1983, pp. 235 et ss., spéc., p. 236 aussi par rapport à la situation juridique antérieure en France.

⁶⁴ TH. SCHILLING, *Besitzlose Mobiliarsicherheiten im nationalen und internationalen Privatrecht* (Schriftenreihe Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Bd. 54), 1985, pp. 220 et ss., spéc., p. 223 et réf..

étranger du cessionnaire n'a aucune incidence. Un exportateur ou un établissement à l'étranger, peut donc largement recourir aux possibilités de garantie offertes par le droit allemand.

Si par contre, la créance cédée présente un élément d'extranéité, le tribunal allemand appliquera à la cession la loi qui régit la créance cédée⁶⁵. Cette loi est déterminé selon les règles de droit international privé (Art. 27 et s. EGBGB). Par le choix du droit applicable (Art. 27 et s. EGBGB), on peut s'assurer que le droit allemand régira le contrat. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il suffit de déclarer le droit allemand applicable pour être certain que celui-ci régira la cession de la créance. Cela n'est valable que si un tribunal allemand est compétent. Un tribunal étranger peut très bien, par application de ses propres règles de conflit de lois, désigner un autre droit. Et même s'il applique le droit allemand à la cession, il n'est pas certain qu'il acceptera la cession "occulte" du droit allemand, qui n'exige pas d'informer le débiteur cédé de la cession de créance. Souvent la notification relève d'ailleurs de l'ordre public étranger ou à tout le moins est impérativement exigée par le droit du domicile du débiteur⁶⁶. Si dès lors, le tribunal étranger ignore la cession et condamne le débiteur à payer au cédant⁶⁷, le cessionnaire ne peut compter sur le droit allemand. En aucun cas, un tribunal allemand n'obligerait le débiteur à payer une seconde fois au cessionnaire⁶⁸.

Sur base de ces considérations, on peut se demander si ces risques ne peuvent être évités par des stipulations contractuelles appropriées. Le cédant et le débiteur peuvent par une clause d'élection de for, déclarer exclusivement les tribunaux allemands compétents. En tout cas, l'article 17 de la convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, empêche le cédant (ou ses

⁶⁵ Art. 33 al. 2 EGBGB ; v. WESTPHALEN, *supra*, p. 492; concernant la situation juridique avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juillet 1986 sur le droit international privé A. GERTH, *Rechtsfragen der Abtretung gesicherter Forderungen nach französischem Recht*, WM 1984, pp. 793 et ss.; ROSENER, *supra*, 8, p. 72; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 331; BGHZ 87, pp. 19 et ss., spéc., p. 22; SOERGEL/KEGEL, *supra*, vor Art. 7 n. 444.

⁶⁶ Cf. pour la France J.B. BLAISE, in W. HADDING/U.H. SCHNEIDER, *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in der Bundesrepublik Deutschland und in ausländischen Rechtsordnungen* (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Rechtswissenschaft, Band 47), 1986, p. 142; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 331.

⁶⁷ Ou à son créancier en cas de saisie-arrêt.

⁶⁸ Cf. R. WELTER, *Zwangsvollstreckung und Arrest in Forderungen - insbesondere Kontenpfändung - in Fällen mit Auslandsberührung*, 1988, pp. 64 et s., 71 et s.; BGH WM 1983, pp. 655 et ss. .

créanciers en cas de saisie) de faire échouer une cession en intentant une action en justice à l'étranger⁶⁹.

D. Le futur de la réserve de propriété

Afin de donner une vue complète de la question, il faut mentionner les projets de réforme du droit de la faillite qui ont été en étude depuis plusieurs années et qui ont proposé de réduire⁷⁰ les prérogatives des bénéficiaires⁷¹ de sûretés réelles. Ceci repose sur la constatation que les possibilités de garantie sont à ce point aisées et probantes, qu'elles ont été "trop" exploitées⁷². Avec pour conséquence, que la "faillite de la faillite" (Konkurs des Konkurses) est apparue⁷³. En effet, si la procédure de faillite est déclenchée, les droits des créanciers bénéficiant d'une sûreté ne sont en rien affectés. C'est pourquoi, à défaut de masse suffisante, le règlement judiciaire, dans la plupart des cas, n'est pas ouvert⁷⁴. Par conséquent, les créanciers chirographaires sont réduits à une portion congrue⁷⁵.

A l'issue des travaux de la Commission de réforme du droit de la faillite, une proposition réduisant les prérogatives des créanciers privilégiés a été retenue: dans chaque cas le curateur de la faillite réalisera le bien affecté en garantie et le produit de cette réalisation qui revient au bénéficiaire de la sûreté sera réduit de 15 à 25 %.⁷⁶

On est finalement arrivé à un résultat différent: la nouvelle loi sur la faillite qui entrera en vigueur en 1999 ne prévoit pas une réduction mais seulement une participation moins importante aux frais du curateur. Le futur de la réserve de propriété en droit allemand n'est pas en danger.

⁶⁹ HÄUSER/WELTER, *WM* 1985, Nationale Gestaltungsschranken bei ausländischen Börsentermingeschäften, Sonderbeilage Nr. 8, pp. 12 et ss.; WELTER, *supra*, pp. 69 et ss.

⁷⁰ Vgl. MÜNCH-KOMM/H.P. WESTERMANN, *supra*, § 455 n. 104; REGOUT-MASSON/WELTER, *supra*, p. 328; ROSENER, *supra*, pp. 72 et ss.; SERICK, Die Insolvenzrechtsreform aus der Sicht der Wissenschaft, *BB* 1985, pp. 2202 et ss.; du même auteur, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung*, Bd. VI, 1982, § 72 I 3 et ss., pp. 8 et ss. et Bd. VI, 1986, § 81 II, pp. 760 et ss.

⁷¹ Cf. ALLAN/DROBNIG, *supra*, pp. 615 et ss.; WITZ, *supra*, pp. 62 et ss.

⁷² DROBNIG, *supra*, p. 797; MÜNCH-KOMM/ROTH (2^{ième} éd.), 1985, § 398, n. 77; POTTSCHMIDT/ROHR, 21, n. 374 (réserve de propriété), n. 492 (transfert à titre de garantie), et n. 636 (cession à titre de garantie).

⁷³ KILGER, Der Konkurs des Konkurses, *KTS* 1975, pp. 142 et ss.; UHLENBRUCK, Zur Krise des Insolvenzrechts, *NJW* 1975, pp. 897 et ss., spéc., p. 901 et ss.

⁷⁴ WITZ, *supra*, p. 66.

⁷⁵ DROBNIG, *supra*, p. 802; WITZ, *supra*, p. 66.

⁷⁶ ROSENER, *supra*, pp. 72 et ss.; WITZ, *supra*, p. 67; SERICK, *supra*, § 81 IV, pp. 796 et ss.; critique DORNDORF, Beschränkung der Besicherbarkeit von Krediten in der Insolvenzrechtsreform, *ZIP* 1984, p. 523; SERICK, *supra*, 49, § 81 III, pp. 766 et ss.

**RESERVATION OF TITLE IN ENGLISH LAW –
PAST, PRESENT AND FUTURE**

Gerard McCormack

It is understating the obvious to say that reservation of title clauses in sale of goods contracts have had an enormous impact since the seminal *Romalpa* decision in 1976⁷⁷. Controversy has abounded over the scope and effectiveness of such clauses in English law. Many matters have been cleared up but other issues are still shrouded in obscurity. It is the purpose of this paper to review the trend of authority over recent years and to explore the parameters of legal efficacy insofar as reservation of title is concerned.

"Simple" reservation of title clauses

All that a simple reservation of title does is to reserve title in the seller until goods which form the subject-matter of a particular contract of sale have been paid for. The Sale of Goods legislation says that it is up to the buyer and seller to agree terms for the passing of property⁷⁸. Therefore, simple reservation of title clauses seem legally non-problematic notwithstanding the fact that the purpose of such clauses may be to provide the seller with some sort of security for payment of the purchase price. This view was confirmed by the Court of Appeal in *Clough Mill Ltd v Martin*⁷⁹.

Moreover, the court in *Clough Mill* held that the fact that other parts of the agreement between the parties are properly characterised as a charge does not have a tainting effect on the simple reservation of title element. The principle of severability operates in this context.

With simple reservation of title the difficulty is provided by the first instance decision of Slade J. in *Re Bond Worth Ltd.*⁸⁰ He held that a clause purporting to reserve only "equitable and beneficial ownership" acted as a transfer of full legal and equitable title to the buyer with a transfer back of equitable ownership to the seller by way of charge. The decision is grounded on a holding that there is a split second of time (*scintilla temporis*) in which the buyer is both legal and beneficial owner. The use of a *scintilla temporis* notion smacks of the employment of legal fictions to overcome factual realities. The *scintilla temporis* doctrine was heavily criticised in a slightly different context

⁷⁷ [1976] 1 WLR 676. For an assessment of the efficacy of the *Romalpa* principles ten years on see JR Bradgate [1987] Conv 434 and see also Hicks [1992] JBL 398.

⁷⁸ Section 17 Sale of Goods Act 1979 and also section 19.

⁷⁹ [1985] 1 WLR 111.

⁸⁰ [1980] Ch 228.

by the House of Lords in *Abbey National Building Society v Cann*.⁸¹ Lord Oliver spoke of *scintilla temporis* as being no more than a legal artifice. Lord Jauncy talked in a similar vein. This reasoning runs counter to the premise on which the judgment of Slade J. in *Re Bond Worth Ltd* is based. However, a higher court has not had the opportunity to pronounce directly upon the issue.⁸² The same cannot be said about "all-liabilities" reservation of title.

"All Liabilities" reservation of title

"All-liabilities" or "all-monies" or "current account" reservation of title clauses condition the passing of property to a buyer on the buyer discharging all liabilities arising between buyer and seller. In other words, even though the buyer may have paid for the goods delivered under one contract of sale it will still not get title until the extraneous condition is fulfilled. Perhaps the passing of property is conditional on the clearing of an earlier unsecured indebtedness. In this case the reservation of title agreement seems suspiciously like the creation of a charge. Such suspicions were however dispelled by the House of Lords in *Thyssen v Armour Edelstahlwerke AG*.⁸³ Reference was made by Lord Keith to section 17(1) of the Sale of Goods Act 1979 which provides that where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred. Furthermore section 19(1) states that where there is a contract for the sale of specific goods the seller may reserve the right of disposal of the goods until certain conditions are fulfilled. In this particular case the sellers, in the contract of sale, had in effect reserved the right of disposal of the goods until satisfaction of the requirement that *all* debts due to them by the buyer had been paid. This was no more than a manifestation of the contractual freedom of the parties⁸⁴.

⁸¹ [1991] 1 AC 56. For cases on the *scintilla temporis* doctrine see *Re Connolly Bros Ltd (No 2)* [1912] 2 Ch 25; *Coventry Permanent Economic Building Society v Jones* [1951] 1 All ER 901; and *Society Trust Co v Royal Bank of Canada* [1976] AC 503.

⁸² There is though a first instance decision where it was held that the status and authority of *Bond Worth* remained unaffected by the *Cann* case. In *Stroud Architectural Services Ltd. v. John Laing Construction Ltd.* (1993) 35 Construction Law Reports 135 goods, namely glazing units, were supplied subject to a reservation of title clause which purported to retain in the seller the "equitable and beneficial ownership in all or any of the goods supplied". Judge Newey held that the clause necessarily involved the creation of a charge and followed *Bond Worth* in this respect.

⁸³ [1991] 2 AC 339. The case is discussed in an interesting article by counsel for the suppliers, Jonathan Mance QC, at [1992] LMCLQ 35. See also McCormack [1991] LMCLQ 154.

⁸⁴ According to Lord Keith the contract did in a sense give the seller security for the unpaid debts of the buyer. It did so, however, by way of a legitimate retention of title, not by virtue of any right over his own property conferred by the buyer.

There are however a number of unresolved issues arising from the *Armour* decision. It must be remembered that *Armour* involved a single contract of sale. The seller was endeavouring to repossess goods because those goods had not been paid for and not because some outside indebtedness was still outstanding. It has been argued that if a seller repossesses goods that have been paid for on account of the fact that some outside liability has not been met then the seller would have to refund the purchase price of the goods by reason of total failure of consideration⁸⁵. Against this view there is the contention that the consideration has not totally failed as the buyer has had the use and benefit of the goods for a certain period. The reply to this is that the goods may simply have been in the buyers warehouse with no benefit deriving therefrom and moreover the buyer may have been designated a fiduciary for the seller in respect of the goods. Many of the arguments have centred around the interpretation of the old case of *Rowland v Divall*⁸⁶ and not much new light has been shed on the issue in recent times. The case was however considered in *Rover International Ltd v Cannon Film Sales (No 3) Ltd*⁸⁷. The judgment of Kerr LJ lays stress on the fact that one should focus upon what the buyer actually bargained for. Was it the transfer of title or was it lawful possession plus transfer of title⁸⁸?

Another problem with "all-liabilities" reservation of title arises if the indebtedness on which the passing of property is contingent is construed as encompassing future indebtedness⁸⁹. The commercial relationship between buyer and seller is capable of extending indefinitely into the future. An interpretation that meant that title never passed to the buyer because of some theoretical future indebtedness would make a mockery of the whole sale of goods agreement. The only sensible way out of the conundrum would be to construe the contract as meaning that title passed to the buyer whenever the account between seller and buyer came into credit. In conclusion one might say that the House of Lords in *Armour* gave the judicial *imprimatur* in principle to "all liabilities" clauses but the decision is not a *carte blanche* for all sorts of "all liabilities" reservation of title.

⁸⁵ See generally Goodhart (1986) 49 MLR 96; Goodhart and Jones (1980) 43 MLR 489, 508 and Davies "The Trade Debtor and the Quest for Security" in Harry Rajak ed *Insolvency Law: Theory and Practice* (1993) but cf McCormack [1989] Conv 92.

⁸⁶ [1923] 2 KB 500. See also *Butterworth v Kingsway Motors* [1957] 1 WLR 1286; *Warman v Southern Counties Car Finance Corp* [1949] 2 KB 576; *Karflex Ltd v Poole* [1933] 2 KB 251 and *Linz v Electric Wire Co of Palestine* [1948] AC 371.

⁸⁷ [1989] 1 WLR 912. See also Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (paperback edition, 1989) at p 248.

⁸⁸ For an interesting further argument on all-liabilities reservation of title see Bradgate (1991) 54 MLR 726 at 735.

⁸⁹ For a discussion of this issue see McCormack [1992] Legal Studies 195 at 199.

Tracing Clauses

A cynic might suggest that there is more chance of an elephant passing through the eye of a needle than a tracing clause receiving judicial sanctification. Under a tracing clause an original seller is laying claim to resale proceeds. Such clauses enjoyed judicial support in the seminal *Romalpa* case but since then the English judiciary have engaged in a process of distinguishing *Romalpa* to death. Two recent cases that warrant attention in this context are *Re Weldtech Ltd*⁹⁰ and *Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd*⁹¹. *Re Weldtech Ltd* is a case where Weldtech has been supplied with welding equipment by a German company. The conditions of sale included the following reservation of title term: "The goods remain our property until payment of the purchase price... In the case of authorised resale of goods supplied by our company ... all rights to which the purchaser is entitled as a result of the contract with the third party, in particular for payment of the purchase price, are transferred to us automatically upon completion of the sale... The transfer takes place only for securing our claims against the purchaser and does not affect his payment obligations to us."

Hoffmann J. took the view that the claim by the supplier to resale proceeds amounted to a registrable charge over book debts, which was void for want of registration in the particular case. In reaching this conclusion the judge placed particular emphasis on the sentence "This transfer takes place only for securing our claims against the purchaser". There are a couple of points worth noting about the case. The clause was a translation from the German original which accounts for some of the oddities of expression. A clause framed specifically with English case law in mind may have had a greater prospect of judicial validation. Furthermore the German suppliers were not represented at the hearing.

The various issues were ventilated to a greater extent in *Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd*⁹² the facts of which are relatively straightforward. The plaintiff sold computer equipment to the first defendant, Abercorn, which proceeded to resell the equipment as well as factoring debts arising from sub-sales to another company Kellock. The computer goods had been sold subject

⁹⁰ [1991] BCC 16. See also the earlier cases *Jatung (UK) Ltd v Galex Telesure Ltd* (1989) 5 BCC 325 and *E Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v Arbuthnot Factors Ltd* [1988] 1 WLR 150. These cases are discussed by McCormack [1989] LMCLQ 198. See also Wheeler (1989) 10 Co Law 151 and De Lacy (1989) 10 Co Law 188.

⁹¹ [1991] BCC 484.

⁹² [1991] BCC 484.

to a reservation of title clause in favour of Compaq. Resales though were permitted subject to the following qualification:

"Insofar as the dealer may sell or otherwise dispose of the Compaq products or receive any monies from any third party in respect of the Compaq products, he shall strictly account to Compaq for the full proceeds thereof (such monies as the dealer shall receive) as the seller's bailee or agent and shall keep a separate account of all such proceeds or monies for such purpose."

Mummery J. examined the authorities in a thorough fashion notwithstanding the fact that in his view the accumulation of decisions since *Romalpa* made it possible to assert some well-settled principles without the need to refer in detail to the facts and legal discussions in individual cases⁹³. Compaq was beneficially entitled to resale proceeds which were payable into a separate account. This beneficial interest was determinable though on payment to Compaq of the unpaid purchase price of the Compaq products and the other sums owing. If such event occurred Abercorn would be entitled to the balance in the account. In Mummery J.'s view analysing the contract in this way led inevitably to a charge construction. One it was conceded that the beneficial interest in the proceeds of sale was determinable on payment of the debts, Compaq had to confront the difficulty that the rights and obligations of the parties were in reality and in substance characteristic of those of the parties to a charge, and not of those in a fiduciary relationship. The following observations of Slade J. in *Re Bond Worth Ltd*⁹⁴ were brought to bear on the situation:

"[A]ny contract which, by way of security for the payment of a debt, confers an interest in property defeasible or destructible upon payment of such debt, or appropriates such property for the discharge of the debt, must necessarily be regarded as creating a mortgage or charge, as the case may be."

Abercorn was empowered to redeem the charge in favour of Compaq if the outstanding debts were paid. If that event occurred Compaq was not entitled to retain out of resale proceeds a sum that was more than sufficient to pay those debts. If the resale proceeds were deficient in this respect, Compaq had a right of action against Abercorn for the balance of the purchase price as a simple contract debt.

In my submission the reasoning of Mummery J. is not beyond reproach. Take a "simple" reservation of title clause. The courts have brushed aside a charge construction notwithstanding the fact that the seller's interest in the goods comes to an end when the buyer pays the outstanding sums due. If the seller repossesses and realises the goods for less than the original purchase price, then the seller may sue the buyer for the balance. Mummery J.'s analysis is very much in line with the purposive approach towards "simple" reservation

⁹³ [1991] BCC 484 at 492.

⁹⁴ [1980] Ch 228 at 248.

that was adopted by Judge O Donoghue at first instance⁹⁵ but decisively rejected by the Court of Appeal in *Clough Mill Ltd v Martin*⁹⁶. The Court of Appeal in *Clough Mill* were adamant that one should look at the transaction as drafted and not necessarily at its intended effect. The approach adopted by Mummery J. seems at variance with that view.

The judgment was however approved and applied in *Modelboard Ltd v Outer Box Ltd*⁹⁷. In this case a supplier of cardboard sheets made claim to resale proceeds on the basis of a reservation of title clause which provided that the buyers were entitled to resell only as "agents and bailees, and on terms that the proceeds are held in trust for the [seller]". The judge took the view that the interest of the suppliers in the proceeds of sale was by way of charge. He used a hypothetical example to bolster this conclusion. Suppose that the buyer resold at a profit. In his opinion the supplier could have recourse to the full resale price, so far as necessary to discharge the outstanding obligation of the buyer, subject to which the supplier must account to the buyer for the balance. That was in accord with commercial reality and meant that the supplier's interest in resale proceeds was properly designated a charge.

On the other hand, no charge was involved if the supplier was entitled to keep the whole resale price but with an obligation to refund the resale profit element if the buyer subsequently paid the purchase price. The judge rejected the latter interpretation in favour of a charge construction but his reasons for doing so seem less than convincing. The non-charge approach in his opinion entailed devising an elaborate system of implied contractual obligations and this was felt to be beyond the bounds of judicial capabilities. But why should the judiciary be so hamstrung in their approach? Leaving implied contractual terms aside, there is the law of restitution in place to prevent unjust enrichment. That unjust enrichment exists as an independent principle of English law was affirmed enthusiastically and unequivocally by the House of Lords in *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*⁹⁸. Imaginative use of the principles of unjust enrichment in the reservation of title context was indeed made by Henry J in the New Zealand case of *New Zealand Forest Products v Pongakawa Sawmill Ltd*⁹⁹. Be that as it may, the bottom line in *Modelboard Ltd v Outer Box Ltd*¹⁰⁰ was the purposive approach towards reservation of title adumbrated in *Compaq Computer*¹⁰¹.

⁹⁵ The first instance decision is reported [1984] 1 WLR 1067.

⁹⁶ [1985] 1 WLR 111.

⁹⁷ [1992] BCC 945.

⁹⁸ [1991] 2 AC 548.

⁹⁹ [1991] 5 NZCLC 67, 085 at 67, 089. Reference was made to the observations of Cooke J in *Hayward v Giordani* [1983] NZLR 140 at 148.

¹⁰⁰ [1992] BCC 945. See also *Re Highway Foods International Ltd.* [1995] BCC 271.

¹⁰¹ [1991] BCC 484.

It has been pointed out that when statute law in this country e.g. the company charge registration regime, enacts rules to be applied to particular transactions, it is in general referring to the legal nature of a transaction and not to its economic effect¹⁰². The report of the *Crowther Committee on Consumer Credit*¹⁰³ observed that distinctions between one type of transaction and another are drawn on the basis of legal abstractions rather than on the basis of commercial reality. Lord Devlin articulated the same principle in *Chow Yoong Hong v Choong Fah Rubber Manufactory Ltd*¹⁰⁴. He said¹⁰⁵:

"There are many ways of raising cash besides borrowing... If in form it is not a loan, it is not to the point to say that its object was to raise money for one of them or that the parties could have produced the same result more conveniently by borrowing and lending money."

The sentiments voiced by Lord Devlin have recently been applied by the Court of Appeal in *Welsh Development Agency v Export Finance Co Ltd*¹⁰⁶.

Aggregation clauses

With an "aggregation" clause the supplier of goods subject to a reservation of title clause is endeavouring to ally claim to all or part of an article manufactured out of the goods supplied. Such claims have not met with any great success in England and this trend of judicial disapproval continued in *Modelboard Ltd v Outer Box Ltd*¹⁰⁷. The case concerned cardboard sheets that were subjected to a "process" by the buyer. Counsel were unable to enlighten the judge as to the exact nature of this process but at the end of it the cardboard sheets had lost any significant value as raw material. The judge reached the stark conclusion that the suppliers interest in the goods was lost and their interest in the processed goods was in the nature of a charge. The crucial factor for the judge in arriving at the result that title to the goods had disappeared was the fact that they had ceased to have any significant value as raw material. This result is open to dispute. Clearly if there is a mixture of heterogenous goods in a manufacturing process the title of the original supplier is lost¹⁰⁸. But that was not the situation here. Some might say that the facts here were more akin to the cutting of steel that occurred in *Armour v*

¹⁰² See the observations of Staughton LJ in *Welsh Development Agency v Export Finance Co Ltd* [1992] BCLC 148 at 185.

¹⁰³ Cmnd 4596 at para 1.3.6 (1971).

¹⁰⁴ [1962] AC 209.

¹⁰⁵ *Ibid* at 216.

¹⁰⁶ [1992] BCLC 148; on which see *Oditah* [1992] JBL 541. Compare however, *Re Curtain Dream plc* [1990] BCLC 925; on which see *De Lacy* [1991] LMCLQ 39.

¹⁰⁷ [1992] BCC 945.

¹⁰⁸ *Borden (UK) Ltd v Scottish Timber Products Ltd* [1981] Ch 25.

*Thyssen Edelstahlwerke AG*¹⁰⁹ and which did not prejudice the title of the original supplier. The antipodean case of *New Zealand Forest Products v Pongakawa Sawmill Ltd*¹¹⁰ also merits citation in this context. There it was held that title to logs supplied on reservation of title terms did not disappear when the logs had been converted by a process of sawmilling into a different form.

The courts in England have been inclined uncritically to hold that goods which are the subject of a reservation of title clause lose their identity when they are subject to some form of processing in the course of manufacture or similar treatment.¹¹¹ An example of this tendency may be found in *Chaigley Farms Ltd. v. Crawford, Kaye & Grayshire Ltd.*¹¹² This is a case where the plaintiffs supplied animals to the defendant abattoir subject to a reservation of title clause. Garland J. held that there was an effective reservation of title so long as the animals were alive. But the words "livestock" and "goods" in the contractual relationship between the parties referred only to live animals. The defendants had authority to slaughter the "goods" in the ordinary course of their business and this slaughtering extinguished the plaintiffs' title.

The conditions of sale in *Modelboard Ltd. v. Outer Box Ltd.* dealt explicitly with the situation that arose if the goods supplied had by a process of manufacture lost their original form and been transformed into something different. In *Clough Mill v Martin*¹¹³ the judgments of the Court of Appeal contain dicta in support of the proposition that where the goods of A and B are combined to form a new article A and B should be free to agree where title to the new article should lie. So supplier and buyer should be at liberty to stipulate that title to a new article should belong exclusively to the supplier notwithstanding the windfall conferred on the supplier by such a provision. In the *Modelboard* case there was a provision to this effect but the judge refused to take serious cognisance of it and held instead that a charge had been created. He said that the property in the new product originates with the buyer but becomes or is deemed to be the property of the seller pending the discharge by the buyer of its obligation to pay the purchase price of the original raw material. In a similar case *Re Peachdart Ltd*¹¹⁴ which concerned the manufacture of leather into handbags the judge referred to what the "parties must have intended". There are traces of that analysis here. Some

¹⁰⁹ [1991] 2 AC 339.

¹¹⁰ [1991] NZCLC 67, 085.

¹¹¹ See the comments by Professor L.S. Sealy [1997] C.L.J. 28.

¹¹² [1996] B.C.C. 957. Contrast the New Zealand case *Re Weddell New Zealand Ltd.* (1996) 5 N.Z.B.L.C. 104,055.

¹¹³ [1985] 1 WLR 111 at 119 per Robert Goff LJ and at 124 per Oliver LJ.

¹¹⁴ [1984] Ch 131 but contrast *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd v Grahame Puttick Ltd* [1984] 1 WLR 485.

commentators might say that when a judge talks about what the parties must have intended, this is a sure sign that he is in reality substituting his own views for the views of the parties.

Be that as it may, a similar analysis to that in *Modelboard* was adopted in *Ian Chisholm Textiles Ltd. v. Griffiths*¹¹⁵. This case involved a reservation of title claim by the plaintiff supplier. The defendants in the case were the receivers of various companies in a group of companies called Ramar which designed, manufactured and distributed ladies' clothes. The court concluded that once the cloth supplied by the plaintiff was combined to any significant extent by Ramar with goods owned by Ramar or by a third party the plaintiff's beneficial ownership, if any, was converted into the interest of a chargee over the dresses in the process of manufacture or over the completed dresses. In that sense title did remain with the plaintiff, albeit that the nature of the title was converted from that of beneficial owner to that of chargee.

Factoring of resale debts

The supplier of goods subject to a reservation of title clause is sometimes faced with a priority dispute against a factor of debts arising from subsales. The question arises as to how this priority conflict is to be resolved¹¹⁶ Where there are competing equitable assignments of debts then, under the rule in *Dearle v Hall*¹¹⁷, preference is usually given to the party who is first to give notice to the debtor. If an earlier equitable assignment is competing against a subsequent legal assignment it is debatable whether *Dearle v Hall* applies to regulate priorities or whether the legal assignment should prevail, equities being equal, by virtue of the priority of the legal estate.

The proponents of the application of *Dearle v Hall* rely upon section 136 Law of Property Act 1925 which talks about a legal assignment being "subject to equities" having priority over the right of the assignee¹¹⁸ On this analysis section 136 is purely procedural and a legal assignment remains equitable for priority purposes. Phillips J adopted this approach in *E Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH Co v Arbuthnot Factors Ltd*¹¹⁹ and Mummery J adhered to the same line in *Compaq Computer Ltd v Abercorn Group Ltd*¹²⁰ Such allegiance occurred notwithstanding the fact that certain authorities pertinent

¹¹⁵ [1994] B.C.C. 96.

¹¹⁶ See generally Odiah (1989) 9 Oxford Journal of Legal Studies 513. See also McCormack [1989] LMCLQ 198 and McCormack [1990] JBL 314.

¹¹⁷ (1828) 3 Russ. 1.

¹¹⁸ See generally *William Brandts Sons & Co v Dunlop Rubber Co* [1905] AC 454 at 461 per Lord Macnaghten and also McCormack [1990] JBL 314 at 317-318.

¹¹⁹ [1988] 1 WLR 150.

¹²⁰ [1991] BCC 484.

to the point had not been opened to the court in *Pfeiffer*¹²¹. Moreover, the *Pfeiffer* holding had been subjected to forceful academic criticism as being antiquated and out of harmony with general legal doctrine. Nevertheless, Mummery J held that *Dearle v Hall* was the relevant priority rule where there were both equitable and legal assignments of the same debts. The judge also followed *Pfeiffer* in holding that the rule in *Dearle v Hall* governed priorities between a *Romalpa* seller with a valid claim to resale proceeds and a factor of resale debts. Mummery J rejected the proposition advanced by the *Romalpa* seller that priority was determined by the order of creation of the interests in subsale proceeds¹²².

Conclusion

In the past few years the courts have had quite a lot to say on various aspects of reservation of title. "All liabilities" clauses have met with judicial approval in the highest court in the land in the *Armour*¹²³ case though it is fair to state that the manifold complexities of such clauses were not fully considered therein. In particular the House of Lords did not address the so-called part payment problem. Tracing clauses, by contrast, have fared less well at the hands of the judiciary. *Romalpa* has been heavily distinguished in England and even the previous enthusiasm for resale claims manifested in New Zealand¹²⁴ and the Republic of Ireland¹²⁵ has waned in recent times. Comparatively little has been said about "aggregation clauses" which arise where a supplier of raw materials lays claim to all or part of a finished article. There is nothing however to controvert the generally accepted proposition that title to goods supplied under a reservation of title clause is lost when they are mixed with heterogeneous goods in a manufacturing process. Moreover, the English judiciary have been rather free in suggesting that goods supplied as raw materials have been transformed into something radically different by some production process. What about the future? Professor Aubrey Daimond in his report commissioned by the Department of Trade and Industry recommended that all-liabilities reservation of title clauses should become registrable

¹²¹ *Read v Brown* (1889) 22 QBD 128; *Ellerman Lines Ltd v Lancaster Maritime Company Ltd* [1980] 2 Lloyd's Rep 497 and *Performing Right Society Ltd v London Theatre of Varieties Ltd* [1924] AC 1.

¹²² There is some support for a "first in time" principle in the Irish case *SA Foundries Du Lion MV v International Factors Ltd* [1985] IRLRM 66.

¹²³ [1991] 2 AC 339.

¹²⁴ Contrast *Bisley Ltd v Gore Engineering and Retail Sales Ltd* [1989] 2 NZBLC 103, 593 with *Len Vidgen Ski and Leisure Ltd v Timaru Marine Supplies (1982) Ltd* [1986] 1 NZLR 349.

¹²⁵ Compare *Carroll Group Distributors Ltd v Bourke* [1990] IRLRM 285 with *Sugar Distributors Ltd v Monaghan Cash and Carry Ltd* [1982] IRLRM 399.

straightaway as charges¹²⁶. This suggestion was not taken up by the Government in the Companies Act 1989 nor was Diamond's proposal that there should be statutory clarification on the subject of reservation of title. Professor Diamond's longer-term recommendations were for the introduction of a comprehensive register of security interests along the lines of Article 9 of the US Uniform Commercial Code. This system would encompass reservation of title clauses. In his view reservation of title clauses were functionally indistinguishable from security interests *stricto sensu* and should be treated as such¹²⁷. Officialdom has not adopted these ideas for radical reform. In a parliamentary answer it was stated that implementation of the Diamond blueprint for reform was not part of the Government's agenda¹²⁸. Reasons adduced for this inaction were the dislocation and upheaval that fundamental change would entail and also the possibility of initiatives for reform on the European Communities plane that would preempt domestic legislative activity.

¹²⁶ HMSO February 1989 at p 114 of the report. See the comment in the Department of Trade and Industry consultative document URN 94/635 (November 1994) at para. 27 that Parliament has proved resistant to the suggestion that it should "cut a swathe through the present judge-made subtleties" of what is a particularly complex area of law and establish some certain and clear rules.

¹²⁷ See generally p 35 of the report.

¹²⁸ HC Deb vol 189, col 482, 24th April 1991.

Partie II

Transmission de la propriété de créances ou de valeurs mobilières pour garantir une dette

LE MECANISME DU BORDEREAU DAILLY EN DROIT FRANÇAIS

Marie-Jeanne Campana

Nous avons vu comment les détenteurs de crédit ont essayé de se garantir contre la défaillance du débiteur de manière efficace tout en laissant à ce dernier son patrimoine circulant, par la clause de réserve de propriété. Nous allons voir aujourd'hui une autre technique tout aussi efficace du monde des affaires qui utilise la propriété comme garantie: la transmission des créances ou des valeurs mobilières.

Je m'attacherai, dans la présentation du droit français, à l'étude d'un mécanisme spécifique qui permet la cession des créances : le bordereau Dailly. Ce bordereau va permettre au banquier de financer, de manière simplifiée et relativement sûre, des paquets de créances (liasses) représentées par un titre : le bordereau. L'introduction de ce bordereau, par la loi du 2 janvier 1981, n'est pas une création originale. Elle a été préparée à la suite de réflexions menées dès 1975 sur l'adaptation de la LCR (lettre de change relevé) informatisée et s'est inspirée du procédé de refinancement des banques prévu par l'ordonnance du 28 septembre 1967 qui leur avait permis de transmettre, de manière simplifiée, les créances détenues sur leurs clients.

En quoi consiste l'apport de la loi du 2 janvier 1981 ? Cette loi va permettre, par une opération simplifiée et opposable aux tiers, de transmettre en pleine propriété, ou de nantir, les créances dont l'entreprise est titulaire pour se procurer du crédit.

Ce procédé a donc été envisagé comme une technique juridique au service d'une opération de crédit. En cela il présente par rapport à un mécanisme classique de cession de créance, **une simplification** et **une originalité**: il n'est pas soumis aux formalités de la cession de créance du Code civil (art. 1680), et il porte sur un ensemble de créances. Il accompagne une opération de crédit qui peut être actuelle ou future, isolée ou répétée, les parties étant libres d'aménager le quantum et la durée de cette transmission de créance.

Procédé original donc qui, une fois encore, utilisera soit la mise en gage de créances soit le transfert de la propriété de ces créances au cessionnaire à titre de garantie et qui réalise une aliénation fiduciaire.

Nous allons présenter ce procédé original sous trois angles : dans un premier temps nous allons étudier le champ d'application de cette législation (I) puis nous allons voir les modalités de la cession (II) et enfin quels en sont les effets (III).

I. CHAMP D'APPLICATION

La cession de créances va avoir lieu, comme l'escompte ou l'affacturage, par souscription d'une convention-cadre entre le prêteur et l'emprunteur. Cette convention-cadre qui est à la base de l'opération est aménagée par les parties selon le principe de la liberté contractuelle (art. 1134 C. civ.). Celles-ci devront, en effet, par un libre consentement, prévoir la nature du crédit consenti, sa durée, son volume, les conditions requises des créances, la périodicité de leur transfert et le mode de recouvrement. Le plus souvent, en pratique, le banquier appliquera le *principe de globalité* en ce sens qu'il exigera du client, comme en cas de convention d'affacturage, un engagement du client de lui céder toutes ses créances professionnelles pendant une durée déterminée. Donc, on le voit, une grande souplesse.

Néanmoins, en contrepartie des avantages donnés aux parties - en particulier au banquier (simplification, sécurité) - le législateur a prévu un certain nombre de conditions de fond (A) et de forme (B) assez strictes.

A. Conditions de fond

Elles concernent les personnes pouvant utiliser ce procédé et les créances cédées ou nanties.

a) Les personnes

L'opération de cession est une opération juridique triangulaire mettant en jeu le client, le cédant, son débiteur, le cédé, et obligatoirement un établissement de crédit. La qualité du cédant, c'est-à-dire de l'emprunteur, a été précisée dans la loi. Il doit s'agir d'une personne morale de droit privé ou de droit public, et s'il s'agit d'une personne physique, elle doit agir dans le cadre de son activité professionnelle.

Le débiteur cédé doit remplir les mêmes conditions que le cédant.

Quant au cessionnaire, il est nécessairement un établissement de crédit.

Nous sommes donc là dans le cadre d'un crédit consenti soit aux entreprises soit dans le cadre d'activité professionnelle, mais non aux consommateurs.

b) Les créances

Pour les créances cédées, le législateur a apporté, au cours de diverses réformes, des précisions utiles tout en élargissant de manière sensible le champ des créances pouvant faire l'objet d'une cession dans le cadre de la loi de 1981.

Tout d'abord il peut s'agir de créances d'origine conventionnelle mais également de créances nées d'une relation non contractuelle. Dans la mesure où le législateur se contente de préciser « *une créance sur un tiers* », la jurisprudence en a conclu qu'il pouvait s'agir par exemple d'indemnités de dommages et intérêts, ou de subventions.

Il peut s'agir également d'une créance liquide et exigible ou à terme. Toutefois, de manière qui peut surprendre, le législateur a prévu aussi la possibilité d'effectuer la cession d'une créance non liquide ou non exigible, voire même d'une créance future ou simplement en « germe ». Il faut, mais il suffit, que la créance soit « identifiable » car les éléments d'identification doivent figurer au bordereau. Cette notion, on le voit, est très souple et la jurisprudence l'a interprétée en ce sens puisque ont été considérées comme pouvant être cédées des créances provenant d'un marché non encore conclu mais lorsque l'entreprise a été retenue dans la soumission, ou une subvention non encore obtenue mais pour laquelle une collectivité publique s'est engagée.

Il doit s'agir ensuite, et sur ce point le législateur est formel, de créances professionnelles si le cédant est une personne physique ; ceci afin d'éliminer les consommateurs du champ d'application de la loi car le crédit à la consommation obéit à des règles spécifiques.

Enfin, la créance ne peut être cédée que si elle est « disponible » dans le patrimoine du cédant. Cette disponibilité doit s'apprécier du point de vue juridique. Il faut que le cédant ait le droit de disposer de la créance, ce qui permettra de régler certains conflits entre le cessionnaire et d'autres titulaires de droit (clause de réserve de propriété, sous-traitance) dont nous aurons à reparler.

On peut constater, au travers de cette souplesse législative, qu'on n'est pas très loin, pour la première fois en droit français, de la *floating charge* du droit anglais, en ce sens qu'une incertitude peut parfois exister quant au contenu du droit de propriété. Avec cette différence fondamentale qu'il ne s'agit pas ici de savoir sur quels biens portera la garantie du créancier mais quels biens -en l'occurrence quelles créances- feront l'objet de la vente dans ce procédé régit par le contrat-cadre.

B. Conditions de forme

A la souplesse des conditions de fonds répond une certaine rigidité législative quant aux conditions de forme. Ce bordereau n'est pas dépourvu, en effet, d'un certain formalisme. La loi de 1981 ayant fait du bordereau un titre négociable avec des effets spéciaux assez forts, il doit comporter, comme les effets de commerce (bien que *juridice sensu* il n'en soit pas un),

un certain nombre de mentions impératives sans lesquelles le bordereau ne vaudrait pas comme tel et ne serait pas opposable aux tiers.

Rapidement, il s'agit de la dénomination de « bordereau de cession » ou « de nantissement », de l'exigence du nom du bénéficiaire et de la signature du cédant. Quant à la date, le législateur a été souple puisqu'elle peut être apposée par le cessionnaire. Mais elle est indispensable car c'est à partir de cette date que le bordereau prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers, donc au débiteur cédé.

Le législateur a été soucieux d'adapter ces dispositions aux techniques modernes puisqu'une réforme de 1984 prévoit un régime particulier lorsque la transmission se fait par un procédé informatique.

Une fois le bordereau créé conformément à la loi il convient de voir quelles sont les modalités de la cession ou du nantissement.

II. MODALITES DE LA CESSION OU DU NANTISSEMENT

C'est la **remise matérielle** du bordereau à l'établissement de crédit qui vaut transfert de créance - une fois encore, que cette remise soit pour une cession ou pour un nantissement de créance. Ceci sans autre formalité.

La plupart de temps, les parties en restent là, ce qui veut dire que le débiteur cédé n'est pas au courant de l'opération et qu'il paiera le montant de la créance à son propre créancier - qui est le cédant. En ce cas, le législateur prévoit que le cédant reçoit les fonds en qualité de mandataire du cessionnaire et, à ce titre, il doit naturellement les lui restituer. Cela suppose donc une relation de grande confiance entre les parties.

Si la confiance est moins grande, le législateur a imaginé le système de la **notification**. Cela consiste pour le banquier à avertir le débiteur, selon certaines formalités, et à l'empêcher de payer en d'autres mains que les siennes. Si, malgré la notification, il payait le cédant, il devrait payer deux fois. Toutefois, la garantie du banquier n'est pas totale en ce sens que le débiteur cédé pourra opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant. Par exemple il pourra contester le montant de la créance parce que la marchandise est arrivée avariée ou non conforme à la commande.

Pour permettre au banquier d'éviter une telle situation, l'article 6 de la loi donne à l'établissement de crédit la possibilité de demander au débiteur cédé une **acceptation** de la cession, ce qui aura pour ce dernier le même effet que l'acceptation d'une lettre de change, c'est à dire qu'il ne pourra opposer au banquier aucune des exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, sauf mauvaise foi du banquier. Mais c'est déjà parler des effets de la cession ou du nantissement de créances.

III. EFFETS DE LA CESSION OU DU NANTISSEMENT

Ces effets sont multiples et complexes. Il convient de distinguer les effets entre les parties (A) et les effets vis-à-vis des tiers (B).

A. Entre les parties.

Les parties sont le cédant et le cessionnaire.

a) En ce qui concerne le cessionnaire.

Les effets de la transmission du bordereau sont ceux d'une cession de créance ordinaire à compter de la date portée sur le titre. Le client va transférer au banquier, en contrepartie du financement qui lui est octroyé, la propriété d'un certain nombre de créances. Ces créances sont transmises, sauf convention contraire, avec tous leurs accessoires et sûretés et notamment une clause de réserve de propriété. On trouve donc là une articulation avec les deux types de garanties que nous étudions : le banquier sera à la fois propriétaire de la créance et propriétaire des biens vendus sous réserve de propriété.

Ce qu'il faut souligner, car c'est une rareté en droit positif français, c'est que la transmission de la propriété au banquier aura lieu quelque soit la situation juridique retenue par les parties la cession ou le nantissement. Cette utilisation **de la propriété comme garantie** ne pose ici, aucun problème du point de vue doctrinal et n'a soulevé aucune sorte de polémique car, de manière exceptionnelle mais sans équivoque, le législateur l'a expressément prévue. En effet, dans l'article 1-1 de la loi le législateur a prévu que « *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* ». Ce qui veut donc dire que, même lorsque la transmission est faite à titre de nantissement, la garantie consiste dans un droit de propriété sur le bien transféré. C'est un exemple assez isolé en droit français, dans lequel le législateur reconnaît l'utilisation de la propriété à cette fin. Nous avons vu, lors de notre dernière réunion qu'en cas de clause de réserve de propriété cette qualification découlait des analyses doctrinales et de la jurisprudence et non d'une disposition législative parfaitement claire comme ici.

Toutefois ce droit de propriété joue un rôle différent selon que la transmission est faite à titre de cession ou à titre de nantissement.

En cas de cession le banquier effectue une opération semblable à l'escompte bancaire des effets de commerce c'est-à-dire qu'il avance le montant des créances dont il devient propriétaire.

En cas de nantissement, la propriété des créances sert de garantie au crédit accordé. Mais il faut reconnaître que les deux types d'opérations sont souvent confondus en pratique.

L'intérêt du banquier ne consiste pas uniquement à acquérir la propriété de la créance. Le procédé du bordereau Dailly lui apporte, en outre, une garantie propre.

Si le cédant rembourse le banquier celui-ci n'aura pas à utiliser la propriété des créances. Si toutefois il a déjà encaissé la totalité ou une partie d'entre elles, il devra déduire les sommes perçues du montant de la dette du cédant.

Si le cédant ne rembourse pas, le banquier va avoir deux recours possibles : l'un contre le débiteur cédé, l'autre contre le cédant lui-même.

Contre le débiteur cédé, tout dépend Si le bordereau a été accepté ou pas par ce dernier. En cas de non acceptation (ce qui est la situation la plus courante en pratique) le débiteur, on l'a vu, peut opposer au banquier toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant (compensation, paiement etc.), à condition que ces exceptions aient leur origine avant la transmission. Par exemple, il ne saurait invoquer une remise de dette qui lui aurait été consentie par le cédant après la transmission.

Si le débiteur cédé a accepté le bordereau, cela s'analyse, du point de vue juridique, comme un engagement personnel pris à l'égard du cessionnaire. Il ne pourra donc opposer aucune des exceptions qu'il avait contre le cédant, sauf mauvaise foi de l'établissement bancaire.

Mais le banquier ne bénéficie pas que de ce recours. Le législateur a expressément prévu que le cédant reste garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement. Il garantit d'ailleurs à la fois l'existence de la créance cédée ou nantie et son paiement. De sorte que, Si le débiteur cédé ne paie pas, le cédant a l'obligation de le faire à sa place. Garantie indispensable pour le banquier qui ne veut pas assumer les risques de la créance cédée.

b) En ce qui concerne le cédant

Il perd la propriété de sa créance et plusieurs conséquences en découlent.

- Tout d'abord il ne peut plus modifier l'étendue des droits attachés aux créances représentées par le bordereau. Par exemple il ne peut plus consentir de remises partielles à son débiteur ou accorder de nouvelles échéances.
- Ensuite, ses propres créanciers ne peuvent plus saisir la créance entre les mains du débiteur cédé car elle ne lui appartient plus et ne fait plus partie de son patrimoine. En revanche, la saisie pratiquée avant la date apposée sur le bordereau continue de produire ses effets. Ce qui nous amène à parler des droits des tiers.

B. Effets *vis-à-vis* des tiers

Les tiers auxquels la cession est opposable constituent deux catégories soit le débiteur cédé, soit des tiers qui prétendent eux aussi avoir des droits sur la créance cédée.

a) Le débiteur cédé

A la date du bordereau le débiteur a changé de créancier. Il ne le sait pas nécessairement, sauf en cas de notification. Il se libérera donc valablement soit entre les mains du cédant s'il ne connaît pas la cession, soit entre les mains du banquier en cas de notification ou, *a fortiori*, d'acceptation.

b) Les tiers ayant des droits

Plus délicate est la situation de tiers qui prétendent avoir des droits sur la créance cédée. Le conflit avec le titulaire du bordereau Dailly peut exister en plusieurs circonstances. Le droit français a tenté de dégager un principe de solution par l'application de la règle *prior tempore potior jure*. Mais ce principe ne donne pas toujours la clef de la solution. Il convient donc d'envisager les différentes hypothèses de conflit.

α) Le conflit le plus notable est celui qui oppose le cessionnaire du bordereau Dailly au vendeur muni d'une clause de réserve de propriété. Comment peut naître ce conflit ? Un fabricant vend une marchandise à un commerçant qui la revend. On l'a vu, la revente reste possible malgré la réserve de propriété. Dans le cadre d'une clause de réserve de propriété « continuée » le législateur a donné au vendeur, en cas de « faillite » de son acheteur, un droit direct sur la créance de revente tant qu'elle n'a pas été payée par le sous-acquéreur - on a vu ce cas de figure la fois dernière. Or, le commerçant qui fait l'objet d'une procédure collective a pu transmettre cette créance par bordereau Dailly. D'où conflit.

Les juridictions du fond ont hésité et avec des arguments d'égalé valeur. La Cour de cassation a, quant à elle, jugé que la créance du prix de revente était subrogée aux marchandises dont la propriété était réservée. Cette analyse a conduit à donner la préférence au vendeur puisque le banquier cessionnaire a acquis, en ce cas, une créance qui n'appartenait pas au revendeur. Ce dernier a donc transmis plus de droit qu'il n'en avait lui-même.

β) Un autre conflit peut naître en cas de sous-traitance. Le législateur français, par une loi du 31 Décembre 1975, a protégé le sous-traitant, dans le cadre d'un marché de travaux, contre la défaillance de l'entrepreneur, en

conférant au premier un droit direct contre le maître de l'ouvrage pour le montant des travaux qu'il a exécutés. L'entrepreneur pourrait céder par bordereau Dailly les créances qu'il a contre le maître de l'ouvrage. Mais le banquier cessionnaire viendra alors en conflit avec le sous-traitant qui détient son action directe à concurrence du montant de sa créance contre le maître de l'ouvrage. La Cour de cassation, sur la base de l'article 13-1 de la loi du 31 Décembre 1975, a donné la préférence au sous-traitant sur le banquier titulaire du Dailly car selon cet article « *l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement* » sauf s'il a obtenu un cautionnement préalable personnel.

χ) Un autre conflit, fréquent en pratique, peut exister entre deux banques, l'une recevant les fonds pour le compte du cédant et la banque titulaire du bordereau. Après avoir fait prévaloir, de manière critiquable, les droits du banquier cessionnaire sur ceux du récepteur de fonds, la Cour de cassation a finalement donné la préférence au banquier réceptionnaire des fonds car ce dernier ne les a reçus qu'au nom et pour le compte du cédant de sorte qu'il n'était pas un tiers au sens de la loi.

On voit que dans tous ces conflits le titulaire du bordereau Dailly n'a guère de possibilité de faire valoir son droit de propriété qui pourtant, en principe, confère une priorité absolue, et que la règle *prior tempore* n'est pas d'une grande utilité. Elle retrouve en revanche son efficacité dans les cas de conflits qui suivent.

δ) Il est un cas de conflit où le banquier cessionnaire peut avoir quelques chances. C'est l'hypothèse d'un conflit avec un factor dans le cadre d'un contrat d'affacturage, lorsqu'un cédant transfère à la fois sa créance à un factor et à un banquier par bordereau Dailly. Lequel préférer des deux ?

La jurisprudence utilise ici pleinement le principe de solution de la priorité par le temps. C'est la banque bénéficiaire qui doit être préférée dès lors que la cession Dailly respectait toutes les formalités légales et que la date portée sur le bordereau était antérieure à la transmission au factor. Si elle est postérieure c'est le factor qui sera préféré.

ε) Il est un autre conflit, résolu par le temps, qui est celui qui oppose un banquier titulaire du bordereau et le porteur d'une lettre de change acceptée émise sur la même créance. Lorsque le tiré de la lettre de change, qui est aussi le débiteur cédé du bordereau Dailly, accepte avant d'avoir reçu notification de la cession, il paiera valablement le porteur de la lettre, qui est

souvent un autre établissement de crédit ayant procédé à l'escompte. Ce paiement sera libératoire à l'égard du banquier cessionnaire. En revanche, si l'acceptation de la lettre de change a lieu après notification, le tiré doit payer le banquier cessionnaire, même s'il a déjà payé la lettre de change. Lorsque la lettre de change n'est pas acceptée, les droits du tiers-porteur ne sont définitivement acquis qu'à l'arrivée de l'échéance si la provision est alors constituée. Si la cession «Dailly» est antérieure à l'escompte et à l'échéance, le banquier a acquis la propriété de la créance cédée et doit être payé en priorité.

En conclusion, plusieurs réflexions méritent d'être menées sur le bordereau Dailly lui-même et à partir de ce bordereau.

Sur le bordereau lui-même : les banquiers français ont nourri beaucoup d'espoir dans cette nouvelle transmission fiduciaire des créances. Il n'est pas moins vrai que leur déception est, aujourd'hui, à la hauteur de leurs espoirs. En effet, le législateur d'abord, par la loi sur la sous-traitance que nous avons vue, et la jurisprudence ensuite, ont progressivement amoindri et affaibli les droits du banquier porteur de bordereau. Celui-ci qui se croyait protégé par l'utilisation de la propriété a réalisé que, soit par politique législative (préférence donnée au sous-traitant), soit par interprétation jurisprudentielle, d'autres intérêts ont été préférés aux siens. Le point est particulièrement clair dans l'analyse qu'a faite la jurisprudence en faveur du vendeur avec réserve de propriété alors que des arguments contraires et non choquants auraient pu être utilisés en faveur du banquier. A tel point que la doctrine favorable aux établissements de crédit n'a pas hésité à parler du «déclin» du bordereau Dailly. Avec d'autant plus de raisons que les juridictions n'ont pas hésité à annuler l'utilisation du bordereau Dailly en cas de redressement ou de liquidation judiciaires ouvert contre le cédant, lorsque le bordereau a été transmis dans les 18 mois qui précèdent le jugement d'ouverture de la procédure, période que l'on dit suspecte. Certes, les magistrats se sont fondés sur l'article 108 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et la liquidation des entreprises en difficulté, qui prévoit une nullité simplement facultative pour le juge. Mais les banquiers ont, sans doute à juste titre, ressenti cette attitude comme manifestant une hostilité de la jurisprudence à l'égard de ce mode de cession de créances.

A partir du bordereau Dailly : sans doute cette hostilité de la jurisprudence est-elle due au fait que cette utilisation moderne de la propriété en tant que garantie bouleverse le paysage classique du droit des sûretés et le monde du crédit. Il est vrai qu'aujourd'hui, à la faveur de la crise économique qui alourdit le passif des entreprises et le montant des impayés,

la tendance naturelle des créanciers est de trouver des sécurités de plus en plus efficaces. Tant il est vrai que le monde des affaires est un monde qui ne se laisse pas facilement entraver par des règles de droit. Lorsque la loi devient trop contraignante ou qu'elle ne remplit plus les objectifs économiques et financiers qui sont ceux des agents économiques, ceux-ci, jamais à court d'imagination, trouvent d'autres systèmes, d'autres moyens juridiques pour arriver à leur fins. Le résultat n'est pas toujours conforme à l'intérêt général même s'il satisfait des intérêts catégoriels comme ceux des établissements de crédit ou ceux des fournisseurs. Si l'on se risque à faire un bilan on pourrait, par exemple, constater que la multiplication des garanties-propriété fausse le mécanisme du droit de la «faillite». En effet, la finalité de la plupart des législations en ce domaine est d'arriver à sauver l'entreprise en difficulté, lorsqu'elle mérite de l'être bien évidemment. Sans doute certaines législations, la française en particulier, dans leur désir de sauvegarder l'entreprise et surtout les emplois qui y sont attachés, ont-elles créé un trop grand déséquilibre en défaveur des créanciers, déséquilibre que ceux-ci ont tenté de corriger. Il n'en demeure pas moins vrai que l'existence d'un nombre croissant de « propriétaires » au sein des procédures collectives compromet sérieusement les chances de redressement que l'entreprise aurait pu avoir. Comment, en effet, sauver une entreprise lorsque tous ses stocks disparaissent pour retourner à leurs fournisseurs à la faveur de la clause de réserve de propriété, comment sauver une entreprise dont l'essentiel des créances disparaissent par l'intermédiaire d'un bordereau Dailly ? Si l'on ajoute les effets du crédit-bail qui porte généralement sur le matériel d'équipement mais aussi sur les immeubles, que reste-t-il pour assurer la survie des entreprises ? Certes, il ne s'agit pas de faire de l'acharnement thérapeutique ; mais il s'agit également d'aider les entreprises en difficulté qui méritent d'être sauvées. Or, on peut comprendre aujourd'hui le nombre croissant de liquidations d'entreprise, même si la crise économique endémique que connaît notre monde occidental en est la cause majeure. Ce déséquilibre en faveur des agents financiers est d'autant plus regrettable que les grands oubliés du naufrage des entreprises sont les salariés dont on reconnaît difficilement qu'ils sont une richesse dans l'entreprise qui doit être protégée au même titre que le capital. Oubli que la conception libérale de l'Europe économique risque d'accentuer - sauf à porter tous nos espoirs dans la construction d'une Europe sociale de laquelle on peut attendre plus d'équilibre dans les intérêts à protéger au sein de l'entreprise.

BIBLIOGRAPHIE

CABRILLAC, Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau : *D.* 1990, chron. 127.

CERCLES, Cession de flux de créances et bordereau Dailly : *Rév. dr. bancaire* 1993, 200.

D'AMBRA, Groupes de contrats et loi Dailly: les notions de tiers *Rev.jur. com.* 1993, 45.

GALZY, HEMMELE, et VANGASSE, Les cessions de créances professionnelles, de la gestion de trésorerie pour les entreprises à la maîtrise des risques bancaires, *Castelange Difusion*, 1984.

GAVALDA et STOUFFLET, Droit bancaire (Institutions - Comptes - Opérations Services), *Litec*, 2ème éd. Paris, 1994.

HAUPTMANN, La cession «Dailly » en disgrâce auprès des juges suprêmes : *Rev.jur. com.* 1992, 45 et 106.

HEMMELE et VANGASSE, Réflexions sur les apports de la loi du 24 janv. 1984 dite «loi bancaire» à la loi du 2 janvier 1981 sur la cession à titre de garantie : *Banque* 1984, 297.

LEGEAIS, Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et des débiteurs cédés : *Rev. dr. bancaire* 1990, 148

LARROUMET, Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau : *J. C.P.* 1990, éd. E, 11, 15877.

RACHEZ, Loi «Dailly» : le concours du banquier cessionnaire avec les autres ayants droit du cédant : *Rev. dr. bancaire* 1990, 144.

RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, *Dalloz*, 5ème éd., Paris 1990.

STOUFFLET et CHAPUT, L'allégement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit : *J.C.R* 1981, I, 3044.

VASSEUR, L'application de la loi Dailly : *D.* 1982, chron. p. 273.

VASSEUR, Le banquier cessionnaire d'une créance cédée conformément à la loi Dailly peut-il réclamer à tel autre banquier cédant, à qui le débiteur cédé en a payé le montant, le reversement de celui-ci ? : *D.* 1986, chron. p. 73.

SECURITY RIGHTS IN ENGLISH LAW WITH PARTICULAR REFERENCE TO SECURITY OVER BOOK DEBTS

Gerard McCormack

The nature of security rights in property is an issue that has engendered countless debates and declarations over the years and contributed to the creation of countless paper mountains. In this chapter it is not proposed to augment this array of materials unduly but rather to essay some tentative observations. A leading commentator has suggested that a security interest is a right given to one party in the asset of another party to secure payment or performance by that other party or by a third party.¹ He goes on to argue that a security interest:²

- "(1) arises from a transaction intended as security;
- (2) is a right in rem;
- (3) is created by a grant or declaration, not by reservation;
- (4) if fixed, or specific, implies a restriction on the debtor's dominion over the asset;
- (5) cannot be taken by the creditor over his own obligation to the debtor."

These characteristics ascribed to a security interest are by no means universally accepted. No. (5) for instance has proved particularly contentious for it purports to say that it is a conceptual impossibility for a bank to be granted a charge over its own indebtedness to a customer.³ Others would suggest that a debt is an item of property like any other item of property that may be charged to anybody that the creditor wishes.⁴ In any event, there are many who would say that it is a pointless jurisprudential exercise to attempt to define "security interest" in the abstract.⁵ Or at least pointless in terms of practical

1. See R.M. Goode *Legal Problems of Credit and Security* (2nd ed. 1988) at p. 1. See generally for a definitional exposition of security Fidelis Oditah *Legal Aspects of Receivables Financing* (1991) chapter one.

2. *Ibid.* at p. 1-2.

3. As was held by Millett J. in *Re Charge Card Services Ltd.* [1987] 1 Ch. 150.

4. See e.g. William Blair "Cash deposits as a form of security" in *Butterworths Banking and Financial Law Review 1987* at pp. 163, 173-174; R. Wood (1987) 8 Co. Law 262. The view that a charge-back is conceptually possible has recently been upheld by the House of Lords in *Morris v. Rayners Enterprises Inc.* The judgment in this case was handed down on 30th October 1997.

5. See e.g. Mr. Justice Millett (1991) 107 L.Q.R. 679 reviewing Dr. Fidelis Oditah's *Legal Aspects of Receivables Financing* (Sweet & Maxwell 1990). For the record Browne-Wilkinson V.C. in *Re Paramount Airways Ltd.* [1990] B.C.C. 130 at 149 took on board the following definition of security that had been suggested by counsel: "security is created where a person (the creditor) obtains rights exercisable against some property in which the debtor has an interest in order to enforce the discharge of the debtor's obligation to the creditor."

results. The whole issue is context specific. What matters is the definition in the sphere of a particular statute or *corpus* of law.

Why take Security?

Before proceeding further a preliminary issue merits attention. One might inquire why a lender would wish to take security?⁶ At first blush the answer appears obvious. When a company goes into liquidation there is by definition insufficient money in the corporate kitty to satisfy everybody. Creditors do not wish to rely on a principle of *pari passu* distribution. Moreover, the legislature has deemed some claimants particularly meritorious and these are dubbed preferential creditors. Creditors are prone to invoke devices that will ensure them priority over preferential creditors. The taking of security maximises a creditor's prospects of recovery in the event of a company collapsing whereas placement in the ranks of the ordinary unsecured creditor may leave a person with little hope of recovering anything. Security also serves other functions⁷. Basically the taking of security entitles a creditor to exercise the remedy of self-help and removes the need to rely on judicial intervention. The granting of security over specific assets puts them out of the exclusive control of the debtor. A debtor may be more likely to pay a secured creditor because to do otherwise carries the risk of losing assets that are essential to the carrying on of the debtor's business. The taking of security may also serve as a simple alternative to an intricate and expensive credit inquiry.

Mortgages and Charges

There is no single comprehensive piece of legislation in the United Kingdom applying to all aspects of security rights. The main statute is however the Companies Act 1985 which statute focusses upon the principal form of security right - the charge. A charge is defined to include a mortgage.⁸ As Slade J. explained in *Re Bond Worth Ltd.*⁹ the technical difference between a "mortgage" and a "charge" lies in the fact that a mortgage involves a conveyance of property subject to a right of redemption, whereas a charge conveys nothing and merely gives the chargee certain rights over the property as security for the loan.¹⁰ To repeat, a mortgage involves the transfer of rights of ownership whereas a charge entails merely a right of resort to the property for security purposes. In practice though the two terms are often used interchangeably as indeed they were in the Companies Act.

6. See generally Bridge (1992) 12 OJLS 333 particularly at pp 333-342.

7. See generally Schwartz (1981) 10 Journal of Legal Studies 1; (1989) 18 Journal of Legal Studies 209 and Kripke (1985) 133 U of Penn L Rev 929.

8. Section 396(4).

9. [1980] Ch. 228.

10. *Ibid.* at 250.

There are various ways, outside the creation of a charge, in which a creditor may improve its position in the event of the debtor's insolvency, thereby removing itself from the general mass of creditors who have little hope of recovering anything. In *Chow Yoong Hong v. Choong Fah Rubber Manufactory*¹¹ Lord Devlin observed that there are many ways of raising cash besides borrowing.¹² To modify the statement slightly, there are many ways in which a creditor loosely termed a creditor might enhance its prospects of recovery in the event of the debtor's insolvency besides being party to the creation of a charge. Some of these methods will now be examined, albeit briefly, to ensure a balanced picture.

Absolute Title as Security

Lord Devlin in *Chow Yoong Hong v. Choong Fah Rubber Manufactory* after referring to the existence of means of raising cash other than by borrowing mentioned the sale of book debts and the sale of unmatured bills of exchange, in each case for less than their face value¹³. He had earlier said that the business of buying bills at a discount that is, for their value at the date of purchase, was well known and quite distinct from moneylending. Usually the buyer was a bank or discount house but the fact that it was neither did not transform the nature of the transaction nor did the designation of the discount as interest.¹⁴ Another practice that is widespread is the sale of goods or land followed by some sort of lease back arrangement. Often it may be difficult to distinguish a genuine sale and lease-back from the creation of a charge. Romer L.J. explained the essential differences in *Re George Inglefield Ltd.*¹⁵ He said:¹⁶

"In a transaction of sale the vendor is not entitled to get back the subject-matter of the sale by returning to the purchaser the money that has passed between them. In the case of a mortgage or charge the mortgagor is entitled, until he has been foreclosed, to get back the subject-matter of the mortgage or charge by returning to the mortgagee the money that has passed between them. The second essential difference is that if the mortgagee realises the subject-matter of the mortgage for a sum more than sufficient to repay him, with interest and the costs, the money that has passed between him and the mortgagor he has to account to the mortgagor

11. [1962] A.C. 209.

12. *Ibid.* at 216.

13. For a general analysis of the various methods of unlocking wealth tied up in corporate debts see Odith *Legal Aspects of Receivables Financing* (1991) and see also Odith (1992) 108 L.Q.R. 459.

14. [1962] A.C. 209 at 215.

15. [1933] Ch. 1.

16. *Ibid.* at pp. 26-27. Odith [1992] JBL 541 at 546 argues that the speech of Romer LJ gives very little, if any, useful guidance.

for the surplus. If the purchaser sells the subject-matter of the purchase, and realises a profit, of course he has not got to account to the vendor for the profit. Thirdly, if the mortgagee realises the mortgage property for a sum that is insufficient to repay him the money that he has paid to the mortgagor, together with interest and costs, then the mortgagee is entitled to recover from the mortgagor the balance of the money... If the purchaser were to resell the purchased property at a price which was insufficient to recoup him the money that he has paid to the vendor, of course he would not be entitled to recover the balance from the vendor."

It should also be pointed out that generally speaking a mortgage or charge created by a company requires registration under the Companies Act 1985. The penalty for non-registration is invalidity in the event of the company going into liquidation. Outright sales, on the other hand, are not subject to any requirement of registration.

Sale versus charge

It is crucial to distinguish between the sale ("factoring") of book debts and the creation of a charge over such debts. This distinction remains unaffected by the provisions of the Companies Act 1989. The practical difference between the two forms of transaction are slight but in terms of legal consequences the differences are profound. Factoring, or the outright sale of book debts, is a billion pound business, which remains outside the tentacles of the company charge registration system.¹⁷ As the Privy Council noted in *Chow Young Hong v. Choong Fah Rubber Manufactory*¹⁸ "There are many ways of raising cash besides borrowing. One is by selling book debts..."

In *Welsh Development Agency v. Export Finance Co. Ltd.*¹⁹ Browne-Wilkinson V.C. explained that it has been firmly established for many years that debt factoring agreements and agreements for the block sale of hire purchase agreements at a discount are not secured loans but sales. The respective rights of a finance and other creditors of the "seller" depended entirely on the legal garb in which the finance house clothed the transaction. The judge went on to say:²⁰

"The transaction is essentially the same in commercial terms whatever legal structure is adopted: the finance house has advanced money to a company in need of money on terms that the finance house is to recoup itself (either from a third party or from the borrower/seller) the sum advanced plus

17. See generally on factoring, Biscoe *Law and Practice of Credit Factoring* (1975); Salinger *Factoring Law and Practice* (1991).

18. [1962] A.C. 209 at 216.

19. [1990] B.C.C. 393.

20. *Ibid.* at 405. See also the view expressed by Staughton L.J. when the case went on appeal: [1992] B.C.L.C. 148 at 185-186.

its "turn" on the deal. If the advance is by way of secured loan, it will be registrable; others dealing with the company will know of the secured position of the finance house and can adjust their dealings accordingly. If, on the other hand, the advance is by way of sale, the finance house is, in commercial terms, fully secured but others dealing with the company are ignorant of the fact."

In expounding the distinction perhaps the best course is to take a single leading case and to examine it in detail. The latest House of Lords pronouncement on the subject is in *Lloyds & Scottish Finance v. Cyril Lord Carpet Sales*²¹. This is a case where Lloyds & Scottish agreed to buy credit sale agreements from Cyril Lord. The parties entered into a master trading agreement which was stated to govern all subsequent transactions. The trading agreement stipulated, *inter alia*, that every assignment of debts should be an absolute assignment and sale, and that it should be in the form specified in the schedule to the governing agreement. The purchase price would be 80% of the balances due under the credit sale agreements purchased less a discount to be agreed from time to time. This discount represented Lloyds & Scottish's profit on the transaction. Lloyds & Scottish were entitled to give notice of assignment to the debtors. At its discretion however, it could choose not to do so, and Cyril Lord would stay collecting the debts as agent for Lloyds & Scottish. Cyril Lord would give bills of exchange or banker's orders for payment over the debts to Lloyds & Scottish in respect of a percentage of the debts to be agreed. This percentage was in practice always 80% payable by 24 or 30 monthly instalments. So it was the same as the amount of the service charge plus the purchase price.

100% of the debts remained of course due to Lloyds & Scottish and Cyril Lord guaranteed payment of this. Clause 15 stipulated that upon fulfilment of Cyril Lord's obligations in respect of all assignments, Lloyds & Scottish would pay a further purchase price of what was in effect the further 20% of the debts assigned. After entry into the trading agreement 200 assignments of batches of credit sale agreements were effected by the parties in the agreed form.

The House of Lords held the transaction was a genuine sale and purchase. The trading agreement formed the basis of the contract and all subsequent assignment took place subject to it. The circumstances indicated that when the original negotiations were happening and the agreement being set up, great stress was laid on the trading agreement being executed before any assignment had been effected. The importance attributed to this and the circumstance that all assignments were subject to it demonstrated that the trading agreement was a central feature in the parties' contractual intentions.

21. (1979) 129 N.L.J. 366; on this case see Giddins "Block Discounting - Sale or Charge" (1980) 130 N.L.J. 207.

There was not a shred of evidence that the parties intended to execute an agreement for a loan secured by a charge. Lord Wilberforce rejected the idea of scrutinising minutely documents so as to produce a contractual intention which was manifestly negated by the documents and by other evidence.²²

Lloyds & Scottish did not seek to recover the surplus of debts due above the 80% figure. Their sole objective was in collecting the amount paid to Cyril Lord in addition to the service charge. The account in respect of an individual assignment was closed as soon as this amount was received. Lloyds & Scottish did not make efforts to obtain the balance. Cyril Lord collected the balance and kept it as their own while Lloyds & Scottish never sought to invoke clause 15 of the trading agreement.

The House of Lords conceded that this was a strong point in favour of the liquidator. Nevertheless it did not demonstrate the existence of a loan. Megaw L.J. in the Court of Appeal saw it as a set-off. Cyril Lord was liable to account to Lloyds & Scottish for the 20% balance; yet under another clause Lloyds & Scottish was under an eventual obligation to pay to Cyril Lord a further purchase price equivalent to that balance. It made commonsense and simplified matters if Cyril Lord were allowed to retain the 20% balance. Lord Wilberforce viewed matters in a similar light. He pointed to the fact that the purchase price was not payable until the debts due under all assignments had been received by Lloyds & Scottish. Where the relationship between the parties was ongoing this point did not occur.

More icing on the cake of the distinction between charges and factoring of debts was added by Browne-Wilkinson V.C. in *Welsh Development Agency v. Export Finance Co. Ltd.*²³ He said that the fact that the "purchaser" of book debts had a right of recourse against the "seller" of the debts in the event of the debtor's non-payment was not necessarily incompatible with the transaction being one of sale. Moreover, the fact that the "vendor" had a right to repurchase the subject matter of the sale if and when the "purchaser" received payment in full from the third party was contrary to the transaction being one of sale. An option to repurchase was essentially different from an equity of redemption.

Fixed and Floating charges

What may distinguish the English position from that applying in many continental European jurisdictions is the ease by which a company may grant a bank security over its entire business operations including debts that may

22. The precedent value of three old cases was stressed by their Lordships: *Re George Inglefield Ltd.* [1933] 1 Ch. 1; *Olds Discount Co. Ltd. v. John Playfair Ltd.* [1938] 3 All E.R. 275 and *Olds Discount Co. Ltd. v. Cohen* [1938] 3 All E.R. 281n.

23. [1990] B.C.C. 393.

accrue to the company in the future through the ordinary course of trade. Such debts are referred to in England as future book debts.²⁴ Traditionally, the main mechanism by which the bank obtains security over such debts is referred to as the floating charge. This mechanism has been in place since the last century.²⁵

A floating charge is best described as a testament to the ingenuity of 19th century legal practitioners.²⁶ The locus classicus on the definition of a floating charge is the judgment of Romer L.J. in *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.*²⁷ where the following ingredients of such a charge were identified. He said:²⁸

"[I]f a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3) if you find that, by the charge, it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with".

Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd. was appealed to the House of Lords where it is reported under the name of *Illingworth v. Houldworth*.²⁹ There Lord Macnaghten drew a distinction between the fixed charge and the floating charge in the following terms:³⁰

"A specific charge, I think, is one that without more fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined: a floating charge, on the other hand, is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle on the subject of the charge within its reach and grasp."

The essence of the floating charge is that it does not inhibit a company from disposing of assets within the category covered by the charge in the ordinary course of its business without reference to, or the consent of the person entitled to the benefit of the charge. A specific charge,

24. See generally on the definition of book debts *Independent Automatic Sales Ltd. v. Knowles and Foster* [1962] 1 W.L.R. 974. "Book debts" are referred to as such because they are debts that could or would in the ordinary course of a business be entered in well-kept books relating to that business.

25. See *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870) 5 Ch. App. 318.

26. See generally on the history of the floating charge Pennington (1960) 23 M.L.R. 630

27. [1903] 2 Ch. 284.

28. *Ibid.* at 295.

29. [1904] A.C. 355.

30. *Ibid.* at 358.

on the other hand, prevents a company from disposing of an unencumbered title to the assets, the subject-matter of the charge.

Genesis of the floating charge

In 1982 the high-powered Cork committee³¹ which looked at the state of British Insolvency Law and Practice took the view that the floating charge had become so fundamental a part of the financial structure of the United Kingdom that its abolition could not be contemplated.³² The judicial development of the floating charge was a specific response to the persistent needs of companies for more capital.³³ The Industrial Revolution meant that only a small proportion of a company's wealth might be tied up in buildings and fixed equipment with the bulk of its assets being in the form of raw materials, manufactured goods or goods in the process of manufacture, stock-in-trade and debts owed to the company by trade customers. The existing fixed charge form of security meant that the main part of a company's assets were not available to secure loans made to it. Initially it appeared that creditors were prepared to lend on an unsecured basis but the pace of industrial and commercial expansion carried in its wake a number of corporate collapses. Creditors became reticent about lending on a totally unsecured basis and the advent of the limited liability company made matters worse from a creditor perspective. There were two principal judicial responses to this phenomenon. Firstly, in *Holroyd v. Marshall*³⁴ the House of Lords held that it was legally possible for a company to create fixed charges over its after-acquired assets. Secondly, the concept of a floating charge was given the seal of judicial approval. The landmark decision is generally taken to be that of the Court of Appeal in Chancery in *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.*³⁵

The floating charge is a creature of equity in that it was judicially recognised by courts of equity. Nevertheless it arises from the agreement of the parties manifested in the instrument of charges. The contractual basis of the floating charge has been emphasised in a series of judicial decisions which hold that it is possible for the parties to agree on the events on which crystallisation will occur i.e. the floating charge being converted into a fixed

31. The committee was chaired by Sir Kenneth Cork of Cork Gully, a leading firm of insolvency specialists now part of Cork Gully.

32. Cmnd. 8558 at para. 1531. The committee however recommended that a fund equal to 10% of the net realisations of assets subject to a floating charge should be made available for distribution among the ordinary unsecured creditors. This recommendation has never been implemented.

33. See generally Pennington (1960) 23 M.L.R. at 630-634.

34. (1862) 10 H.L. Cas. 191.

35. (1870) 5 Ch. App. 318.

charge³⁶. Moreover, the Court of Appeal has recently affirmed as a matter of contractual agreement that it is possible to combine in the same instrument of charge a fixed charge over book debts while unrealised with a floating charge over book debt proceeds.³⁷ The floating charge has also been the subject of statutory consideration over the years. The genesis of the floating charge as well as the history of legislative intervention over the years was traced by Hoffmann J. in *Re Brightlife Ltd.*³⁸ He explained that the floating charge was invented by Victorian lawyers to enable manufacturing and trading companies to raise loan capital on debentures in that security could be given over the whole of a company's undertaking without inhibiting its ability to trade. The converse side of these advantages was potential prejudice to the general body of creditors, who might know nothing of the floating charge but find that all the company's assets, including the very goods which they had just delivered on credit, had been swept up by the debenture holder. The judge outlined the form of the legislative reply saying:³⁹

"Parliament has responded, first, by restricting the rights of the holder of a floating charge and second, by requiring public notice of the existence and enforcement of the charge. For example, priority was given to preferential debts in 1897 and the Companies Act 1907 invalidated floating charges created within three months before the commencement of the winding up. This period has since been extended and is now one year. The registration of floating and other charges was introduced by the Companies Act 1900. The Companies Act 1907 required registration of the appointment of a receiver and the Companies Act 1929 required notice of such appointment to be given on the company's letters and invoices.

The judge went on to say that these limited and pragmatic interventions by the legislature made it wholly inappropriate for the courts to impose additional restrictive rules on grounds of public. While this judicial abnegation of an innovative law-making role may have some merit, the floating charge has been attacked in many quarters for being an excessive security in that it extends to future assets which have not been paid for by the company.⁴⁰ These criticisms have found a judicial echo on occasion such as in the remarks of Goff L.J. in *Glough Mill Ltd. v. Martin*⁴¹ who said that the mechanism of the floating charge on which banks relied was as much open to criticism as that of the reservation of title clause which they were prone to criticise. As Hoffmann J. pointed out in *Re Brightlife Ltd.* criticism of the excesses of the

36. See e.g. *Re Brightlife Ltd.* [1987] Ch. 200.

37. [1994] 1 B.C.L.C. 485.

38. [1987] Ch. 200.

39. *Ibid.* at 215.

40. See Cork Committee Report (Cmnd. 8558) at para. 1553.

41. [1985] 1 W.L.R. 111.

floating charge has led on occasion to legislative curtailment of the advantages associated with the charge. In actual fact the decision in *Re Brightlife Ltd.* led to another legislative curtailment. Hoffmann J. held it was possible for chargor and chargee to agree that a floating charge should crystallise even though the chargee had not appointed a receiver nor had the company gone into liquidation nor ceased to carry on business in the ordinary way. In a liquidation or receivership preferential creditors are paid ahead of floating charge holders but after fixed charge holders. If a floating charge became fixed prior to liquidation or receivership then the debenture holder would become entitled to be paid before the preferential creditors. In the wake of the *Brightlife* decision the position was changed by the Insolvency Act 1986 which, for the purpose of the Act, defines a floating charge as a charge which as created was a floating charge.⁴² In a liquidation or receivership therefore, the floating charge holder will now have to be paid after preferential creditors even if the floating charge has crystallised prior to the commencement of liquidation or receivership.

Fixed Charges over Future Book Debts

The priority that preferential creditors enjoy over floating charge holders have led banks to try to redraft their loan documents so as to obtain fixed charges over as wide a class of assets as possible. The categories of preferential debt are set out in a schedule to the Insolvency Act 1986 and basically cover certain unpaid taxes and employee claims. The courts have held that there is no legal obstacle to the creation of a fixed charge over book debts that might accrue in the future. The following principles apply in determining whether a fixed charge has been created:⁴³

1. The intentions of the parties about the form of charge created must be gleaned from the words used by them in the contractual documents and not from extrinsic factors. The subsequent conduct of the parties might, however, in appropriate circumstances give rise to an estoppel.
2. Words of description in an instrument of charge are not however decisive as to the nature of the security granted.
3. Where a company is authorised, whether expressly or by implication, to carry on its business in the normal way so far as concerns the particular class of assets charged after the date of execution of the charge, then the charge will be construed as a floating charge.

42. Section 251.

43. See *Siebe Gorman v. Barclays Bank* [1979] 2 Lloyd's Rep. 142; *Re Keenan Bros.* [1986] B.C.L.C. 242; *Re Brightlife Ltd.* [1987] Ch. 200 and *Re Pearl Maintenance Services Ltd.* [1995] B.C.C. 657; *Royal Trust Bank v. NatWest Bank* [1996] B.C.C. 613. Compare however *Re Atlantic Computer Systems plc* [1992] Ch. 505 and *Re Atlantic Medical Ltd.* [1992] B.C.C. 653.

4. Before a charge over future book debts can be regarded as a fixed charge, then the company must be limited in the manner in which it can deal with the debts.
5. It is necessary also for the proceeds to be segregated from the company's general assets. Payment into a special bank account maintained by the company with the chargeholder is the surest procedure from the point of view of the chargee is seeking to uphold a fixed security.

Hybrid forms of charge

Recently hybrid forms of charge have been recognised in England. In *Re New Bullas Trading Ltd.*⁴⁴ the Court of Appeal held that it was possible to create a fixed charge over book debts while uncollected which is combined with a floating charge over proceeds of their realisation.

The debenture in that case, granted in favour of a venture capital company, in clause 12 required the company to pay the proceeds of the book debts into its current account with a third party bank but the secured creditor reserved the right to give various directions to the company so as to limit dealings with the book debts. This power was never exercised. The debenture specifically laid down that, once the proceeds of the book debts were paid into the bank account, they were to stand released from the fixed charge and stand subject to the floating charge created over the other property and assets of the company and contained elsewhere (clause 3) in the debenture. It was held by the Court of Appeal that clause 12 subjected the company's book debts to a fixed charge before they were collected, whereupon they were released from the charge. Nourse L.J. said with reference to a book debt:

"There being usually no need to deal with it before collection, it is at that stage a natural subject of the fixed charge. But once collected, the proceeds being needed for the conduct of the business, it becomes a natural subject of the floating charge. While the company is a going concern, it is no less an advantage to the lender that the debt should be collected and the proceeds used in the business. But on insolvency, a crystallised floating charge on proceeds, which, in the event supposed, are all the more likely to have been dissipated, may be worthless; whereas a fixed charge enabling the lender to intercept payment to the company may be of real value...."

It should be pointed that the *New Bullas Trading* decision has been subjected to strong criticism by Professor Roy Goode who argues that the characterisation of the security over book debts cannot be divorced from the contractual provisions relating to the application of the proceeds.⁴⁵ Similar

44. [1994] 1 B.C.L.C. 485.

45. See Goode (1994) 110 L.Q.R. 592. For contrary views to those of Goode see Griffin (1995) 46. N.I.L.Q. 163; Berg [1995] J.B.L. 433.

sentiments were voiced by Millett L.J. in *Royal Trust Bank v. NatWest Bank*⁴⁶.

Reform

English law pertaining to the creation and registration of security interests is unlikely to undergo significant reform in the near future. In 1989, in a report commissioned by the Department of Trade and Industry, Professor Diamond recommended the introduction into English law of a comprehensive register of security interests along the lines of Article 9 of the United States Commercial Code.⁴⁷ Diamond thought that the present law relating to security interest should be replaced by new legislation containing a simpler and unified system. Similar rules should apply to all types of security interest except where the security interest provided otherwise or where there were good policy reasons for the differences. The legislation would apply to security interests created by agreement. The definition of "security interest" would be such as to include mortgages, charges and security *in stricto sensu* as well as any other transfer or retention of any interest in, or rights over, property or land which secures the payment of money or the performance of any other obligation. The arguments for reform contained in the Diamond report have not been accepted by the U.K. government. The reasons for this have been stated as follows:⁴⁸

"A clear majority of those representing interests governed by English law argued against major reform. Reform would be complex and in view of the proposed registration requirements, potentially costly to the Government and business. It could be contemplated only if there was a strong commercial justification. That did not emerge from the consultation.

46. [1996] B.C.C. 613.

47. H.M.S.O. February 1989. For a discussion of the report see Lawson [1989] J.B.L. 287; Diamond (1989) 42 C.L.P. 231.

48. Government response to a parliamentary question: volume 189 House of Commons debates column 482, April 24, 1991.

THE TRANSFER OF OWNERSHIP OF CREDITS AND MOVABLE ASSETS BY WAY OF GUARANTEE*

Paola Lucarelli

Introduction

There can be no doubt that we are going through a process of evolution in models of credit guarantees, especially, but not only, in the schemes of credit guarantees to firms.

There are two interests that in business practice have determined the emergence of new guarantee instruments. On the one hand there is the business man's own interest in mobilising elements of fixed and circulating property without losing possession of it. This interest is one in making a dual use of the same piece of property: in the productive cycle of the firm's activity, and in the financing relationship as a credit guarantee. The result is secured by setting up a "non possessory" tangible guarantee,¹ which constitutes a departure from the classic structure of the tangible guarantee represented by the pledge, where dispossession is the main structural feature of the operation. The "new" category is generally understood in a functional sense so as to embrace all financing agreements that produce the effect described above: a two-fold use of the same piece of property, as an actual structural feature of the firm's activity and as the object of a credit guarantee.

On the other hand, a second need has developed, this time in relation to the subject providing the finance: the need to lend greater intensity to the capacity to satisfy the credit. The instrument then becomes that of transfer to the creditor of title to a right, so that he can obtain satisfaction on it coercively, not just preferentially.

The first interest concentrates on **possession** of the piece of property, in particular the business man's power to control it, even though it is the object of a guarantee. The second interest concentrates on **ownership** of the piece of property, enabling the creditor to overcome the merely preferential mechanism and secure satisfaction as *dominus* of the item itself.

* Translation by Iain L. Fraser.

¹ The evolution of forms of non-possessory guarantee has, according to some authors helped to bring the erosion of the principle of *par condicio creditorum*, by creating alternative credit protection instruments to the traditional system of priorities. Cf. E. ROPPO, in Tratt. di Dir. Priv., diretto da Rescigno, Vol. XIX, Torino, 1985, p. 407; G. TUCCI, Garanzie sul credito e finanziamento dell'impresa, Milano 1974, p. 155 ss.

It thus becomes increasingly clear that the business man's reasons give priority to the power of using the object, which may be irrespective of ownership, while the creditor's reasons, aiming at "strong" protection, concentrate on acquisition (even if functional to the guarantee) of ownership of the object, irrespective of possession of it.

Thus the process of development of the category of tangible guarantees has brought the introduction, through law or through interpretation, of types of transaction, some of which pursue protection of one of the two interests, others abstractly realise both of them.

Though the admissibility in dogmatic terms, the limitation of areas of relevance and actual typology of the new guarantee instruments has still to be gone into and verified, we may already note that the granting of credit depending on a guarantee meets the need for enhanced protection for the satisfaction of the credit, while not allowing the debtor-assignor to use the credit granted in the context of the firm's activities. The conventional privilege recently introduced into the system through the consolidated text of the banking and credit laws (Article 46) enables the businessman to constitute a consensual guarantee over the firm's total assets, which resolves conflict among those entitled on the basis of the order of transcriptions, a guarantee without dispossession.² But mention should also be made of law No. 401 of 24 July 1985 on the "Constitution of a Pledge on Hams with Guaranteed Origin: Designation", which introduces a form of publicity, in place of dispossession.³

On the other hand, the evolution of interpretation in the case law and in doctrine towards bringing the institutions of sale with reservation as to ownership (in part through developments in connection with financial leasing) of sale with repurchase agreement, of so-called *sale and lease back*, closer to the conceptual pattern of alienation in connection with guarantees represents an undeniable response to both the requirements described above: ownership for the creditor, possession for the debtor.

But it should not be ignored that the development of alternative models of credit guarantee has met with, and continues to meet with, sizeable obstacles especially to introduction of the concepts of "functional ownership" or "guarantee ownership".

² On this topic see the comment by M. SEPE; Finanziamenti alle imprese: costituzione di privilegi, in *La Nuova Legge Bancaria. Il T.U. delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia. Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE; Padova, 1994, p. 237.

³ The privilege was introduced by a special law that is part of the series of legislative interventions in relation to the financing of firms. Cf. G.COSTANTINO, A.JANNARELLI; Commento alla legge 24 luglio 1985, No. 401, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1986, p. 546 ff.

Accordingly, a presentation of the Italian picture as regards alienation to guarantee credits and movable assets must inevitably take account of this resistance on dogmatic grounds, on the general train of transfer of ownership for guarantee purposes.

For the existence of certain principles that govern the Italian system of ownership lead to a necessarily broader analysis than the specific case of alienation to guarantee credits and titles. Were one to proceed restrictively with consideration of the individual instruments for setting up such a guarantee, it would first and foremost be hard to understand the legal basis, but also the criteria of admissibility for the system, and finally the models for solving the questions arising when it comes to applications.

These preliminaries amount to an initial finding. In relation to the phenomenon of transferring ownership rights for guarantee purposes, and its admissibility, our system has aspects of undeniable rigidity, along with more flexible indications that point to some sensitivity by the legislator to the evolution of the actual situation.

Without seeking to embark on attempts at critical revision of the very concept of “ownership”, we should at least consider the possibility of justifying the simultaneous presence of these conflicting aspects. If, on the one hand, the transfer of ownership in a specific *res* with the view of guaranteeing credit for the *accipiens* vis-à-vis the assignor meets with stubborn conceptual barriers, on the other hand the alienation of title to a credit, still for guarantee purposes, seems to raise slighter difficulties in terms of the configuration it should have. The legal provision for an irregular pledge, that is, an operation on non-identified titles or goods that transfers ownership of the fungible goods to the creditor in the context of guaranteed bank financing has, finally, facilitated acceptability of alienation for guarantee purposes.

Our research approach is, accordingly, founded initially on considerations of the relationship between the act of conferring an ownership right and the guarantee objective, so as to identify what value our system has sought to attribute to the phenomenon of transfer of actual right for guarantee purposes.

We shall then compare the outcome of this first inquiry with the individual cases arising, in relation to which the specific legal basis will have to be identified, as will the structural pattern and the solutions to the problems raised by the operations under consideration in terms of application.

A. Instrumental Ownership in Italian Law

The autonomy of private persons in entering into legal relationships with a property content, though abstractly free in virtue of the explicit provision of Article 1322 of the Civil Code in relation both to determination of the content of the relationship and to the form of transaction, meets with limits deriving from the legal system. In connection with the transaction of transferring ownership rights, an act for which the Italian system has formulated the legal model of the sale, an articulated functional use corresponds with particular dogmatic principles.

The possible types include cases of transfer of property for purposes of guaranteeing credit in which it is the actual structure of the transaction that represents the clearest departure from the typical model of the sale. Other possible cases instead contain the typological features of the institution but depart from it by not bringing about a definitive exchange of the item for consideration, but provisional transfer of ownership to guarantee the credit.⁴ The first type includes cases of sale under suspensory or resolutive conditions, in which payment of the price is excluded by agreement, or postponed until expiry of the obligation guaranteed, in which a mechanism of compensation operates between the transferor's debt *ex mutuo* and credit *ex empto*. The second type of contractual structure includes sale with a purchase agreement and alienation for purposes of guarantee, which, structured to conform with the typical sale, presents a mechanism for recovering ownership of the piece of property deriving from exercise of a right in the first case, accomplishment of the debt *ex mutuo* by the transferor in the second case.

We are in the presence of cases which have to be compared in the context of the theme of transactional autonomy and its limits as set by the system. This is the framework within which Italian civilist doctrine has moved since the start of the century.

The central problem lies in identifying the limits of applicability of the precepts contained in Article 2744 of the Civil Code, which says: "An agreement is void if it states that failing payment of the credit within the terms set, the ownership of the thing mortgaged or pledged shall pass to the creditor. The agreement is void even if subsequent to the constitution of the mortgage or pledge." The trend in case law or doctrine on the determination of the boundaries within which the bar operates has, through a fierce clash of approaches, led to the intervention of the joint chambers of

⁴ For the actual structure of the phenomenon, cf. F. ANTELLI; *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano 1996, p.110.

the Court of Cassation in 1989, which represents a cornerstone in the area of sales for guarantee purposes.⁵

The biggest merit of the judgement is to have made explicit the bases for applying the bar on commissary agreements. The Court definitively ignored the literal interpretation of Article 2744 C.C., thereby expanding its operational limits to all sales, whether conditioned suspensively or resolutively, on the mere ground of being intended to secure an “economic and legal outcome regarded as unacceptable by the system”.

The rationale for the bar on commissary agreements constitutes the starting point for delimiting the scope of operability of the discipline, for distinguishing between licit and illicit cases of transfer by way of guarantee, and finally for the search for a criterion of acceptability for an autonomous institution of alienation for guarantee purposes.

The most recent legal scholarship has seen the “effect of non-application of the legal discipline” for protecting credit as the most significant feature of the commissary agreement in locating the basis for the bar on it. And the rationale for the bar has consequently been found in the context of the legal system of patrimonial responsibility. On the other hand, it may be noted that Article 2744 C.C. is situated among the general provisions of the section on patrimonial responsibility.

The bar is an explicit limit on individual autonomy in relation to regulation of patrimonial responsibility. It is aimed against provision by agreement, anticipated by rule, for the pathological phase of the relationship deriving from non-fulfilment. The legislator intended to limit private autonomy to the point of invalidation the relevant explanations, specifically in the light of the system’s opposition to private assessment of non-fulfilment prior to its ascertainment.

The criterion of anticipated, definitive, autonomous assessment of the rules of non-fulfilment thus, in our system, represents the boundary between licit and illicit agreements, as being in conflict with the precept of Article 2744 C.C.⁶

If, then, as we believe, this is the context in which breach of the precept of Article 2744 C.C. is to be set, it is clear that the solution given by the Court of Cassation to sale linked directly or indirectly to a commissary agreement does not exhaust the more general theme of the admissibility

⁵ The joint chambers of the Court of Cassation handed down two judgments in this area, one on 3 April 1989, No. 1611, the other on 29 April 1989, No. 1907. It has been remarked that the action represented a missed opportunity for the Court to identify a typology of alienations for guarantee purposes; see V. MARICONDA; *Trasferimenti commissari e principio di causalità* in *Giust. Civ.*, 1989, p. 1569.

⁶ This way of analysing the question of the rationale of the bar on commissary agreement was suggested by F. Anelli, *L’alienazione*, op. cit. p. 74 ff.

within our system of an act transferring ownership by way of guarantee. We do not yet know whether, and on the basis of what assumptions this sort of act is to be included in the operational context of Article 2744 C.C.

There accordingly exists a problem in our system of acceptability of this legal figure, in reference to the bar on the commissary agreement; but there is also a problem of definition in terms of dogma of the transaction since while formally corresponding to the legal model of the contract of sale, it substantively departs from it because it contains a credit guarantee function.

The attempts at constructing the nature of the transaction of alienation for guarantee purposes have concentrated on the category of the indirect transaction on the one hand,⁷ and of the fiduciary transaction on the other.⁸ Though the principle of the typicality of rights *in rem*, and of transactions of transfer of rights *in rem*, in classical doctrine would present the possibility of an abstract or "*sub causa fiduciae*" transaction. This doctrine ends by conceiving of the transaction of ownership in such cases as simulatory phenomenon.

We cannot, in fact, know the fact that the category of "abstract" transactions of transfer of rights' is entirely foreign to our system, accordingly making inadmissible a theoretical of the fiduciary transaction that would base its description on this category. On the other hand, the principle mentioned of the typicality of rights *in rem* points to a relation of closure that exists between transactional autonomy and rights *in rem*.

The alienation of ownership for purposes of guarantee is seen as meeting two dogmatic obstacles, set up, now traditionally, as limits to the possibility of it: a) the principle of "*numerus clausus*" of rights *in rem*, extended to the typicality of the justifying cause; b) the typical structural confirmation of the ownership right, which does not lend itself to being limited by an obligation of fiduciary nature.

But the rigidity of this approach has been undermined, with results that cannot be ignored, by the critical review of the principle of the typicality of rights *in rem*. It has been rightly noted, introducing considerable dogmatic

⁷ C.f. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Riv. dir. civ., 1956, I, p. 1070; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A.Cicu e F. MESSINEO; Milano, 1968, p. 283.

⁸ A. DE MARTINI; *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in Giur. Dir., 1946, I, 2, c, 143. S. PUGLIATTI; *Fiducia e rappresentanza*, 1949, now in: *Diritto Civile - Saggi*, Milano, 1951, p. 270 and, more recently, A. BURDESE, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in Riv. Dir. Civ. 1983, II, p. 226 ff.

openness into the system, that there is no typicality of transactions of transfer of rights *in rem* corresponding with the typicality of rights *in rem*.⁹

Hence even an atypical transaction can bring the effect of transferring a right *in rem*, as long as it is in order to realise interests that for the system are deserving ones. It is clear that the patterns of interests to be considered is not limited to the bringing about of an act of transfer of ownership, but includes the setting up of a credit guarantee by transferring ownership to the creditor.

The problem accordingly comes down to whether the interest of the parties in attributing security to the credit through ownership of a piece of property deserves protection. Is "functional ownership" admissible in dogmatic terms?¹⁰ These questions cannot be exhaustively answered here, but we can certainly identify the answer our system has given in relation to particular types of transaction. The granting of a credit for guarantee purposes represents the testing ground for research for the values that the system allots to phenomena of "functional ownership". We shall then have to confront the granting of credit and the transfer of movable assets for guarantee purposes with the bar on commissary agreements.

B. Alienation to guarantee credits and movable assets.

Delimitation of the topic by types of case and by subject

In practice, and in law, a series of operations on credits can be found which, though with different structures of transaction and more or less directly non-homogeneous causes, all contain an aspect located at the level of the fact: special security for the creditor in obtaining fulfilment of the obligation. The effects of this feature have, of course, repercussions on the sphere of the economic interest of the entrepreneur taking advantage of agreements of this type. For the greater security of the credit allows him easier, more profitable use of pieces of his own property, as well as freer circulation of the firm's credits, and accordingly easier demobilisation of them. We refer to atypical phenomena like *factoring*, the typical bank discount contract, and the contract likewise of purely practical origin, known as *forfeiting*. But we also refer to such operations as the irrevocable encashment order; the act of pledge with as its object securities or in general

⁹ The first to suggest this interpretation was C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in Riv. Dir. Comm., 1936, I, p. 345 ff. See also M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 146 ff.

¹⁰ The most severe criticism comes from S. PUGLIATTI, *Fiducia*, cit. p. 272 and *Precisazioni*, cit., p. 393.

non-identified movable assets with ownership to the creditor bank; the carry over contract; the granting of credits for guarantee purposes. The fact is that while all these operations more or less manifestly contribute to enhancing the security of credit, only some of them have transfer of title to the credit directly serving the guarantee purpose.

The difference between the figure we are considering and other transaction on credits relates explicitly to the act of transferring title to the credit, an aspect that can undoubtedly be found again in the factoring contract, the discount contract, and forfaiting. It is usually suggested that there is an affinity between cession in guarantee and the encashment order, yet it is specifically the presence of an effect of transferring credit that is doubted by the interpreters.

The construction of a further range of types than cession in guarantee but linked with it in certain respects is to be explained by a view of the transaction of cession of credit as serving different causes.

We have already pointed out that all the figures mentioned above are directed at the same objective: demobilising credit. However, this objective, which arises at a purely economic level, has no corresponding legal effect in the sense that monetisation of credit and circulation does not represent the transactional feature that requires application of a specific discipline. Instead, it is an act of transfer that serves a specific cause that assigns legal effect to the phenomenon, accordingly requiring application of specific norms.

I. Factoring is a contract implemented by granting credits, an aspect which though not constituting the whole pattern of the transaction is nonetheless its active part. The pattern of factoring also includes other services offered by the factor which are steadily growing in importance in practice.

The problem that legal scholarship is still divided on concerns the description of factoring: as a financing contract or an exchange contract. Most have regarded it as particularly clear that the choice between one description or the other allots a particular function to the granting of the credits; attributing to factoring the nature of a loan contract would mean allocating to the granting of credit an accessory guarantee function.¹¹ We feel, however, that this conclusion may be questionable considering that even where there is a financing contract the parties might agree a particular technique of extinction the credit by granting particular credits *pro solvendo*, this last being a cause of fulfilment and not of guarantee. This means that the nature of the contract between assignor and assignee as loan does not

¹¹ C.f. the study by A. BASSI, *factoring e cessione dei crediti di impresa*, Milano, 1993, p. 17.

necessarily determine the cause of guarantee of the cession, which might also have the function of extinguishing the credit.

But even a brief consideration of the relationship between factoring and cession in guarantee cannot ignore Law no. 52 of 21 February 1991, entitled "Discipline of the Granting of Enterprise Credits". The law, which as is repeatedly stressed by its authors, is not a law on factoring, provides special rules of law on the granting of enterprise credits in favour of firms acquiring them in the professional exercise of that specific activity. It is appropriate in the first place to recall that the law contains specific reference to a "consideration" in return for the cession, limiting the scope of application of the relevant norms specifically to cession for valuable consideration. More, at several points the law defines this in still more specific terminology as "payment of the consideration". This brings out the synallagmatic link between credit granted and consideration paid, understood as performance of an exchange. The most immediate difference between cession in guarantee and the cession brought about by factoring lies in the relationship between credit granted and the valuable consideration, in the sense that the difference between the nominal amount of the credit and the amount of the consideration is "the advantage that the assignor draws from engaging in this activity".¹²

II. Another contract which, while constituting an operation on credits aimed at monetising them, departs from the figure of cession for guarantee purposes, is the typical one of discount, which Article 1858 C.C. describes as "the contract whereby the bank, against deduction of interest, anticipates to the customer the amount of a credit vis-à-vis third parties that has not yet expired, through cession, subject to due payment, of the credit itself."

Undoubtedly, discount, too, provides for transfer of title to the credit. But it represents the customer's performance vis-à-vis the bank, which provides him with the amount of the credit granted. That the bank's anticipation of financing in favour of the client, and hence the whole case of discount, can be seen as a 'credit contract' does not necessarily mean, as we noted in connection with the factoring contract, that cession of the credit has a specific function of guaranteeing the finance. This is especially because a different view would lead to a pattern of transactions that would not be unitary but made up of two autonomous transactions, though functionally linked: the loan on the one hand, and the formation of a non typical guarantee on the other. But in fact the typical feature of discount is that it is a single type of contract whereby the bank provides "current money"

¹² Quoted from A. BASSI, factoring, op. cit., p. 40.

against "future money", "making its own profit by subsequently getting a larger amount of current money back".¹³ This aspect has recently induced some writers to treat the operation as the prototype of a separate category of contract, a "liquidity contract", different from the already known patterns of contract¹⁴.

In conclusion, discount has a pattern of synalligmatic exchange between the bank and client of **definitive** nature, thus contrasting with the granting of credit for guarantee purposes, in which the transfer of credit is conceived of by the parties to the relationship solely as **provisional**, as guaranteeing the assignor's obligation to the assignee. In this count, even though it is abstractly possible, the parties do not intend the discounter to fulfilment vis-à-vis the bank with his own property, since he has earmarked the discounted credit for the purpose; in cession for guarantee the parties wish to maintain the obligatory relationship between assignor and assignee and guarantee the assignors obligation of transferring title to the credit, a transfer which will no longer have any basis following fulfilment of the main obligation.

An expression of the clear separation between cession in guarantee and discount can be seen in the forfaiting contract, which is discount where not even the creditor's right to make good his losses against the assignor in the event of non-fulfilment of the assignee is recognised.¹⁵

It is understandable that the need to deal with easier credit circulation is typical for subjects who have particularly frequent recourse to techniques of demobilisation and financing because of the activities they pursue. This account accordingly concerns entrepreneurial experience, especially the relation between entrepreneur on the one hand and bank or finance company on the other.

C. The granting of credit for guarantee purposes

The granting of credit is a typical figure in Italian law. Pursuant to Article 1260 C.C., "the creditor may, for valuable consideration or gratuitously, transfer his credit even without the debtor's consent, as long as

¹³ P. FERRO-LUZZI, *Lo Sconto bancario*, in *Le operazioni bancarie*, edited by G. B. PORTALE, II, Milan, 1978, p. 755.

¹⁴ This category is referred to by S. MACCORONE, *I contratti bancari di liquidità*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1987, p. 35 ff.

¹⁵ For a particularly interesting analysis of the forfaiting contract see G. PANZARNI, *il forfaiting: la funzione specie nel mercato internazionale, le tecniche, la qualificazione*, in *La banca e i nuovi contratti*, edited by G. DE NOVA, Milan, 1993, p. 121.

the credit is not distinctly personal in nature or the transfer is not prohibited by law." The norm thus does not explicitly refer to the function of the transaction of cession, but instead contains a generic reference to the valuable or gratuitous consideration on which the transaction itself is based.

With specific regard to this aspect, some legal scholars have felt they could define cession as an abstract transaction of transfer provided for by the system.¹⁶ But it might be maintained that the regulation of the effects of cession could be adapted to any function that parties imposed on the transactional instrument, as long as worthy of protection under the system. Again, interpreters have derived from the norm that the discipline contains an "incomplete" pattern of transaction, which in order to be applicable must be supplemented by a title suitable for "basing the transfer."¹⁷ But it has rightly been pointed out recently that what is of interest is not so much the type of relation between the transaction of cession and the cause, in terms of the irrelevance or variability of the latter, but the adequacy of a specific cause for representing the basis of the act for transferring credit.¹⁸

In relation to the topic under consideration, the problem to be tackled is not so much a possibility of an abstract transaction of transfer, which would in any case in the event of a positive answer raise serious problems in relation to the differing treatment of the act of transfer of ownership for guarantee purposes, but the adequacy of guarantee as a cause to act as the basis for transferring the credit. In essence, the point here, too, is to verify how the system assesses the parties interest in creating a lien on the credit entitlement, title to which is transferred. It is at this level that scholarship and the case law have identified the distinctive feature between acts transferring ownership right in a *res* and acts transferring right to credit. But the difference emerges in the system solely from explicit provision of a legal pattern exchange of property against valuable consideration in relation to the transfer of ownership of the property, and from lack of provision of a typical causal pattern for transfer of credit.

The discipline of the granting of credits allows the justification in our system of cession of credit in guarantee. The problem of the cause of guarantee is absorbed within the general pattern of cession of credit.

¹⁶ This is the approach of the most prominent scholars. C.f. S. SOTGIA, Cessione dei crediti e di altri diritti, in *Nuovo Dig. It.*, III, Turin, 1938, p. 71; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milan, 1952, p. 188 ff.

¹⁷ For this interpretation see V. PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti*, Milan, 1955, p. 20.

¹⁸ An observation made by A. A. DOLMETTA and G. B. PORTALE, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1985, I, p. 258.

D. Object, structure and effects of the cession of credit for guarantee purposes

The frequent use in practice of the transaction of cession of credit in guarantee and the system's special openness to acts transferring credit for variable purposes leave the interpreter to develop the concept of an "autonomous type of transaction", through a process of "typifying" the specific case.¹⁹

It is appropriate to note that the figure of cession of credit in guarantee is very close conceptually to the credit pledge on the one hand and cession for purposes of fulfilment (*cessio pro solvendo*) on the other. The relation between the three cases can be expressed by saying that cession in guarantee "occupies a space left open between the two cases" of pledging credits and cession *pro solvendo*.²⁰ The correlation among the three figures is so close that in some cases it has caused major problems of description as well as of discipline. We shall first look separately at cession of credit in guarantee, then, in relation to discipline only, propose a comparison between the operation under consideration and the other two figures, the basis of which will be specifically in relation to the structural and functional diversity.

In the cession of credit in guarantee the object of transfer is title to the right to credit. However, allocating a right to the assignor's credit to the creditor is not the sole structural component of the transaction of cession in guarantee. The pattern of the type is supplemented by the guarantee function specific to the allocation.

This means, as ought to be fairly clear by now, that the discipline of this case is not justified solely by reference to the effects of the cession, in any case present in the matter under consideration, but for both the effects: the **transfer** and **guarantee of credit**.

The assignee acquires title to the right to credit and consequently has the power of exercising the right vis-à-vis the debtor assigned. As holder of the right to credit, he has a direct claim of satisfaction towards what has been ceded. This happens without his losing the right to go to the assignor. The debtor-assignor has divested himself of title to the credit and accordingly cannot dispose of the relative right either in relation to what has been ceded or towards third parties. The purpose pursued by the parties to cession is to grant one credit in order to guarantee another credit deriving

¹⁹ The approach taken by, A. A. DOLMETTA and G. B. PORTALE, *La cessione*, cit. p. 277; M. VIALE, *le garanzie bancarie*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1994, p. 109; G. BAVETTA, *La cessione*, p. 588.

²⁰ Among many see F. ANNELI, *L'alienazione*, op. cit., p. 211, who refers in note 46 to the authors who treat cession as a *tertium genus*.

from an underlying relationship of obligation. The relationship between the two credits is this set in terms not of extinction but exclusively of **guarantee**.

E. Instrumental and limited title to the credit

The feature just brought out has immediate repercussions on previous considerations: the creditor-assignee's title to the credit right is a **functional title**, representing an instrument for satisfying the credit, and **serves this purpose only**; if the relationship of obligation is not extinguished, the creditor has a direct claim over the assignor-debtor and a subsidiary guarantee claim in the event of non-fulfilment over the debtor who was assigned. The title is justified in terms of the cause of guarantee underlying the allocation. The obligation to conserve the right is justified in the same way.

Another automatic consequence that mirrors the previous one is that the debtor, by ceding the credit but not extinguishing the debt does not free himself from the obligation and remains directly and principally responsible for it, with the special feature of already having earmarked part of his property to guarantee immediate, definitive satisfaction of the creditor in the event of non-fulfilment.

The relation between the obligation and the cession of credit in guarantee consequently arises as follows: the credit transferred in guarantee represents the most effective means to the creditor's self protection, since he can satisfy himself directly and coercively on it, being its owner. But the cause of guarantee of the property assignment means that a **particular effect** associated with it derives from fulfilment by the main debtor: **retrocession of the credit**.

In essence, fulfilment by the assignor-debtor takes away the basis for allocating credit. This allocation is, then, provisional. The ownership is instrumental. It is instrumental in the sense that it must serve exclusively to exercise an immediate, coercive claim to satisfaction upon the credit, but is also restricted in the sense that it is to serve for the creditor's satisfaction only within the limits of the amount of his credit. This means that ownership of the credit ceded cannot allot to the assignee a greater property advantage than the value of his credit.

This is why:

- 1) If the assignor pays, the creditor-assignee must transfer back to him the credit he has in guarantee;

2) if the assignor does not pay but the assigned party does, the assignee must restore to the assignor the excess value over the credit guaranteed.

Now that the structure of the operation has been clarified and its effects identified, the solution to the problem of the admissibility of the contract of cession by way of guarantee opens up. The bulk of scholars have always embraced the thesis that this figure is acceptable to the system, in sharp contrast to the assessment of the transfer of ownership of a piece of property by way of guarantee. In both cases a guarantee function comes about, even if an atypical one; in both cases the means used is transfer of "dominion" over the piece of property (ownership in one case and title in another); in both cases a concept of "instrumental" dominion is employed, with the resulting consequences. Why, then, should an act transferring ownership by way of guarantee be void as clashing with Article 2744 C.C., whereas an act transferring credit by way of guarantee is admissible as not contrasting with the same article?

The granting of credit by way of guarantee does not fall under the scope of the precept of Article 2744 C.C., or at least not as a matter of principle, as not bringing about private settlement of the pathological phase of the relationship of obligation prior to ascertainment, an agreement the legal system would judge as not worthy of protection, as illicit within the meaning of Article 2744 C.C.

Despite the use of a "strong" instrument of guarantee, transfer of title, the type of cession under consideration is valid because the balance between the claims of the parties to the obligation comes about only in the stage following non-fulfilment by the debtor-assignor and satisfaction by the creditor on the credit ceded. His satisfaction cannot however exceed the amount of his own credit; the creditor can take only the value corresponding to his credit with the assignor, and must return the surplus. Cession for guarantee purposes brings about an opposite position from the basis for the bar on the commissary agreement: in cession for guarantee purposes, in the event of non-fulfilment by the debtor assignor, the value of the credit guaranteed and of the credit ceded in guarantee are compared and the creditor assignee takes his satisfaction to the extent corresponding to his credit. Where there is no anticipated assessment of the liability of the non fulfilling debtor except within the limits of what he is actually obliged to perform.

At this point the difference between transfer of title to credit and transfer of ownership of a piece of property becomes relevant. The outcome in terms of validity of the cession of credit is obtained because in the event of non fulfilment by the debtor an assessment is made of the excess of the credit ceded over the credit guaranteed for purposes of restitution. This

assessment is possible if the two credits have an objective value, if they have homogeneous values, or at least have values that can be made objectively homogeneous on the basis of monetisation. This happens naturally if the credit guarantee and the credit ceded are pecuniary in nature, and this is what is usually the case.

It is, then, now clear why the system, which contains a bar on the commissary agreement with the rationale stated does not accept notions of transferring property in a *res* for guarantee purposes. In principle, the *res* has no objective monetary value to be compared with the value of the credit after non fulfilment: the item has its ownership transferred and the creditor can only keep it in full in the event of non fulfilment by the debtor.

This is the reason why our system accepts cession of credit for guarantee purposes but not transfer of property for the same purpose. While the former is outside the scope of the commissary agreement, the latter is plum in the middle of it.

But the limits of the problem are not so hard and so fast as might seem. We shall see this by analysing the system's reaction to other types of transaction. First, however, we must consider the discipline of cession of credit by way of guarantee.

F. Discipline of cession of credit by way of guarantee

1. The relationship between assignor and assignee

I. The transfer of title to the credit to the assignee causes the most obvious differences as regards discipline between cession of credit by way of guarantee and pledging it.

The credit as an asset leaves the debtor's property to form part of the creditor's property: it can no longer be attacked by creditors of the assignor, but by creditors of the assignee. The assignee is not, like the creditor in a pledge, in a position of potential conflict with other creditors of the assignor to be resolved on the basis of priority (Article 2800 C.C.). No conflict can arise since the creditor has become owner of the credit. A problem will, if anything, be revocability by the assignor's creditor's of the act of cession. But even in this connection we must note that for purposes of bankruptcy revocation, cession in guarantee should be kept well distinct from cession *pro solvendo*: the former, stipulated for guaranteeing credit, far from taking the form of *datio in solutum*, an abnormal means of payment, must be brought under the provisions of Article 67 (2) of the bankruptcy law: to the effect that it can be revoked only within one year of the declaration of

bankruptcy, and providing that the receiver can show that the assignee knew that state of insolvency.²¹

There is, by contrast, no difference between cession and pledging of credit as regards the creditor's power to take the amount collected from the credit assigned to satisfy his entitlements. In both cases the creditor is acknowledged to have the relevant power. But we must nonetheless note that the creditor-assignee who has collected the credit before expiry of the guaranteed credit is not treated on the same footing as a creditor in pledge as regards depositing the amount in the place established (Article 2803 C.C.). He has the right to take the entire sum collected provisionally pending expiry of the term of the main obligation, and definitively after such expiry should the debtor-assignor not fulfil. It is, moreover, only on expiry that he will have to return the full amount of the surplus.

II. We have already noted how the guarantee function affects the position of title to the credit acquired by the assignee: he has the obligation to conserve the full entitlements of the assignor, through the due precautionary acts, exaction of the credit on expiry, and action to accomplish in the event of non-fulfilment. However, by contrast with those who make this obligation derive from the resolutive conditionality of acquisition of the credit, we consider that the effect derives principally from the provisional nature of the title, as well as from its instrumentality. On the other hand, one should note in this connection that there is a common feature with the discipline of pledges of credits, where for postponement reference is made to Article 2790 C.C. as regards pledges in general, on conservation of the object given in pledge (Article 2807 and 2790 C.C.).

III. Once payment is obtained from the assignor, title to the credit by the assignee ceases, not so much, as has been maintained, as a consequence of the arising of a resolutive condition, as because of the loss of the guarantee function underlying the transfer of the credit. In consequence transfer of the title to the credit from the assignee to the assignor is an automatic effect of fulfilment, subject to the necessity that this effect arise vis-à-vis the assigned, who must be notified of the retrocession that has come about.

IV. The position of someone assigning by way of guarantee who, as we have already noted, does not extinguish the debt by transferring the credit diverges considerably from that of the assignor *pro solvendo*. Given that the assignor remains obliged towards the assignee, there are no grounds for providing for a guarantee for existence of the credit or of solvency of the

²¹ On this point see M. VIALE, *le garanzie*, op. cit., p. 121 and 122. For the case law, Cass. 3 February 1987, n. 950, in *Fallimento*, 1987, p. 598 ff.

assigned; any agreement to that effect would have the function of assuring the reliability of the guarantee.

2. The Position of the Assigned

The position of the assigned debtor is to be described chiefly in reference to the objections that may be raised: on the one hand, in relation to the relationship of obligation between him and the assignor, and on the other, those regarding the transaction of cession of the credit, and finally those towards the assignee of the credit (personal objections).

According to the prevailing opinion the one assigned in a cession in guarantee might raise against the assignee objections relating to the transactional source of the credit, those previous to the cession, whereas the possibility of raising objection relating to the transaction of cession is controversial.

The legal discipline of pledges of credit, moreover, provides that the assigned party may raise against the creditor in pledge only the objections due him against his own creditor (Art. 2805 C.C.), apart from the compensation coming about prior to the cession should he have accepted the cession itself without reservation. Nothing is accordingly said as to the objections regarding the transaction of transfer of credit, on which scholarship is still divided.

Transfer by way of guarantee, since it brings about a phenomenon of transfer of credit through the instrument of notification of acceptance, produces vis-à-vis the assigned party the same effects as derive from assignment of credit as a cause extinguishing a debt: in the case of assignment in guarantee, too, the assigned party is present at the change in the active subject of the relationship, and it is of no relevance that the transfer has been made by way of guarantee. Consequently, the assigned party may raise against the assignee all the objections regarding the relationship with the assignor, subject to the relevance of the notification or acceptance, and the personal ones with the assignee. The guarantee function of the transfer accordingly implies the relevance of any positions of invalidity of the transaction of assignment vis-à-vis the assigned party, given that they "leave his debt unchanged".²²

A further problem concerns the fate of acts performed by the assignee on the credit assigned in guarantee (novation, remission, compensation, dilation). On the prevailing view, which we however do not share, the possibility of treating assignment in guarantee in terms of

²² Citation from RUBINO, *Il Pegno*, in *Tratt. di dir. civ.*, edited by VASSALLI, Turin, 1956, rist., p. 249.

assignment subject to resolutive conditions means in the event of non-fulfilment by the assignor, hence in the case of "arising of the condition", the nullity *ex tunc* of those acts on the basis of the principle of actual retroactivity.

In fact, the cause of guarantee means that once the basis of the guarantee is no longer there, following fulfilment, the credit goes back to the ownership of the assignor. But the assignee, who like any subject guaranteed has the obligation to conserve the credit as it was transferred to him is bound to restore the same credit with the same characteristics to the assignor: acts performed by the assignee effective towards an assigned party unaware of the provisional nature of the assignment, and hence of possible retrocession of the credit to its previous owner. The assignee will be responsible towards the assignor for not having conserved the property constituted by the credit.

3. Assignment in guarantee and bankruptcy of the assignor

Bankruptcy of the assignor does not affect matters of assignment of credit by way of guarantee. This absence of effect can be conceived of in two ways.

The transactional pattern of reassignment, as now several times portrayed, contains transfer of the credit and the cause of guarantee. Subject in every case to the actionability of the revocation of the assignment, when the requirements for it are present, the bankruptcy procedure produces no effect on the assignee's powers regarding the credit acquired, just as the assignee can encash the credit to which he has title on expiry, even after the assignor's bankruptcy declaration, as long as notification of the assignment or acceptance have an assured date, and can take these sums collected, he exercises these powers not *sub* the bankruptcy procedure but outside of it. Accordingly, the need for prior authorisation by the delegated judge is eliminated.

The second aspect of this absence of effect is closer connected with the assignee's position vis-à-vis the bankruptcy: he, despite acquisition of the credit in guarantee, does not lose the quality of being a creditor vis-à-vis the assignor, and indeed has the right to approach both the assignor and the assigned party to satisfy his own credit entitlements, and can accordingly form part of the liabilities of the bankruptcy. In this case, however, since he

cannot assert a typical guarantee right leading to recognition of the priority, he would be a chirographary creditor, with all the ensuing consequences.²³

G. Assignment of chartered credits and transfer of movable assets

I. At this point we shall resume discussion of the system's response to types of alienation by way of guarantee. The question we will ask is whether the phenomenon of transfer of title to the credit by way of guarantee is legally equivalent to transfer by way of guarantee of chartered credits and movable assets. Just as transfer of a credit by way of guarantee is acceptable to the system, so the act of transferring a credit incorporated in a title, still for guarantee functions, ought also to be regarded as compatible with the system. What changes between the two types is the law of circulation of credit: in the first case the ordinary law (discipline of transfer of credits); in the second, the law of charters.

The law on circulation of credit titles represents the set of normative conditions for the purpose of legitimising the exercise of the incorporated right: Article 1992 C.C. provides that "the holder of a credit title is entitled to the performance indicated in it on presentation of the title, along as legitimated thereto in the forms prescribed by law." What has to be brought out for our purposes is that charter legitimation establishes a presumption of title, but does not coincide with the title to the credit right. This is in order to point out that transfer of a credit title according to the relevant law on circulation attributes legitimation to the one who acquires the title, but not always or necessarily ownership of the right. This would accordingly leave out of the case of alienation by way of chartered credit the cases of transfer of title for limited purposes: such as endorsements "for encashment" or with a clause "valid for guarantee" or "in guarantee". The situation of the possessor of the title in these cases would in fact be that of the person "legitimated to exercise the right" not that of the full owner of the credit right.

By contrast, where transfer of the credit title attributes full ownership of the credit right, it is possible that this ownership is, by agreement between the parties to the transaction transmitting it, limited to the guarantee purpose. This case is described as "fiduciary circulation" of the credit title. There is no bar of a conceptual nature to accepting this non typical form of guarantee, functionally identical to transfer of credit by way of guarantee,

²³ As stated by M. VIALE, *le garanzie*, op. cit., p. 118 and in the case law App. Firenze, 20 December 1988, in *Dir. fall.*, 1989, II, p. 83 ff.; Cass. 5 November 1980, n. 5943, unpublished, reported by M. SESTA, *la garanzia atipiche*, Padova, 1988, p. 271.

and inferring from it only as regards the mode of transfer of title to the credit which comes by endorsement. The consequence is that the provisions on objections that may be raised would be those specific to the discipline of charters.

In relation to chartered credits too, accordingly, the system is acquainted with their use for the typical guarantee (Article 2014 C.C.), in which creation of the real right of guarantee forms part of the technique of circulation of the credit title, and the instrumental use of title to the right as an atypical form of guarantee. However, the fact of being a charter does not change the position arising in the event of non-fulfilment by the debtor in relation to transfer of non chartered credit. But we have considered only the category of credit titles in the technical sense.

II. The topic of credit titles suggests the link with movable assets, in reference to which another line of enquiry opens up. It is worth noting that the discipline of the credit title, from the outset regarded as contained in the very notion of credit title, considered as a, *regola iuris*, does not take the slightest account of the content of the title, that is, the "subjectively documentable situation."²⁴ While the typological position in this case is so vast in relation to situations that may constitute chapters as to raise a strong need for the interpreter to differentiate and indeed to make the discipline uniform. For the content of the title ranges from the pecuniary credit right to credit for the restitution of goods, to real rights, to contractual positions, going as far as including any subjective position whatever. Accordingly, along the components of the credit title a variable component has been identified in the incorporated subjective position, and an essential component in the "need either for economic integration, objectively recognisable, or for provision of wealth absent from the market, a need which may be met only favouring negotiation of the legal position, documentarily registered, which allows access to the wealth employed or absent."²⁵

In the context of a category constructed thus, described here in rather summary terms, this includes mass titles, that is those titles characterised by an issue aimed at a mass of subjects. These titles arise in the context of the gathering of risk capital and the funding of firms; consider share holding participations and bonds; but it can also be adapted to the instruments of public collection of savings, including treasury bonds and state securities in general.

²⁴ On this topic refer to the treatment by P. SPADA, Titoli di credito atipici, Voce della Enc. Giur. Treccani, p. 2.

²⁵ The quotation in the text constitutes the central core of the theory of P SPADA, I titoli atipici, cit., p. 7.

The development of financial markets and sizeable legislative output have led to a much broader notion of movable assets than that created for mass titles, and far larger than that for the category of credit titles. Article 18 (a) of the Law No. 216/74 contains a reference to movable assets which, for the breadth of content sketched out and the documentary form can hardly be constrained within a descriptive category of the phenomenon. The essential component is not the document, nor its circulation either. All that is left is to indicate the movable asset within the meaning of the Article with the term very effectively used by Spada, that is in the general terms of a "situation of participatory or credit advantage, purposive or instrumental", registered in some sort of document or not.

III. We need here to mention briefly the notion of a movable asset as this is very important to the topic under discussion. For it is very hard to embark on a discourse on the transfer of movable assets by way of guarantee given the variety of content that the concept refers to.

It is, for instance, possible to conceive that transfer for guarantee purposes of a movable asset containing a pecuniary credit right might be treated in the discipline differently from transfer of a movable asset with as its subject participation in joint stock companies, or a particular position in a contract.

In essence, the problem of the suitability of the cause of guarantee as a basis for transfer of ownership ought to be verified in the context of the vast typology of what actually exists. But this is not a research that can be embarked on here, and we must note that this sort of analysis has not, as far as we know, yet been done.

We can identify the following classification of movable assets:

- A. Movable assets with as their content pecuniary credit rights;
- B. Movable assets with as their content shares in companies or contractual positions, with a market value objectively determined or determinably;
- C. Movable assets with as their content non pecuniary legal situations, with no objectively determinable or determined market value.

In reference to the first category we may say that, subject to any possible difference in discipline of transfer, nothing changes if the credit is simple, chartered in a title with legal form, or else corresponds to the subjective situation of a movable asset. For the guarantee purpose in all cases makes transfer of the credit through circulation of the movable asset instrumental an provisional in nature. Nor is utilisation of the movable asset for the purposes of transfer for guarantee purposes barred by the system of "dematerialisation of circulation" brought about in our system through centralised administration of movable assets by Monte Titoli S.p.a., since this

system of course does not prevent circulation, and indeed facilitates it. The barriers derive on the contrary from utilisation of the movable asset in the case of constitution of a pledge on it, to the point that some authors hold that this case would amount to a situation of "anomalous pledge."²⁶

As regards movable assets falling under *C.* not having an objectively determinable exchange value, it is unclear how they can be transferred by way of guarantee.

In fact the case of transfer of such titles by way of guarantee represents the same transaction pattern as sale of a good by way of guarantee, with all the consequences relating to invalidity of the operation as being in conflict with Article 2744 C.C. The comparison of the values of the guaranteed credit and the movable asset transferred would not be reducible to objective terms, with the consequence that the creditor would enter into title of the movable asset definitively, with no *ex post* assessment of the consequences of non fulfilment. This is something forbidden by the system under Article 2744 C.C.

The same consequences should not arise if the value comes under category *B.* This is even though the movable asset has as its content non pecuniary legal situations, and a circulating title with an objectively determinable market value, as long as this be the case at the time of non-fulfilment by the debtor.

IV. Moreover, it is our own system that leads to the solutions identified above.

The considerations made in fact derive from, and are at the same time, verified by the provision by our legislator of a special instrument: *an irregular pledge*. Even though conceived of by the legislator in the concept of a bank anticipation contract, we feel that it can also be used outside this specific sector.²⁷

Article 1851 C.C. provides that "if to guarantee one or more credits, deposits of money, goods or titles have been place under bond but not identified, or power has been conferred on the bank to dispose of them, the bank must restore only the sum or the part of the goods or the titles that exceeds the amount to the guaranteed credit. The excess is determined in relation to the value of the goods or the title at the time of the credits expiry." A special element of the irregular pledge would be transfer of

²⁶ On this point refer to the monograph by E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Padova, 1990.

²⁷ This assertion is from D. VITTORIA, *Pegno*, Voce Enc. Giur. Treccani, p. 1; G. TUCCI, *Cauzione*, in *Digesto disc. priv. Sez. Civ., IV*, Torino, 1988, p. 258; F. REALMONTE, *Il Pegno*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, p. 650. . For a different view see A. PAVONE LA ROSA, *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1959.

ownership of the goods given in pledge. The object of the pledge consists of *money, or unidentifed goods or titles* which are fungible.

The norm suggests decisive indications. On the one hand it speaks of “titles or goods” accordingly negotiable property and hence with an exchange value; on the other, correlatively, what matters is not the parties’ interest in identifying the property that is the object of the guarantee, but their interest in the quantity and exchange value of the property. This means that the system considers the guarantee purpose as a basis for transfer of ownership pursuant to Art. 1851 C.C. This recognition is justified by the fungible nature of the property as property with a *market exchange value* meaning that this nature is compatible with a discipline providing for restitution *tantundem eiusdem generis* the even of fulfilment by the transferor, and restitution of the excess value over the guaranteed credit in the vent of execution of the guarantee.

The irregular pledge represents a manifest opening of our system towards alienation for guarantee purposes, by making it explicit that the structure and object of this figure permit, and are at the same time characterised by, an ex post evaluation of the debtor’s insolvency. This evaluation sets this case outside the rationale of the bar on the commissary agreement: “The excess is determined in relation to the value if the goods or titles at the expiry date of the credits (Art. 1851 C.C.).

The solution to the problem of transferability of the movable assets for guarantee purposes, might well, in the light of our system, lie in applying Art. 1851 C.C. to the case of fungible titles.

The legislator’s will emerges still more clearly from consideration of the discipline of a figure that might at first sight appear related to the alienation of titles by way of guarantee. This is the *contango* contract governed by Article 1548 C.C. in the context of the discipline for this type of contract, by which “the reportee transfers ownership to the reporter of credit titles of a given type for a given price, and the reporter assumes the obligation to transfer to the reportee, on the expiry of the period set, ownership of the same number of titles of the same type, against reimbursement of the price, which may be increased or reduced to the extent agreed. Of significance in this connection is the position of Article 1551(2) C.C. regarding non-fulfilment of the contango contract: “If both parties fail to meet their obligations within the period set, the contango shall cease to have effect, and each party shall retain what he received at the time the contract was stipulated”. This provision can only be interpreted as a case of textual derogation from the legal bar on the commissary agreement. On the other hand, one cannot derive from the norm any consequences of a general nature regarding alienation by way of guarantee, since it is clear that

contango represents a type of contract where it is the speculative function inherent in stock market contracts that the legislator has in mind.

Conclusion

We have seen that the creation of an 'atypical' security - through the transfer of the ownership or legal rights over property - meets with various different reactions in Italian law. Consequently, guarantees created by the transfer of the ownership of goods encounter greater legal obstacles than would guarantees created by the cession of a debt.

The difficulty in both cases is shaping a domain which is functional with regards to the guarantee of a debt and making the transfer agreement creating the guarantee compatible with Article 2744 C.C., which prohibits 'Patto Commissorio'. (N.B.: these are resolutive clauses in a contract of sale in case of non-payment within a stipulated time.)

In both instances, the form taken by the transfer of a debt as a guarantee could lead to the dogmatic interpretation of the alienation which took place in order to provide the security. In fact, on one hand, in our system the cession of a debt as security is understood as being within the general rules applying to the cession of debts. On the other, the transfer of credit as a guarantee is structured in such a way as to lie only just beyond the scope of Article 2744 C.C.

The ability to identify a possible future surplus of repayment with respect to the sum actually guaranteed, and the obligation to repay such a surplus (which is the main characteristic of the transfer of a debt as a guarantee) creates a balance in respect of the positions of the parties following non-payment by the debtor. It is not possible to reconcile this balance with the existence of a 'patto commissorio' resolutive clause, which would require that the transfer of the ownership of goods to the creditor in the event of non-performance not be linked to any subsequent valuation of the goods themselves for the purpose of comparing their value with the amount of the secured debt. But if this balance, which can be reached in this situation and not in others, represents the dividing line between the legality and illegality of the transfer of debts for guarantees, the characterisation of an independent form of alienation for the purposes of guarantees no longer depends either upon the nature of the goods which are the subject of the transfer, nor on the fact that the ownership of the goods or the title of a debt will be transferred; rather, the construction of such an agreement from the perspective of the autonomy and legality of the system requires that the goods transferred for the purposes of security have a financial value which

can be determined exactly and objectively when the secured debt comes to term.

In fact, by express provision of the law (Article 1851 C.C.) the ownership of a *res* can also be transferred for the purposes of securing a debt, so long as it is possible to quantify the difference between the value of the transferred goods and the amount of the debt. This principle derives from the Italian system governing alienation for the purposes of security, and it conditions the interpretation in practice of such transfers, such as those which involve the transfer of titles or of moveable property.

On the other hand, the 'St. Mark's Convention' (*Patto Marciano*) which states with the greatest clarity the point mentioned above has been recognised since Roman times. According to this convention, goods are sold to the creditor so as to satisfy any claims which he may have, with the condition that the value of the goods is assessed and any difference between this value and the amount of the debt outstanding is then passed on to any other third parties with outstanding claims against the debtor, there is no obligation for the creditor to repay this difference to the debtor.