

HIPOTECA VERSUS FIDEICOMISO DE GARANTÍA

Hipoteca vs. Fideicomiso de
garantía.

Titular para un momento de
cambio.

Globalización y Conflicto de dos
modelos en materia de garantías
reales.

IDEA PRELIMINAR DE HIPOTECA

APUNTE HISTÓRICO

- Fiducia cum creditore.
Pignus datum, Pignus conventum.
La diferencia era la desposesión.
- Marciano: inter pignus et hypothecam tamen sonus nomen differt (Digesto, 20.1.5.1).
- Los bizantinos le dan el nombre: Hipoteca.
Pignus a pugno, hypotheca a re supposita.
- Por tanto hay un parentesco evidente entre hipoteca y prenda sin desplazamiento. Ambos son ocultos.
- Garantía sobre los *invecta et illata*.
Actio serviana, daba preferencia pero no persecución.
Actio cuasi serviana o hipotecaria. Da derecho de persecución.
Multiplicación hipotecaria en el derecho intermedio. Hipotecas convencionales, legales y judiciales. Los privilegios.
- El derecho francés y las “*sûretés réelles*”
El siglo XVI y los Oficios de hipotecas en el derecho español e indiano.
Alegato de Narvaja en 1865. Abolición de la hipoteca legal y judicial.
- La hipoteca debe ser convencional, especial y pública.

IDEA PRELIMINAR DE FIDEICOMISO DE GARANTÍA

- Según KIPER – LISOPRAWSKY, fideicomiso de garantía es el contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad (fiduciaria) de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ello o con su producido, el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquél o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria. (Tratado de Fideicomiso, Depalma, Buenos Aires, 2003, p. 463).

VENTAJAS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

- 1. El acreedor fiduciario puede disponer de la cosa objeto de la garantía para cobrarse la deuda.
- 2. La forma de la disposición es libre.
- 3. El fiduciario es propietario por lo que queda libre de procesos judiciales ejecutivos y concursales.

- INCONVENIENTES
- La finalidad a la que se afecta la cosa en el fideicomiso:
 - PUEDE SER LA FINALIDAD DE GARANTÍA?
 - Razones de la resistencia:
 - a. Teórica: La incongruencia de las finalidades.
 - b. Práctico-política: el abuso del acreedor

- La realidad latinoamericana
- Modelo napoleónico vs. modelo germánico- common law.

Supermap: Global jurisdictions



- | | | |
|---|---|---|
| American common law | Islamic | Roman-Germanic |
| English common law | Napoleonic | Transition |
| Common law/mixed | Napoleonic/Roman - Germanic | Unallocated jurisdictions |

DO NOT RELY ON THIS, IT IS NOT LEGAL ADVICE
 COPYRIGHT ALLEN & OVERY 2001 www.allenoverly.com
 AUGUST 2001 BKPRW108011B
 CONCEPT: PHILIP WOOD DESIGN: OXFORD CARTOGRAPHERS

World Financial Law

Key indicators

TOPIC	Napoleonic	Roman-Germanic	Common Law
Set-off	No	Yes	Yes
Debt Transfers	No	Yes	Yes
Security	No	No	Yes
Trust	No	No	Yes
Tracing	No	No	Yes

Set-off	Is set-off available generally on the insolvency of a debtor-creditor?
Debt Transfers	Is the assignment of debts free of a need to give notice to the debtor, if it is to be effective on the insolvency of the assignor?
Security	Is security wide and protected on insolvency?
Trust	Is the trust (divided ownership) freely available for all assets and effective on the insolvency of the trustee?
Tracing	Is the tracing of wrongfully-taken assets freely available on the insolvency of the ultimate holder, including tracing into mixed money?

No
 Yes

Caracteres del modelo
napoleónico-latinoamericano.
Carácter restrictivo de las
garantías reales.

SISTEMA FORMALISTA, RÍGIDO, BASADO EN LOS CONCEPTOS

1. Carácter absoluto de la propiedad.
2. Libre circulación de los bienes. Abolición de los bienes de mano muerta.
3. Abolición de las vinculaciones y fideicomisos.
4. Unidad e indivisibilidad del patrimonio.
5. Par conditio creditorum.
6. Estricta legalidad de las causas de preferencia.
7. Numerus clausus de los derechos reales.
8. Cada derecho real tiene su propia “personalidad”. Prenda e hipoteca se ve como dos derechos incompatibles (ej: prenda de derechos de promitente comprador)
9. La garantía real confiere derechos específicos de preferencia y de persecución.
- 10 Principio de especialidad del crédito y de la garantía.
11. Los derechos de garantía sobre muebles se moldean sobre el modelo de los inmuebles. Identificación. No admisibilidad de la subrogación real y de la garantía genérica o flotante (ej: prenda sin desplazamiento de ganado).
12. Principio de “accesoriedad”.

Caracteres del modelo germánico –
common law: Utilización amplia de la
propiedad con función de garantía de
acuerdo con la autonomía de la voluntad.

SISTEMA FLEXIBLE, BASADO EN EL PRAGMATISMO

- Aspecto sustancial.
 - Concepción fraccionada de la propiedad.
 - Atipicidad de las garantías y equivalencia funcional.
 - Admisión de negocios abstractos.
 - Facilidad para aceptar la segmentación patrimonial.
 - Mayor espacio para la autonomía de la voluntad.
 - Abanico más amplio de instrumentos de tutela del crédito.
- Aspecto procesal.
- Facilidad para la realización de la garantía dentro y fuera del concurso. Admisibilidad de la vía extrajudicial.

- Primacía de la perspectiva funcional sobre la perspectiva formal.

GARANTÍAS MOBILIARIAS ALEMANAS:

Eigentumsvorbehalt y
Sicherungsübereignung.

Reserva de dominio. Transferencia
fiduciaria del dominio.

Admisibilidad de modalidades anómalas:

- Raumsicherungsvertrag.
Extensión vertical (a las mercaderías).
- Extensión horizontal (a los créditos o el dinero).
- Verlänger und erweiter.
- Einziehungsmachtigung.
Ampliación a garantizar otras obligaciones.
Garantía rotativa de créditos futuros y sobre bienes futuros.
Modalidad prolongada: los bienes atribuibles.
El problema de la subrogación real.
Los créditos atribuibles.
El dinero y el “tracing”.
Cláusula de elaboración. Verarbeitungsklausel.
La “Globalzession”.
- El “umwandlung prinzip” o principio de conversión.

GARANTÍAS MOBILIARIAS EN EL COMMON LAW:

- En Inglaterra: Mortgage, lease y trust. Fixed y floating charges.
- Redemption.
- En Estados Unidos: Artículo 9 UCC . Conditional sales, title reservation, consignments, trust receipts, pledges, chattel mortgages.
- Unificación en los “security interests”.

Código de Comercio Uniforme (UCC)

- Artículo 9 del Uniform Commercial Code, con reformas en vigencia en varios Estados desde el 1 de Julio de 2001.

- **Foreclosure Sales**

After default, a secured party may “sell, lease, license, or otherwise dispose” of collateral, either “as is” or after preparation or processing, in bulk or in lots, at any time or place, via public or private disposition”.

- Pacto comisorio.
- The secured party may purchase at any public sale, or at a private sale if the collateral “is customarily sold on a recognized market or the subject of widely distributed standard price quotations” (i.e., publicly traded securities or commodities).

- **Default**

“Default” is required before the secured party may exercise any remedies against the collateral.

- Default is not defined, but is left to the security agreement or other contract executed by the debtor and secured party. Generally, and particularly if the security agreement so provides, the secured party should deliver a written notice to the debtor of the defaults that exist.

- **Commercial Reasonableness**
 - All aspects of any collection or enforcement against collateral, and any disposition of collateral must be commercially reasonable, including the method, manner, time, place, and other terms.
 - Commercial reasonableness is not defined. In general, it is a standard of conduct based on a balancing of the secured party's interest in receiving full, prompt payment against the debtor's interest in preserving the full realizable value of the collateral.
 - Secured parties may find some guidance by asking what they would do to liquidate the collateral if they owned it.

- Depending on the circumstances, **commercial reasonableness can require cleaning or fixing equipment, completing inventory, identifying and noticing potential purchasers, publishing advertisements in trade journals, using brokers or auctioneers, selling at retail rather than wholesale, or even requesting marketing information from the debtor.**

- Enforcement rules applicable to commercial transactions and does not address consumer transactions

- Corolario:
- Más que derecho de persecución y de preferencia en concurso, quedan fuera del concurso y dan al acreedor un amplio poder de disposición. Facilidad en la ejecución de la garantía (aspectos procesales). Se maneja extrajudicialmente (salvo la desposesión).

- Es verdad que tenemos experiencias concretas de uso de la propiedad en garantía en nuestros derechos.

Venta con pacto de retroventa (repos).

Cesión (prenda) de créditos.

Documentos al cobro en garantía, endoso en blanco.

Prenda común con ejecución extrajudicial.

Prenda de depósito bancario.

- Garantías “autoliquidables” de la recopilación de normas del BCU.

Exposición de Motivos del proyecto de ley Marini de febrero de 2005

- ... le système français est déjà enrichi de certaines **fiducies** « **innommées** », c'est-à-dire qui n'ont pas reçu de la loi cette qualification mais qui en ont néanmoins les principales caractéristiques.

Francia

Según Pierre Crocq (Propriété et garantie, LDGJ, Paris, 1995), hay que distinguir les propriétés- garanties fiduciarias y no fiduciarias.

No fiduciarias:

Reserva de propiedad
Leasing operativo y financiero

Fiduciarias:

Cesion Dailly (ley de 1980)

FIGURAS DERIVADAS DE ESTA NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES AJENA A LAS TRADICIONES DEL DERECHO CIVIL NAPOLEÓNICO

- Garantías rotativas en cuanto al crédito.
- Leasing (reserva de dominio con finalidad de garantía).
- Fondos comunes de inversión.
- Factoring (cesión global de créditos sin notificación).
- Prenda sin desplazamiento. Prenda flotante.
- Fideicomiso de garantía.

- Pero en general, los derechos latinos han sido reacios a admitir las ideas del sistema del common law o del derecho alemán.
- Ocurre lo mismo en España, Francia, Italia.

- Sin embargo, el derecho europeo da muestras de resultar permeable a las influencias del derecho anglosajón, que posee instrumentos *piu snelli* (Galgano)

INFLUENCIA DEL COMON LAW
Y DEL DERECHO ALEMÁN EN
LOS DERECHOS LATINOS

EN EUROPA

Convención de la Haya de 1985
sobre el reconocimiento del Trust

-
- El término “trust” refiere a los vínculos jurídicos creados – inter vivos o mortis causa – por una persona (settlor) como consecuencia de que se han colocado activos bajo el control de un trustee para beneficio de un beneficiario o para un propósito determinado.
- Un trust tiene las siguientes características:
 - a) los activos constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del trustee.
 - b) el título de los bienes permanece en nombre del trustee o en nombre de otra persona por cuenta y orden del trustee.
 - c) el trustee tiene el poder – deber y asimismo la responsabilidad, de gestionar, emplear y disponer de los activos de acuerdo con los términos del trust y los deberes especiales que se le impone por la ley.

- CAPÍTULO III.
- RECONOCIMIENTO art. 11
- Se reconoce la existencia del trust, que implica como mínimo:
 - A. que los activos del trust constituyen un patrimonio separado, que el trustee puede comparecer en negocios y ser demandado en calidad de tal
 - B. que los acreedores personales del trustee no pueden agredir los activos del trust.
 - C. que los activos del trust no forman parte del patrimonio del trustee en su insolvencia ni de su régimen matrimonial ni de la masa sucesoria.
 - D. que los activos del trust pueden ser recuperados aún cuando el trustee, incumpliendo su obligación, los ha confundido con otros bienes.

- Artículo 18
- Las normas de la convención no se aplicarán cuando ello sea manifiestamente incompatible con el orden público (public policy, ordre public).

Ejemplos actuales del debate en el plano internacional

(ver “The Business Lawyer, vol 58, aug. 2003):

- Ley modelo del BERD para un régimen legal moderno de operaciones garantizadas (1994).
- Ley modelo interamericana de Garantías Mobiliarias de OEA (CIDIP VI) (2002).
- Proyecto de guía legislativa sobre operaciones garantizadas de CNUDMI (2002 – 2006).
- Trabajos del Grupo VI (Garantías Reales – security interests) y del Grupo V (Insolvencia).

Otros instrumentos relevantes:

- UNIDROIT sobre leasing y factoring (convención de Ottawa) (1988).
- UNIDROIT sobre derechos de garantía sobre equipo móvil (Convención de Cape Town) (2001).
- CNUDMI sobre cesión de créditos en el comercio internacional (2001).
- Directiva de la Comunidad Europea 2002/47/CE sobre contratos de garantía financiera.
- Conferencia de derecho privado de la Haya (PRIMA CONVENTION) sobre el derecho aplicable a la transferencia y constitución de derechos de garantía en valores gestionados por un intermediario. (CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CERTAIN RIGHTS IN RESPECT OF SECURITIES HELD WITH AN INTERMEDIARY) (*Concluída el 5 de Julio de 2006*) UNIDROIT PRIMA CONVENTION de marzo de 2006.

OTROS TEXTOS NORMATIVOS

- Ley Modelo del Asian Development Bank
- Ley modelo de OHADA
- Lex mexicana de títulos y operaciones de crédito en su reforma de 2006.
- Ley argentina No. 24.441 de fideicomiso, leasing, securitización, factoring y ejecución hipotecaria de 1994.

**MODEL LAW ON SECURED
TRANSACTIONS
EBRD - 1994**

- Several features of the Model Law should be noted:

- **1. Single Security Right**

- The Model Law is based on the idea of a **single security right (a ‘charge’) in respect of all types of things and rights.**

- The distinction between various traditional types of security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right.**

- **2. Right in Property**
- A charge under the Model Law is a **property right and not a mere obligation. The right entitles the person receiving security to a sale, in enforcement proceedings, of the things and rights taken as security and gives preference over unsecured creditors in insolvency proceedings.**

- **3. Securing Business Credits**
- The Model is limited to securing **business credits** since this is the area of the most pressing need. It could be extended to cover
 - personal and consumer transactions in countries where adequate rules on consumer protection exist.

- **4. Minimum Restrictions**
- The parties to the charge are given a **maximum flexibility** to arrange their relationship as best suits their particular needs.
- Mandatory requirements and restrictions on what the parties can agree have been kept to a minimum.

- **5. Flexible Definition of Secured Debt and Charged Property**
- There is also great flexibility in the way in which the parties can **define the debt or debts which are secured and the things and rights which are given as security**. In both cases they can be described specifically or generally, they can be present or future and they can change during the life of the charge. It suffices that they are identified at the outset.

- **6. Public Registration**

- The Model works on the principle that charges are a matter for **public knowledge**.

Since Roman law the creation of secret rights in assets has been disfavoured. A person who gives assets as security but does not indicate this to his creditors creates an

- impression of ‘false wealth’. The Model achieves publicity mainly by relying on registration of charges at a **separate registry**.

- **7. Broad Rights of Enforcement**
- Enforcement relies in the first instance on **self help**, the person holding the charge being given broad but clearly defined rights to **sell the charged property in whichever way** he considers most appropriate. This is supported by the right of any interested party to apply to the court for protection and to claim damages from the person enforcing the charge for any loss suffered as a result of wrongful or abusive enforcement. The interests of persons entitled to the proceeds of sale are further protected by distribution
 - being made through a **proceeds depositary**

- **8. Sale of Enterprise**

- Where the charge covers all the assets of an enterprise there is the additional remedy of selling the **enterprise as a going concern**, which may enable an enterprise in financial difficulties to be salvaged while increasing the recovery of the secured creditor. This is a complex area which will require development in each jurisdiction, in particular to take account of insolvency laws.

- **9. Practical Application**

- A number of provisions have been included in the Model to cover practical matters which often cause difficulties in secured transactions, such as the inclusion of a **'charge manager'** and a definition of the continuing licence of the chargor to deal in the charged property.

LEY MODELO DE OEA SOBRE
GARANTÍAS MOBILIARIAS
(CIDIP VI)
(2002)

• Principales caracteres

- Puede constituirse sobre bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes o sobre la totalidad de los bienes del deudor garante, presentes o futuros, corporales o incorporales.
- La garantía se extiende a la indemnización del seguro.
- Concepto de bienes muebles atribuibles: los que resulten de su venta, transformación o sustitución.
 - Crea un registro de base subjetiva.
 - *Notice filing*.
 - El adquirente de bienes en el curso ordinario de los negocios de las operaciones mercantiles del deudor garante recibe los bienes libres de gravamen.
- Regula la llamada garantía mobiliaria prioritaria para la adquisición de bienes.

Bienes prendables

- Artículo 2. Las garantías mobiliarias a que refiere esta Ley pueden constituirse contractualmente sobre uno o varios bienes muebles específicos, sobre categorías genéricas de bienes muebles, o sobre la totalidad de los bienes muebles del Deudor Garante, ya sean estos presentes o futuros, corporales o incorporeales, susceptibles de valoración pecuniaria al momento de la constitución o posteriormente, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras, sin importar la forma de la operación o quien sea el titular de la propiedad.

- La garantía mobiliaria sobre los bienes en garantía se extiende, sin necesidad de mención en el contrato de garantía o en el Formulario de Inscripción Registral, al derecho a ser indemnizado por las pérdidas o daños ocasionados a los bienes durante la vigencia de la garantía, así como a la indemnización de una póliza de seguro o certificado que ampare el valor los mismos.

Bienes Muebles Atribuibles:

- los que se puedan identificar como derivados de los originalmente gravados, tales como los frutos que resulten de su venta, transformaciones o sustitución.

Formulario de Inscripción Registral:

- el formulario para llevar a cabo la inscripción de la garantía mobiliaria proporcionado por el Registro a que refiere el Artículo 3.1, el cual contendrá, al menos, los datos necesarios para identificar al solicitante, al Acreedor Garantizado, al Deudor Garante, el o los bienes en garantía, el monto máximo garantizado por la garantía mobiliaria y la fecha del vencimiento de la inscripción, de acuerdo a su reglamento.

UCC FINANCING STATEMENT

FOLLOW INSTRUCTIONS (front and back) CAREFULLY

A. NAME & PHONE OF CONTACT AT FILER [optional]

B. SEND ACKNOWLEDGMENT TO: (Name and Address)

Print

Reset

THE ABOVE SPACE IS FOR FILING OFFICE USE ONLY

1. DEBTOR'S EXACT FULL LEGAL NAME - insert only one debtor name (1a or 1b) - do not abbreviate or combine names

1a. ORGANIZATION'S NAME

OR

1b. INDIVIDUAL'S LAST NAME

FIRST NAME

MIDDLE NAME

SUFFIX

1c. MAILING ADDRESS

CITY

STATE

POSTAL CODE

COUNTRY

1d. SEE INSTRUCTIONS

ADD'L INFO RE ORGANIZATION DEBTOR

1e. TYPE OF ORGANIZATION

1f. JURISDICTION OF ORGANIZATION

1g. ORGANIZATIONAL ID #, if any

NONE

2. ADDITIONAL DEBTOR'S EXACT FULL LEGAL NAME - insert only one debtor name (2a or 2b) - do not abbreviate or combine names

2a. ORGANIZATION'S NAME

OR

2b. INDIVIDUAL'S LAST NAME

FIRST NAME

MIDDLE NAME

SUFFIX

2c. MAILING ADDRESS

CITY

STATE

POSTAL CODE

COUNTRY

2d. SEE INSTRUCTIONS

ADD'L INFO RE ORGANIZATION DEBTOR

2e. TYPE OF ORGANIZATION

2f. JURISDICTION OF ORGANIZATION

2g. ORGANIZATIONAL ID #, if any

NONE

3. SECURED PARTY'S NAME (or NAME of TOTAL ASSIGNEE of ASSIGNOR S/P) - insert only one secured party name (3a or 3b)

3a. ORGANIZATION'S NAME

OR

3b. INDIVIDUAL'S LAST NAME

FIRST NAME

MIDDLE NAME

SUFFIX

3c. MAILING ADDRESS

CITY

STATE

POSTAL CODE

COUNTRY

4. This FINANCING STATEMENT covers the following collateral:

5. ALTERNATIVE DESIGNATION (if applicable):

<input type="checkbox"/> LESSEE/LESSOR	<input type="checkbox"/> CONSIGNEE/CONSIGNOR	<input type="checkbox"/> BAILEE/BAILOR	<input type="checkbox"/> SELLER/BUYER	<input type="checkbox"/> AG. LIEN	<input type="checkbox"/> NON-UCC FILING
--	--	--	---------------------------------------	-----------------------------------	---

6. This FINANCING STATEMENT is to be filed (or recorded) in the REAL ESTATE RECORDS. Attach Addendum

7. Check to REQUEST SEARCH REPORT(S) on Debtor(s) (OPTIONAL FEE)

<input type="checkbox"/> All Debtors	<input type="checkbox"/> Debtor 1	<input type="checkbox"/> Debtor 2
--------------------------------------	-----------------------------------	-----------------------------------

8. OPTIONAL FILER REFERENCE DATA

Comprador o Adquirente en el Curso Ordinario de las Operaciones Mercantiles:

- un tercero que con o sin conocimiento de que su operación se realiza sobre bienes sujetos a una garantía mobiliaria, compra o adquiere dichos bienes de una persona dedicada a comerciar bienes de la misma naturaleza.

- El derecho de persecución pleno sólo puede darse en el caso de la hipoteca mobiliaria, que implica bienes registralmente identificables.
 - En el caso de bienes que no son registralmente identificables, no tiene lógica ninguna admitir el derecho de persecución.
- Función esencial del registro y del concepto de disposición en el curso ordinario de los negocios.

Garantía Mobiliaria Prioritaria para la Adquisición de Bienes:

- una garantía otorgada a favor de un acreedor –incluyendo un proveedor- que financia la adquisición por parte del deudor de bienes muebles corporales sobre los cuales se crea la garantía mobiliaria. Dicha garantía mobiliaria puede garantizar la adquisición presente o futura de bienes muebles presentes o por adquirirse en el futuro financiados de dicha manera.

- TRABAJOS DE LA UNCITRAL
 - Grupo VI (Garantías Reales)
 - (2002-2006)

- **Recurso a la titularidad para fines de garantía**
- Además de las técnicas propias de la garantía real, la práctica comercial y en ocasiones la ley han recurrido en muchos países a una técnica alternativa para la constitución de una garantía real sin desplazamiento en bienes tanto corporales como inmateriales a saber la **titularidad (o propiedad) del bien como forma de garantía** (*propriété sûreté*).

- La propiedad puede constituirse en
- una forma de garantía ya sea mediante su **transferencia** al acreedor
- o mediante su **retención** por el acreedor.
- Tanto la transferencia como la retención de la propiedad o titularidad facultan al acreedor para obtener una forma de garantía real no posesoria o sin desplazamiento de la cosa.

Transferencia de la titularidad al acreedor

- La transferencia como garantía de la titularidad resulta atractiva en algunos ordenamientos internos por dos razones. En primer lugar, los requisitos para la transferencia a otra persona de la titularidad son a menudo menos exigentes que los requisitos exigidos para la constitución de una garantía real. En segundo lugar, en un supuesto de ejecución de la garantía o de insolvencia del deudor, **el acreedor se encontrará a menudo en mejor situación si es titular de un derecho de propiedad que si es titular de un derecho real de rango secundario.**

- La transferencia de la propiedad a título de garantía:
- 1. Está permitida por ley en algunos países.
- 2. Está reconocida por la práctica jurisprudencial en otros.
- **3. En muchos otros países, especialmente en los países denominados de derecho civil, la transferencia de la propiedad como forma de garantía está considerada como una simple evasión del régimen normal de las garantías reales, por lo que se tiene por nula.**
- 4. En otros países se reduce el efecto jurídico de la transferencia de la propiedad, cuando se hace para fines de garantía, al de una garantía real ordinaria, especialmente en supuestos en los que ese derecho haya de competir con el derecho de otros acreedores del deudor.

El legislador se encontrará ante dos opciones.

- 30. La primera sería la de **admitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía** con los requisitos (habitualmente) menores y con los efectos superiores propios de una transferencia de la propiedad, con lo que se soslayarían ciertos inconvenientes del régimen general de las garantías reales.
- Esta opción puede dar lugar al fortalecimiento de la posición del acreedor garantizado, al tiempo que debilita la posición del deudor y de los demás acreedores del deudor, y puede estar justificada en países que no dispongan de un régimen moderno de la garantía real sin desplazamiento.

- **La otra opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus requisitos o sus efectos, o ambos a la vez, a los de una mera garantía real.** Conforme a esta segunda opción, cabe conseguir una reducción graduada de las ventajas reportadas al acreedor garantizado y de las desventajas correlativas de las restantes partes, especialmente si los requisitos de la transferencia de la titularidad o sus efectos, o unos y otros, son definidos en función de lo requerido por una garantía real. Toda variante de esta última solución estaría asimismo justificada, si con ella se contrarrestan ciertas debilidades del régimen general de la garantía sin desplazamiento. (**Principio de conversión**).

Retención de la propiedad por el acreedor

- La segunda manera de utilizar la titularidad del bien como forma de garantía es la retención contractual de esa titularidad (reserva de la propiedad). El vendedor o todo otro prestamista del dinero requerido para comprar un bien corporal o incluso inmaterial puede retener la titularidad del bien hasta completar el cobro del precio de compra. Este tipo de operación se denomina a menudo “financiación del precio de compra”.

- Una variante del acuerdo de retención de la titularidad (o de la financiación de precio de compra) consiste en combinar un contrato de arriendo con una opción de compra para el arrendatario (por una suma nominal), que el arrendatario sólo podrá ejercitar cuando haya pagado la mayor parte del “precio de compra” mediante el pago de cuotas periódicas de arriendo. En supuestos en los que el arriendo de equipo o de algún otro bien cubra toda su vida útil cabe considerar ese arriendo como un arreglo de retención de la titularidad incluso sin opción final de compra.

- **Garantía global uniforme**
- El artículo 9 del *UCC* unificó una multitud de derechos reales con y sin desplazamiento sobre bienes corporales y bienes inmateriales, incluidos los arreglos de transferencia y retención de la titularidad, que existían a tenor de las leyes promulgadas por los diversos estados de la Unión y a tenor del *common law* del país. Esta idea se extendió al Canadá y a Nueva Zelanda y ha sido adoptada por unos cuantos países de Europa. Ha sido recomendada en la ley modelo preparada por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo.

- El rasgo principal de toda **garantía real única y omnicomprendensiva** es que ha de **fusionar el régimen de la prenda tradicional con desplazamiento o entrega de la**
 - **posesión con el régimen de la prenda sin desplazamiento y de la transferencia o**
 - **retención de la titularidad para fines de garantía.** Con ello se crearía un único
- régimen coherente y global de las garantías reales que evitaría toda laguna o
 - incoherencia eventual.

UNIDROIT SOBRE LEASING (Convención de Ottawa de 1988)

- Artículo 7
- 1. (a) Los derechos reales del arrendador sobre el equipo serán oponibles al
- síndico de quiebra y a los acreedores del arrendatario, incluyendo los acreedores que
- posean un título de ejecución definitivo o provisorio.

UNIDROIT SOBRE FACTORING (Convención de Ottawa de 1988)

- Artículo 5
- Por lo que respecta a las relaciones entre las partes en el contrato de factoring:
- (a) una cláusula del contrato de factoring para la cesión de créditos existentes o futuros **será válida aunque el contrato no los especifique individualmente**, si en el momento de la celebración del contrato o en el momento en que nacen tales créditos, ellos son determinables;
- (b) una cláusula del contrato de factoring según la cual se ceden **créditos futuros**, transferirá los créditos al cesionario en el momento en que nacen, sin necesidad de un nuevo acto de transferencia.

CNUDMI SOBRE FACTORING (2001)

- *Artículo 8*
- *Eficacia de las cesiones*
- 1. Una cesión no será ineficaz entre el cedente y el cesionario o frente al deudor o a otra parte reclamante, y **no podrá denegarse prelación al derecho de un cesionario, por tratarse de una cesión de más de un crédito, de créditos futuros, de partes de un crédito o de derechos indivisos sobre tal crédito, si dichos créditos están descritos:**
- **a) Individualmente como créditos objeto de la cesión; o**
- **b) De cualquier otra manera, con tal de que sean identificables como créditos objeto de la cesión en el momento de la cesión o, en el caso de créditos futuros, en el momento de celebrarse el contrato originario.**
- 2. Salvo acuerdo en contrario, **la cesión de uno o más créditos futuros surtirá efecto sin que se requiera un nuevo acto de transmisión para cada crédito.**

Cnudmi sobre factoring

- *Artículo 15*
- *Principio de la protección del deudor*
- ... salvo el consentimiento del deudor, la cesión no afectará a los derechos y obligaciones de éste ni a las condiciones de pago estipuladas en el contrato originario.

MÉXICO
LEY GENERAL DE TITULOS Y
OPERACIONES DE CREDITO
de 27 de agosto de 1932
(Ultima reforma aplicada 18/07/2006)

- **de la prenda sin transmisión de posesión**
- [artículo 346 y ss.]
- **del fideicomiso de garantía**
- [artículo 395 y ss.]

**DIRECTIVA 2002/47/CE DEL PARLAMENTO
EUROPEO Y DEL CONSEJO
del 6 junio 2002
relativa a los contratos de garantía financiera**

- Considerando 3.
- Es necesario crear un régimen comunitario para el otorgamiento de garantías de títulos y de dinero en efectivo, **con constitución de un derecho real o por la vía de la transferencia del título de propiedad,** comprendiendo los contratos de reporto.

Artículo 2, Definiciones

- A. Contrato de garantía financiera comprende la transferencia del título de propiedad y la constitución de una garantía real.
- B. La transferencia del título de propiedad comprende cualquier contrato (incluso el reporto) con el cual **el dador de la garantía financiera transfiere la plena propiedad de la garantía financiera al beneficiario de esta última, con la finalidad de asegurar la ejecución de las obligaciones financieras garantizadas ...**

Artículo 4. Ejecución de la garantía financiera

- Los estados miembros aseguran que en caso de evento determinante de la ejecución de la garantía financiera, el beneficiario de la garantía quede en grado de realizar la garantía financiera otorgada de los siguientes modos:
- A. respecto de instrumentos financieros, mediante la **venta, o apropiación y compensación** con las obligaciones financieras garantizadas o extinción de las mismas.
- B. respecto del dinero en efectivo, mediante la **compensación** con las obligaciones financieras garantizadas o extinción de las mismas.

- Las modalidades de ejecución de garantías financieras mediante constitución de garantía real, no implican obligación de:
- A. comunicar la intención de proceder a su realización en forma previa.
- B. que las condiciones de realización sean aprobadas por un Tribunal.
- C. que la realización sea por subasta pública o
- D. Que tenga que transcurrir un período determinado.

Art. 6 y 7 Reconocimiento de contratos de garantía financiera con transferencia del título de propiedad y de las cláusulas de compensación..

- Los contratos de garantía financiera con transferencia del título de propiedad podrán tener efecto en conformidad con sus términos.
- Se habilita la cláusula de compensación por “close out”, incluso en los casos de procesos concursales o de embargo.

- Ni el otorgamiento de un contrato de garantía financiera, ni la entrega de la misma podrán ser declarados nulos, anulables o ineficaces, por el sólo hecho de haber ocurrido:
 - A. Antes del decreto de admisión del procedimiento concursal.
 - B. En un período precedente definido en relación a tal decreto.
 - C. Incluso después de tal decreto, si el beneficiario prueba haber estado de buena fe.
 - D. Tratándose de garantías financieras integrativas, con sustitución de los activos, tampoco será cuestionable dicha sustitución de activos.

- Anteproyecto de Convención sobre derechos de garantía sobre valores gestionados por un intermediario
UNIDROIT 2006

- Se aplica a los contratos de garantía en virtud de los cuales un constituyente de garantía **entrega títulos intermediados a un tomador de garantía ... a fin de garantizar la ejecución de cualquier obligación actual o futura del constituyente o de un tercero.**

- *Article 24*
- *Realización*
- 1. – En caso de acaecimiento de una hipótesis de realización, el tomador de la garantía puede realizar los títulos entregados en garantía:
 - a) **vendiéndolos** y afectando el producido neto de la venta a la ejecución de las obligaciones garantizadas.
 - b) **apropiándose** de los títulos entregados y afectando su valor a la ejecución de las obligaciones garantizadas, por compensación o a títulos de ejecución parcial o total, siempre que el contrato de garantía prevea esta forma de realización y determine las modalidades de valuación de los títulos entregados en garantía.

- 2. – Los títulos entregados en garantía, pueden ser realizados – bajo reserva de cualquier disposición en contrario en el contrato de garantía – sin que exista ninguna obligación de:
 - i) notificación previa de la intención de realizar.
 - ii) aprobación de las condiciones de realización por parte de un Tribunal, oficial público o ministerial o cualquier otra persona.
 - iii) realización por subasta pública o cualquier otra forma prescrita
- Puede ser realizados independientemente de la apertura o prosecución de cualquier procedimiento concursal del constituyente o del tomador de la garantía.

Article 26

[Reclamo de margen o sustitución de garantía.]

- Cuando un contrato de garantía estipula la obligación de entregar títulos en forma complementaria en función de las variaciones del valor de la garantía entregada, la entrega de nuevos títulos no será revocable o impugnabile por el sólo hecho de haber ocurrido dentro de cierto plazo anterior a la apertura de un procedimiento concursal.

ITALIA

- Corsi e ricorsi.
- Pegno sui prosciutti.
- Privilegio convencional en el TUB.
- Fluctuaciones de la jurisprudencia.

Reforma de la ley italiana de sociedades comerciales de enero de 2003.

SEZIONE XI.
DEI PATRIMONI

2447-bis. (*Patrimoni destinati ad uno specifico affare*). La società può:

- a) ***costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;***
- b) ***convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.***

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società.

- Legge 23 febbraio 2006, n. 51, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 49 del 28 febbraio 2006 - Supplemento Ordinario n. 47
- *Art. 39-novies.*
Termine di efficacia e trascrivibilità degli atti di destinazione per fini meritevoli di tutela
- *1. Dopo l'articolo 2645-bis del codice civile e' inserito il seguente:*
- *«Art. 2645-ter (Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche). Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.*

Francia

- Reforma del derecho de las garantías reales por Ordenanza del Poder Ejecutivo.
- “Pequeña Ley” de fideicomiso.

REFORME DU DROIT DES SURETES

- Paris, le 28 mars 2005
- **RAPPORT A MONSIEUR DOMINIQUE PERBEN, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE**
- **GROUPE DE TRAVAIL** présidé par le Professeur Michel Grimaldi, Professeur
- à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

ORIENTATIONS GÉNÉRALES DE LA RÉFORME

- ?
- Il est proposé d'ajouter au Code civil un Livre quatrième intitulé "*Des sûretés*", lequel serait divisé en deux titres respectivement nommés "*Des sûretés personnelles*" (Titre I) et "*Des sûretés réelles*" (Titre 2).
- ? En second lieu, et sur le fond, la réforme proposée poursuit plusieurs buts.
- **La modernisation et l'actualisation des textes désuets, pour certains contemporains de l'adoption du Code civil, ont de façon générale constitué une priorité.**
- **Certaines solutions novatrices, récemment souhaitées par les Pouvoirs publics ou réclamées de longue date par les praticiens, ont été accueillies afin de concourir au développement du crédit et de sauvegarder la compétitivité juridique du marché français.**
- **Mais, là où il suggère des innovations, le groupe, soucieux des intérêts du débiteur, a veillé à proposer des solutions équilibrées, qui gardent le débiteur de sa propre faiblesse comme d'éventuels abus du créancier.**
- **Il est permis d'espérer qu'il renforcerait ainsi l'attractivité du droit français.**

DES SURETES RÉELLES SUR LES MEUBLES

- **Refonte du gage de meubles corporels**
- La réforme du gage serait ambitieuse: **sûreté dont la complète refonte s'impose**, notamment si l'on souhaite renforcer l'attractivité du droit français.
- Notre droit, en effet, souffre du principe traditionnel suivant lequel, en l'absence d'un texte spécial, une sûreté mobilière implique la dépossession de celui qui la constitue.
- Certes, les textes spéciaux instituant une sûreté mobilière sans dépossession sur tel ou tel bien se sont multipliés au fil des années.
- Mais, d'une part, leur foisonnement entache d'une **extrême complexité le droit français des sûretés mobilières** ; d'autre part, il reste le cas des autres biens, pour lesquels demeure insatisfait le besoin d'une sûreté réelle qui conserve au constituant, qui est le plus souvent le débiteur, la détention de son bien.
- **La création, dans un chapitre II intitulé "*Du gage*", d'une sûreté réelle mobilière conventionnelle sans dépossession, qui serait polyvalente, a donc semblé opportune.**

- Deux autres propositions attendues par la pratique prolongent cette innovation majeure :
- **l'extension de l'assiette du nantissement**
et
- **l'assouplissement de ses modes de réalisation.**

a. Création d'une sûreté mobilière conventionnelle, sans dépossession et polyvalente

- Inspiré du *security interest* institué par l'article 9 du Code de commerce Uniforme des États-Unis d'Amérique, mais sans en être une simple copie ...

- Il va de soi qu'une telle réforme supposerait que fût effectivement institué et organisé un **systeme de publicité personnelle**. Cela a été fait récemment, et avec succès, dans certains pays, tel le Québec.

b. Extension de l'assiette du gage

- **Le principe de la spécialité du gage quant aux créances garanties et aux biens grevés a été conservé.**
- Toutefois, s'agissant des biens grevés, le groupe propose des règles de nature à permettre ou à consolider le gage portant sur des **choses futures ou sur un ensemble de biens.**
- En outre, **lorsque le bien nanti est fongible ou constitue l'élément d'un ensemble, le détenteur pourrait l'aliéner si la convention l'y autorise, et les droits du créancier gagiste s'exerceraient alors sur le bien qui en serait la représentation (article 2339).** Serait ainsi grandement facilitée la constitution du gage sur stocks, qui est aujourd'hui nécessaire au développement du crédit commercial.

c. Assouplissement des modes de réalisation

- Parce que l'efficacité d'une sûreté implique la **simplicité et la rapidité de ses modes de réalisation**, et que tel est bien le sens de l'évolution actuelle du droit positif, mais **qu'il convient de protéger le débiteur et les autres créanciers d'une procédure sommaire qui serait de nature à les spolier**, il est proposé :
 - - de maintenir la prohibition de la clause de voie parée (article 2341);
 - - de reconduire la faculté d'attribution judiciaire du bien gagé, mais après une **expertise, d'ordre public, destinée à en déterminer la valeur, sauf si le bien fait l'objet d'une cotation sur un marché** (article 2342) ;
 - - de **lever l'interdiction du pacte comissoire, mais sous la même condition d'expertise** (article 2343).
- Sur cette dernière mesure, **une opinion dissidente, favorable au maintien de la prohibition du pacte comissoire, a été émise par le représentant des avocats, qui a fait valoir la protection due au débiteur.**

Actualisation du nantissement de meubles incorporels

- Il est proposé de l'actualiser très sensiblement, en envisageant spécialement, en trois sections distinctes, ses trois variétés les plus usuelles : le nantissement de créances, qui serait refondu (a), le nantissement de monnaie scripturale et le nantissement d'instruments financiers, qui seraient reçus dans le Code civil (b).

a. Refonte du nantissement de créances

- Le nouveau régime aurait vocation à s'appliquer au nantissement de *toute* créance.
- L'actualisation qui en est proposée vise à concilier les impératifs de sécurité et d'efficacité. Elle s'inspire notamment de certains atouts de la cession de créances professionnelles, dont le succès est avéré.

- **b. Réception des nantissements de monnaie scripturale et d'instruments financiers**
- Ce serait une innovation fort importante que d'introduire dans le Code civil ces deux nantissements : l'un totalement nouveau, le **nantissement de monnaie scripturale** ; l'autre "rapatrié" depuis le Code monétaire et financier, le **nantissement d'instruments financiers** ... actuellement prévu et réglementé par le Code monétaire et financier, puisqu'il s'agit d'une sûreté que tout citoyen peut constituer et que l'on sait la part croissante qu'occupent les valeurs mobilières dans les patrimoines des français.

Nantissement de monnaie scripturale

- **Convention par laquelle le constituant affecte en garantie des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom auprès d'un établissement habilité à les recevoir (article 2357).**
- **L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité serait ici sans incidence (article 2364).**

- **Reconnaissance de la propriété cédée ou retenue à titre de garantie**
- La propriété-garantie ne fait pour l'heure l'objet d'aucune disposition spécifique dans le Code civil. La propriété cédée à titre de garantie est prévue par quelques lois particulières, dont notamment la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, qui a institué avec succès la cession de créances professionnelles dite « cession Dailly », et qui a été depuis codifiée au code monétaire et financier. Quant à la propriété retenue à titre de garantie, encore appelée réserve de propriété, elle n'est guère réglementée que dans le cas d'insolvabilité du débiteur par les dispositions du Livre sixième du code de commerce.

- **Le Groupe a considéré que l'importance économique de la propriété-garantie justifiait que le Code civil en traitât dans un Livre dédié aux sûretés, et qu'il affirmât la liberté des parties de choisir, le cas échéant, entre la constitution d'une sûreté réelle traditionnelle, gage ou nantissement, et celle d'une propriété cédée ou retenue à titre de garantie.**
- **Aussi, propose-t-il que soient reconnues, mais d'une manière sensiblement différente, les deux formes de propriété-garantie : alors que la propriété cédée à titre de garantie ferait l'objet d'une simple consécration (a), la propriété retenue à titre de garantie serait dotée d'une réglementation d'ensemble (b).**

- a. Simple consécration de la propriété cédée à titre de garantie
- S'agissant de la propriété cédée à titre de garantie, le Groupe avait, au terme d'une réflexion approfondie, abouti à la rédaction d'un texte de huit articles, lorsque la Chancellerie constitua une commission ayant pour mission de faire des propositions sur l'introduction de la fiducie en droit français.
- Or, s'il n'est pas certain que toute cession de propriété à titre de garantie relève la technique fiduciaire, l'inverse ne fait aucun doute : la fiducie-sûreté se définit comme un transfert de propriété à titre de garantie. Aussi, dans l'attente des conclusions de la commission récemment constituée par la Chancellerie, le Groupe a-t-il estimé plus sage de se borner à proposer un texte qui, entérinant l'existence de cette forme de propriété-garantie, disposerait simplement que *la propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la*
- *loi* (article 2379).
- Naturellement, le Groupe serait heureux que le texte qu'il a élaboré fût communiqué à la commission en charge de la réflexion sur la fiducie.

b. Réglementation d'ensemble de la propriété retenue à titre de garantie

- La réserve de propriété serait définie comme la *convention par laquelle les parties suspendent l'effet translatif d'un contrat au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* (article 2380).

- **2. Modernisation de l'hypothèque**
- Tout comme la refonte du gage, la modernisation de l'hypothèque serait un apport essentiel de la réforme.
- Ainsi, il serait expressément précisé que **l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures.** Mais il faudrait que celles-ci fussent déterminables (article 2427) ;

- **c. Institution d'une hypothèque conventionnelle rechargeable et**
- **d'une hypothèque conventionnelle inversée**

Constitución francesa

- **Article 38**
- Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.
- Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.
- A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

LOI n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et liens vers les décrets d'application

Article 24

- Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnances les mesures nécessaires pour :
 - 1° Introduire, dans le code de commerce, des dispositions permettant le nantissement des stocks des entreprises et modifier les dispositions du code civil pour simplifier la constitution des sûretés réelles mobilières et leurs effets, étendre leur assiette et autoriser le gage sans dépossession ;**
 - ...
 - 3° Insérer à droit constant, dans le code civil, les dispositions relatives à la clause de réserve de propriété ;**
 - 4° Donner une base légale à la garantie autonome qui oblige le garant, sauf fraude manifeste, à payer dès qu'il est sollicité ou selon des modalités préalablement convenues, à la lettre d'intention par laquelle un tiers exprime à un créancier son intention de soutenir le débiteur dans l'exécution de son obligation, ainsi qu'au droit de rétention qui permet au créancier qui détient une chose qu'il doit remettre d'en refuser la délivrance tant qu'il n'a pas reçu complet paiement ;
- **Les ordonnances prévues par les 1° à 5° doivent être prises dans un délai de neuf mois suivant la publication de la présente loi.**
- Pour chaque ordonnance, un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de sa publication.

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2005-2006

Annexe au procès-verbal de la séance du 21 juin 2006

- **PROJET DE LOI**
- *ratifiant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés et complétant ses dispositions,*
- PRÉSENTÉ au nom de M. DOMINIQUE DE VILLEPIN,
- Premier ministre, par M. PASCAL CLÉMENT,
- Garde des sceaux, ministre de la justice
- **EXPOSÉ DES MOTIFS**
- Mesdames, Messieurs,
- Le présent projet de loi est destiné à ratifier l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, prise en application de l'habilitation conférée par l'article 24 de la loi n° 2005-842 du 28 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.
- Cette ordonnance a permis de moderniser le droit des sûretés, y compris de l'hypothèque, afin de l'adapter aux besoins des acteurs économiques.

Chapitre IV : De la propriété cédée ou retenue à titre de garantie

Article 2379

La propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la loi.

Elle peut aussi être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une convention de réserve de propriété.

Sous-section 3

Dispositions relatives à la propriété retenue à titre de garantie

Article 13

Les articles 2367 à 2372 sont ainsi rédigés :

« *Art. 2367.* - La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

« La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

« *Art. 2368.* - La réserve de propriété est convenue par écrit.

« *Art. 2369.* - La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.

« *Art. 2370.* - L'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage.

« *Art. 2371.* - A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.

« La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.

« Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence.

« *Art. 2372.* - Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien. »

Pequeña ley sobre fideicomiso

- Información:
- www.senat.fr/dossierleg/ppl04-178.html”
- Propuesta legislativa de Philippe Marini de 8 de febrero de 2005
- Informe de Henri de Richemont de 11 de octubre de 2006
- Media sanción de 17 de octubre de 2006.

PROPOSITION DE LOI MARINI
EXPOSÉ DES MOTIFS
8 Février 2005

- Mesdames, Messieurs,
- ...
- Les praticiens ont été nombreux à réclamer l'introduction d'une fiducie, dont les applications de **gestion** ou de **garantie** ont été vantées. C'est ainsi, par exemple, que des biens pourront être mis en fiducie afin de garantir une ou plusieurs créances, au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers : **le transfert de titularité offrira l'avantage de la « propriété-sûreté » aux créanciers**, ce qui devrait entraîner une baisse du coût du crédit pour le débiteur, corollaire du risque réduit pour le créancier.

- Certains pays de tradition romano-germanique parviennent à un résultat équivalent à celui du *trust* avec la pratique, consacrée soit par la jurisprudence, soit par la loi, de la **fiducie**. On peut noter que l'Ecosse, le Liechtenstein, l'Afrique du Sud, l'Ethiopie, Israël, Puerto Rico, le Japon, ou encore la Russie, ont adopté un équivalent au *trust*, ainsi que – depuis déjà un certain nombre d'années – plusieurs pays d'Amérique du Sud. Le Luxembourg, par une loi publiée le 3 septembre 2003, a élargi le champ d'application de sa législation sur la fiducie. De l'autre côté de l'Atlantique, la province canadienne du Québec a, quant à elle, déjà adopté un régime général et complet de fiducie nommée lors de la réforme de son code civil, entré en vigueur le 1er janvier 1994. Le 28 avril 2001, la République Populaire de Chine a adopté une loi relative au *trust* qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2001. **L'Uruguay, fin 2003, a également adopté une loi ayant pour effet de régir les relations fiduciaires.**
- **La France ne peut pas rester insensible à la globalisation de cet instrument juridique.**

- Un constituant pourra aussi avoir recours à la fiducie pour créer une **garantie**. On sait que le recours à la réserve de propriété est très fréquent en pratique ; la fiducie-garantie permettra d'utiliser sous une nouvelle forme la propriété à titre de garantie.

- **Cette garantie n'est pas accessoire** à la créance garantie. Ceci permettra au constituant d'affecter en garantie des biens, garantie qui ne s'éteindra pas automatiquement avec l'extinction de la créance initiale. Cette même garantie pourra alors jouer au profit d'une nouvelle créance postérieure, sans qu'il soit nécessaire de créer une nouvelle fiducie, à la condition que le contrat soit suffisamment précis ; le retransfert des biens mis en fiducie-garantie ne s'opérera qu'une fois toutes les créances payées, selon les conditions ou modalités prévues par le contrat.
- ...
- La fiducie-garantie pourra porter sur des créances existantes ou futures, de manière analogue à ce qui est permis en matière de « cession Dailly ».

- **La fiducie-garantie permettra ainsi de garantir des flux de créances, et que les biens objets de la garantie ne demeurent pas statiques (*via* des cessions d'instruments financiers par exemple).**

- Le contrat de fiducie devra prévoir les **modalités d'évaluation des biens garantis devant être transférés au bénéficiaire en cas de défaillance** du débiteur, afin de limiter les risques d'abus, ce qui **interdit de prévoir que le créancier devienne automatiquement propriétaire du bien garanti**. Cette évaluation pourra par exemple reposer sur la vente amiable du bien par le fiduciaire. **En l'absence de stipulation contractuelle prévoyant les modalités d'évaluation, le recours à un expert est prévu, sauf pour les biens dont l'évaluation ne pose pas de difficultés** (sommes d'argent, instruments financiers, créances) et pour lesquels le risque d'abus dans l'évaluation (et donc l'appropriation) est inexistant.

N° 11

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2006-2007

Annexe au procès-verbal de la séance du 11 octobre 2006

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la proposition de loi de M. Philippe MARINI instituant la **fiducie**,*

Par M. Henri de RICHEMONT,
Sénateur.

Des mécanismes fiduciaires « innommés » déjà présents en droit français

- **vente à réméré**, définie par les articles 1659 et suivants du code civil. Par ce mécanisme, le transfert de propriété intervient comme un instrument de crédit au profit du vendeur.
- Le droit monétaire et financier a également vu se multiplier, à partir des années 1980, les régimes juridiques mettant en oeuvre des mécanismes fiduciaires. Tel est le cas, en particulier :
 - - de la cession de créances professionnelles à titre de garantie, couramment appelée « **cession-Dailly** » ;
 - - du **prêt** ou de la **prise à pension** de titres financiers ;
 - - de la **remise d'instruments financiers**, effets, créances ou sommes d'argent dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ;
 - - de la remise en pleine propriété de valeurs, instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, à titre de garantie de certaines obligations financières présentes ou futures ;
- des mécanismes de **compensation de créances**.

3. La fiducie aux fins de garantie

- Le droit des sûretés a récemment fait l'objet d'une vaste réforme,
- opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Si
- ce texte a élargi et modernisé les différents types de garanties -tant
- personnelles que réelles- disponibles en droit français, il n'a pas fait mention
- de la fiducie parmi les sûretés dont pourraient disposer un créancier en
- garantie du paiement de sa créance, cette question ne pouvant cependant être
- abordée compte tenu des termes de l'habilitation donnée par le législateur².
- Or, la fiducie-sûreté peut constituer une modalité très protectrice du
- créancier. Dans une telle hypothèse, **le fiduciaire s'engage en effet à**
- **rétrocéder le bien transféré au constituant de la sûreté lorsque cette**
- **garantie n'a plus lieu de jouer à raison de la disparition de la créance.**
- Toutefois, si le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette, il se fait alors attribuer
- les biens en qualité de bénéficiaire.

- **La fiducie pourrait également présenter de nombreux avantages dans le cadre d'opérations de financement structuré et de syndication bancaire.**
- La fiducie permettrait ainsi de généraliser l'aliénation fiduciaire qui emporte transfert de propriété d'une chose afin de garantir une dette, et qui offre ainsi au créancier une sûreté très efficace en cas de procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires applicable au constituant.

- Cette application s'avère très intéressante car la détention de la propriété d'un bien par un créancier constitue pour ce dernier la meilleure des sûretés possibles.

LES CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

- **Afin d'assurer l'attractivité de la fiducie, la commission propose :**
- - un **cadre juridique « unitaire »** pour la fiducie, qui n'opère pas de distinction entre la fonction de sûreté ou la fonction de gestion que pourraient assigner les parties au contrat de fiducie (article 1er) ;
- - **d'ouvrir** ce nouveau mécanisme juridique **tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales** (article 1er) ;
- - de favoriser la liberté contractuelle en limitant autant que possible les dispositions impératives ;
- - de faciliter la constitution, la gestion et la réalisation des sûretés réelles lors d'opérations juridiques complexes faisant appel à la fiducie, en
- consacrant en droit français le recours à un « **agent des sûretés** » (article 16).

Texto aprobado por el Senado francés el 17 de octubre de 2006

- « *Art. 2011.* – La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

- « *Art. 2328-1.* – Toute sûreté réelle peut être inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation. »

- « *Art. 2013-1 (nouveau)*. – Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés. « *Art. 2014*. – Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

- **Sesión del Senado francés del 17.10.2006**
- **M. BADINTER. –...**
- Partout, le *trust* ou la fiducie ont une double finalité : financière, pour garantir des crédits, et humaine car on ne peut toujours recourir au droit des tutelles. La deuxième finalité est perdue de vue et ne restera que la fiducie financière pour obtenir des crédits.

“Hostis habet muros, ruit alto
a culmine Troia ...”

(Virgilio, Eneida, Libro II,
290)