

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	7
-------------------	---

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LE DÉVELOPPEMENT DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME DE DROIT FRANÇAIS ET DU MORTGAGE DE DROIT ANGLAIS.....11

Section 1. Les sources de l'hypothèque maritime en France.....	11
--	----

§1. Evolution de l'hypothèque maritime de droit français.....	11
---	----

A. Du droit romain à la réforme du 23 mars 2006.....	12
--	----

B. La réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006.....	15
--	----

§2. Evolution des législations de droit international privé.....	16
--	----

A. La convention de Bruxelles du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles relatives aux priviléges et hypothèques maritimes.....	16
--	----

B. La convention de Bruxelles du 27 mai 1967 sur les priviléges et hypothèques maritimes.....	16
---	----

C. La convention de Bruxelles du 27 mai de 1967 sur l'inscription des droits relatifs aux navires en construction.....	16
--	----

Section 2. Sources et qualification du <i>mortgage</i> en droit anglais.....	18
--	----

§1. Le <i>mortgage</i> , une institution taillée pour le commerce.....	18
--	----

A. Aperçu historique du développement du <i>mortgage</i>	18
--	----

B. Définition et qualification des formes de <i>mortgage</i>	19
--	----

§2. L'institution du <i>mortgage</i> en droit anglais maritime : le <i>ship mortgage</i>	20
--	----

A. Evolution de l'institution depuis le <i>Merchant Shipping Act de 1854</i>	21
--	----

B. Définition et qualification juridique de l'opération en droit maritime.....	21
--	----

PARTIE I. L'HYPOTHÈQUE : PRINCIPALE SÛRETÉ DU CRÉDIT MARITIME.....23

CHAPITRE I. LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME.....24

Section 1. Les parties au contrat d'hypothèque.....	24
---	----

§1. Les conditions tenant au constituant de l'hypothèque.....	24
---	----

A. La navire détenu par un seul propriétaire.....	24
---	----

B. Le navire détenu par une copropriété.....	25
--	----

§2. Les conditions tenant au bénéficiaire.....	26
--	----

Section 2. Conditions tenant au bien hypothéqué.....	27
--	----

§1. Condition propre à tous les navires : la francisation.....	27
--	----

§2. Conditions particulières à certains navires.....	27
--	----

A. Le navire en construction.....	28
-----------------------------------	----

B. Le navire construit à l'étranger pour le compte d'un armateur français.....	29
--	----

Section 3. La constitution et l'inscription de l'hypothèque maritime.....	30
---	----

§1. Le formalisme de constitution.....	30
--	----

§2. L'inscription de l'hypothèque

maritime.....	30
CHAPITRE II. LES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE.....	32
Section 1. Les effets de l'hypothèque en dehors des cas de défaillance du débiteur.....	32
§1. Évènements de nature à compromettre la solvabilité du débiteur.....	32
§2. Évènements qui concernent plus spécialement le navire, objet de la garantie hypothécaire.....	33
A. Les mesures contre les actes d'administration.....	33
B. Les mesures contre les actes de disposition.....	35
Section 2. Les effets de l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur.....	36
§1. Le droit hypothécaire en action.....	36
A. La saisie conservatoire et la saisie-exécution du navire.....	37
B. Les moyens d'action du créancier- <i>mortgagee</i>	39
§2. Le droit hypothécaire concurrencé : l'adjudication du prix du navire.....	40
A. L'assiette du droit de préférence hypothécaire.....	41
B. Les priviléges de premier rang de l'article 31 de la loi du 3 janvier 1967.....	44
C. Les autres sûretés grevant les accessoires, agrès ou apparaux du navire.....	46
PARTIE II. LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ À TITRE DE GARANTIE : L'EXEMPLE DE LA FIDUCIE MARITIME.....	49
CHAPITRE I. LA FIDUCIE DE DROIT COMMUN.....	50
Section 1. Les sources de la fiducie-sûreté en droit commun.....	50
§1. Origines de la fiducie en droit français.....	50
A. La <i>fiducia</i> de droit romain.....	50
B. Le <i>trust</i> de <i>common law</i>	51
Section 2. La fiducie en droit français.....	53
§1. Le temps de l'acclimatation	53
A. Par le Code civil.....	54
B. Par la Convention de la Haye du 1 ^{er} juillet 1985.....	54
§2. L'introduction en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007.....	55
A. Présentation de l'opération.....	55
B. Les caractères de la fiducie.....	56
CHAPITRE II. LA FIDUCIE SÛRETE MARITIME.....	58
Section 1. La constitution de la fiducie-sûreté maritime.....	58
§1. Les parties au contrat de fiducie.....	58
§2. Les exigences de forme.....	59
Section 2. Opportunité et risques de la fiducie-sûreté.....	60

§1. Les atouts de la fiducie-sûreté en matière maritime.....	60
A. À titre de garantie dans le financement d'actifs.....	61
B. À titre de garantie en cas de défaillance du débiteur.....	62
§2. Les risques de la fiducie-sûreté en matière maritime.....	63
A. La responsabilité du créancier fiduciaire en tant que propriétaire du navire.....	64
B. Le gaspillage du crédit du constituant fiduciaire.....	64
CONCLUSION.....	66
BIBLIOGRAPHIE.....	67

INTRODUCTION

Conçues pour sécuriser le paiement des créances, les sûretés sont les « filles du crédit ». Toutefois, « *par un puissant phénomène de rétroaction, les sûretés assurent également le développement du crédit, ceci au point de masquer le lien de filiation et de donner l'impression que celui-ci est engendré par celles-là, tant il est vrai qu'il n'y a que peu ou point de crédit là où il n'y a pas ces auxiliaires précieux, voire indispensables, que sont les sûretés* »¹.

Le crédit maritime, au sens de « *crédit appliqué à la navigation et au commerce maritime* »² ne déroge pas à la règle. En effet, si les techniques de construction navale ont rendu les navires plus robustes, elles les ont également rendus plus précieux. En outre, la course actuelle au gigantisme, l'intensification des échanges et la croissance de la demande de transport ne sont pas de nature à faire infléchir le phénomène. En conséquence, pour répondre à de telles demandes, l'armateur est enclin à augmenter sa flotte ou en assurer le renouvellement. Ainsi, dès lors que ses fonds propres ne peuvent à eux seuls suffire à financer le navire, l'hypothèque maritime s'est présentée naturellement comme la sûreté idéale pour permettre un tel financement. Encore aujourd'hui, elle est considérée comme l'outil de référence dans le financement de flotte de commerce ou de pêche.

Selon l'expression de R. RODIÈRE, l'hypothèque serait la ceinture de sécurité que l'on met dans l'espoir qu'elle ne servira jamais. Toutefois, si elle venait à servir, il est à espérer qu'elle se révèle suffisamment efficace car, au risque d'émettre un truisme, l'un des intérêts d'une sûreté est bien d'être... sûre. C'est cette finalité : la protection contre l'insolvabilité du débiteur et donc l'augmentation des chances de paiement, qui est directement recherché par le créancier. Toutefois, il n'y a pas que ça. Sur ce point, les « *principes fondamentaux d'une droit moderne des sûretés* », émis par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement reflètent les dispositions d'« une loi-modèle » applicable en matière de sûreté. Le rapport note dix qualités qui font typiquement d'une sûreté, une sûreté efficace. Parmi les principes, six retiennent notre attention :

La loi doit permettre la constitution rapide, simple et peu onéreuse d'une sûreté sans priver le débiteur de l'usage des biens grevés. Il importe que les procédures d'exécution de la sûreté doivent permettre une réalisation rapide des biens grevés à la valeur du marché. En outre, la sûreté doit se montrer efficace en période d'insolvabilité et donc susceptible d'exécution sur les biens duquel la sûreté a été constituée. Par ailleurs, le coût de la constitution, du maintien et de l'exécution de la sûreté doit être

¹ M. CABRILLAC et C. MOULY, Droit des sûretés, 2010, p. 5.

² J. BONNECASE, Traité de droit commercial maritime, Recueil Sirey, 1923, n°750, p. 669.

faible. Il doit exister un système efficace de publicité des sûretés. La loi doit établir les règles de priorité applicables aux droits concurrents sur les biens grevés par la sûreté des détenteurs de la sûreté et des tiers. Et enfin, les parties doivent autant que possible être laissées libres d'adapter la sûreté aux besoins particuliers de leur transaction.

Car la sûreté a également un rôle économique. D'ailleurs, les acteurs économiques ne manquent pas de vérifier, préalablement à leur décision d'investissement le forum la présence d'outils juridiques adaptés à leur activité. Depuis 2003, les rapports *Doing business* leur permettent même de mesure l'attractivité économique d'un État. Ainsi, force est de constater qu'aujourd'hui, la concurrence a eu des incidences sur les rapports juridiques qui se sont, corrélativement, internationalisés. La compétition s'étend à un nombre croissant de domaines « *jusque-là ignorés, comme le droit* »³. Dès lors, la mondialisation, à l'origine économique, a vocation aujourd'hui à être juridique. La question de l'attractivité du « site France »⁴ est ainsi posée. Ainsi, si le droit français a longtemps rayonné au-delà de nos frontières, force est de constater qu'aujourd'hui, notre statut de « modèle » est contesté. En effet, dans une lutte qui oppose le système romano-germanique au modèle de *common law*, il semble que les opérateurs semblent donner préférence au second lorsqu'ils prennent une décision d'établissement ou d'investissement. Le domaine maritime n'échappe pas à cette règle.

Ainsi, au vu des développements qui précèdent, la question de l'efficacité (et donc de l'attractivité) de l'hypothèque maritime est nécessaire.

En effet, nombre sont les praticiens que l'hypothèque est d'un régime rigide, qu'elle n'est pas souple. Parmi les plaintes, le fait qu'elle ne puisse être grevée sur un navire destiné à l'exportation, le fait que le droit français n'admette pas l'hypothèque de flotte, à la manière d'un *fleet mortgage* de *common law*. Ces critiques ne sont pas à tempérer. Pour s'en convaincre, il s'agit de voir l'ampleur du phénomène des dépavillonnements. Déjà, en 1976, POTIER constatait que l'existence du *mortgage* dans la législation de certains pays à pavillon de complaisance était considérée par des investisseurs comme un élément attractif de ce pavillon. Plus récemment, un article écrit par J.Y. THOMAS⁵, arbitre et consultant maritime se fait clair : « *les accusations les plus sévères à l'encontre des pavillons de libre immatriculation, depuis plusieurs décennies, n'ont pas ralenti leur développement* ». Ainsi,

³ Discours de D. de VILLEPIN du 22 mai 2006 sur l'attractivité du droit français, allocation publiée sur le site de l'ancien ministre.

⁴ X. LAGARDE, Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 2745.

⁵ J.Y THOMAS, *Faut-il reformer l'exercice de l'hypothèque maritime*, Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, 2004.

si l'on s'attarde sur les raisons qui poussent l'armateur à opérer un tel choix, il existe bien une raison : « *c'est l'avantage que procure, pour la banque ou l'institution qui finance le navire, l'immatriculation sous la plupart des registres ouverts (...) Or, les pays offrant la libre immatriculation (...) ont presque tous adopté une législation maritime inspirée de la common law anglaise* ».

S'interroger valablement sur ce problème est essentiel. En effet, l'avenir de nos armements en dépend. Car une sûreté efficace peut concourir à la vitalité d'une branche industrielle. Comme le note MM CABRILLAC et C.MOULY, « *le gage du vendeur de véhicules à crédit, malgré ses malfaçons techniques, a largement contribué à l'expansion de l'industrie automobile* »⁶. Ainsi, peut-être un droit moderne de l'hypothèque peut-il contribuer à assurer la vitalité de l'industrie maritime.

Comparaison n'est pas raison⁷

L'idée ici n'est pas d'arriver à la conclusion qu'un système unique convient à tous (*One size fits all*) mais tout au plus, d'envisager des jeux d'influence. Si « *des peuples démocratiques qui s'avoisinent (...) finissent par se ressembler sur presque tous* »⁸, l'idée de ce mémoire n'est toutefois pas d'importer une institution pour la ranger dans les tiroirs du droit français. Cela conduirait en effet à donner une définition du « *meilleur droit* » comme à délimiter un « *axe de mauvais droit* ». Il s'agit tout au plus de souligner les apports potentiels du *mortgage* à l'hypothèque maritime de droit français.

Comparer les droits, résolument⁹

Le *Common law* peut s'avérer « *impénétrable aux juristes continentaux* »¹⁰. En effet, le droit anglais a toujours été un droit *autre*. La doctrine française peut même se révéler moqueuse : « *Contentons-nous s de dire par boutade que le droit anglais conduit à gauche et mesure en pieds* »¹¹. Mais il ne fait nul doute que les préoccupations des créanciers hypothécaires se retrouvent en droit comparé. Ainsi avons-nous choisi, à titre liminaire seulement, de présenter avec la plus grande prudence les quelques points d'impact que présentent le *mortgage* et l'hypothèque.

⁶M. CABRILLAC, C. MOULY, *op. cit.*, p. 5.

⁷G. FLAUBERT, Correspondance du 27 mars 1857.

⁸ « Des peuples démocratiques qui s'avoisinent ne deviennent pas seulement semblables sur quelques points ; ils finissent par se ressembler sur presque tous », A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, t. I, p. 288, 1961.

⁹Cette formule a été emprunté à l'ouvrage de Pierre Legrand, *Comparer les droits, résolument*, éd. PUF, 2009.

¹⁰ D. ALLAND et S.RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, p. 238, 2003.

¹¹P. JESTAZ, *Le Droit*, 5e éd. Dalloz, Paris, 74, 2007.

S'ouvrir à d'autres techniques de garantie.

Pourquoi ne pas également puiser notre inspiration dans des institutions du droit français ? En effet, il est aujourd’hui de principe de dire que les sûretés traditionnelles de droit français se sont révélées insuffisantes à remplir leur rôle. Peu importe les garanties, hypothèque, caution, garanties autonome, les sûretés réelles traditionnelles donne souvent au créancier l’effet de tomber de Charybde en Scylla. De là, la pratique et le législateur ont été conduits à mettre en place des techniques plus rudimentaires, plus frustres : les propriétés-garanties. Il nous semble que l’aliénation fiduciaire, créée par la loi 2007-211 du 19 février 2007, peut répondre au souci des opérateurs économiques de sécuriser leurs créances.

Dans cette perspective, s’interroger sur l’attractivité de l’hypothèque maritime en France suppose de la mettre en contact avec le *mortgage* de droit anglais (**Partie I**). Dès lors, à l’issue de l’étude de l’hypothèque conviendra-t-il de s’interroger sur l’opération de fiducie-sûreté appliquée au financement de navire (**Partie II**).

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LE DÉVELOPPEMENT DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME DE DROIT FRANÇAIS ET DU MORTGAGE DE DROIT ANGLAIS

Un coup d'œil rapide permet de voir que les législations françaises et anglaises sont les deux pôles derrière lesquelles se rangent la majorité des pays. Le *Common law* peut toutefois s'avérer « *impénétrable aux juristes continentaux* »¹² La formule d'Henri LÉVY-HULLMANN rend bien compte : « *Dans le droit anglais, nous ne sommes pas chez nous, nous ne nous sentons pas chez nous, comme nous nous sentons toujours un peu chez nous dans tous les droits, mêmes étrangers, qui ont subi la discipline du droit romain (...)* »¹³. Toutefois, comme l'a souligné Emmanuel DU PONTAVICE, il est intéressant de rechercher pourquoi l'hypothèque continentale et le mort-gage anglo-américain apparaissent aujourd'hui si différents l'un de l'autre. « *Or, par la sémantique même, une idée nous vient : « mort-gage » n'est-il pas une expression française ?* »¹⁴. Ainsi, nous étudierons successivement les sources de l'hypothèque maritime en France (section 1) et du *mortgage* en Angleterre (section 2).

Section 1. Les sources de l'hypothèque maritime en France

L'hypothèque maritime est une institution qui fut reconnue du droit français après bien des luttes et étudier les motifs d'un tel combat s'avère instructif pour apprécier son régime actuel. Par ailleurs, le droit maritime est le terrain privilégié au rapprochement des législations. Aussi, le seul droit français ne retiendra pas notre attention. Dans les développements qui suivent, il s'agira d'étudier l'évolution de l'hypothèque (§1) et ses diverses expressions à travers les conventions internationales en vigueur (§2).

§1. Évolution de l'hypothèque maritime de droit français

L'évolution de l'hypothèque maritime n'est pas un long fleuve tranquille. Force est de constater que l'institution a souffert de quelques pesanteurs historiques (A). Toutefois, elle est aujourd'hui une garantie fiable, bien que la règle « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » soit demeurée après la réforme du droit des sûretés (B).

¹² D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. PUF, p. 238, 2003.

¹³ H. LEVY-HULLMANN, *Comment un Français d'aujourd'hui peut-il aborder utilement l'étude du droit anglais et du droit anglo-américain ?*, Paris, LGDJ, p. 11, 1919

¹⁴ E. DU PONTAVICE, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome II, p. 8.

A. Du droit romain à la réforme du 23 mars 2006

L'introduction de l'hypothèque maritime ne s'est pas faite sans difficulté. Elle puise ses racines dans le droit romain, où elle accompagnait les contrats de prêt à la grosse aventure (1). Supprimée de l'ancien droit français puis ignorée par le législateur de 1804 (2), elle ne fut consacrée que par la loi du 10 décembre 1874 (3) à laquelle les lois successives du 10 juillet 1885 et du 19 février 1889 ont porté des modifications (4).

1. *Le nauticum foenus ou prêt à la grosse aventure*

L'hypothèque maritime est une institution ancienne. À Rome, où le droit commun permettait d'hypothéquer indistinctement tous les biens, meubles et immeubles, l'hypothèque pouvait frapper le navire. Même si elle ne fut jamais d'une grande application¹⁵, elle accompagnait généralement les contrats de *nauticum foenus*.

Le *nauticum foenus*, ou prêt à la grosse aventure, fut chez les Romains un puissant instrument de crédit maritime. Il assurait une triple fonction : un contrat d'association, de crédit et d'assurance. Le Doyen RODIÈRE le définit en ces termes : « *ce prêt est un contrat aléatoire aux termes duquel un capitaliste met de l'argent dans une expédition maritime avec l'espoir, en cas de succès de cette expédition, d'être remboursé et de recevoir un profit important, la prime de grosse ou le profit maritime* »¹⁶. Cette somme, considérée comme le prix du risque donc naturellement supérieure aux capitaux empruntés, était appelée dans les textes *usurae legitimae*¹⁷. Les risques étant assumés par le prêteur, ce dernier exigeait la constitution d'une hypothèque, laquelle lui conférait un droit de préférence, un droit de suite ainsi qu'un droit de vente.

Le prêt à la grosse, guère plus utilisé, fut supprimé par la loi du 3 janvier 1969. Dans un capitalisme naissant, il ne convenait ni aux banquiers ni aux armateurs, et constituait en cela un moyen de garantie médiocre. P. DE GENTILE rappelle en effet que « *ce contrat mettait aux compte des banquiers des risques dont ils ne voulaient peut-être point ; à l'armateur, il lui était onéreux à l'excès et de nature à nuire à son crédit* »¹⁸. L'hypothèque fût pareillement délaissée, tant l'absence de publicité de la

¹⁵L'interdiction de la stipulation d'intérêt dans le prêt à la grosse par le Pape Grégoire IX dans la décrétale *Naviganti vel eunti ad nundinas* de 1236 entraîna en effet sa quasi disparition.

¹⁶R. RODIERE et E. DU PONTAVICE, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 1ère édition, p. 93, 1997.

¹⁷P. VERNET, *Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain*, p. 57, 1865.

¹⁸P. DE GENTILE, *Du nauticum foenus et de l'hypothèque maritime*, thèse Aix-en-Provence, p. 134, 1889.

constitution ou du transfert de droits réels la rendait précaire.

2. « *Meubles n'ont pas de suite par hypothèque* » : de l'ancien droit français au Code civil de 1804

Dans les pays de droit écrit, on retrouve l'hypothèque telle qu'elle existait en droit romain¹⁹. Au contraire, dans les pays de droit coutumier et comme le postulait l'adage *res vilis, res mobilis*, les meubles, mobiles (voire, pour ainsi dire fugitifs) et d'une durée de vie limitée, ne pouvaient faire l'objet d'hypothèque. Il ne paraissait dès lors pas intéressant de les envisager en tant qu'investissement destiné à bénéficier à des titulaires successifs.

Par ailleurs, dans la pratique, l'hypothèque sur le navire se révèle être un moyen de crédit insuffisant. Si le défaut de publicité rendait cette garantie dangereuse, c'est surtout que les difficultés qui présidaient la vente entraînaient considérablement la rapidité des affaires commerciales. Un édit du 8 octobre 1666 constate ce souci :

*« ... Il importe pour la liberté de navigation, que les vaisseaux puissent être négociés, achetés et vendus promptement en toutes sûretés, sans être les acquéreurs assujettis aux longueurs et formalités de justice. Et que l'un des plus grands obstacles qui se rencontrent à la facilité de ce commerce (...) est de considérer par fictions dans les contrats les navires et toutes sortes de vaisseaux au-dessus d'un certain prix comme immeubles, et en cette qualité susceptibles d'hypothèques (...) que tous les navires sont censés et réputés meubles, sans qu'ils puissent être pris ni considérés comme immeubles dans les ventes, achats, ni chargés ni rendus susceptibles d'aucunes hypothèques... »*²⁰.

La loi étant générale, l'hypothèque maritime disparaissait du même coup dans les pays de droit écrit²¹, et le navire était excommunié du domaine de l'hypothèque. La grande ordonnance de la Marine d'août 1681 réitère la prescription en affirmant que « *les navires n'ont pas plus de suite par hypothèque que les autres meubles* ».

En reprenant textuellement l'adage de Loysel²², le législateur de 1804 condamne de la même sorte

¹⁹G.L AMBELOUIS, *De l'hypothèque maritime en droit français*, thèse Paris, p. 103 et s., 1887.

²⁰Édit de Vincennes « portant que les navires, frégates, bateaux et autres vaisseaux sont meubles » du 8 octobre 1666, n°492.

²¹E. DU PONTAVICE, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome II, p. 6.

²²A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Règles 487, livre III, titre VII, 5 : « *meubles n'ont pas de suite par hypothèque quand ils sont hors de la possession du detteur* ».

l'hypothèque mobilière à l'article 2119 du Code civil²³. Si certains commentateurs ont malgré tout pensé que l'hypothèque mobilière était admise mais simplement dépecée de son droit de suite, il s'avère que celle-ci était privée de toute effectivité, la règle de l'article 2276 du Code civil ancien²⁴ rendant le créancier dépourvu de recours contre l'acquéreur de bonne foi. Dans le même sens, et « *comme si cela allait pratiquement de soi* »²⁵, POTHIER lui-même se bornait à déclarer à l'égard des meubles : « (...) *ils ne sont pas, dans notre coutume, susceptibles de l'hypothèque* ».

3. La loi du 10 décembre 1874

L'interdiction d'hypothéquer les navires n'eut guère de conséquences économiques tant que dura le temps de la marine à voile. Néanmoins, les progrès des techniques de construction navale ont permis de sécuriser les navires, accréditant ainsi la fiabilité du gage des créanciers et des prévisions sur lesquelles s'est fondée l'assurance maritime moderne. Le navire, plus robuste et précieux, pouvait être enregistré et soumis à immatriculation. La conjonction de ces deux phénomènes (immatriculation et assurabilité) a permis la naissance de l'hypothèque et son développement²⁶.

C'est ainsi qu'aux termes de l'article 1 de la loi du 10 décembre 1874, « *les navires sont susceptibles d'hypothèque ; ils ne peuvent être hypothéqués que par la convention des parties* ». L'hypothèque maritime était née. La loi apporte par ailleurs trois innovations majeures :

D'une part, l'acte constitutif de l'hypothèque peut être sous-seing privé (article 2), à la différence de l'hypothèque immobilière. Notons néanmoins une contradiction de la loi, car jusqu'au décret du 30 septembre 1953²⁷, la radiation de l'hypothèque ne pouvait se faire que par acte authentique, allant à l'encontre du principe de parallélisme des formes en droit privé.

D'autre part, on peut hypothéquer un navire en construction (article 5). On remarquera que la loi civile n'a reconnu cette possibilité pour les bâtiments en construction que par le décret du 4 janvier 1955.

Enfin, la loi réserve aux seuls créanciers hypothécaires le bénéfice de l'assurance corps, de plein droit

²³Sur ce point, voir le propos de TREILHARD, rapporté par E. PUTMAN, Sur l'origine de la règle « meubles n'ont point de suite par hypothèque », *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 543, 1994 : « *les Romains ne doivent pas être toujours « nos maîtres en législation. Ils ont été quelquefois nos guides ; mais ce n'est pas à leur autorité que nous avons cédé, c'est à leur raison* ».

²⁴« *En fait de meubles, la possession vaut titre* ».

²⁵E. PUTMAN, art. cit.

²⁶P. BONASSIES ET C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 2ème éd. p. 383.

²⁷J.O du 1er janvier 1953, décret n°53-954 du 30 septembre 1953 portant abrogation du décret du 21 avril 1939.

(art. 17), ce qui limite l'un des principaux risques de la garantie hypothécaire : la perte du navire.

4. Les réformes successives : les lois du 10 juillet 1885 et du 19 février 1889

La loi du 10 juillet 1885 est essentiellement une loi sur la saisie-exécution et la vente judiciaire du navire²⁸. Notons que malgré son intérêt, la réforme supprime la subrogation de plein droit de l'indemnité d'assurance. Néanmoins, elle libéralise le taux d'intérêt en matière de crédit hypothécaire. En effet, par prudence vis-à-vis du prêt à intérêt, le législateur avait jadis voulu s'assurer que les taux débiteurs ne seraient pas fixés à des niveaux abusifs en instaurant un mécanisme de plafonnement, ce qui ne permettait pas à l'hypothèque d'exercer une grande influence à cause du peu de profit qu'elle offrait au prêteur. C'était donc, selon la formule de Turgot, « *rendre impossible une foule d'entreprise de commerce, qui ne peuvent se faire sans risque de capital* »²⁹. Une nouvelle fois, la loi maritime est en avance car un semblable déplafonnement ne se fera en matière commerciale que par une loi du 12 janvier 1886.

La subrogation de plein droit de l'indemnité d'assurance, abrogée par la loi du 10 juillet 1885 est réintégrée par la loi du 19 février 1889. Cette disposition fut reprise par l'article 47 de la loi n°67-3 du 3 janvier 1967 sur le statut des navires.

B. La réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006

L'hypothèque maritime constitue aujourd'hui un instrument de crédit fiable. Néanmoins, son régime a souffert de pesanteurs historiques. D'abord, la règle « *meuble n'ont pas de suite par hypothèque* » ont accrédité l'idée selon laquelle l'hypothèque était la seule sûreté contractuelle envisageable sur le navire. Ensuite, même si elle fait l'objet d'une législation séparée, elle n'en demeure pas moins sujette à la législation civile immobilière, qui reste le paradigme de référence ; ce qui rend le statut de l'hypothèque mobilière « *hybride* »³⁰. On regrette malgré tout que le législateur de 2006 n'ait pas cru bon de modifier le régime de l'hypothèque mobilière quand il a cru opportun de le faire concernant l'hypothèque immobilière.

²⁸E. DU PONTAVICE, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome II, p. 29.

²⁹TURGOT, *Écrits économiques*, 1770 : « fixer, par une loi, le taux de l'intérêt, c'est priver de la ressource de l'emprunt quiconque ne peut offrir une sûreté proportionnée à la modicité de l'intérêt fixé par la loi ; c'est rendre impossible une foule d'entreprise de commerce, qui ne peuvent se faire sans risque de capital ».

³⁰P. DELEBECQUE, Hypothèques mobilières sur navires, bateaux et aéronefs, *JurisClasseur Civil Code*, 2013.

Ainsi, quand l'hypothèque immobilière est profondément réformée par l'ordonnance du 23 mars 2006, les hypothèques mobilières n'ont pas été touchées par les innovations. L'ordonnance laisse même subsister la règle selon laquelle « *il n'est rien innové par le présent code aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer* » (art. 2399 du Code civil). Ainsi, pourtant conscient des défaillances de l'ancien régime de l'hypothèque immobilière, le législateur, *dans sa sagesse*³¹, n'a donc pas souhaité étendre ces innovations aux hypothèques mobilières (notamment les règles concernant la spécialité de la créance, et les nouvelles prérogatives d'attribution du bien géré). Si selon la réforme, les hypothèques tant mobilières qu'immobilières « *sont essentielles au bon fonctionnement de l'économie* », on voit pourtant difficilement en quoi la modernisation du droit de l'hypothèque serait l'apanage de l'hypothèque immobilière.

§2. Évolution des législations de droit international privé

Au regard de leur mobilité, les navires sont soumis à des conventions internationales. Leur objectif est clair : établir un concept de garantie dans « *le respect de certaines prescriptions fondamentales de l'ordre juridique maritime* »³². Ainsi seront examinées les trois conventions qui ont tenté de répondre à l'épineux problème de l'harmonisation : la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles relatives aux priviléges et hypothèques maritimes (A), la convention de Bruxelles du 27 mai 1967 sur les priviléges et hypothèques maritimes (B), la convention de Bruxelles du 27 mai de 1967 sur l'inscription des droits relatifs aux navires en construction (C).

A. La convention de Bruxelles du 10 avril 1926 pour l'unification de certaines règles relatives aux priviléges et hypothèques maritimes

La convention de Bruxelles du 10 avril 1926 se caractérise essentiellement par deux traits : d'une part, il s'agit d'assurer la reconnaissance entre les pays contractants des droits réels inscrits régulièrement dans un pays. Le principe est ainsi que la validité d'une hypothèque, mort-gage, gage sur navire doit être gouvernée par la loi du pavillon ; les règles de droit international privé, renvoyant presque naturellement à cette loi. Concernant les conditions de forme, la loi compétente est la loi des parties.

³¹Olivier Moréteau évoque non sans humour que pour le juge anglais, « il y a deux façons de dire que le Parlement s'est trompé ; l'usage d'une phrase du genre « le Parlement, *in its wisdom* (comprendre, dans son imbécillité), a décidé que » ou la stigmatisation de l'obscur travail des rédacteurs du texte qui, de toute façon, n'y connaissent rien ». *Droit anglais des affaires*, précis Dalloz, 1ère édition, p. 48.

³²M. RIMABOSCHI, *l'unification du droit maritime, contribution à la construction d'un ordre juridique maritime*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 345-383, 2006.

D'autre part, il s'agit de fixer un accord international sur les différents priviléges aptes à être préférés en cas d'insolvabilité. En ce sens, la convention diminue le nombre de priviléges qui priment la créance hypothécaire (article 2), ce qui est fondamental pour le créancier hypothécaire.

Introduite en droit français par une loi du 19 février 1949 (reprise par la loi du 3 janvier 1967), la convention a été très utile pour modifier notre droit interne (notamment par la diminution des priviléges maritimes) ce qui est souvent un effet indirect des conventions internationales. Toutefois, la convention n'a que partiellement atteint son but : faibles ont été les ratifications³³, ce qui n'assure pas son propos même : l'harmonisation des législations.

B. La convention de Bruxelles du 27 mai 1967 sur les priviléges et hypothèques maritimes

La convention de Bruxelles du 27 mai 1967 supprime des priviléges maritimes de premier rang et ne laisse subsister que les priviléges sur les gages et salaires, les droits de port et assimilés, les créances délictuelles pour dommages aux biens ainsi que les créances pour assistance, sauvetage, recueillement d'épave et pour contribution aux avaries communes³⁴. Ainsi, ne sont plus mentionnés le privilège des frais de justice, les priviléges des institutions de sécurité sociale de la cargaison et des fournisseurs du capitaine. Malheureusement, cette convention n'est pas entrée en vigueur, seule l'Égypte l'ayant ratifiée, en 1973.

C. La convention de Bruxelles du 27 mai de 1967 sur l'inscription des droits relatifs aux navires en construction

Beaucoup d'États ne reconnaissent pas l'inscription d'une hypothèque sur un navire en construction. C'était l'objet de la convention de Bruxelles du 27 mai 1967 que d'opérer une reconnaissance. Mais, comme la précédente, elle n'est pas entrée en vigueur.

³³On constate en effet que la Convention n'a pas été ratifié par : le Canada, l'Allemagne, l'Inde, l'Irlande, le Japon, les Pays-Bas, la Russie, le Royaume-Uni, les États-Unis d'Amérique.

³⁴Article 4-1 de la convention du 27 mai 1967 : « Les créances suivantes sont garanties par un privilège maritime sur le navire :

- i) les gages et autres sommes dues au capitaine, aux officiers et aux membres de l'équipage, en vertu de leur engagement à bord du navire
- ii) les droits de port, de canal et d'autres voies navigables ainsi que le frais de pilotage ;
- iii) les créances contre le propriétaire du chef de mort ou de lésion corporelle, survenant sur terre ou sur l'eau, en relation directe avec l'exploitation du navire ;
- iv) les créances délictuelles ou quasi délictuelles contre le propriétaire, non susceptibles d'être fondées sur un contrat, du chef de perte ou dommage à un bien survenant sur terre ou sur l'eau, en relation directe avec l'exploitation du navire ;
- v) les créances du chef d'assistance et de sauvetage, de relèvement d'épave et de contributions aux avaries communes »

Section 2. Sources et qualification du *mortgage* en droit anglais

À la différence de l'hypothèque maritime de droit français qui n'a pas connu d'évolution séparée de l'hypothèque immobilière, le *mortgage* de droit anglais a été pensé par un paradigme différent (B), avec une logique propre ce qui en fait une institution taillée pour le commerce (A).

§1. Le *mortgage*, une institution taillée pour le commerce

Le *mortgage* est la principale sûreté mobilière conventionnelle. *Statutory mortgage, equitable mortgage, legal mortgage...* la matière est complexe, la notion diversifiée. De cette complexité, il résulte qu'il n'est pas possible de donner du *mortgage* une définition d'ensemble³⁵. En effet, il est très dangereux, expliquait Lord Denman, de chercher à définir les relations précises existant entre le *mortgagor* et le *mortgaggee*³⁶. Cela nous conduit donc à rechercher la signification de cette notion dans ses origines (A), avant d'en présenter les caractéristiques et implications (B).

A. Aperçu historique du développement du *mortgage*

Comme le mot *mortgage* trouve sémantiquement sa source dans l'ancien droit français, une analyse historique nous permettra peut-être de mettre à jour la notion en droit anglais. En France, au Moyen-Âge, on connaissait deux types de gages avec dépossession : le vif-gage et le mort-gage. Dans le premier, le gage était remis en jouissance au créancier, *c'est-à-dire que* ce dernier pouvait l'exploiter et en conserver les revenus, de sorte que le revenu ainsi accumulé éteignait, à échéance, le capital de la dette. Dans le second, le gage était de même remis au créancier en jouissance, mais sans que les revenus tirés de l'exploitation n'aient une quelconque incidence sur l'extinction de la dette³⁷. Dans ce second schéma, les revenus servaient d'intérêt, sans toucher au capital. Parallèlement, en Angleterre, postérieurement à la conquête normande, on distingue entre le *vivum vadium* (vif-gage) et le *mortuum vadium* (mort-gage) qui sont tous deux des gages en jouissance et avec la même distinction selon que les revenus sont affectés ou non à l'extinction de la dette.

³⁵N. ASLAN, *Le mortgage en Angleterre et aux États-Unis*, Thèse, Paris, 1928.

³⁶Higginbotham v. Barton 11 ad. Et El. 207.

³⁷E. DU PONTAVICE, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome II, p. 8.

B. Définition et qualification des formes de *mortgage*

Nous verrons que le *mortgage* mobilier à titre de *common law* consiste dans le transfert de la propriété de *common law* à titre de sûreté (1), à la différence du *mortgage* équitable qui ne peut sortir leurs effets qu'en *equity*, puisqu'elles transmettent la seule propriété équitable (2).

1. *Le « mortgage légal » (legal mortgage)*

Le *mortgage* immobilier de droit anglais consiste en un transfert du droit de propriété sur un bien, à titre de garantie. Sa nature a été soulignée dans l'affaire *Stanley v. Wild*³⁸ ³⁹:

« The principle is: a mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation for which it is given. This is the idea of a mortgage and the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation... ».

Alors qu'en droit civil, la constitution d'une hypothèque n'a pas pour effet de transférer le titre de propriété au créancier, *at common law*, au contraire, la constitution d'un *mortgage* opère un transfert du titre de propriété⁴⁰, à la manière d'une vente conditionnelle ou d'une faculté à réméré. Il s'agit donc *« d'un transfert conditionnel, résoluble au moment du remboursement de la créance ou de l'exécution de l'obligation qui l'a motivé⁴¹ »*. Ce droit de rachat (*equity of redemption*) est d'autant plus important que le débiteur-*mortgagor* peut *« le céder, le léguer, le louer, ou encore l'hypothéquer, pendant la durée de l'hypothèque »*⁴². Le créancier peut quant à lui mettre fin au droit de rachat du débiteur par l'action en forclusion. Avec cette action, le créancier est titulaire du titre légal et du titre équitable sur

³⁸*Stanley v. Wild*, 1899, 2 Ch 474.

³⁹V. également Black's Law Dictionary, 4e éd. « *An estate created by a conveyance absolute in its form, but intended to secure the performance of some act, such as the payment of money, and the like, by the grantor or some other person, and to become void if the act is performed agreeably to the terms prescribed at the time of making such conveyance* ».

⁴⁰Sur le dédoublement du titre de propriété : v. Y. EMERICH, la nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ? *Revue juridique Thémis*, p. 133, 2010 – expliquant que « *dans l'ancienne common law, le débiteur (mortgagor) transférait le titre légal (legal title) au créancier (mortgagee), avec une obligation de rendre le bien en cas de paiement. Avec le temps, les cours d'equity ont reconnu au débiteur (mortgagor) un titre équitable (equitable title) afin de protéger ses droits* ».

⁴¹J.E ROACH, *les hypothèques immobilières en common law*, p. 5, note 149 – cité par Y. EMERICH dans « la nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ? », art. cit., p. 133.

⁴²Y. EMERICH, art. cit.

le bien grevé. Néanmoins, il est à noter que le débiteur-*mortgagor* ne peut par convention renoncer à son *right to redeem* au profit du *mortgagee*. Ceci a été posé par la décision *Vernon v. Bethell* (1762), qui affirma la quasi-maxime, « *once a mortgage, always a mortgage*⁴³ ».

2. Le « *mort-gage équitable* » (*equitable mortgage*)

Le *mortgage* en *equity* ne transfère pas le titre légal au créancier, mais crée seulement un droit en *equity*. Sa nature a été soulignée dans l'affaire *Swiss Bank v. Llyods Bank*^{44 45} :

« *An equitable mortgage is created when the legal owner of the property constituting the security enters into some instrument or does some act which, thought insufficient to confer a legal estate or title in the subject matter upon the mortgagee nevertheless demonstrates a binding intention to create a security in favour of the mortgagee, or in other words evidences a contract to do so* ».

Ainsi, un *mortgage* en *equity* sera créé dans le cas où un second *mortgage* est constitué successivement sur un même bien par un même débiteur⁴⁶, ou dans le cas d'un *legal mortgage* dont les formalités de constitution auront été viciées. En effet, l'*equity* donne priorité à l'intention plutôt qu'à la forme, selon l'adage « *equity looks to the intent rather than to the form* ». La qualification est importante puisque l'ordre de priorité entre les créanciers garantis en sera impacté : un *equitable mortgage* n'ayant jamais priorité (sauf cas de fraude) sur un *legal mortgage*.

§2. L'institution du *mortgage* en droit anglais maritime : le *ship mortgage*

En Angleterre, en l'absence de dépossession et d'enregistrement du navire, on a vu la possibilité de *mortgager* le navire avec la même suspicion qu'en France. Ainsi, le *mortgage* sur le navire n'a vraiment été admis que par le *Merchant Shipping Act de 1894* (A). L'institution est aujourd'hui une garantie fiable et bien implantée (B).

⁴³Pour le plaisir, nous transposons la fameuse observation de Lord Henley LC pour justifier cette décision :

« *necessitous men are not, truly speaking, free men, but, to answer a present exigency, will submit to any terms that the crafty may impose upon them* ».

⁴⁴*Swiss Bank v. Lloyds Bank* 1982, A.C 584, 594

⁴⁵Black's Law Dictionary op. Cit. « *A specific lien upon real property to secure the payment of money or the performance of some other obligation, which a court of equity will recognize and enforce, in accordance with the clearly ascertained intent of the parties to that effect, but which lacks the essential features of a legal mortgage, either because it grows out of the transactions of the parties without any deed or express contract to give a lien, or because the instrument used for that purpose Is wanting in some of the characteristics of a common-law mortgage*

⁴⁶Sur l'explication d'un tel droit, v. Y. EMERICH, art. prec. : « *le débiteur (mortgagor) ne pouvant transférer le titre de propriété légale au second créancier (mortgagor) puisqu'il l'a auparavant transféré au premier créancier en date. Le débiteur peut seulement alors transférer le droit de rachat au second créancier*

A. Evolution de l'institution depuis le *Merchant Shipping Act* de 1854

À l'origine, le *mortgage* maritime et le *mortgage* immobilier étaient régis par les mêmes principes. Mais, grâce à l'introduction de la pratique de l'enregistrement en Angleterre, la première de ces institutions tendit bientôt à se rapprocher du système hypothécaire continental. La pratique de l'enregistrement a été introduite en Angleterre par le *Navigation Act* de 1660, mais cet acte n'exigeait l'enregistrement que pour les navires étrangers possédés par des anglais. Le *Statute 7 et 8* l'exigea ensuite pour les navires construits en Angleterre ou dans les colonies, qui faisaient le commerce des Indes⁴⁷ (soit les navires les plus importants).

En droit anglais, le navire est considéré comme un bien meuble (*chattel*)⁴⁸. Pourtant, avant le *Merchant Shipping Act* (MSA) de 1854, le droit anglais appliquait le droit du *land mortgage* (hypothèque immobilière) au *mortgage of chattels* (hypothèque mobilière). Cela induisait que le *mortgage* grevé sur le navire impliquait transfert du titre légal de propriété par l'effet d'un acte d'un *bill of sale* (acte de vente) absolu portant au dos une annulation conditionnelle. Le *mortgagee* devenait, en vertu de l'acte constitutif, propriétaire du navire. Ce dernier prenait ensuite soin d'enregistrer son droit sur le navire, selon les statuts d'enregistrement des navires anglais.

La pratique de l'enregistrement s'est généralisée par le *Merchant Shipping Act* de 1854 qui rendit obligatoire l'enregistrement du navire⁴⁹. Parallèlement, le *Bills of Sale Act* de 1878 régissant le *mortgage on chattels* a pris compte de cette évolution en excluant le navire de son champ d'application. Ainsi, on constate une évolution séparée des deux institutions, le *mortgage* mobilier s'adaptant alors au milieu qu'elle devait régir : le maritime.

B. Définition et qualification juridique de l'opération en droit maritime

En substance, le *Merchant Shippint Act* de 1854 et le *Merchant Shipping Act* de 1995 qui l'a remplacé, maintiennent l'idée que le créancier-*mortgagee* est bien titulaire du droit de propriété sur le navire. Néanmoins, ce droit « *n'existe que dans la stricte mesure nécessaire à la protection des intérêts des*

⁴⁷L. JOUDAN, *Des sûretés réelles sur les navires*, p. 13, thèse Aix, 1914.

⁴⁸Black's Law Dictionary op. cit. « *a chattel is an n article of personal property; any species of property not amounting to a freehold or fee in land. A thing personal and movable* ».

⁴⁹*Merchant Shipping Act 1854*, 17^o & 18^o Victoria, c. 104, XIX : « *every British Ship must be registered in manner herein-after mentioned (...)* ».

créanciers »⁵⁰. En effet, selon la section LXX du *Merchant Shipping Act* de 1854, « *a mortgagee shall not by reason of his mortgage be deemed to be the owner of a ship or any share therein, nor shall the mortgagor be deemed to have ceased to be owner of such mortgaged ship or share, except in so fare as may be necessary for making such ship or share available as a security for the mortgage debt* ». Enfin, la section 34 indique, *expressis verbis* dans la section 34 que le « *mortgagee (is) not treated as owner* »⁵¹.

Sur la conception moderne du droit de propriété du *mortgagee*, on pourrait se risquer à faire une analogie avec l'opération de fiducie de droit français. En ce qui concerne la fiducie, comme le souligne Rafael IBARRA GARZA, certains auteurs, pour mettre en évidence les particularités de la propriété fiduciaire, l'adjectivise⁵². Elle a été décrite comme une propriété « *modelée* »⁵³, « *imparfaite* »⁵⁴, « *éphémère* »⁵⁵, « *finalisée* »⁵⁶, « *spéciale* »⁵⁷. L'auteur continue, « *la propriété du fiduciaire n'est pas une fin mais un moyen ; c'est à dire, malgré que la fiducie soit un contrat translatif de propriété, la propriété du fiduciaire n'est pas en soi l'objet de la fiducie mais un moyen pour accomplir une mission* ». Ainsi, par analogie, (mais peut-être est-ce une affaire de créativité herméneutique), comme la fiducie est envisagée dans la protection du patrimoine fiduciaire, le transfert de propriété du *mortgagee* n'est envisagé que comme un moyen d'exécuter l'obligation garantie. Ainsi, le *mortgagee* sera investi du titre lorsqu'il entrera en possession. Il n'est considéré comme propriétaire que dans la mesure exacte où la protection de ses droits l'exige⁵⁸ : lorsque le bien objet de la garantie risque d'être gaspillé, lorsque l'obligation garantie n'a pas été exécutée par le *mortgagor*.

⁵⁰V. P. BONASSIES, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome I, p. 17. Point de vue confirmé tant par la loi que par la jurisprudence britannique. *V. Collins v. Lamport* de 1864 qui considère que la charte-partie souscrite par le *mortgagor* en possession du navire est valable tant qu'elle n'est pas jugée préjudiciable aux droits du *mortgagee*.

⁵¹Section 34 du MSA 1894 : « *except as far as may be necessary for making a mortgaged ship or share available as a security for the mortgage debt, the mortgagee shall not by reason of the mortgage be deemed the owner of the ship or share, nor shall the mortgagor be deemed to have ceased to be owner thereof* ».

⁵²R. IBARRA GARZA, *La protection du patrimoine fiduciaire-trust fund*, LGDJ, p. 115, thèse Paris II, 2014.

⁵³R. IBARRA GARZA, op. cit., reprenant le terme de F. BARRIERE, *in « la loi instituant la fiducie : entre équilibre et incohérence »*.

⁵⁴R. IBARRA GARZA, op. cit., reprenant le terme de S. RAVENNE, *in « les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété »*

⁵⁵*Ibid.*

⁵⁶R. IBARRA GARZA, op. cit., reprenant le terme de R. LIBCHABER, *in « les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 »*.

⁵⁷R. IBARRA GARZA, op. cit., reprenant le terme de B. MALLET-BRICOUT, *in, « Fiducie et propriété »*

⁵⁸P. BONASSIES, *Les hypothèques maritimes en droit anglais et en droit américain, Droit Maritime Français*, p. 651, 1965.

PARTIE I. L'HYPOTHÈQUE : PRINCIPALE SÛRETÉ DU CRÉDIT MARITIME

L'hypothèque est une « *sûreté réelle immobilière constituée sans la dépossession du débiteur par une convention, la loi ou une décision de justice, et en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire a la faculté (en tant qu'il est investi d'un droit réel accessoire garantissant sa créance) de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve (droit de suite) et d'être payé par préférence sur le prix (droit de préférence)* »⁵⁹.

Ce qui caractérise encore aujourd'hui l'hypothèque maritime, c'est sa soumission presque totale à toutes les règles hypothécaires de la loi civile. Pour ce motif, il n'y a pas eu évolution séparée des deux institutions à l'image du droit anglais, mais l'imposition d'un cadre pré-constituée, soit celui l'hypothèque immobilière à celui de l'hypothèque maritime. L'hypothèque maritime n'a donc pas été pensée par un paradigme différent. Au contraire, le *mortgage* anglais s'est développé en marge de l'hypothèque immobilière, avec sa logique propre : une logique économique.

Toutefois, il s'agit de tempérer ces affirmations. La spécificité de son objet, à savoir le navire, engendre des différences. Ainsi, pour bien comprendre cette institution hybride, nous étudierons ses règles de constitution (section 1), et en déterminerons les effets (section 2).

⁵⁹G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 2007, V^o Hypothèque.

CHAPITRE I. LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME

En tant que sûreté réelle, l'hypothèque maritime pose un double problème lors de sa constitution : celui des conditions de validité de sa création entre les parties puis celui de sa publicité, et donc de ses conditions d'opposabilité à l'égard des tiers. Toutefois, la mobilité du navire semble exercer une influence sur les formalités de constitution. Ainsi, trois points sont à considérer lors de la constitution de l'hypothèque maritime. En premier lieu, au titre des conditions de fond, les parties (section 1) et le navire (section 2) lui-même devront se soumettre à certaines conditions. En second lieu, au titre des conditions de forme, il conviendra d'observer les règles tenant à l'inscription et à la publicité de l'hypothèque (section 3).

Section 1. Les parties au contrat d'hypothèque

L'hypothèque étant une opération binaire, nous nous interrogerons classiquement sur les conditions qui lient son constituant (§1) et son bénéficiaire (§2).

§1. Les conditions tenant au constituant de l'hypothèque

Successivement, nous envisagerons l'hypothèse du navire détenu par un seul propriétaire (A) et du navire détenu par une copropriété maritime (B), ces deux possibilités n'engendrant pas le même régime juridique.

A. La navire détenu par un seul propriétaire

Aux termes de l'article 44 de la loi n°67-5 du 3 janvier 1967, l'hypothèque ne peut être consentie que par le propriétaire du navire ou son mandataire, muni d'un mandat spécial. Ainsi, le futur propriétaire qui consent une hypothèque sur le navire en construction au prêteur, afin de verser au chantier les acomptes prévus par le marché de construction, doit être considéré comme le mandataire du constructeur, seul propriétaire au moment de l'opération⁶⁰.

De même, si le capitaine du navire est habilité à pourvoir aux besoins normaux du navire et de l'expédition lorsqu'il est hors des lieux où l'armateur a son principal établissement ou une succursale⁶¹,

⁶⁰R. RODIERE et E. DU PONTAVICE, op. cit., précis Dalloz, 12ème éd., p. 97, 1996.

⁶¹ Article 6 de la loi n°69-8 du 3 janv. 1969.

il ne peut prendre d'autres engagement qu'en vertu d'un mandat spécial de l'armateur ou, en cas de communications impossibles avec lui, avec l'autorisation du tribunal compétent ou, à l'étranger, de l'autorité consulaire⁶², réserve étant faite de l'hypothèse particulière où l'hypothèque apparaîtrait comme étant la seule mesure propre à protéger les intérêts de l'armateur⁶³.

S'il est personne morale, le constituant doit établir que l'hypothèque entre bien dans son objet social, à défaut de quoi l'hypothèque serait nulle. Les pouvoirs des dirigeants d'une société à l'égard des tiers varient ensuite selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou de capitaux. Dans tous les cas, le dirigeant devra normalement obtenir une autorisation : celle des associés dans une société de personnes, celle du conseil d'administration ou de surveillance dans la société anonyme⁶⁴. Par ailleurs, en cas de fictivité de la société, l'hypothèque reste néanmoins valable car la Cour de cassation considère que l'hypothèque est valable aussi longtemps que la fictivité n'est pas judiciairement déclarée⁶⁵.

B. Le navire détenu par une copropriété

Le principe traditionnel de la majorité simple est inhérent au à l'exploitation de la copropriété. Dès lors, toutes les décisions qui concerneront l'armement, la conclusion d'affrètement, la désignation et la révocation du gérant seront prises à la majorité simple des intérêts du navire.

Pour consentir l'hypothèque sur le navire objet de la copropriété, l'armateur gérant ne peut hypothéquer au nom de la copropriété⁶⁶. On retrouve alors la règle de la majorité simple, c'est-à-dire que l'armateur gérant doit être autorisée par une majorité des intérêts représentant les trois quarts de la valeur du navire, conformément à l'article 243, al. 2 du Code des douanes. Cependant, aux termes de l'article 24 de la loi du 3 janvier 1967, chaque quirataire peut hypothéquer pour sa part. Il doit en outre avoir la capacité d'hypothéquer (en somme répondre aux conditions de droit commun, soit avoir la capacité d'hypothéquer, c'est-à-dire la capacité d'aliéner prévue par l'article 2413 du Code civil).

⁶²Article 7, *Ibid.*

⁶³Article 8, *Ibid.*

⁶⁴Article L. 225-35 du Code de commerce.

⁶⁵ V. Cass. Com., 22 juin 1999, p. 541, *Droit Maritime Français* 2000.

⁶⁶Article 25 de la loi du 3 janvier 1967.

§2. Les conditions tenant au bénéficiaire

Aucunes conditions spéciales ne sont imposées au créancier qui se voit conférer une hypothèque. Les rédacteurs du texte de 1967 ont bien compris que peu importe le degré de restriction imposé, pareilles dispositions se révéleraient néfaste au développement du crédit et de la flotte. Mais peut-être faut-il rappeler que dans certaines législations étrangères, le créancier doit avoir la même nationalité que le navire. Même si notre étude prend comme référent le seul droit anglais, on a tout de même jugé intéressant de noter cette exception issue du droit américain, ceci pour mieux souligner les moyens ad hoc employés par les prêteurs étrangers et leurs co-contractants américains.

Ainsi, aux Etats-Unis, où le *Ship Mortgage Act* prévoit que pour qu'un *mortgage* grevé sur un navire américain se voit conféré le statut de *preferred mortgage*, il doit remplir cinq conditions. Seule cinquième condition posant problème : le *mortgagee* devait être citoyen américain⁶⁷. Comme le souligne P. BONASSIES⁶⁸, « *ceci est expliqué par le souci du législateur d'interdire à des intérêts étrangers de mettre indirectement la main sur des navires américains, en saisissant ceux-ci dans un port étranger* ». Toutefois, cette disposition pouvait faire surgir divers problèmes lorsque le prêteur finançant l'opération était étranger (cas extrêmement fréquent, nous nous en doutons bien). C'est ainsi que pour contourner la loi, les armateurs ont rusé : au sens littéral de la loi, l'hypothèque consentie à un prêteur étranger était possible si un mandataire *trustee* de nationalité américaine s'interposait entre le créancier et le navire. Dans ce schéma, le *trustee* avait pour charge de gérer les intérêts des porteurs de billets : dans ce cas précis, « *la qualité de créancier ne s'applique pas au porteur de billets mais au trustee désigné dans le contrat* »⁶⁹.

Cette construction fut néanmoins infirmée dans l'affaire *Chemical Bank New York Trust Co. v. Steamship Westhampton*⁷⁰. Le Congrès américain a fini par modifier l'acte de 1920 par un texte du 8 novembre 1965, disposant que lorsque l'obligation garantie par une hypothèque est confiée à un *trustee*, celui-ci doit être autorisé par l'administration pour que l'obligation puisse être transférée à un

⁶⁷ « The provisions prohibiting transfer to an alien of any rights under a mortgage appear in sec. 961. Sec. 961(d) and (e) read as follows:

"(d) No rights under a mortgage of a vessel of the United States shall be assigned to any person not a citizen of the United States without the approval of the Secretary of Commerce. Any assignment in violation of any provision of this chapter shall be void.

"(e) No vessel of the United States shall be sold by order of a district court of the United States in any suit in rem in admiralty to any person not a citizen of the United States." »

⁶⁸P. BONASSIES, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, Tome I, p. 19.

⁶⁹*Ibid.*

⁷⁰*United States District Court, District of Maryland*, 11 juillet 1964.

étranger. On arrive ainsi à un équilibre entre les intérêts de l'État fédéral et les intérêts des prêteurs étrangers.

Section 2. Conditions tenant au bien hypothéqué

La convention d'hypothèque a pour objet le navire, mais quel navire ? En effet, tous les navires ne peuvent faire l'objet d'une hypothèque. Ainsi, à titre de principe général, la loi exige que le navire soit francisé pour être susceptible d'hypothèque (§1). Toutefois, la condition de nationalité semble entrer en conflit lorsque l'hypothèque est susceptible de grever un navire en construction ou un navire construit à l'étranger. Des règles particulières viennent donc parfaire le régime (§2).

§1. Condition propre à tous les navires : la francisation

En droit français, l'article 43 de la loi du 3 janvier 1967 pose un principe formel : l'hypothèque ne peut grever que les navires et autres bâtiments de mer francisés. La francisation est l'opération administrative qui confère à un navire le droit de porter le pavillon français. Elle est matérialisée par un « acte de francisation » délivré par l'Administration des Douanes, sous certaines conditions, relatives à la nationalité du ou des propriétaire(s) du navire.

Ainsi, outre les navires de commerce et de pêche, sont ensuite susceptibles d'être francisés tous les bâtiments de mer : chalands, dragues maritimes, grues flottantes, remorqueurs, pontons, docks flottants, plates-formes off-shore, bateaux de plaisance, engins du type « hydroglisseurs » ou aéroglisseurs » (à la différence du droit anglais qui les assimilent aux aéronefs). Enfin, contrairement à la loi du 10 juillet 1885, la loi de 1967 n'exige aucune condition de tonnage, ce qui se comprend car la valeur d'un bâtiment n'est plus nécessairement fonction d'un tel paramètre⁷¹.

§2. Conditions particulières à certains navires

Comme dit précédemment, il semble que la condition de nationalité puisse entrer en conflit lorsque son objet n'est pas proprement déterminé. Ainsi, nous envisagerons le cas de l'hypothèque grevée sur un navire en construction (A) et de l'hypothèque grevée sur un navire construit à l'étranger pour le compte d'un armateur français (B).

⁷¹P. DELEBECQUE, hypothèque et priviléges maritime, *Répertoire de droit commercial*, 2013.

A. Le navire en construction

La possibilité d'hypothéquer un navire en construction est expressément permise par l'article 45 de la loi du 3 janvier 1967. Rien d'anodin jusqu'ici dans notre droit puisque l'on retrouve la même permission concernant la vente d'immeubles à construire⁷². Néanmoins, la législation anglaise ne reconnaît pas une telle inscription, et c'était d'ailleurs l'objet de la Convention de 1967 « *sur l'inscription des droits relatifs aux navires en construction* » que d'opérer reconnaissance internationale.

Ainsi, le constructeur, s'il est propriétaire du navire jusqu'à la livraison a intérêt à l'hypothéquer pour se procurer les capitaux nécessaires à son achèvement ; l'armateur, n'ayant aucun privilège pour ses avances, a intérêt à se les faire garantir hypothécairement en cas de faillite du constructeur avant l'achèvement. Comme le souligne P. DELEBECQUE⁷³, hypothéquer un navire en construction est « *le cas le plus fréquent d'hypothèque maritime. Elle permet au constructeur de garantir ses avances de frais, lorsque le navire est construit à l'économie*⁷⁴, et les paiements partiels, lorsqu'il est construit à forfait : elle garantit, en outre, les primes ou les avances de l'État ou des établissements de crédit compétents ».

Pour que le navire en construction puisse se voir grevé d'une hypothèque, il doit faire l'objet d'une déclaration de construction à l'administration des douanes (article 13 du décret du 27 octobre 1967)⁷⁵. Sans cette déclaration de construction, le navire ne pourrait être l'objet de l'hypothèque prévue à l'article 45 de la loi du 3 janvier 1967. Au moment de la constitution d'hypothèque, il faut que le navire soit identifiable (article 91 du décret précité), c'est à dire qu'il fasse l'objet d'une déclaration préalable en douane. Cette exigence se comprend aisément car au même titre que la période de construction, la consistance du gage demeure assez floue. Ce n'est d'ailleurs pas une règle propre à la construction puisque le droit civil des obligations, dans son article 1129, impose que toute obligation doit fournir pour objet une chose déterminée quant à son espèce et sa quantité ou au moins, déterminable.

⁷²L'article R. 261-6 du Code de la construction et de l'habitation dispose : « *le mandat d'affecter hypothécairement l'immeuble vendu ne peut être donné par l'acquéreur au vendeur, en cas de vente à terme, que pour assurer le financement de la construction de l'immeuble vendu (...)* ».

⁷³P. DELEBECQUE, art. cit., *Répertoire de droit commercial*.

⁷⁴La construction à l'économie désigne le cas où l'armateur construit lui-même son navire. À l'inverse, la construction à forfait implique que l'armateur traite avec un professionnel de la construction navale. Le chantier s'engageant dans ce cas à construire le navire et à le livrer après achèvement.

⁷⁵L'article 13 du décret du 27 octobre 1967 prévoit que sauf pour les navires dont la jauge brute est inférieure à 10 tonneaux, l'hypothèque sur un bâtiment de mer en construction doit être précédée de la déclaration à l'autorité administrative compétente, faite conformément à l'article 5 du décret.

La période de construction ne constitue pas une copropriété mais « *deux propriétés parallèles et simultanées* »⁷⁶, ce qui n'est pas de nature à simplifier le régime. La part de propriété de l'armateur croît au fur et à mesure des acomptes qu'il verse, et la pleine propriété lui revient lors du complet paiement, au moment de la signature du protocole de prise en charge. C'est le « *transfert progressif de propriété* ». À ce moment-là, il est à souligner qu'en cas de défaillance du chantier au début des travaux (au début du versement des acomptes par l'armateur, donc), la vente d'une portion seulement du navire ne sera pas chose aisée pour l'armateur, ce qui ébranle quelque peu l'efficacité pratique de l'hypothèque sur le navire en construction.

B. Le navire construit à l'étranger pour le compte d'un armateur français

Aux termes de l'article 49 de la loi du 3 janvier 1967, « *les hypothèques consenties par l'acheteur avant la francisation sur un bâtiment acheté ou construit à l'étranger sont valables et produisent effet à condition d'être publiées en France* ». Ces hypothèques « *doivent être inscrites sur le registre du futur port français d'attache* » (article 19 du décret précité). Il s'agit là de promesses d'hypothèques devant être matérialisée au moment de la francisation. Le gage n'est valable pendant la période de construction que si une hypothèque régulière est inscrite à l'étranger, conformément à la législation locale. Si le pays du chantier n'admet pas la notion de transfert progressif de propriété, la prise d'hypothèque au profit de l'armateur ou de ses banquiers correspondra au montant des acomptes versés. L'armateur qui commande à l'étranger se prémunira de ce cas de figure en exigeant par exemple du banquier du chantier une caution de restitution d'acompte, laissant auxdits banquiers le soin de se garantir eux-mêmes par tous les moyens prévus par leur législation nationale⁷⁷.

Au vu des développements qui précèdent, il semble donc que le navire construit en France pour le compte d'un armateur français ne puisse se voir garantir par une hypothèque. Ceci constitue un obstacle indéniable à notre marché de l'exportation. Dans ce cas, que fera l'armateur si le pays d'exportation ne reconnaît pas l'hypothèque sur le navire en construction ? Il y a bien là une lacune de la loi française.

⁷⁶M. VERNEUIL, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, tome I, p. 49.

⁷⁷M. VERNEUIL, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, tome I, p. 50.

Section 3. La constitution et l'inscription de l'hypothèque maritime

Préalablement à l'inscription de l'hypothèque, il conviendra de respecter un formalisme de constitution qui répondra à des conditions de formes précises (A). Ensuite, pour que l'acte produise ses effets à l'égard des tiers, il s'agira d'accomplir l'inscription de l'hypothèque sur un registre spécial (B).

§1. Le formalisme de constitution

L'hypothèque maritime est un acte solennel. En effet, elle doit être constituée par écrit, conformément à l'article 43, loi du 3 janvier 1967. Toutefois, contrairement à l'hypothèque immobilière qui doit être constituée par acte authentique, l'hypothèque maritime peut être constituée par un simple acte sous seing privé. Outre le fait que cette possibilité rende sa constitution fort simple et fluide (qualité appréciée par le constituant et son créancier), cela signifie surtout que le contrat d'hypothèque sur un navire français peut être conclu à l'étranger. En effet, la règle posée par l'article 2128 du Code civil, aux termes de laquelle « *les contrats passés en pays étrangers ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens en France s'il n'y pas des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités* » ne s'appliquent pas à l'hypothèque maritime⁷⁸. En effet, les dispositions sont inapplicables en matière maritime et constituent une mesure de protection du notariat.

Contrat consensuel, l'hypothèque est constituée à la date de conclusion du contrat, de sorte que l'on se placera à cette date pour apprécier la validité de la sûreté constituée pendant la période suspecte au regard de l'article 632-1- 6° du Code de commerce⁷⁹

§2. L'inscription de l'hypothèque maritime⁸⁰

L'hypothèque maritime doit être publiée pour être opposable aux tiers. L'inscription de l'hypothèque s'opère sur le registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques⁸¹. En France, la conservation des hypothèques maritimes est assurée par l'administration des Douanes dans la circonscription

⁷⁸Cass. Civ., 25 novembre 1879 : « *d'après le texte comme d'après l'esprit, l'article 2128 ne s'applique qu'aux immeubles situés en France et ne peut, par conséquent, être étendu aux navires étrangers qui ne se trouvent qu'accidentellement en France et qu'une fiction légale (...) répute partie intégrante du pays dont ils portent le pavillon* ».

⁷⁹Cass. Com. 18 février 2003, *Droit Maritime Français*, 2003.372, note J.-P. REMERY.

⁸⁰Pour une présentation détaillée de la procédure d'inscription, voir le « *priviléges et hypothèques maritimes » Répertoire de droit commercial*, note 60 à 67, Dalloz, 2015.

⁸¹Article 15 du décret du 29 novembre 1935 et articles 46 et 47 de la loi du 9 novembre 1990.

duquel le navire est en construction ou dans laquelle le navire est inscrit, s'il est pourvu d'un acte de francisation, conformément à l'article 15 du décret de 1967. Cette publicité, fixe, est complétée par une publicité mobile : tenant à ce que, parmi les papiers de bord, doit figurer un tableau sommaire des inscriptions hypothécaires, mise à jour à la date de son départ. Cela permet la consultation par tout créancier au cours du voyage⁸². La loi ne prévoit pas de délai pour inscrire l'hypothèque après l'acte de constitution mais comme l'inscription conditionne l'opposabilité de l'hypothèque aux tiers, le créancier aura intérêt à l'inscrire au plus vite après la constitution.

⁸² « Priviléges et hypothèques maritimes », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, note 23, 2015.,

CHAPITRE II. LES EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE

Comme pour la constitution, les effets de l'hypothèque maritime dépendront dans une large mesure de la loi civile. Toutefois, la mise en œuvre de la sûreté n'échappera pas à quelques lois spéciales, eu égard à la singularité de son objet. Les effets de l'hypothèque apparaîtront alors dans deux hypothèses. D'une part en dehors des cas de défaillance du débiteur (section 1), d'autre part, en cas de défaillance du débiteur (section 2).

Section 1. Les effets de l'hypothèque en dehors des cas de défaillance du débiteur

Le prêteur a intérêt à s'assurer d'une part de la capacité financière de son débiteur tout au long du contrat de financement et d'autre part, à ce que l'assiette de sa sûreté reste intacte. À ce titre, les contrats prêt définissent généralement avec beaucoup de détail les obligations du débiteur pendant la durée du prêt et prévoient des sanctions en cas de manquement. Certaines de ces clauses visent ainsi à éviter que des évènements ne viennent compromettre la solvabilité du débiteur (§1) ; d'autres concernent plus spécialement le navire, objet de la garantie hypothécaire (§2).

§1. Évènements de nature à compromettre la solvabilité du débiteur

Divers éléments peuvent tendre à diminuer le crédit du débiteur, à court terme ou à long terme, et ainsi à compromettre sa solvabilité. En pareilles hypothèses, le créancier peut user d'un droit de regard. Le présent développement n'est pas propre au droit maritime. Toutefois, qu'il ait une sûreté terrestre ou maritime, le créancier a un intérêt impérieux à retrouver sa mise et il n'y a là, fort heureusement, aucune spécificité maritime sur cet état de fait.

Pour renforcer ses chances de recouvrement, il est bien des cas où le créancier hypothécaire peut être tenté d'exiger de son débiteur qu'il accepte des contraintes accessoires, qualifiées de sûretés négatives. La sûreté négative consiste en un engagement contractuel, pris par le constituant d'une sûreté en faveur de son créancier, d'exécuter une obligation de faire et/ou de ne pas faire. Dans notre cas, elle va surtout consister en l'imposition d'obligations à caractère personnel, visant à tenir informer le créancier de tout acte de nature à affecter la solvabilité de son débiteur⁸³.

L'intérêt de ce droit de regard est de permettre la banque, d'une part de mesurer le risque de

⁸³ Il s'agira par exemple d'exiger du débiteur qu'il s'abstienne de se faire consentir un nouveau prêt.

recouvrement de sa créance mais surtout de pouvoir mettre en garde ou conseiller son client, car elle n'assistera pas « *désarmée à la ruine de son débiteur* »⁸⁴. Parallèlement, la violation de l'obligation de renseignement permettra à la banque d'invoquer la déchéance du terme ; cette sanction jouant quelle que soit l'importance du manquement constaté et l'étendue du préjudice subi par le créancier⁸⁵.

Ainsi, il n'est pas rare de trouver dans les contrats de financement, une clause autorisant la banque à un droit de regard sur le patrimoine du débiteur. Il serait par exemple prévu que le débiteur informe son cocontractant d'un acte ou d'un événement affectant sa situation patrimoniale ou certains de ses biens, le prévenir lorsqu'il effectue des opérations qui ne sont pas courantes ou encore accepte de répondre à toutes demandes de renseignements ou d'investigation que son cocontractant jugera nécessaire⁸⁶. Plus précisément, la banque pourra prendre connaissance des livres de commerce, des factures et elle pourra se faire assister d'un expert-comptable⁸⁷.

§2. Évènements qui concernent plus spécialement le navire, objet de la garantie hypothécaire

La sécurité de la créance hypothécaire se mesure encore à la stabilité de son objet. Sur ce point, le créancier aura bien soin d'être averti par les diverses modifications affectant l'objet de sa créance : transmission, modification du statut du bien, aliénation, etc. Dès lors, pour sécuriser sa créance, la loi et la pratique contractuelle ont assorti l'hypothèque de toute une série de « garanties » visant à le prémunir contre les actes d'administration (A) et les actes de disposition (B).

A. Les mesures contre les actes d'administration

On étudiera successivement les garanties offertes au créancier pour sécuriser sa créance. Ainsi, les garanties conventionnelles (1) l'autoriseront d'imposer à son débiteur des obligations de faire ou de ne pas faire quand des moyens d'actions légaux (2), particulièrement efficaces, lui permettront d'intervenir directement en vue de sécuriser sa créance.

⁸⁴ Y. CHAPUT, *jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 790 : sûretés négatives, note 87, 2009.

⁸⁵ Y. CHAPUT, *Ibid.*, note 90.

⁸⁶ Y. CHAPUT, *Ibid.*, note 84.

⁸⁷ Néanmoins, « *ce pouvoir d'investigation (...) est limité par le secret attaché à certaines activités, certains documents comme des lettres confidentielles. En outre, le banquier ne saurait s'immiscer dans la vie de son client et employer des procédés de vérifications disproportionnés ou déloyaux* » : Y. CHAPUT, art. cit., note 87.

1. Les « garanties » conventionnelles

Comme on l'a vu précédemment, le créancier aura toujours la possibilité d'inclure dans le contrat de financement, des clauses à prohiber l'exercice d'un droit déterminé et de la sorte, à imposer des obligations de faire ou de ne pas faire à son débiteur. Au titre des obligations de faire, le débiteur devra parfois s'engager à toute une série d'obligations positives : maintenir une couverture d'assurance appropriée, utiliser le prêt à des fins précises, maintenir les biens meubles et immeubles en bon état de fonctionnement⁸⁸. Ce sera également l'occasion pour le créancier d'interdire à son débiteur d'accomplir certains actes de disposition ou de subordonner l'accomplissement de l'acte à son accord. Ainsi, il peut être stipulé une clause visant à obtenir l'agrément du créancier préalablement à la conclusion d'un contrat d'affrètement.

En *common law*, les « clauses restrictives » (*covenants binding personal property*) sont admises par l'*Equity*⁸⁹. D'ailleurs, il est intéressant de noter que l'unique contentieux sur lequel elle a eu l'occasion d'affirmer leur validité fût relatif à un navire sous charte-partie. Ainsi, dans l'affaire *De Mattos v. Gibson*⁹⁰, la *Court of Appeal* a jugé qu'une charte-partie conclue antérieurement à la conclusion de l'hypothèque par le débiteur hypothécaire s'impose au créancier hypothécaire qui en a connaissance. Tenus par la charte, ni le créancier, ni le propriétaire ne peuvent utiliser le navire, le juge pouvant les empêcher au moyen d'une injonction »⁹¹. *A contrario*, une charte-partie conclue avec le propriétaire du navire postérieurement au contrat d'hypothèque est inopposable au créancier hypothécaire.

2. Les « garanties » légales

Souvent, des circonstances intrinsèques de la valeur de l'immeuble peuvent affecter la créance du créancier. Face à la dépréciation de sa sûreté, le créancier a néanmoins deux possibilités. Ainsi aux termes de l'article 2420-2° du Code civil, lorsque l'immeuble assujetti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance, le créancier peut obtenir un supplément de garantie d'hypothèque. Par ailleurs, l'article 1188 du Code civil offre au créancier les moyens de réagir face aux actes matériels qui pourraient affecter la consistance de son gage. Aux termes de l'article, « *le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par*

⁸⁸ Y. CHAPUT, *Ibid.*, note 2.

⁸⁹ PAPANDRÉOU-DETERVILLE M.F, Le droit anglais des biens, L.G.D.J, 2004, p. 333. Toutefois, le *common law* refuse que les clauses restrictives soient annexées à un meuble et que les obligations qu'elles engendrent soient transmises aux tiers-acquéreurs.

⁹⁰ *De Mattos v. Gibson* (1858) De G. & J. 276, (1843-60) All E.R.Rep. 803

⁹¹ PAPANDRÉOU-DETERVILLE M.F, *op. cit.*, p. 334

son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ».

Il va de soi que le créancier hypothécaire maritime connaît de semblables outils. Certaines décisions lui ont d'ailleurs accordé le droit de se prévaloir de l'article 2420-2° du Code civil⁹² : ce sera le cas lorsque le navire affecté est compromis par des dégradations⁹³, ou encore lorsque le propriétaire expose le navire à une navigation longue et périlleuse non prévue lors du contrat ou transporte son port d'attache en pays étranger et arbore un pavillon étranger⁹⁴. En outre, la substitution au port d'attache français mais sans changement de nationalité, telle que permise par l'article 57 de la loi de 1967, en ce qu'elle diminue les sûretés du créancier hypothécaire français, l'autorise à poursuivre la réalisation du gage sur le fondement de l'article 1188 du Code civil⁹⁵.

B. Les mesures contre les actes de disposition

Le constituant de l'hypothèque ne peut aliéner librement le bien hypothéqué. En cela, les auteurs s'accordent à dire que cette sûreté engendre naturellement une « *certaine inaliénabilité* »⁹⁶.

Pour le créancier, cette compromission de son gage se matérialise par la perte juridique du gage, la perte de la nationalité du navire⁹⁷. En effet, la loi nationale de l'acheteur peut ne pas admettre l'hypothèque maritime, la vente entraînant purement et simplement la perte des droits du créancier. Comme le souligne René RODIÈRE, si l'État est signataire de la Convention de Bruxelles, l'hypothèque française sera reconnue, encore qu'il n'est pas loisible au créancier de tenter d'exercer ses droits devant un tribunal étranger. Mais si l'Etat ne la reconnaît pas, il est inutile de dire que le créancier aura de très faibles chances de recouvrer ses droits. De ce fait, l'article 57 de la loi de 1967 proscrit « *toute opération volontaire qui entraîne la perte de la francisation d'un bâtiment grevé d'une hypothèque maritime* ». Il faut ici s'accorder sur une interprétation large du terme « opération volontaire » : il s'agira bien sûr de la vente du navire, mais aussi de son apport en société, ou du navire compris dans une opération de fusion, scission ou d'apport partiel d'actif, en somme tout acte translatif de propriété au sens de l'article 10 de la loi de 1967 (article 5114-1 du Code des transports).

Cette interdiction est assortie d'une triple sanction : administrative, en ce sens que l'autorité française

⁹²Art. 2131 du Code civil : Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque

⁹³T. com, Nantes, 4 juillet 1885 : *Autran*, I, 1885-1886, p. 623

⁹⁴Cass. Civ., 19 décembre 1888 : DP 1889, 1, p. 57, *Autran*, IV, 1888-1889, p. 513

⁹⁵*Ibid.*

⁹⁶C. MOULY, Hypothèque, *Jurisclasseur Civil Code*, art. 2393 à 2396, note 95.

⁹⁷R. RODIERE et E. DU PONTAVICE, *op. cit.* p. 101.

devra refuser de rayer du registre national le navire hypothéqué vendu à un étranger ; une sanction civile, car la vente est frappée de nullité « *à raison du caractère illicite de l'objet* » ; enfin, une sanction pénale particulièrement dissuasive⁹⁸ si l'opération a été commise dans l'intention de violer cette interdiction.

Néanmoins, R. RODIÈRE souligne l'inconsistance de ces dispositions. En effet, concernant la sanction administrative, « *si le navire est vendu dans un port étranger, l'acquéreur se passera bien de l'autorité administrative française* ». Concernant la sanction civile, celle-ci suppose que le navire soit ramené en France, car « *s'il reste à l'étranger, le pays étranger ne reconnaîtra pas la sanction de la loi française* ». Par-là, il est à conclure que la loi offre une protection insuffisante. Mais, le législateur peut-il mieux faire ? À titre de consolation, il reste que si la vente illicite est conclue sur le territoire français, les sanctions d'une répondront parfaitement aux besoins de protection du créancier.

Section 2. Les effets de l'hypothèque en cas de défaillance du débiteur

Défaillir signifie « faire défaut », « manquer à son rôle »⁹⁹. Juridiquement, le terme renvoie à la défaillance du débiteur en procédures collectives, en droit des sûretés, ou encore à la défaillance de la condition. Communément, le terme est employé dans le cas où le débiteur a manqué à son obligation. Ainsi, le débiteur défaillant est ici entendu comme celui qui ne respecte pas son obligation de paiement au titre du prêt qui lui aura été consenti. En droit français, l'article 2284 du Code civil confère à tout créancier un droit de gage général sur la totalité des biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, du débiteur. Parmi ces biens, le navire occupe une place particulière : les règles qui lui sont applicables en matière de saisie (§1) ainsi que les divers priviléges et sûretés qui viendraient se le disputer (§2) donne toute l'originalité à la matière.

§1. Le droit hypothécaire en action

Une réalisation rapide du gage est indispensable à l'efficacité de la sûreté et partant à la possibilité d'obtention de crédit. Une procédure de réalisation lente et complexe conduira *in fine* à l'essoufflement du créancier, et le défendra d'utiliser la sûreté. Ainsi, si le droit positif français donne les moyens au créancier de saisir le navire hypothéqué, il convient de mesurer si les dispositions en vigueur tendent à satisfaire à l'exigence d'efficacité de la sûreté (A). À ce titre, la mise en perspective du droit français avec le droit anglais semble opportune (B).

⁹⁸L'article 57 renvoyant à l'article 314-1 du Code pénal.

⁹⁹Le petit Larousse, 2013, Défaillir.

A. La saisie conservatoire et la saisie-exécution du navire

La valeur économique du navire est sujette à une variation intense, ce qui peut impacter la créance hypothécaire. Le marché des navires peut en effet varier en fonction du type et des caractéristiques du navire, non seulement dans le temps, mais aussi selon le lieu¹⁰⁰. Le prix adjudication du navire s'en trouvera nécessairement impacté. Dès lors, le créancier dont le débiteur est défaillant a la possibilité de placer le bien sous-main de justice. Deux procédures lui sont offertes : l'une à titre de moyen de pression, la saisie conservatoire (1), l'autre en tant prélude à une vente judiciaire, la saisie-exécution (2).

1. La saisie conservatoire du navire

La saisie conservatoire est une saisie à caractère provisoire portant sur les biens du débiteur. Elle apporte une garantie au créancier avant que ne soit prononcé le jugement condamnant son débiteur à payer sa créance. En droit interne, la réglementation de la saisie conservatoire du navire est issue de la loi du 3 janvier 1967, les règles du droit commun contenues dans le Code des procédures civiles d'exécution étant également applicables, mais seulement à titre complémentaire et subsidiaire. En outre, la mobilité du navire postule pour une réglementation spécifique. C'est l'objet de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952 sur la saisie conservatoire des navires, entrée en vigueur le 24 février 2006¹⁰¹, applicable dès lors que la saisie est effectuée en France.

La saisie conservatoire du navire repose sur un droit dont se prévaut le demandeur. Ce droit est une cause juridique particulière : allégation d'une « *créance maritime* » selon l'article 1§1 la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952, et « *créance paraissant fondée en son principe* » aux termes de l'article L. 5114-22 du Code des transports.

Le but de la saisie conservatoire est évidemment d'éviter que le propriétaire du navire ne puisse lui faire quitter le port. Droit frustre, la saisie conservatoire est avant tout un moyen de pression sur le

¹⁰⁰Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval, *op. cit.* p.66.

¹⁰¹Décret n°58-14, 4 janvier 1958.

débiteur, afin de l'inciter à s'acquitter de ses dettes, sauf autorisation donnée par le juge de l'exécution pour un ou plusieurs voyages déterminés, sur justification d'une garantie suffisante¹⁰². La procédure est flagrante de souplesse : aucune autorisation préalable du juge ni titre exécutoire n'est exigé. Ainsi, le créancier a ici un moyen fiable de faire pression sur son débiteur afin de se faire payer le plus rapidement possible, ce qui est un gage d'efficacité de l'hypothèque.

2. La saisie-exécution du navire

La saisie-exécution est le prélude à la vente judiciaire du navire. Le créancier, titulaire d'un titre exécutoire constatant une créance certaine, liquide et exigible poursuivra son action pour faire effectuer la vente judiciaire du navire. Il débutera ainsi son action par un commandement de payer¹⁰³ adressé au propriétaire ou à son domicile¹⁰⁴. Puis, il poursuivra par un procès-verbal de saisie qui sera notifié au service du port¹⁰⁵. Si le navire est étranger, il est notifié au consul de l'État intéressé. Le propriétaire du navire est alors cité devant le tribunal de grande instance du lieu de saisie, qui fixera la mise à prix et les conditions de vente¹⁰⁶, devant lequel il sera procédé à la vente du navire. La saisie devient alors opposable aux tiers à compter de l'inscription au registre des hypothèques et au fichier d'inscription du navire, du procès-verbal de saisie¹⁰⁷.

Toutefois, comme le soulève Jean-Yves THOMAS¹⁰⁸, arbitre et consultant maritime, les délais de cette procédures peuvent se révéler longs, allant « *de quelques mois, dans le meilleur des cas, à plus d'un an si l'armateur s'y oppose et utilise les moyens de droit pour la retarder* ». Surtout, entre-temps, le navire engagera des frais, le tribunal aura désigné un gardien, « *les frais de garde et de conservation et les droits de ports qui figurent au deuxième rang des créances privilégiées viendront obérer le prix de vente et ainsi amoindrir la valeur du gage du créancier hypothécaire* ».

Ainsi, le formalisme attaché à la saisie-exécution ne contribue pas à accélérer la procédure, ce qui pourra avoir pour conséquence d'impacter le prix d'adjudication du navire. Surtout des frais de justice et des frais de garde mis en œuvre se révèleront la plupart du temps exorbitants. Encore, ces formalités peuvent être sources d'incidents de nature à ralentir le déroulement de la procédure : la demande en

¹⁰² Article L. 5114-21 du Code des transports.

¹⁰³ Article L. 5114-23 du Code des transports.

¹⁰⁴ Article 32 du décret n°67-967 du 27 octobre 1967 relatif au statut des navires et autres bâtiments de mer.

¹⁰⁵ Article 35 du décret précité.

¹⁰⁶ Article L. 5114-24 du Code des transports.

¹⁰⁷ Article 37 du décret précité.

¹⁰⁸ J. Y. THOMAS, Faut-il réformer l'exercice de l'hypothèque maritime ? *Gazette de la Chambre, Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, n°4, p. 5, 2004.

distraction, en conversion ou en nullité de la saisie pouvant encore freiner son bon déroulement. Pour emprunter une citation d'Alain PIEDELIEVRE sur la réalisation du gage hypothécaire en matière d'immeubles, mais certainement pertinent ici tant les règles du droit commun et du droit maritime sont identiques en la matière, il apparaît que « *tout se passe comme si le législateur avait voulu détourner le créancier d'employer l'exécution forcée* » sur le navire¹⁰⁹.

B. Les moyens d'action du créancier-*mortgagée*

En droit anglais, la saisie n'est pas la seule voie ouverte au créancier. En effet, le créancier hypothécaire de *common law* a le droit de prendre possession du bien dès l'instant de la création du *mortgage*, indépendamment de tout défaut (*even of default*) de la part du débiteur et sans que l'acte constitutif le prévoit expressément¹¹⁰. Ainsi, le créancier a le droit de prendre possession lorsque le débiteur ne paie pas sa date à échéance ou lorsque celui-ci compromet les droits du créancier. Les modalités de la mise en possession sont souvent prévues conventionnellement ou en cas contraire, il reviendra aux tribunaux de l'autoriser. Toutefois, si cette possibilité était assez fréquente au XIXème siècle, il est devenu exceptionnel aujourd'hui¹¹¹. Car après la prise de possession, le créancier en devient responsable du navire, ce qui implique d'assumer sa gestion et ainsi que son exploitation. Ainsi, cette possibilité s'avère être « *une solution exceptionnelle aux conséquences limitées* »¹¹².

C'est ainsi qu'en *common law*, il est courant que le créancier vende le navire *pendente lite* (comprendre : en attendant le jugement). Une fois qu'il a procédé à la vente privée, l'*Admiralty Marshal*, sur ordre de la Cour ordonnera la vente judiciaire soit par adjudication (*public tender*) soit de gré à gré, connue sous le nom de « *fast track* » ou « *private Court sale* » (1). Au vu de l'exposé ainsi mené, nous nous questionnerons sur l'efficacité de l'hypothèque maritime de droit français (3).

1. *La vente judiciaire du navire par adjudication (« public tender ») et la vente de gré à gré du navire (« private Court sale »)*

Dans le cas d'une vente par adjudication, comme l'explique J.Y. THOMAS, *un avis de vente est publié dans le Lloyd's List indiquant les principales caractéristiques du navire et invitant à la remise d'offres*

¹⁰⁹ A. PIEDELIEVRE, *Etudes offertes à Jacques Flour*, p. 381 citant HOUETTE, *La réalisation du gage hypothécaire*, 69e Congrès des notaires de France, p. 41.

¹¹⁰ *Four-Maids Ltd. vs. Dudley Marshall (Properties) Ltd.* [1957] 1 Ch 317.

¹¹¹ P. BONASSIES, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, tome I, p. 24.

¹¹² P. BONASSIES, *Les hypothèques et priviléges maritimes en droit anglais et en droit américain*, *Droit Maritime Français*, 1965, p. 653.

sous pli scellé pour le navire en l'état (as is where is) chez le courtier désigné par l'Admiralty Marshal. Tout créancier pourra ensuite demander une audience pour la détermination des priorités entre les créances et solliciter un ordre de paiement sur le produit de la vente. On considère généralement qu'une (telle vente) prendra de six à huit semaines à partir de la décision de mise en vente par l'Admiralty Court».

Dans le cadre d'une vente de gré à gré, le *mortgagee* procèdera à la vente privée du navire puis demandera au tribunal de l'avaliser et d'émettre un *bill of sale* en faveur de l'acheteur proposé¹¹³. À cette fin, le *mortgagee* devra présenter à la Cour trois évaluations indépendantes émises par des courtiers et devra proposer un prix au moins égal à ces évaluations. Dans un arrêt récent, Mr. Justice TEARE¹¹⁴ décrit l'opération comme un instrument fiable permettant d'obtenir le meilleur prix du navire : « *that method of sale is designed to enable the vessel to be sold at the best possible price* ». Suite à la vente, le prix de vente sera versé au tribunal et produit intérêt. L'*Admiralty Marshal* fera alors paraître un avis dans la presse spécialisée invitant les créanciers à se faire connaître.

2. L'efficacité de l'hypothèque maritime de droit français en question

À la différence du droit français, le droit anglais permet au créancier *mortgagee* de provoquer lui-même la vente judiciaire du navire, de procéder lui-même à sa vente amiable, le jugement n'intervenant, pour ainsi dire, que pour donner force exécutoire. La vente ainsi réalisée a pour effet de transférer à l'acquéreur non seulement le droit de *common law* du créancier, mais aussi le droit réel équitable du débiteur¹¹⁵. Aussitôt, un commentaire s'impose : contrairement à la saisie conservatoire de droit français, dont on a vu qu'elle était constitutive de procédures lentes et coûteuses, le créancier-*mortgagee* conserve la maîtrise pleine et entière de la procédure, ce qui s'avère fort appréciable puisque sa créance n'en est plus que partiellement tributaire.

§2. Le droit hypothécaire concurrencé : l'adjudication du prix du navire

Le droit de préférence est le droit pour le créancier d'être payé par priorité sur le prix dégagé sur la vente du bien grevé, lui permettant d'échapper à la loi égalitaire du concours entre créanciers. Ce droit n'est pas sans engendrer de nombreuses difficultés pratiques dès lors que plusieurs catégories de

¹¹³J.Y. THOMAS, art. cit.

¹¹⁴*Bank of Scotland Plc v the Owners of m/v “Union Gold”, Owners of m/v “Union Silver”, Owners of m/v “Union Emerald” and the Owners of m/v “Union Pluto”, [2013] EWHC 1696 (Admly), Queen's Bench Division, Admiralty Court, Mr Justice Teare, 19 June 2013.*

¹¹⁵M. F. PAPANDREOU-DETERVILLE, op. cit., p. 386.

créanciers se prévaudront du prix de la vente du navire de leur débiteur commun. Ainsi, après avoir présenté l'assiette du droit de préférence hypothécaire (A), nous étudierons les priviléges maritimes (B) et les sûretés (C) qui peuvent concurrencer l'hypothèque.

A. L'assiette du droit de préférence hypothécaire

Le droit de préférence du créancier hypothécaire va s'exercer sur la valeur du navire affecté en garantie soit sur la valeur du navire lui-même ainsi que ses accessoires. L'assiette du droit de préférence portera ainsi sur le corps du navire, tous ses accessoires, machines, agrès et apparaux (1) mais également sur des valeurs de remplacement (2).

1. Corps du navire, accessoires, agrès et apparaux

Le navire n'a de valeur que s'il est propre à la navigation. Tous les accessoires nécessaires à cet effet forment donc, avec lui, « *un tout indivisible, et constituent le gage des créanciers* »¹¹⁶, sauf disposition formelle du contrat hypothécaire. L'article 46 de la loi de 1967 applique ce principe et décide que l'hypothèque porte sur le corps du navire ainsi que sur « *tous ses accessoires, machines, agrès et apparaux* ». Ainsi, l'expression s'applique à tous les éléments dont l'absence rendrait impossible la direction et la propulsion du bâtiment, ainsi que les objets, qui, sans être liés à la coque et susceptibles d'en être séparés par déplacement, sont indispensables pour effectuer un navigation maritime normale¹¹⁷. Toutefois, même s'ils ont la même qualification, il semble que les « *agrès et apparaux* » diffèrent des autres accessoires.

K. OILLEAU, dans son ouvrage « *Le crédit tiré du navire* » exprime les données du problème : « *les composantes du navire, qu'ils soient des agrès ou des « accessoires », se confondent sous la dénomination générale d'accessoires pris dans le sens de la théorie de l'accessoire* ». Par accessoires, il faut entendre les biens qui, existent séparément du navire, mais qui sont liés à celui-ci par une relation privilégiée. Ainsi, par métonymie juridique¹¹⁸, on en revient à donner à un bien le statut d'un objet avec lequel il entretient un lien étroit. Ainsi, « *le premier est matérialiste (le principal a besoin de l'accessoire, et l'accessoire ne vaut que par le principal) ; le second est psychologique (le*

¹¹⁶L. Joudan, *op. cit*, p. 39.

¹¹⁷P. DELEBECQUE, *art. cit*, *Jurisclasseur transport*, note 87 ; E. de Sola, *La notion d'agrès et d'apparaux*, préf. Rodière, 1974.

¹¹⁸D. GUTMANN, « *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens – les ressources du langage juridique*, article issu des archives de philosophie du droit », 1999.

propriétaire a voulu traiter les deux objets comme un tout) »¹¹⁹.

Dès lors, bien que possédant la même qualification juridique, ces deux catégories d'objets se différencient en raison de leur finalité pratique. Ainsi, pour reprendre la thèse de Mme DE SOLA¹²⁰, les agrès et apparaux sont les « *accessoires nécessaires* »¹²¹ du navire car sans eux, l'affectation maritime du navire, au sens d'engin apte à effectuer une navigation en mer et à en affronter les périls, ne serait pas remplie. À l'inverse, les autres accessoires, nécessaires à l'exploitation économique du navire mais non indispensable à son existence, équipent le navire (il en sera par exemple ainsi des congélateurs, filets, sonars...). Il convient cependant que la notion reste floue. Les auteurs eux-mêmes relevant en effet l'ambiguïté de la notion en droit maritime¹²², ambiguïté qui n'est pas de nature à permettre au créancier de se fonder avec précision sur les éléments de son gage.

Toutefois, il semble que dans sa formulation de l'article 46, le législateur ait entendu donner un sens large aux accessoires. En effet, l'expression employée, « *à tous les accessoires* », cette idée d'embrasser toute sorte d'accessoire postule pour l'intégration des « autres accessoires » susmentionnés dans l'assiette de l'hypothèque maritime. Surtout, lorsque le législateur a entendu exclure un accessoire économique du navire, il le dit expressément. C'est ainsi que les articles 46 de la loi de 1967 et 244 du Code des douanes exclut l'extension de l'assiette l'hypothèque au fret par une formule qui surprend par sa brièveté : « *elle (l'hypothèque) ne s'étend pas au fret* ».

Enfin, il est à noter que ce caractère total du gage vaut non seulement pour le présent mais également pour l'avenir. En effet, bien que l'hypothèse ne soit pas prévue par la loi du 3 janvier 1967, il est admis – par analogie à l'article 2133 du Code civil (« *l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothqué* ») que l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues après sa constitution, qui s'incorporent au navire¹²³, ce qui renforce d'autant plus l'assiette de la sûreté.

En *common law*, aucune indication n'est donnée par le *Merchant Shipping Act* de 1995. Il apparaît néanmoins que le *mortgage* ait une assiette sensiblement similaire à notre hypothèque. Ainsi, il est depuis d'usage de considérer, depuis *Coltman v. Chamberlain*¹²⁴ que l'assiette comprend « *all articles necessary to the navigation of the ship or to the prosecution of the adventure (...) the articles must*

¹¹⁹J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens – Les obligations*, PUF, coll. Quadrigé, 2004, n°725, p. 1626.

¹²⁰E. DE SOLA, *La notion d'agrès et apparaux*, Librairies techniques, coll. Droit maritime et des transports, 1974.

¹²¹M. REMOND-GOUILLOUD, *Droit maritime*, Pedone, coll. Études internationales, 2ème éd., n°61, p. 60, 1993.

¹²²V. K. OILLEAU, op. cit., n°46, p. 67.

¹²³P. BONASSIES et C. SCAPEL, op. cit., p. 386.

¹²⁴*Coltman v. Chamberlain* 1890 LR 25 QBD 328.

have been specifically appropriated to the ship ».

Enfin, dans la mesure où le *mortgagee* entre en possession du navire, il a le droit au fret, sans toutefois contredire le droit français puisque le *mortgagee* in possession agit en qualité de *possessor* de la chose et non plus de *mortgagee*.

2. *Les valeurs de remplacement*

Le droit hypothécaire est aussi un droit assis sur la valeur du bien grevé¹²⁵. Ceci lui donne ainsi vocation à se faire payer sur la valeur du bien quand il apparaît qu'elle est remise en cause, par l'effet de la subrogation réelle¹²⁶ sans qu'il soit exigé de délégation expresse. L'indemnité vient alors compenser la moins-value du navire après l'incident. Ainsi, l'article 121-13 du Code des assurances attribue aux créanciers hypothécaires et privilégiés « *les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle (...) ou les autres risques* ». Toutefois, le droit maritime ne paraît pas connaître pareille extension à toute les créances représentatives de la valeur du navire (« *ou les autres risques* ») puisque l'article 47 de la loi de 1967 prend le soin de préciser les cas dans lesquels il y a subrogation réelle. C'est ainsi qu'elle prendra effet pour seulement quatre catégories d'indemnités :

En premier lieu, les indemnités dues au propriétaire à raison des dommages subis par le bâtiment hypothéqué (article 67-a). Le doyen RODIÈRE en fournit une excellente illustration : ainsi, à la suite d'un abordage par la faute du navire B, le navire A, hypothéqué pour la garantie d'une créance de C, est avarié ou coulé ; le propriétaire de A, de ce fait, recevra une indemnité ; le créancier C verra son droit de préférence transporté du navire sur cette indemnité si le navire A a péri ; s'il est avarié, l'assiette de l'hypothèque de C sera constituée par le navire avarié, plus l'indemnité d'avarie¹²⁷.

En second lieu, les sommes dues au propriétaire du navire hypothéqué pour contribution aux avaries communes subies par le bâtiment (article 67-b). Ainsi, lorsque c'est le navire qui a été volontairement avarié (ouverture de sabords, fortement de vapeur...), les indemnités d'avaries communes dues par les chargeurs au propriétaire du navire alimenteront l'assiette du droit du créancier hypothécaire.

¹²⁵M.CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, note 597, p. 445.

¹²⁶« *La subrogation désigne l'opération par laquelle, à l'occasion d'un paiement, une substitution de personnes a lieu, en sorte que le créancier d'origine, désintéressé, se voit dans ses rapports avec le débiteur, remplacé par l'auteur du paiement* » in L. LORVELLEC, « *Contrat et obligations* », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1249 à 1252, note 1, 2012.

¹²⁷R. RODIERE et E. DU PONTAVICE, *op. cit.*, p. 100.

En troisième lieu, les indemnités dues au propriétaire pour assistance prêtée ou sauvetage effectué depuis l'inscription de l'hypothèque, dans la mesure où elles représentent la perte ou l'avarie d'un navire hypothéqué (article 67-c). Cette précision tient à ce que l'hypothèque porte sur le navire et ne s'étend pas au fret qu'il rapporte, alors qu'on tient compte de la cargaison sauvée dans le calcul de l'indemnité d'assistance¹²⁸.

En quatrième lieu, les indemnités d'assurance sur le corps du bâtiment (article 67-d), conformément au droit commun des sûretés réelles. Toutefois, la subrogation du créancier hypothécaire dans les droits à l'indemnité d'assurance sur le corps risque d'être « *illusoire* »¹²⁹ en raison d'une faute intentionnelle ou inexcusable commise par le débiteur¹³⁰ ou d'une faute intentionnelle du capitaine¹³¹ ou encore en cas de vice propre non caché du navire¹³².

B. Les priviléges de premier rang de l'article 31 de la loi du 3 janvier 1967

Lorsque le créancier hypothécaire désire recouvrer sa créance, le principal obstacle pratique sera les nombreux priviléges qui auront la préséance sur lui. Cet appétit, pour ne pas dire cette voracité des priviléges rend ses chances de recouvrement incertaines. Ainsi, nous examinerons la notion de priviléges maritimes (1) pour ensuite en déterminer l'assiette (2).

1. Notion de priviléges maritimes

Aux termes de l'article 2324 du Code civil, le privilège est « *un droit que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ».

Le droit applicable aux priviléges sur le navire comprend trois sources¹³³: la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926, la loi du 3 janvier 1967 et lorsque la règle de conflit conduit à l'application d'une loi étrangère, la loi étrangère compétente. Au titre de la loi du 3 janvier 1967, transposition des dispositions de la Convention de Bruxelles du 10 avril 1926, il existe six catégories de priviléges,

¹²⁸*Ibid.*, p. 101.

¹²⁹J. CHANTELOUBE, *Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'Association Française du Droit Maritime et le Crédit Naval*, tome 1, p. 56. spéc. p. 62.

¹³⁰Article 172-13 al. 2 du Code des assurances : « *L'assureur ne répond pas des fautes intentionnelles ou inexcusables de l'assuré* ».

¹³¹Article 173-5 du Code des assurances : « *L'assureur ne garantit pas les dommages et pertes causés par la faute intentionnelle du capitaine* ».

¹³²Article 173-4 du Code des assurances : « *L'assureur ne garantit pas les dommages et pertes résultant d'un vice propre au navire, sauf s'il s'agit d'un vice caché* ».

¹³³P. DELEBECQUE, *art. cit.*, note 9.

puisque la France a utilisé la possibilité de doubler la première catégorie. L'article 31 de la loi de 1967 (article L. 5114-8 du Code des transports) énumère ainsi la liste des priviléges :

« *Sont privilégiés sur le navire, sur le fret du voyage pendant lequel est née la créance privilégiée et sur les accessoires du navire et du fret acquis depuis le début du voyage :*

1° Les frais de justice exposés pour parvenir à la vente du navire et à la distribution de son prix ;

2° Les droits de tonnage ou de port et les autres taxes et impôts publics de mêmes espèces, les frais de pilotage, les frais de garde et de conservation depuis l'entrée du navire dans le dernier port ;

3° Les créances nées du contrat des gens de mer et de toutes personnes employées à bord ;

4° Les rémunérations dues pour sauvetage et assistance et la contribution du navire aux avaries communes ;

5° Les indemnités pour abordage ou autres accidents de navigation, ou pour dommages causés aux ouvrages d'art des ports et des voies navigables, les indemnités pour lésions corporelles aux passagers et aux équipages, les indemnités pour pertes ou avaries de cargaison ou de bagages ;

6° Les créances provenant des contrats passés ou d'opérations effectuées par le capitaine hors du port d'attache, en vertu de ses pouvoirs légaux, pour les besoins réels de la conservation du navire ou de la continuation du voyage, sans distinguer si le capitaine est ou non en même temps propriétaire du navire et s'il s'agit de sa créance ou de celle des fournisseurs, réparateurs, prêteurs ou autres contractants. Il en est de même pour les créances que font naître contre l'armateur les actes du consignataire, lorsqu'il pourvoit aux besoins normaux du navire au lieu et place du capitaine. »

Au vu de ces considérations, force est de constater que les chances du créancier hypothécaire de recouvrer sa créance sont incertaines. Toutefois, il convient de tempérer cette affirmation car cette perspective est brève : la loi assortit en effet les priviléges de deux limitations : leur prescription rapide de six mois (article 39 de la loi du 3 janvier 1967 et article 10 du décret du 27 octobre 1967) et l'opposition du fond de limitation à la plupart d'entre eux.

Par ailleurs, si les créances privilégiées de premier rang sont préférées à toute hypothèque, quel que soit le rang d'inscription de celle-ci, ils priment également les autres priviléges¹³⁴. Toutefois, le

¹³⁴Ainsi, le privilège des marins l'emporte sur celui du créancier nanti sur le matériel : Cour d'appel de Rennes, 10 juillet 1968, *Droit Maritime Français*, 1969.29 et 1969.536, note A. Martineau.

créancier hypothécaire a la priorité sur les priviléges fiscaux et sur ceux du droit civil, à l'exception toutefois du privilège des frais de justice¹³⁵.

2. *L'assiette des priviléges maritimes*

Hypothèques et priviléges ont ceci de commun qu'ils portent tous deux sur le navire¹³⁶ (articles 46 al. 1 et 31 de la loi de 1967). Toutefois, nous avons vu que le législateur a assorti l'hypothèque de palliatifs puisque certains éléments de son assiette sont implicitement exclus les priviléges maritimes. Ainsi, dans les quatre causes légales de subrogation légale visées à l'article 47 de la loi du 3 janvier 1967, si les trois premières sont communes à l'hypothèque et aux priviléges, la dernière, à savoir les indemnités d'assurance sur le corps du navire (article 67-d) est expressément refusée au créancier privilégié (article 35 de la loi du 3 janvier 1967). Cette exclusion au bénéfice du créancier hypothécaire constitue une des garanties maîtresses du crédit hypothécaire, « *sans laquelle l'hypothèque maritime perdrat son efficacité* »¹³⁷.

C. Les autres sûretés grevant les accessoires, agrès ou apparaux du navire

Si toute chose qui s'incorpore au navire entre dans l'assiette de l'hypothèque maritime, il est fréquent que survienne un conflit entre les créanciers hypothécaires et les créanciers ayant constitué des sûretés sur les accessoires, agrès et apparaux du navire. Les assiettes se chevauchent. Ainsi, deux conflits retiendront notre attention : le conflit entre l'hypothèque maritime et le gage sur outillage et matériel d'équipement (1) d'une part, et le conflit entre l'hypothèque maritime et la clause de réserve de propriété (2).

1. *Conflit entre l'hypothèque maritime et le gage sur outillage et matériel d'équipement*

Afin de faciliter les acquisitions d'outillage et de matériel d'équipement, la loi n°51-59 du 18 janvier 1951 permet au prêteur finançant de telles acquisitions d'être garanti par un gage. Ainsi, à la différence de l'hypothèque qui tend à faciliter le crédit à l'investissement, le gage facilite la modernisation des navires, ce qui est un point essentiel. Toutefois, force est de constater que la garantie offerte par les articles L. 525-1 à L. 525-20 du Code de commerce octroie aux créancier une garantie redoutable, puisqu'elle confère droit de suite et droit de préférence au créancier gagiste. Si redoutable, qu'un

¹³⁵M. CABRILLAC et C. MOULY, op. cit., point 1007, p. 757.

¹³⁶V. supra.

¹³⁷A. VERNEUIL, *in* Le centenaire de l'hypothèque maritime en France, Rencontre internationale des 12 et 13 décembre 1974 organisée par l'AFDM et le Crédit Naval – CMAF, tome 1, p. 52.

commentateur a considéré que cette garantie est « *comparable à une hypothèque mobilière* »¹³⁸.

α. La validité du gage sur outillage et matériel d'équipement du navire

Si toute chose qui s'incorpore au navire entre dans l'assiette de l'hypothèque maritime, il est fréquent que survienne un conflit entre les créanciers hypothécaires et les créanciers nantis sur le matériel d'outillage et d'équipement sur le matériel ainsi incorporé. Par conséquent, les assiettes de l'hypothèque et du gage se chevauchent.

Dans un arrêt du 1er juin 1970 « *Heureux* », la Chambre commerciale se fonde sur la théorie de l'accessoire pour décider qu'il résulte de l'article 19-2° de la loi de 1951 (article L. 525-18-2° du Code de commerce) « *que l'emprunteur ne peut donner en nantissement à son prêteur, ni l'outillage ni le matériel d'équipement, acquis à crédit, qu'il incorpore à un bâtiment de mer* ». La Cour exclut ainsi la validité du nantissement consenti sur du matériel (en l'espèce d'un générateur d'eau douce et des congélateurs) destiné à être incorporé au navire, donnant primauté à l'hypothèque maritime.

Ainsi, après la constitution de l'hypothèque, il semble que le nantissement ne puisse porter que sur les accessoires, et non sur les machines, agrès et apparaux. Par ailleurs, pour le nantissement soit opposable au créancier hypothécaire, il s'agira pour le gagiste de notifier à ce dernier le gage ainsi constitué dans les deux mois de sa conclusion¹³⁹. Après la constitution de l'hypothèque, il semble que les droits du créancier hypothécaire puissent s'étendre aux améliorations futures, même nanties, et ce eu égard aux dispositions de l'article 2133 alinéa 1 du Code civil¹⁴⁰.

β. Le rang de préférence du gage sur outillage et matériel d'équipement du navire

Enfin, concernant le rang de préférence à attribuer à chacune des sûretés, les textes eux-mêmes semblent se contredire sur la question. Ainsi, l'article L. 525-9 du Code de commerce déclare que le privilège du créancier nanti sur le matériel s'exerce par préférence à tous les autres priviléges ou créances hypothécaires, tandis que les articles L. 5114-13 et L. 5114-14 du Code des transports font primer l'hypothèque maritime sur tous les priviléges, à l'exception des priviléges maritimes. Il semble néanmoins que le gage sur outillage et matériel d'équipement, privilège de droit commun, doive céder

¹³⁸F. BOUTTIER et J.F. PILLEBOUT, *Gage et nantissement. - Outilage et matériel d'équipement. - Constitution et transmission. - Extinction, Jurisclasseur*, fasc. 4100 ;, note 6, 2012.

¹³⁹Article L. 525-9-III du Code de commerce. Cour d'appel de Rennes, 10 juillet 1968, *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1968, p. 796, obs. Du Pontavice.

¹⁴⁰Article 2133 al. 1 du Code civil : « L'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué ».

le pas à l'hypothèque maritime, conformément à l'article L. 5114-14 du Code des transports.

2. Conflit entre l'hypothèque maritime et la clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété constitue une exception au principe du transfert immédiat et *solo consensu* de la propriété posé par l'article 1583 du Code civil en produisant un effet suspensif à la vente¹⁴¹. Au vu des solutions dégagées en matière de gage sur outillage et matériel d'équipement du navire, peut-on considérer, par analogie, que l'hypothèque maritime exclut la réserve de propriété qui grèverait les machines, agrès et apparaux du navire ? La solution est donnée par un arrêt en date du 15 mars 1994 rendu par la Chambre commerciale¹⁴². En l'espèce, il s'agissait d'un moteur de navire dont la vente avait été assortie d'une clause de réserve de propriété. Selon la Cour, « *un moteur de navire, dont la vente a été assortie d'une clause de réserve de propriété, peut, dès lors qu'il se retrouve en nature sur le navire et qu'il demeure identifiable et dissociable, peut être revendiqué par le vendeur impayé, malgré la constitution régulière d'une hypothèque maritime sur le navire, et quoique cette hypothèque, en applicable de l'article 46 de la loi du 3 janvier 1967, s'étende à tous les accessoires, machine, agrès et apparaux* ».

La règle de l'extension de l'hypothèque aux améliorations survenues aux immeubles hypothéqués ne saurait donc jouer lorsque l'extension en question porte sur un meuble réservé à la propriété d'un tiers, peu importe que la clause grève des agrès et apparaux ou des accessoires. La clause est alors opposable au créancier hypothécaire. La première raison tient à ce que le constituant de l'hypothèque sur le navire n'est pas propriétaire du moteur. Or, l'article 44 de la loi du 3 janvier 1967 énonce que l'hypothèque ne peut être consentie que par le « *propriétaire du bâtiment* », ce qui interdit implicitement de comprendre dans l'assiette de l'hypothèque les éléments d'équipement qui n'appartiennent pas au propriétaire du navire¹⁴³. La seconde raison tient au fait que le moteur dont la propriété a été réservée au profit du vendeur peut être revendiqué « *dès lors qu'il se retrouve en nature sur le navire et qu'il demeure identifiable et dissociable* ». En effet, même valablement stipulée, le vendeur ne pourra pour autant revendiquer son bien qu'il n'a pas été incorporé¹⁴⁴. En conséquence, même si le bien n'est pas la propriété du constituant hypothécaire, ce dernier pourra exercer son droit sur le bien ainsi incorporé.

¹⁴¹ P. CROCQ, Sûretés Mobilières. - Clause de réserve de propriété, *Jurisclasseur Civil Code*, note 2, 2015.

¹⁴² Cass. Com., 15 mars 1994, *SARL SEMEI (Sté d'Équipement pour la Marine et l'Industrie c/ Caisse régionale de crédit maritime mutuel « La Méditerranée » et a.*

¹⁴³ C. LARROUMET, *la Semaine Juridique Édition Générale*, note sous-arrêt, n°24, note 5.

¹⁴⁴ La jurisprudence en ce qui concerne la revendication d'un meuble incorporé à un immeuble.

PARTIE II. LE TRANSPORT DE PROPRIÉTÉ À TITRE DE GARANTIE : L'EXEMPLE DE LA FIDUCIE MARITIME

« *Assigner à la propriété la fonction de garantir le paiement d'une créance est une démarche simple et naturelle* »¹⁴⁵. Procédé frustre, l'utilisation de la propriété à titre de garantie répond néanmoins à un besoin des opérateurs de sécuriser leurs créances lorsque les sûretés réelles traditionnelles s'avèrent inefficaces à remplir leur fonction. En ce sens, la « *mutilation du droit de propriété* »¹⁴⁶ opéré par la fiducie semble parfaitement répondre à cette démarche.

Toutefois, malgré son introduction par la loi n°2007-211 du 19 février 2007, on constate qu'il y a peu de littérature sur son application au domaine maritime. Cet état de fait ne doit pas nous empêcher d'imaginer ces possibles applications à la matière. En effet, pourquoi pas ?

Tout comme l'hypothèque maritime, la fiducie maritime prend assise sur le droit commun. Toutefois, la singularité de son objet lui fait souffrir de quelques modifications. Ainsi, nous étudierons le droit commun de la fiducie (chapitre 1) avant d'examiner son régime en matière maritime (chapitre 2).

¹⁴⁵ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, p. 427.

¹⁴⁶ C. MOULY : procédures collectives : assainir le régime des sûretés, n°34, p. 550

CHAPITRE I. LA FIDUCIE DE DROIT COMMUN

Un titre entier est consacré à la fiducie, au sein du Livre III consacré aux différentes manières d'acquérir la propriété. Dans notre droit, la fiducie consiste donc en une aliénation fiduciaire à charge de rétrocession. Il s'agit en effet d'un acte juridique par lequel une personne, nommée fiduciant, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une personne, nommée fiduciaire, à titre de garantie d'une créance sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer¹⁴⁷.

Par la loi du 19 février 2007, le droit français voit ainsi la réintroduction dans son droit d'un mécanisme fort ancien puisque nous l'héritons des Romains (section 2). À cet égard, le retard du droit français s'explique selon nous par une crainte théorique, quasi-mystique, qui rompait avec l'héritage juridique : la théorie du patrimoine. Car la fiducie emporte tout à la fois : un patrimoine d'affection à la place du patrimoine unique depuis la théorie d'Aubry et Rau, une nouvelle propriété : fiduciaire, et non pas absolue depuis le Code civil de 1804. Ainsi, à titre de préambule, nous jugeons qu'un bref retour aux sources est nécessaire (section 1) pour comprendre l'institution.

Section 1. Les sources de la fiducie-sûreté de droit commun

L'introduction de la fiducie en droit français ne s'est pas faite sans difficulté. Ainsi, contrairement à d'autres droits qui avait recueilli la tradition romaine, le droit français s'est longtemps montré « *allergique* »¹⁴⁸. Cela nous conduit à d'abord chercher la signification de cette notion dans ses origines (§1), avant d'en présenter les caractéristiques et implications en droit français (§2).

§1. Origines de la fiducie en droit français

L'origine de la fiducie telle que nous la connaissons aujourd'hui ne peut être recherchée uniquement dans le droit romain (A). Si elle a été ignorée par rébellion, c'est guidé par la nécessité de se conformer à la pratique internationale d'inspiration anglo-américaine : à savoir le trust (B).

A. La *fiducia* de droit romain

Encore une fois, l'étymologie même du mot nous renseigne sur sa nature car le terme *fiducia* signifie

¹⁴⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, éd. Presse Universitaire de France, 2007

¹⁴⁸ p. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, 429

en latin la confiance¹⁴⁹.

Dans ses Institutes, GAIUS opère une distinction entre d'une part la *fiducia cum creditore* (fiducie-sûreté) et d'autre part, la *fiducia cum amico* (fiducie-gestion). Dans les deux cas, il s'agissait pour une personne de transférer à une autre la propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens, dans un but précis, identifié dans un pacte adjoint au transfert de propriété. Aux termes de ce pacte, l'acquéreur s'engageait auprès de l'aliénateur à re-transférer à la date et aux conditions fixées dans la convention¹⁵⁰. La *fiducia cum creditore* était une sûreté sûre et solide au vu de la garantie qu'elle offrait : la propriété. Ainsi, en cas de défaillance de son débiteur, le créancier acquérait le bien, en devenait le propriétaire, et de la sorte « *n'avait à se préoccuper ni du recouvrement de la somme, ni d'une éventuelle concurrence avec d'autres créanciers sur le patrimoine du débiteur* »¹⁵¹. À la fin du Bas Empire, la fiducie disparaît, notamment supplante par le dépôt, le gage¹⁵², le commodat et l'hypothèque¹⁵³. C. WITZ¹⁵⁴ constate d'ailleurs que les compilations de JUSTINIEN (533 environ après J.C.) confirment la disparition des diverses applications de la fiducie dans le dernier état du droit romain. Sur ce point, C. BERGER-TARARE explique que la disparition de la *fiducia cum creditore* et de la *fiducia cum amico* est liée à plusieurs éléments : en effet, « *le droit romain, formaliste, imposait que toute action en justice soit fondée sur une action spéciale préalablement créée par la loi. Aucune action ne correspondant au non-respect du pacte fiduciaire, il était impossible de contraindre le promettant à se soumettre à son engagement* ». C'est d'ailleurs le même souci qui poussa les justiciables anglais à se pourvoir devant l'*Equity* afin de sanctionner les droits découlant du trust, mais dépourvus d'actions (*writs*).

B. Le trust de *common law*

Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi instituant la fiducie¹⁵⁵, P. MARINI constate que le Code civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au *trust* de pays de droit anglais-américain. Le constat est même grave : « *la France ne peut pas rester insensible à la globalisation de cet instrument juridique* ». Dès lors, il convient d'étudier cet instrument si concurrent : le trust. Nous en verrons la notion (1), puis l'envisagerons à titre de sûreté (2).

¹⁴⁹ F. GAFFIOT, Dictionnaire latin-français, éd. Hachette, p. 666, 1934

¹⁵⁰ C. BERGER-TARARE, le fiduciaire défaillant – regards croisés en droit des biens et droit des obligations, LGDJ 2015, p. 7, n°9, empruntant à C. WITZ, la fiducie en droit privé français, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981, p. 21 n°21

¹⁵¹ C. BERGER-TARARE, op. cit. p. 7

¹⁵² C. WITZ, JurisClasseur Civil Code Art. 2011 à 2030, Fasc. 10 : Fiducie – Introduction et constitution, note 2, 2012

¹⁵³ C. WITZ, la fiducie en droit privé français, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981, p. 24 n°23 et p.26 n°24

¹⁵⁴ C. WITZ, article précité

¹⁵⁵ Proposition de loi n°178, Sénat 2004-2005, institution de la fiducie

1. Notion de trust

Comme « *fiducia* », « *trust* » signifie confiance. Cette institution partage nombre de points communs avec la fiducie de droit français, la doctrine elle-même présente l'institution de droit continental comme largement inspirée de son homologue de droit anglo-américain¹⁵⁶.

Comme le souligne Y. EMERICH, en *common law*, les définitions du trust sont multiples et aucune ne s'est réellement imposée. L'auteur donne par la suite une définition du trust que nous retiendrons pour sa simplicité : « (...) *le trust est l'institution, fondée sur la confiance, en vertu de laquelle une personne (le trustee) est investie de la propriété légale/legal title de certains biens tenus en trust/in trust pour pouvoir les gérer au profit d'une autre personne (le bénéficiaire/beneficiary ou cestui que trust), qui se voit reconnaître la propriété équitable/equitable title de ces biens, ou au profit d'une fin particulière* »¹⁵⁷¹⁵⁸.

L'institution du *trust* est ancienne. On en a trouvé sa trace dès le IXe siècle¹⁵⁹. Le terme alors utilisé était celui de *use*. *Use* signifie « pour mon compte » ou « au bénéfice de »¹⁶⁰. À l'origine, le mécanisme était un arrangement patrimonial qui permettait de transférer des avoirs des ecclésiastiques à des tiers qui promettait de les détenir dans le seul intérêt des ecclésiastiques. Par la suite, la technique fut développée par les croisés. En vue d'assurer une possession continue de leur terre, le propriétaire (*feoffor*) qui partait en croisade transférait son bien à une autre personne (*feoffee to use*) qui le détenait au bénéfice d'un troisième (*cestui que use*). Il était alors fréquent que le *feoffee* ne brise la confiance, le *trust* mis en lui, en conservant les biens à son compte ou les dilapidant. Le *feoffor* se trouvait là bien démunie. Or, comme nous l'avons dit, le droit anglais, fort de son adage « *remedies precedes rights* » ne reconnaissait un droit que s'il était reconnu par une action spéciale. Ne disposant pas du *writ* adapté, sa demande se trouvait systématiquement rejetée par les juridictions de *common law*. C'est finalement le Chancelier du Roi, ecclésiastique membre de la *Curia Regis* (Conseil du Roi) qui trancha. Ce dernier pouvait décider en son âme et conscience et au nom du Roi, que justice soit faite en faveur du plaintiff, auquel cas il ordonnait le transfert immédiat

¹⁵⁶ F. BARRIERE, Répertoire de Droit Civil, Dalloz, v° Fiducie, spéc. n°9

¹⁵⁷ Y. EMERICH, Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common law : entre droit des contrats et droit des biens, Revue Internationale de Droit comparé, 2009

¹⁵⁸ Le Barron's Law Dictionary conforte cette définition : (*a trust is*) « *a property, real or personal, held by one party for the benefit of another ... It implies two interests, one legal, and the other equitable ; the trustee holding the legal title or interest ; and the cestui que trust or beneficiary holding the equitable title or interest. The one who supplies the property or consideration for the trust is the settlor (also called trustor or donor)* »

¹⁵⁹ STONE, The conflict of Laws, 1995, p. 226

¹⁶⁰ C. BERGER-TARARE note que le terme est dérivé du latin « *ad opus* », op. cit. p.11

de la propriété du bien litigieux¹⁶¹. Ainsi se développa « une justice parallèle »¹⁶², qui permit *in fine* au trust de subsister, malgré la rigidité des règles de *common law*.

2. *Le trust à titre de sûreté*

Il est bien sûr possible de recourir au *trust* afin de constituer une sûreté. Dans un tel schéma, le débiteur transfère un bien à un ou des *trustee(s)* afin de garantir le paiement de ses dettes ou se déclare *trustee* du bien pour ses créanciers, ceux-ci étant alors bénéficiaires du *trust*. Comme le remarque M.F PAPANDRÉOU-DETERVILLE, l'institution est également fort utile à titre de gestion pour constituer des sûretés au profit d'un groupement de créanciers. Elle note alors que l'Eurotunnel a donné lieu à la constitution de sûretés gérées par des *trustees* pour le compte du *pool* de créanciers. On relève ainsi tous les avantages que pourrait recéler une pareille institution dans le cadre de financement d'un navire.

Section 2. La fiducie en droit français

Si les Romains ont souvent été nos maîtres à penser, il est surprenant le législateur de 1804 ait ignoré l'institution fiduciaire. D'autant plus surprenant qu'il nous aura fallu près de deux cent ans pour l'intégrer dans notre droit (A). Mais, la mondialisation est aujourd'hui omniprésente, et le droit ne saurait s'en tenir isolé. Cette « *fin de l'innocence* »¹⁶³, le droit français l'a débuté par la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie (B).

§1. Le temps de l'acclimatation¹⁶⁴

L'introduction de la fiducie est le fruit d'un processus lent. La mort prématurée des projets de lois présentés à l'époque¹⁶⁵ s'explique probablement dans la crainte de l'instrumentalisation de la fiducie à des fins frauduleuses : pour l'essentiel, le contournement des règles fiscales et la fraude aux droits des créanciers. Toutefois, longtemps le Code civil a connu des institutions semblables à la fiducie (1). Encore, la Convention de la Haye du 1er juillet 1985 a été le fait déclencheur sur l'opportunité de son introduction en droit français (2).

¹⁶¹ C. BERGER-TARARE, op. cit. p. 12

¹⁶² C. BERGER-TARARE, op. cit. p. 12

¹⁶³ Terme emprunté à D.ARTAUD, *La fin de l'innocence. Les Etats-Unis de Wilson à Reagan*

¹⁶⁴ « Le temps de l'acclimatation » : terme emprunté à M. GRIMALDI, dans l'article « l'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de droit Henri Capitant*, n°2, 30 juin 2011

¹⁶⁵ Avant-projet de loi relatif à la fiducie de 1990 - projet de loi déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 20 février 1992

A. Par le Code civil

Le droit français a quand même eu recours à des mécanismes comparables à la fiducie avant son introduction par la loi du 19 février 2007. Ces « *fiducies innommées* », pour reprendre le terme de F. BARRIERE¹⁶⁶, ont été pour l'essentiel introduites dans le Code monétaire et financier, dans le domaine des biens incorporels. Ainsi, depuis 1984, les établissements financiers peuvent se faire céder à titre de garantie des créances professionnelles de leurs clients (cession dite « *Dailly* » aujourd’hui régie par les articles L. 313-23 et suiv., du Code monétaire et financier) et qui constitue une véritable aliénation fiduciaire. C'est encore le cas des garanties financières, issues de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2012 concernant les garanties financières.

B. Par la Convention de la Haye du 1er juillet 1985

Pour sûr, la Convention de la Haye a été l'évènement déclencheur à l'introduction de la fiducie dans notre droit. L'omniprésence du trust dans le commerce international a longtemps posé le problème de sa reconnaissance par les systèmes de droit qui l'ignorent. C'était l'objet de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance que d'opérer pareille reconnaissance. Son article 2 définit l'institution en ces termes : « *Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par un acte entre vifs ou à cause de mort par une personne, le constituant, lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* ». Ainsi, la convention est certes centrée sur le trust de *common law*, mais elle est pour autant applicable à d'autres institutions similaires de traditions civilistes. Seulement, pour être reconnus, ces institutions similaires devront répondre aux critères de l'article 2 susmentionné. Suite à l'introduction de la fiducie en droit français, opérons un saut quantique par rapport à la convention de 1985 : la fiducie est-elle assimilable au trust, au sens de la Convention de 1985 ? Selon C. WITZ, il semble bien que notre institution réponde bien aux critères de l'article 2 de la Convention de la Haye¹⁶⁷. Toutefois, la France n'a pas ratifié la Convention. On peut le regretter : en cas de ratification, notre fiducie aurait bénéficié du passeport de la Convention dans les pays où celle-ci est en vigueur, à savoir Chypre et les Etats-Unis. Elle nous permettrait par ailleurs d'exporter notre droit : de se mesurer aux pays de *common law*. Cela est à double tranchant : l'assimilation de la fiducie au trust rendant la concurrence deux institutions plus exacerbée¹⁶⁸. Mais

¹⁶⁶ F. BARRIERE, La fiducie-sûreté en droit français, Revue de droit de McGill, vol. 58, n°4, 2013, p. 869-904

¹⁶⁷ C. WITZ, la fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au *trust*, Recueil Dalloz 2007, p. 1369

¹⁶⁸ C. WITZ, op. cit : « pour comprendre cette retombée paradoxale de l'assimilation de la fiducie au trust, il faut se

on apprend toujours de ses erreurs, et notre fiducie est une jeune institution qui n'a pas encore fêté ses dix ans. Peut-être, pour parfaire notre institution, et donc pour parfaire la sécurité et la liberté de nos opérateurs économiques, le choix de la ratification, ou du match, serait opportun.

§2. L'introduction en droit français par la loi n°2007-211 du 19 février 2007

On présentera de façon générale la notion de fiducie en droit français (A) pour en saisir les caractéristiques (B).

A. Présentation de l'opération

La fiducie est d'abord un « contrat »¹⁶⁹¹⁷⁰, à l'instar du *trust* qui n'est pas nécessairement contractuel et peut résulter donc de l'engagement unilatéral du constituant.

Ensuite, tout comme le trust, la fiducie est une « opération »¹⁷¹ tripartite. Il semble en effet qu'elle comprenne toujours un constituant, un fiduciaire et un bénéficiaire.

La fiducie est un « transfert »¹⁷², l'opération portant sur un transfert de droits, biens ou sûretés. Ces éléments forment un patrimoine d'affectation.

Le fiduciaire doit enfin accomplir une mission au profit du bénéficiaire. Naturellement, « le fiduciaire ne saurait faire ce qui lui plaît des biens qui lui sont transmis. Déterminer les contours de la mission du fiduciaire est essentiel¹⁷³. En effet, la propriété fiduciaire est « finalisée »¹⁷⁴, elle n'est pas une fin pour le fiduciaire mais un moyen pour accomplir sa mission.

référer à l'article 13 de la Convention selon lequel « aucun Etat n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs, à l'exception du choix de la loi applicable, du lieu d'administration et de la résidence habituelle du trustee, sont rattachés plus étroitement à des Etats qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause » ».

¹⁶⁹ L'article 2011 du Code civil prévoit en effet expressément que la fiducie est établie par la loi ou par contrat et doit être expresse

¹⁷⁰ V. au contraire, l'opinion de Y. EMERICH qui distingue l'acte juridique qui crée l'institution, de l'institution elle-même et d'assimiler la fiducie à un contrat, notant que la fiducie peut aussi bien être créée par contrat que par contrat. De plus, « si [le législateur] a voulu que la fiducie soit un contrat, gageons que le législateur l'aurait dit, ce qu'il n'a pas hésité à faire dans d'autres contextes, comme lorsqu'il a défini la vente, l'échange, le louage ou encore le prêt ». Y EMERICH, la fiducie face au trust, Revue internationale de droit comparé, 2009, p. 56

¹⁷¹ Terme employé par l'article 2011 du Code civil

¹⁷² Terme employé par l'article 2011 du Code civil

¹⁷³ C. BERGER-TARARE, op. cit., p. 19

¹⁷⁴ R. IBARRA GARZA, op. cit., reprenant le terme de R. LIBCHABER, op. cit.

B. Les caractères de la fiducie

a. Une atteinte à la théorie du patrimoine : le patrimoine d'affectation

Selon la théorie traditionnelle du patrimoine, formulée au XIXe siècle par Aubry et Rau et inspirée par le pandectiste allemand Zachariae, le patrimoine est l' « *ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit* ». Quasi-mystiquement, ce principe a été compris par le droit français comme le connaissant aucune exception¹⁷⁵. La consécration de la fiducie est de même celle du patrimoine d'affectation. Même si le législateur ne fait, *expressis verbis*, aucune mention du patrimoine d'affectation, on croit tout de même déceler, de manière détournée, en précisant à l'article 2011 du Code civil en stipulant que les fiduciaires tiennent les biens, droits ou sûretés « *séparés de leur patrimoine propre* ». Par ailleurs, l'article 2025 du Code civil, en prévoyant que « *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* », pose le principe selon lequel l'actif du patrimoine fiduciaire répond des dettes de ce patrimoine¹⁷⁶.

b. La propriété fiduciaire

En droit français, la notion de propriété est présentée comme par nature absolue. Les droits réels n'en sont que démembrements. En *common law* au contraire, la théorie des domaines/*doctrine of estates* permet la division du titre de propriété entre plusieurs personnes : la propriété est fragmentée, le concept central étant les *property rights*, le concept d'*ownership* ne venant qu'en second temps, comme la réunion de tous les *property rights*. Ainsi, les démarches sont inverses et a priori irréconciliables.

D'abord, la propriété civiliste est « *un élément de richesse, et donc de crédit* »¹⁷⁷. Or, en cas de fiducie-sûreté, le bénéficiaire de la sûreté est certes « *riche de sa créance, mais non de la propriété*

¹⁷⁵ Ainsi, aux termes de l'article 2284 du Code civil : « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

De même, l'article 2285 du Code civil dispose que : « les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

¹⁷⁶ Y. EMERICH, dans son article « *La fiducie face au trust* » se demande ainsi si le patrimoine fiduciaire ne serait pas « *un patrimoine de division, forme de sous-patrimoine, situé au sein du patrimoine personnel du fiduciaire* ». Ainsi, l'idée de sous-patrimoine permettrait d'expliquer les atteintes qui y sont portées par l'article 2025 du Code civil et le fait que le bénéficiaire soit protégé contre les actions des créanciers du fiduciaire.

¹⁷⁷ La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Tom XV/Paris-Est Créteil, Association Henri Capitant, Dalloz, M. GRIMALDI, la propriété fiduciaire, p. 5

fiduciaire »¹⁷⁸. Ainsi, le patrimoine fiduciaire est le gage des seuls créanciers de la fiducie (et non des créanciers personnels du fiduciaire) et l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le fiduciaire est sans aucun effet sur le patrimoine fiduciaire.

Ensuite, la propriété est finalisée, ce qui implique que le fiduciaire doit agir « dans un but déterminé » par le constituant. Ainsi, il ne dispose pas de l'intégralité des prérogatives de la propriété ordinaire, à savoir l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Cette limitation explique le formalisme de constitution de l'acte de fiducie qui impose d'énoncer les pouvoirs du fiduciaire (article 2018-6 du Code civil¹⁷⁹) et l'obligation de rendre compte, à la charge du fiduciaire (art. 2022 du Code civil¹⁸⁰).

La propriété fiduciaire est ensuite non perpétuelle, car limitée à une durée maximum de 99 ans que lui assigne l'article 2018-2° du Code civil.

Enfin, la propriété fiduciaire, tout comme la propriété civiliste, est exclusive, en ce sens que le titulaire du droit écarte de la jouissance de la chose toute autre personne autre que lui¹⁸¹. Ainsi, dans la fiducie-sûreté, il n'y a que le propriétaire fiduciaire qui peut obtenir le paiement de sa créance sur le bien objet de la fiducie.

¹⁷⁸ *ibid*

¹⁷⁹ Article 2018-6° du Code civil : « le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : (...) 6° - la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ».

¹⁸⁰ Article 2022 du Code civil : « Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant (...) ».

¹⁸¹ G. CORNU, vocabulaire juridique, Presse Universitaire de France, 2007, p. 383

CHAPITRE II. LA FIDUCIE SÛRETE MARITIME

Si l'idée de patrimoine d'affectation a longtemps été rejetée par le législateur, il convient de ne pas noircir le tableau. Quelle autre matière que le droit maritime peut le nier puisqu'il a longtemps constitué l'exception au principe à travers le concept de patrimoine de mer¹⁸². Il semble que la question de l'opportunité de la fiducie-sûreté maritime soit posée, surtout que comme le souligne G. PIETTE, « *aucune disposition, de droit interne ou international, ne prohibe l'admission de nouvelles sûretés maritimes* ».

Section 1. La constitution de la fiducie-sûreté maritime

Classiquement, deux points sont à considérer lors de la constitution de la fiducie maritime. En premier lieu, les parties au contrat de fiducie maritime (§1). En second lieu, les conditions de forme de la fiducie maritime (§2). En ce qui concerne le navire, objet de la convention de fiducie, aucune spécificité ne semble être à prévoir. Aussi, il convient de se déferrer à ce que nous avions développé en matière d'hypothèque, à savoir que le navire doit être francisé et que des règles particulières s'appliqueront au cas où il est en construction ou destiné à l'importation.

§1. Les parties au contrat de fiducie

Jusqu'à son abrogation par la Loi de Modernisation de l'Economie du 4 août 2008, l'article 2014 prévoyait que seules personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient être constituants. Aujourd'hui, toute personne physique ou morale peut avoir la qualité de constituant. Seule prescription, le constituant, comme le fiduciaire, doit être résident de l'Union Européenne ou d'un État ayant conclu avec la France une convention en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale¹⁸³.

De façon plus restrictive, la fonction de fiduciaire est réservée à des professionnels soumis à une réglementation et à une autorité de contrôle¹⁸⁴. Ainsi, 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. En matière maritime, K. OILLEAU explique l'opération de fiducie : « *la fiducie permettrait ainsi à un armateur de céder provisoirement à un*

¹⁸² L'article 2 du titre VIII du livre second de l'ordonnance de la Marine de 1681 dispose : « Les Propriétaires de Navires seront responsables des faits du Maître : mais ils en demeureront déchargez, en abandonnant leur Bâtiment et le Fret. »

¹⁸³ Article 13 de la loi 2007-211 du 19 février 2007.

¹⁸⁴ M. CABRILLAC, C. MOULY, S.CABRILLAC, P. PETEL, *op. cit.*, p. 638, point 834.

établissement bancaire, un ou des navires lui appartenant afin d'obtenir des fonds qu'il sera libre d'affecter à un poste de dépenses»¹⁸⁵. De la sorte, l'armateur serait le constituant, l'établissement bancaire serait le fiduciaire, « et tous les deux seraient désignés comme les bénéficiaires éventuels de l'opération »¹⁸⁶.

§2. Les exigences de forme

D'abord, comme l'hypothèque mobilière, relevons que la fiducie se caractérise par une certaine facilité de constitution puisqu'elle peut être créée par acte sous-seing privé¹⁸⁷. À cette fin, le contrat de fiducie doit mentionner, à peine de nullité, l'objet du contrat, soit « *la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire* ». En matière de fiducie maritime, il s'agira donc de mentionner le nom et le port d'attache du navire pour parfaire son identification. Par ailleurs, comme le note G. PIETTE, « *les articles 2011 et 2018 du Code civil permettent de constituer des fiducies sur des biens futurs, à la conditions qu'ils soient déterminables. Par conséquent, il est parfaitement envisageable de constituer une fiducie sur un navire future* ». On notera donc que le financement d'un navire en construction puisse se faire garantir par une fiducie pour financer les coûts de construction. La fiducie ne présentant pas de dispositions spéciales par rapport à l'hypothèque maritime, nous renvoyons le lecteur aux précédents développements consacrés à l'usage de l'hypothèque maritime ayant pour objet un navire en construction. Enfin, le contrat devra mentionner la durée de la fiducie, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans.

À noter toutefois que le contrat de fiducie doit obligatoirement être publié, à peine de nullité : selon l'article 2019 du Code civil, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. Le texte ajoutant que lorsque le contrat porte sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, il doit être publié dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du Code général des impôts. Mais alors, à quelles formalités de publicité soumettre la fiducie maritime. Son objet, le navire empruntant à la fois au régime des meubles, il semblerait que l'on puisse se contenter des formalités de l'article 2019 du Code civil. Toutefois, le navire empruntant au régime des immeubles, il semblerait que les dispositions des articles 647 et 657 du Code général des impôts soient applicables. Comme le suggère G. PIETTE, il paraît opportun de fonctionner par analogie avec l'hypothèque maritime : il s'agirait donc de procéder à la publicité de

¹⁸⁵ K. OILLEAU, op. cit., p. 507

¹⁸⁶ K. OILLEAU, op. cit., p. 507

¹⁸⁷ L'article 2012 du Code civil exigeant seulement l'acte notarié pour « les biens, droits ou sûretés transférés dans un patrimoine fiduciaire dépendant de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision (...) ».

la fiducie maritime auprès du conservateur des hypothèques maritimes dans la circonscription duquel le navire est inscrit ou en construction, surtout que le conservateur des hypothèques maritimes, en tant que fonctionnaire des douanes, relève du même ministère¹⁸⁸.

Enfin, aux termes de l'article 2020 du Code civil, la fiducie doit figurer sur le registre national des fiducies, ce qui permettra son opposabilité aux tiers.

Néanmoins, le contrat de fiducie est soumis à un formalisme qui peut être relativement contraire à l'esprit du trust. En effet, le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, « *les biens, droits ou sûretés transférées. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables* »¹⁸⁹ ; l'identité des parties (constituant(s), fiduciaire(s), bénéficiaire(s) ou, à défaut les règles permettant leur désignation), ainsi que « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* »¹⁹⁰. L'article 2019 du Code civil prévoit quant à lui, à peine de nullité, que le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois¹⁹¹. La fiducie doit aussi être déclarée dans un registre national des fiducies¹⁹².

Section 2. Opportunité et risques de la fiducie-sûreté

En matière de financement d'actifs, que ce soit l'acquisition de navires ou d'aéronefs, la propriété à fonction de garantie constitue indéniablement la meilleur garantie (§1), au point que certains la qualifient de « *reine des sûretés* »¹⁹³. Toutefois, nombreux sont les auteurs à pointer du doigt ces inconvénient (§2).

§1. Les atouts de la fiducie-sûreté en matière maritime

En matière de financement d'actifs, que ce soit l'acquisition de navires ou d'aéronefs, la propriété à fonction de garantie constitue indéniablement la meilleur garantie (§1). Néanmoins, la procédure collective affectant le débiteur peut considérablement impacter les chances de recouvrement du créancier. Dans de pareilles circonstances, la fiducie-sûreté apparaît encore une fois un moyen

¹⁸⁸ G. PIETTE, article précité

¹⁸⁹ Article 2018 du Code civil

¹⁹⁰ *ibid*

¹⁹¹ Article 2019 du Code civil : « A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France (...). »

¹⁹² Article 2020 du Code civil

¹⁹³ A. Cerles, « *La propriété, nouvelle reine des sûretés ?* », *Mélanges Vasseur*, p. 39 et s.

privilégié de sécuriser sa créance (2).

A. À titre de garantie dans le financement d'actifs

Nombre de praticiens notent que la fiducie a vocation à s'appliquer à tous les aspects du financement des entreprises¹⁹⁴, qu'il s'agisse de crédits classiques, de financements structurés, de prise de garantie dans les opérations de LBO (*Leveraged by-out*)¹⁹⁵¹⁹⁶.

L'aliénation fiducie offre ainsi au créancier une sûreté efficace en cas de procédure de sauvegarde, redressement ou de liquidation judiciaires applicables au constituant. Et même si son utilisation ne s'est pas généralisée, ceci étant du, notamment au ralentissement de l'activité économique qui a freiné les demandes de financement pour plutôt mettre l'accent sur les restructurations, gageons que la fiducie soit « *la sûreté de la reprise économique* »¹⁹⁷.

L'aliénation est encore son principal attrait pour le créancier puisque, en cas de défaillance de son cocontractant, celui-ci sera bénéficiaire du bien objet de la fiducie, ce qui lui procure une position fort confortable en comparaison avec l'autre principale sûreté du crédit maritime : l'hypothèque. Justement, parce que le transfert de propriété opère sortie du patrimoine du constituant pour aller dans celui du fiduciaire, le créancier fiduciaire peut mettre en œuvre son droit simplement et efficacement, est tout bonnement en dehors de la loi du concours, ce qui lui permet d'être assuré de ne pas être mis en concours avec les autres créanciers maritimes. Sur ce point encore, on a vu les effets du concours sur la créance hypothécaire. Encore, la fiducie se distingue une nouvelle fois de l'hypothèque du point de vue de sa réalisation : le transfert de propriété opéré par cette sûreté assure une grande simplicité de mise en œuvre de son gage, contrairement à l'hypothèque dont on a vu que les formalités de mise en œuvre étaient complexes, voire dissuasives. Toutefois, afin d'éviter l'enrichissement du créancier, la valeur du bien devra être estimée par un expert lors de la réalisation de la sûreté.

¹⁹⁴ V. sur ce point le communiqué de presse de l'Association Française des Fiduciaires qui souligne l'utilité de la fiducie-sûreté pour garantir le financement des entreprises, depuis la dernière loi de finances rectificative pour 2014, Opportunités offertes par la fiducie pour le financement des entreprises, communiqué de presse AFF, revue des sociétés, n°6, juin 2015

¹⁹⁵ Bruno ROBIN, la fiducie en passe de révolutionner le financement des entreprises, l'AGEFI Hebdo, article paru le 7 mai 2015

¹⁹⁶ Pour les implications fiscales de l'utilisation de la fiducie sûreté en matière de financement, v. Michel Collet, Régime mère-fille et intégration fiscale : les perspectives de la fiducie en matière de financement, LEXplicite, article paru le 18 mars 2015

¹⁹⁷ A. GOURIO, *La fiducie dans tous ses états*, op. cit. « la fiducie-sûreté : utilité et avenir », p. 73

B. À titre de garantie en cas de défaillance du débiteur

En 1948, VOIRIN formulait ce constat : «*Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute mais ne sont jamais écartées... Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles*»¹⁹⁸. Toutefois, aujourd’hui, nombreux sont ceux, doctrine et praticiens, qui soulignent cette stérilité des sûretés réelles à assurer leur rôle de garantie. Dès lors, la pratique recours depuis quelques décennies à des techniques plus rudimentaires, plus frustres pour le financement d’actifs. La fiducie devrait indéniablement pouvoir constituer un de ces outils.

En matière de fiducie-sûreté, force est de constater que le législateur est parvenu à une certaine harmonie entre l'affectation du bien dans un patrimoine fiduciaire (1) et l'impératif de redressement de la situation du débiteur constituant. Encore un point fait de la fiducie-sûreté une garantie efficace : sa réalisation (2).

1. La préservation des droits du créancier

a. Le respect du transfert de propriété

D'abord, le contrat de fiducie-sûreté n'est pas considéré comme un contrat « en cours » au sens de l'article L. 622-13 du Code de commerce, il ne pourra donc pas être résilié ou continué par les organes de la procédure, en dépit d'inexécutions antérieures. Ensuite, le créancier bénéficiaire est exclu des comités des créanciers. Cette disposition est fort avantageuse car la loi de la majorité, susceptible d'imposer des remises de dettes et un traitement différencié aux membres du comité, peut être nuisible au bénéficiaire¹⁹⁹. Ainsi, pour le créancier fiduciaire, ce risque n'existe pas.

Par ailleurs, en cas de cession d'entreprise, le bien mis en fiducie ne peut être transféré au cessionnaire. En effet, le premier alinéa de l'article L. 642-7 énumère les contrats susceptibles d'être judiciairement cédés au titre desquelles l'on retrouve notamment le contrat de crédit-bail, lorsque celui-ci est nécessaire au maintien de l'activité du débiteur en difficulté. Ainsi, le dernier alinéa du texte exclut la cession de «*la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire [...], sauf*

¹⁹⁸ P. DUPICHOT, l'efficience économique du droit des sûretés réelles, citant Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français, 2ème éd., 1948, par R. BUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, t. 13, Les sûretés personnelles et réelles, par P. VOIRIN, n°52 *in fine* et n°53, p. 62

¹⁹⁹ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, p. 642

accord des bénéficiaires du contrat de fiducie ». Cette disposition permettant au créancier bénéficiaire de mettre en œuvre sa sûreté plus facilement.

Toutefois, il convient de tempérer les avantages de la fiducie-sûreté lorsqu'elle intervient en période dite « suspecte ». L'article L. 632-1, I, 9° du Code de commerce dispose en effet que « *tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du Code civil* » est frappé de nullité lorsqu'il est intervenu depuis la date de cessation des paiements ; date de cessation des paiements qui peut être repoussé par le juge jusqu'à 18 mois avant la date du jugement d'ouverture.

2. La réalisation de la fiducie-sûreté

La réalisation de la fiducie n'est impossible que lorsque la possibilité de rétablissement du débiteur en difficulté persiste et que les biens cédés en fiducie sont utiles au maintien de l'activité.

Ainsi, pendant la procédure, si le contrat de fiducie est assorti d'une convention de mise à disposition du bien, ce dernier est donc utile au débiteur. Dans ce cas, le créancier hypothécaire a interdiction de réalisation sa sûreté, en dépit du transfert dans le patrimoine fiduciaire, durant la période d'observation et la période d'exécution d'un éventuel plan de sauvegarde ou de redressement.

À l'issue de la période d'observation ou du plan, la réalisation de la fiducie-sûreté peut avoir lieu. À la différence de ce que l'on a présenté pour l'hypothèque, il n'y a aucune restriction à la réalisation de la fiducie, ce qui est encore un gage d'efficacité de la sûreté. F. PEROCHON établissait même que « *la comparaison avec la situation d'un créancier hypothécaire par exemple ou d'un créancier nanti sur le fonds de commerce se passe de commentaires tant la supériorité de la fiducie est manifeste au cours de la liquidation judiciaire* »²⁰⁰.

§2. Les risques de la fiducie-sûreté en matière maritime

L'un des inconvénients à mettre en fiducie le navire sera également son principal avantage : le créancier fiduciaire devient le propriétaire du patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire du navire (1). De plus, la fiducie-sûreté peut être sensiblement inférieure à l'hypothèque eu égard au risque de dilapidation du crédit qu'elle fait naître (2).

²⁰⁰ F. PEROCHON, A propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008, Gazette du Palais 788, n°40

A. La responsabilité du créancier fiduciaire en tant que propriétaire du navire

Une fois le transfert de propriété opéré, le créancier fiduciaire est considéré comme le propriétaire du navire et il en devient alors responsable. Seulement, la plupart du temps, un tel créancier n'a ni les compétences, ni les moyens d'assurer cette responsabilité. On voit ainsi comment le principal avantage de la fiducie est également son principal inconvénient. Il s'agit par là même du même souci que nous avions révélé concernant la prise de possibilité de prise de possession du bien par le *mortgagor* en cas de défaillance du *mortgagee*.

En tant que propriétaire du navire, le créancier, alors désintéressé, sera donc responsable de plein droit en cas de pollution par des hydrocarbures et en cas de pollution causée par des hydrocarbures de soutes. Puis, le navire ainsi transmis devient épave, le fiduciaire sera par conséquent responsable des dommages causés par celle-ci, sur le fondement des articles 1382 et 1384 du Code civil. Ainsi que tout ce qu'implique le régime juridique des épaves, à savoir l'enlèvement ou la destruction, à ses frais. Ensuite, comme relevé par la doctrine²⁰¹, un navire crée des dettes : certaines sont exceptionnelles : contributions aux avaries communes, rémunération d'assistance, indemnité d'abordage et autres incidents de navigation... D'autres sont inhérentes à l'exploitation du navire : notamment, remplissage des soutes, contrats d'engagement de l'équipage, taxes et droits portuaires, frais de pilotage, frais de garde et de conservation. Surtout, nombre de ces dettes relèvent du régime des créances privilégiées de l'article L. 5114-8 du Code des transports. On voit bien comme la situation se retourne au détriment du créancier fiduciaire : placé dans une situation de quasi intouchable du fait de l'exclusivité dont il bénéficie, voilà qu'il risque d'être primé.

B. Le gaspillage du crédit du constituant fiduciaire

Il est un caractère de la fiducie, qui dénote l'infériorité « *flagrante* »²⁰² par rapport à l'hypothèque : c'est son risque de gaspillage du crédit du constituant. Le navire étant aliéné à titre de garantie, le constituant ne peut plus a priori le d'autres sûretés, alors même que la valeur de son navire est supérieure au montant de la dette. Au contraire, l'hypothèque n'exclut pas la possibilité pour le constituant de constituer d'autres hypothèques sur le navire. Toutefois, il faut bien se garder de conclusions trop hâtives. Comme le relève la doctrine, il existe divers moyens de préserver le constituant des risques de dilapidation de son crédit. D'une part, comme le relève G. PIETTE, il est possible de conclure une fiducie-sûreté rechargeable, instituée sur le modèle de l'hypothèque

²⁰¹ G. PIETTE, *art. cit.*

²⁰² C. WITZ, Réflexions sur la fiducie-sûreté, *La semaine juridique entreprises et affaires*, n°18, 6 mai 1993, 244.

rechargeable par la loi du 12 mai 2009. Dans ce schéma, « *il s'agirait de constituer une telle sûreté auprès fiduciaire qui n'est pas créancier du constituant. Le créancier serait nommé bénéficiaire. Ultérieurement, le constituant pourra obtenir un nouveau crédit, en permettant au nouveau créancier de recharger la fiducie sur le navire, c'est-à-dire de devenir lui aussi bénéficiaire* ».

D'autre part, il s'agirait pour le créancier bénéficiaire de se porter caution au profit du constituant à hauteur de la valeur de l'immeuble excédant la dette garantie²⁰³. Toujours selon le même auteur, un autre moyen serait d'aliéner le navire, « non au créancier lui-même, mais à un tiers qui gérerait la sûreté au profit de plusieurs créanciers bénéficiaires de la fiducie ». Enfin, voie plus aléatoire, « le constituant aurait toujours la possibilité de se servir de la créance que représente son droit au retransfert de l'immeuble ou aux deniers issues de la réalisation pour l'affecter à un autre créancier ».

²⁰³ C. WITZ, *art. cit.*

CONCLUSION

Au regard de ce qui vient d'être exposé, il semble que l'hypothèque maritime souffre de quelques difficultés. La rigidité de son régime actuel au moment où son développement paraît le plus essentiel, ne participe pas à son déploiement. Ainsi, l'hypothèque maritime est-elle une sûreté efficace ? Il semble qu'au vu de ce qui a été exposé, la vanité des priviléges n'est pas de nature à assurer la positive. Encore, le lourd formalisme et l'absence de souplesse qui accompagne la saisie du navire ne garantit au surplus pas le créancier de recouvrer sa mise. Toutefois, notre hypothèque a le grand avantage de ne pas nuire au crédit du constituant, contrairement à la fiducie-sûreté. Ainsi, au regard de l'essoufflement des sûretés traditionnelles, ne revient-il pas au législateur d'adapter l'hypothèque maritime aux demandes des opérateurs économiques ?

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages de droit français

ASSOCIATION FRANCAISE DE DROIT MARITIME ET LE CREDIT NAVALE, Rencontres internationales des 12 et 13 décembre 1974, Tome I et II

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Tom XV/Paris-Est Créteil, Dalloz

BERGER-TARARE C., le fiduciaire défaillant – regards croisés en droit des biens et droit des obligations, LGDJ, 2015

BONASSIES P., et SCAPEL C., Traité de droit maritime, LGDJ, 2ème éd.

CABRILLAC M., MOULY C., CABRILLAC S., PETEL P., Droit des sûretés, Litec

CARBONNIER J., Droit civil, Les biens – Les obligations, PUF, coll. Quadrigé, 2004

CERLES A., « La propriété, nouvelle reine des suretés ? », Mélanges Vasseur

DE GENTILE P., Du nauticum foenus et de l'hypothèque maritime, thèse Aix-en-Provence, p. 134, 1889

DE SOLA E., La notion d'agrès et apparaux, Librairies techniques, coll. Droit maritime et des transports, 1974.

IBARRA GARZA R., la protection du patrimoine fiduciaire-trust fund, thèse Paris II Lextenso édition

JOURDAN L., Des sûretés réelles sur les navires, Thèse Aix, 1914

LAMBELOUIS G., De l'hypothèque maritime en droit français, thèse Paris, 1887

LOYSEL A., Institutes coutumières. Règles 487, livre III, titre VII, 5

OILLEAU K., Le crédit tiré du navire, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010

RIMABOSCHI M., l'unification du droit maritime, contribution à la construction d'un ordre juridique maritime, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006

RODIERE.R et DU PONTAVICE.R, Droit maritime, Précis Dalloz, 1ère édition, p. 93, 1997

VERNET P., Textes choisis sur la théorie des obligations en droit romain, 1865

II. Articles de droit français

CHAPUT Y., JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse, Fasc. 790 : sûretés négatives

BARRIERE F., Répertoire de Droit Civil, Dalloz, v° Fiducie

BOUTTIER F., et PILLEBOUT J.F., Gage et nantissement - Jurisclasseur, fasc. 4100, 2012.

CROCQ P., Sûretés Mobilières. - Clause de réserve de propriété, Jurisclasseur Civil Code, 2015.

DELEBECQUE P., Hypothèques mobilières sur navires, bateaux et aéronefs, JurisClasseur

DELEBECQUE P., répertoire de droit commercial, hypothèque et priviléges maritime

DENIAU P., et ROUAST-BERTIERP., les sûretés réelles dans le financement de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006, Revue de droit bancaire et financier, n°4, juil. 2008

PUTMAN E., Sur l'origine de la règle « meubles n'ont point de suite par hypothèque », RTD Civ., 1994

MOULY C., JurisClasseur Civil Code, art. 2393 à 2396, Fasc. Unique : hypothèques, note 95

LORVELLECL., Jurisclasseur Civil Code, art. 1249 à 1252, fasc. 10 : contrats et obligations 2012

LUQUIAU A., JurisClasseur Transport Fasc. 1060 : Navire et autres bâtiment de mer, 2011

THOMAS J.Y, Faut-il réformer l'exercice de l'hypothèque maritime ? Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, 2004.

WITZ C., JurisClasseur Civil Code Art. 2011 à 2030, Fasc. 10 : Fiducie, 2012

WITZ C., Réflexions sur la fiducie-sûreté, La semaine juridique entreprises et affaires, 6 mai 1993

C. WITZ, la fiducie française face aux expériences étrangères et à la convention de la Haye relative au trust, Recueil Dalloz 2007

III. Ouvrages de droit anglais

ASLAN N., le mortgage en Angleterre et aux États-Unis, Thèse, Paris, 1928

BLACK'S LAW DICTIONARY, 6e ed.

COLLINS, Dictionary of Law: Legal language defined and explained, 2001

MEESON N., Ship and Aircraft Mortgages, London 1989

MORETEAU Olivier, Droit anglais des affaires, précis Dalloz, 1ère édition

PAPANDRÉOU-DETERVILLE M.F., Le droit anglais des biens, L.G.D.J, 2004

ROACH J.E, les hypothèques immobilières en *common law*

IV. Articles de droit anglais

BONASSIES P., Les hypothèques et privilèges maritimes en droit anglais et en droit américain, Droit Maritime Français, 1965, p. 653.

EMERICH Y., la nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ?

EMERICH Y., Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la Common law : entre droit des contrats et droit des biens, Revue Internationale de Droit comparé, 2009

STONE, The conflit of Laws, 1995