

# Chronique de *Droit Bancaire Internationale*



**GEORGES AFFAKI**  
Maître de conférences associé  
à l'Université Panthéon-Assas  
(Paris II)  
**BNP Paribas**



**JEAN STOFFLET**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur émérite

## Législation étrangère

Royaume-Uni.  
The Financial Collateral Arrangements (n° 2)  
Regulations 2003.

**Directive contrats de garantie financière –  
sûretés réelles – transfert de propriété à titre  
de sûreté – instruments financiers – comptes  
de banque – *floating charge*.**

Le Royaume-Uni est devenu le cinquième pays membre de l'Union européenne à transposer en droit national la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (la « Directive »)<sup>1</sup>. La loi de transposition, The Financial Collateral Arrangements (No.2) Regulations 2003 (« *Regulations* »), est entrée en vigueur le 26 décembre 2003 en Angleterre, Pays de Galles, Écosse et Irlande du Nord.

**La Directive.** La Directive a déjà été présentée dans les colonnes de cette revue<sup>2</sup>. Son large champ d'application, son abrogation d'un formalisme désuet, sa consécration de l'efficacité des contrats de garantie financière dans les procédures collectives et son approche innovatrice au droit de réutilisation ont été parfaitement détaillés. Nous n'y reviendrons que succinctement dans la mesure où c'est nécessaire pour présenter le changement important qu'apporte sa transposition au droit anglais des sûretés.

**Un large champ d'application *ratione materiae*.** La Directive, on le sait, couvre les deux grandes figures de contrats de garantie financière : la constitution de sûreté réelle et le transfert de propriété, que les biens objets de la

garantie consistent en « instruments financiers » ou en « espèces ».

La Directive définit « instruments financiers » comme suit :

« Les actions et les autres titres assimilables à des actions, les obligations et les autres titres de créance, négociables sur le marché des capitaux, et tous les autres titres habituellement négociés et conférant le droit d'acquérir de telles actions, obligations ou autres titres par voie de souscription, d'achat ou d'échange ou donnant lieu à un règlement en espèces (à l'exclusion des instruments de paiement), y compris les parts d'organismes de placement collectif, les instruments du marché monétaire ainsi que les créances relatives à ces différents éléments ou les droits sur ou relatifs à ces différents éléments » (article 2(e)).

Elle définit « espèces » dans les termes suivants :

« De l'argent porté au crédit d'un compte dans n'importe quelle monnaie ou des créances similaires ouvrant droit à la restitution d'argent, tels que des dépôts sur le marché monétaire » (article 2 (d)).

Ces deux définitions font ressortir le champ d'application particulièrement large de la Directive. Et c'est là un choix courageux et heureux. Toute autre approche aurait résulté en une réglementation parcellaire qui handicaperait l'efficacité des sûretés dans les marchés financiers.

Il n'en demeure pas moins que si une telle approche globale est maintenant usuelle dans les législations portant sur les instruments financiers, elle l'est moins pour les « espèces ». Le choix du terme « espèces » est d'ailleurs malheureux, puisqu'il conduit de prime abord à penser à la

ont donc jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2004 pour transposer la Directive en droit national.

2 H. de Vauplane et J.-J. Daigre, *Banque & Droit*, n° 89, 2003, p. 38.

3 « On entend par « espèces » des dépôts en compte ou équivalents, tels que les dépôts à terme ou les dépôts sur le marché monétaire, ce qui exclut donc expressément les billets de banque. », Directive, préambule, paragraphe 18.

<sup>1</sup> L'Autriche, le Danemark, la Finlande et l'Irlande ont déjà transposé la Directive sur les contrats de garantie financière en leur droit national. L'Espagne et la Suède doivent promulguer prochainement les décrets qui permettront l'entrée en vigueur des législations transposant la Directive. Les autres pays membres de l'Union européenne sont plus en retard dans le processus de transposition de la Directive. Enfin, les dix nouveaux pays membres sont dans l'obligation de mettre leur législation en conformité avec la législation européenne au moment de leur accession à l'Union. Ils

monnaie fiduciaire. Or, précisément, celle-ci est exclue du champ de la Directive<sup>3</sup>. Il faut plutôt voir dans ce terme la désignation de toute créance de restitution résultant d'un crédit porté sur un compte bancaire.

Précisons aussi que la nature de la garantie financière, « espèces » ou « instruments financiers », n'est nullement déterminante du choix du type de contrat de garantie financière offert par la Directive, choix que constituants et preneurs détermineront librement. Ainsi, s'ils décident que les « espèces », objets du contrat de garantie financière, seront portées au crédit d'un compte interne du preneur de garantie (compte dit de provision), il y aura forcément un transfert de propriété<sup>4</sup>. Les parties auront donc recours aux contrats de garantie financière avec transfert de propriété (Directive, article 2 (b)). Le gage-espèces et le paiement-provision en sont les archétypes. À l'inverse, si les « espèces » sont portées au crédit d'un compte enregistré au nom du constituant de la garantie, les contrats de garantie financière avec constitution de sûreté seront utilisés (Directive, article 2 (c)). Derrière ces intitulés complexes se cachent, on le voit, la fiducie et le nantissement de meubles incorporels dont l'un et l'autre peuvent, selon la Directive, porter sur des « espèces » et des « instruments financiers ». Et c'est tout le mérite de la Directive d'avoir rassemblé ces deux grandes figures des sûretés dans un texte offrant une réglementation unifiée.

**La nouvelle réglementation britannique des contrats de garantie financière.** La transposition de la Directive en droit anglais se révèle fidèle au champ large voulu par ses auteurs.

Ainsi, les contrats de garantie financière avec transfert de propriété reçoivent dans les *Regulations* une définition similaire à celle donnée dans la Directive. Rappelons que la définition donnée dans la Directive est la suivante :

« Contrat de garantie financière avec transfert de propriété », un contrat, y compris les conventions de mise en pension (*repurchase agreements*), aux termes duquel le constituant de la garantie transfère au preneur de cette dernière la pleine propriété des instruments financiers ou espèces donnés en garantie, afin d'assurer l'exécution des obligations financières couvertes ou de la couvrir d'une autre manière. [N.D.L.R. : en anglais dans le texte] (Directive, article 2 (b)).

L'autre grande figure des contrats de garantie financière prévue dans la Directive, à savoir les contrats de garantie financière avec constitution de sûreté reçoit dans les *Regulations* une définition toute aussi large comprenant les instruments suivants : *pledge, mortgage, fixed charge, floating charge* et *lien*. Rappelons que la Directive définit « sûreté » dans les termes génériques suivants :

« Contrat de garantie financière avec constitution de sûreté », un contrat par lequel le constituant remet au preneur ou en sa faveur, des espèces ou des instruments financiers en garantie et où le constituant conserve la pleine propriété de ces actifs lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi. (Directive, article 2 (c)).

Les *Regulations*, on le constate, couvrent sous la définition de « sûreté » toute la gamme des sûretés réelles n'impliquant pas transfert de propriété qu'offre le droit anglais, tant en *common law* qu'en *equity*.

À ce stade, deux constatations s'imposent.

**Une dualité du traitement de la *floating charge*.**

La première constatation - surprenante — est l'inclusion de la *floating charge* parmi les sûretés couvertes par les *Regulations*. On sait que la *floating charge* est une sûreté qui flotte sur une universalité de biens, actuels ou futurs, non nécessairement individualisés au moment de sa création et, surtout, qui ne restreint pas la libre disposition de ces biens par le constituant dans le cadre de ses activités normales<sup>5</sup>. Or, les *Regulations* incluent la *floating charge* dans leur champ, mais exigent pour ce faire que la garantie financière (les biens qui sont l'objet de la sûreté) soit transmise au preneur, que cette transmission résulte « d'une livraison, transfert, détention, enregistrement ou autre moyen de désignation permettant de considérer la garantie financière comme étant en possession ou sous le contrôle du preneur ou d'une personne agissant pour son compte » (*Regulations*, Part 1, § 3).

Point de besoin de rechercher l'origine de la condition de transmission de contrôle. Elle est la transposition directe du paragraphe 10 du préambule de la Directive exigeant que le contrat de garantie financière prévoise une « certaine forme de dépossession ». Or, précisément, cette exigence de transmission au preneur du contrôle des biens objets de la *floating charge* afin de réaliser « une forme de dépossession » va à l'encontre du fondement même de la *floating charge* et met à plat le critère qui permet de la distinguer d'une *fixed charge*<sup>6</sup>.

Comment la *floating charge* a pu faire son entrée dans la panoplie des contrats de garantie financière ? Ce n'était pourtant pas prévu lors de l'élaboration de la Directive. Dans l'esprit de ses auteurs, favoriser l'efficacité du marché en exonérant les contrats de garantie financière de formalisme ne devait pas se faire aux dépens de la sécurité des parties. En particulier, il fallait éviter qu'un constituant qui demeurât en possession des biens engagés, sans avoir à enregistrer la sûreté, puisse donner une fausse apparence de solvabilité qui induise des tiers en erreur. Or, seule la *fixed charge* — mais non la *floating charge* — implique la privation de contrôle du constituant. Elle était donc tout naturellement indiquée pour l'application de la Directive. C'est d'ailleurs préci-

4 Com. 3 novembre 1970, Bull. IV, n° 286 ; Paris 4 septembre 2001 et 27 novembre 2001, JCP-E 2002, p. 591, obs. Delbecq.

5 « *ordinary course of business* », concept qui peut être réaménagé contractuellement, en restreignant la liberté de disposition à certains actes seulement. C'est justement ce pouvoir laissé au constituant de disposer des biens nantis ou non qui distingue une *fixed charge* d'une *floating charge* plutôt que le fait que la première porte sur des actifs immobilisés alors que la deuxième porte sur des actifs circulant, car en réalité l'une et l'autre peuvent porter sur tous biens, G. Affaki, *Les sûretés dans*

*le négoce international*, Clunet n° 3, 2000, p. 684.

6 Le critère de distinction entre les deux formes de charges consistant à vérifier la faculté laissée au constituant de disposer des biens objets de la charge est affirmé par une jurisprudence constante, dont l'arrêt récent *National Westminster Bank PLC v. Spectrum Plus Limited* [2004] EWHC 9 (Ch), arrêt d'une grande importance qui sera commenté dans notre prochaine chronique.

7 Ibid.

sément pour éviter une requalification d'une *fixed charge* en *floating charge*<sup>7</sup> que la Directive, ensuite les *Regulations*, ont prévu à titre de dérogation du droit commun un droit pour le constituant de substituer une garantie financière équivalente ou de disposer de la garantie financière qui excéderait le seuil convenu avec le créancier. Le *Treasury* a toutefois décidé lors de la rédaction des *Regulations* de rajouter aussi les *floating charges*, sans doute par souci d'exhaustivité et d'uniformité de traitement des instruments du marché financier.

Il s'ensuit une coexistence de deux régimes différents de *floating charges* en droit anglais selon la nature des biens objets de la sûreté. D'une part, le régime nouveau, exonéré de tout formalisme de validité ou d'opposabilité, qui s'applique aux *floating charges* prises sur des « espèces » et « instruments financiers ». D'autre part, le régime traditionnel, exigeant l'enregistrement de la *floating charge* dans les 21 jours de sa prise sous peine d'inopposabilité et qui continue de s'appliquer aux catégories de biens autres que des « espèces » et « instruments financiers ».

Le législateur britannique parvint toutefois à éviter que cette dichotomie ne se dédoublât en de multiples systèmes parallèles au formalisme à géométrie variable. En effet, dépassant le champ d'application *ratione personae* de la Directive qui, on le sait, est limité aux seuls contrats de garantie financière où l'une des parties au moins serait un établissement financier ou du secteur public (art. 1 de la Directive), les *Regulations* ouvrent le bénéfice du régime nouveau à toute « personne non physique » (*non-natural person*). Ce terme est défini comme comprenant toute entreprise, y compris un *partnership* sans personne morale, sans exigence de domiciliation au Royaume-Uni<sup>8</sup>. Seules les personnes physiques sont exclues du champ des *Regulations*. Il n'est donc pas exigé dans le nouveau droit anglais des contrats de garantie financière que l'une des parties au contrat soit un établissement financier<sup>9</sup>.

Qu'en est-il des *floating charges* qui porteraient sur une universalité de biens comportant à la fois des « espèces », des « instruments financiers » et d'autres biens? Il serait excessif de conclure à l'opposabilité de la *floating charge* dans son intégralité sans qu'un enregistrement ait été fait, simplement parce qu'elle porterait aussi sur des « espèces » et « instruments financiers ». À l'inverse, il serait tout aussi excessif de conclure à son inopposabilité totale faute d'enregistrement dans le délai prescrit. Il est probable que la *floating charge* non enregistrée serait « dépecée », avec pour résultat que seule la partie de la *floating charge* portant sur les « espèces » et « instruments financiers » serait considérée opposable. Il est fort à parier cependant que les preneurs de garanties financières choisiront sans doute la voie de la prudence,

<sup>8</sup> « non-natural person » means any corporate body, unincorporated firm, partnership or body with legal personality except an individual, including any such entity constituted under the law of a country or territory outside the United Kingdom or any such entity constituted under international law (*Regulations*).

<sup>9</sup> À l'opposé, l'Irlande s'est conformée au champ d'application *ratione personae* limité de la Directive en la transposant en droit national (*The European Communities (Financial Collateral Arrangements) Regulations 2004*, § 4 (2)).

<sup>10</sup> Le fait que l'enregistrement de *floating charges* n'entraîne pas le paiement de redevances calculées *ad valorem*, mais d'une somme forfaitaire, résoudra probablement le dilemme en faveur d'un enregistrement de la charge sur la totalité des biens.

procédant ainsi à l'enregistrement de leur *floating charge* lorsqu'elle vient à porter aussi sur des biens autres que des « espèces » et des « instruments financiers »<sup>10</sup>.

L'exigence de la transmission au preneur du contrôle des biens objets de la *floating charge* pour que celle-ci soit couverte par les *Regulations* étant ainsi clarifiée, se pose la question de la définition de « contrôle ». Comment doit s'organiser matériellement la transmission au preneur de garantie du « contrôle » sur un compte bancaire ou sur des instruments financiers?

**L'attrait du concept de *control* du UCC...** Si le concept de « contrôle » est relativement nouveau en droit anglais des sûretés, il est en revanche bien ancré dans le Code de commerce uniforme des États-Unis (UCC) depuis sa dernière révision. L'article 9-104 du UCC permet en effet au créancier de prendre une sûreté sur un compte bancaire par l'obtention du « *control* » de ce compte. Deux principaux moyens existent pour obtenir le « *control* » : automatiquement, sans formalité aucune, lorsque le preneur de garantie est la banque tenant le compte, ou par la rédaction d'un écrit (*control agreement*) entre le titulaire du compte, le créancier nanti et la banque teneur du compte par lequel la banque s'engage à exécuter toute instruction concernant le solde du compte nanti que le créancier pourrait lui donner sans qu'il ne soit nécessaire de demander l'accord du constituant<sup>11</sup>. En particulier, l'article 9-104 (b) précise que le créancier est considéré comme ayant satisfait à l'exigence de « *control* » même s'il est convenu que le constituant conserve la libre disposition des avoirs sur son compte. L'écrit dans le *control agreement* symbolise donc la transmission de possession et de contrôle au profit du créancier.

Le UCC réussit ainsi à conjuguer la « transmission de contrôle » et la conservation par le constituant de la libre disposition des avoirs sur son compte.

**...et ses limites!** Il serait hasardeux de prétendre transposer tout simplement le concept américain à la nouvelle réglementation européenne des contrats de garantie financière. Certes, le concept de « *control* » tel que défini dans le UCC était assurément présent dans les discussions lors de l'élaboration de la Directive. Il l'était vraisemblablement aussi lors de la rédaction des *Regulations*. Il reste que, contrairement au UCC, la Directive exige une véritable « dépossession » et les *Regulations* ne permettent au constituant de disposer de la garantie financière qu'à concurrence de ce qui excède le seuil convenu avec le créancier. Ceci va à l'encontre de l'article 9-104 (b) du UCC qui permet que les parties conviennent de laisser au constituant la libre disposition de son compte<sup>12</sup>.

Il faut alors conclure que le constituant d'une *floating charge* portant sur des « espèces » et des « instruments

<sup>11</sup> En vérité, l'article 9-104 du UCC prévoit un troisième moyen qui consiste pour le créancier à devenir le « client » de la banque en ce qui concerne le compte nanti, ce qui matériellement se traduit par le changement du nom du titulaire du compte pour le mettre désormais au nom du créancier. Ce moyen est toutefois peu utilisé, car il entraîne l'impossibilité pour le constituant d'utiliser son compte et des conséquences fiscales préjudiciables pour le créancier, A. Christenfeld et S. Melzer, *Deposit account control agreements*, New York Law Journal, vol. 229 - No. 107, 5 juin 2003.

<sup>12</sup> UCC § 9-104 (b): *A secured party that has satisfied subsection (a) has control, even if the debtor retains the right to direct the disposition of funds from the deposit account.*

financiers » doit renoncer à son droit de disposer de la garantie financière au bénéfice du preneur de garantie pour satisfaire à l'exigence de « transmission de contrôle » telle que requise dans les *Regulations*. Il ne reste pas moins qu'il aurait été préférable que la Directive ou, à défaut, les *Regulations* prévoient une définition de « contrôle ».

**Mortgages.** La deuxième constatation que l'on pourrait faire à la lecture des sûretés couvertes par les *Regulations* est l'antinomie apparente résultant de l'inclusion du *mortgage* parmi les les contrats de garantie financière avec constitution de sûreté énumérés dans les *Regulations*. Consistant en un transfert fiduciaire de propriété en *common law* ou en *equity*, quoique le bien demeure en possession du constituant, le *mortgage* trouverait sa place plus logiquement dans l'autre grande figure des contrats de garantie financière, à savoir les contrats de garantie financière avec transfert de propriété. Cependant, le fait que la Directive et les *Regulations* prévoient un traitement identique pour ces deux figures de contrats de garantie financière limite l'impact pratique de cette inconsistance.

Le champ d'application des *Regulations* étant ainsi précisé, il convient de dresser l'inventaire des changements qu'elles opèrent dans le droit anglais des sûretés, et ils sont nombreux.

**Un changement majeur.** Les *Regulations* reprennent d'abord la dispense de formalisme de validité et d'opposabilité des contrats de garantie financière prévue dans la Directive. En particulier ne s'appliqueront pas aux contrats de garantie financière :

1. L'article 3 du *Statute of Frauds* de 1677 exigeant qu'un engagement d'un tiers (cautionnement réel portant sur des « espèces » et « instruments financiers » par exemple) soit fait par écrit et soit signé ;
2. L'article 53 (1) (c) du *Law of Property Act* de 1925 exigeant que la transmission d'un droit en *equity* (par exemple, la cession de créances futures ou la cession à titre de sûreté) soit faite par écrit et soit signée ;
3. L'article 136 du *Law of Property Act* de 1925 exigeant que la cession en *common law* de créances soit faite par écrit et soit notifiée ;
4. L'article 395 du *Companies Act* de 1985 conditionnant l'opposabilité de *charges* (*fixed* ou *floating*) à leur enregistrement dans un délai déterminé.

Ensuite, les *Regulations* déclarent inapplicables aux contrats de garantie financière les dispositions législatives existantes limitant le droit du créancier de réaliser sa garantie financière, ou remettant en cause tout acte de constitution, de disposition, de réalisation ou de compensation (*close-out netting*) de garanties financières pendant la période suspecte ou après l'ouverture d'une procédure collective.

Enfin, les *Regulations* exemptent les preneurs de *floating charges* de l'obligation qui leur était faite au titre de l'Enterprise Act (2002) d'isoler une part du produit de la liquidation des garanties financières pour être affectée au bénéfice des créanciers chirographaires<sup>13</sup>.

**Conclusion.** On émerge de la lecture des *Regulations* avec le sentiment que nous nous trouvons en présence d'un dispositif moderne et cohérent, garantissant l'efficacité des sûretés dans les relations financières. Après l'Enterprise Act (2002), les *Regulations* viennent ainsi compléter la mutation du droit anglais des sûretés.

**Et le droit français ?** Il serait heureux que lors de la transposition de la Directive en droit français, le législateur demeure fidèle à l'approche globale de la Directive et évite de faire des exceptions à l'abrogation du formalisme ou à l'efficacité des contrats de garantie financière en cas de procédure collective. Consensualisme et efficacité sont déjà de droit positif en ce qui concerne les « instruments financiers »<sup>14</sup>. En revanche, une réforme en profondeur s'impose en ce qui concerne les « espèces ». Ceci permettrait de libérer enfin les nantissements de solde de compte du formalisme anachronique de l'article 2075 du Code civil. À l'instar du droit des cinq pays membres de l'Union européenne qui ont déjà transposé la Directive, et du droit des pays inspirés du droit français qui ont récemment modernisé leur régime des sûretés comme la Belgique, le Luxembourg et le Québec<sup>15</sup>, le droit français bénéficierait grandement – et immédiatement – de l'abrogation du formalisme du nantissement de solde de compte et de sa réhabilitation en cas de procédure collective.

13 Pour une présentation de l'Enterprise Act (2002), v° G. Affaki et J. Stoufflet, Chronique de droit bancaire international, *Banque & Droit*, n° 91, 1993, p. 80.

14 Article L. 431-7 du Code monétaire et financier (L. n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003, article 38).

15 G. Affaki, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque & droit*, n° 90, 2003, paragraphe 36.