

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THESE



En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université de Toulouse I Capitole

École doctorale : **Sciences Juridiques et Politiques**

---

Présentée et soutenue par  
**Aude BERNARD**

le 18 octobre 2016

### **Sûretés et droits européens**

---

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IDP EA-1920**

#### **Thèse dirigée par**

Madame Cécile LE GALLOU *Maître de conférences (HDR)*  
*Université Toulouse I Capitole*

#### **JURY**

#### **Rapporteurs**

Monsieur Christophe ALBIGES *Professeur*  
*Université de Montpellier*

Monsieur Yves PICOD *Professeur*  
*Université de Perpignan Via Domitia*

#### **Suffragants**

Madame Manuela BOURASSIN *Professeur*  
*Université Paris-Ouest – Nanterre La Défense*

Madame Francine MACORIG-VENIER *Professeur*  
*Université Toulouse I Capitole*

« L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du  
candidat ».



*À Pierre*



## **Remerciements**

Je tiens à exprimer toute ma gratitude à Madame Le Gallou. Son soutien, sa bienveillance à mon égard et sa patience, ont été le support de ce travail. Qu'elle en soit infiniment remerciée.





# Sommaire

<b>Remerciements</b> .....	<b>v</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>vii</b>
<b>Principales abréviations</b> .....	<b>ix</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>PARTIE I – SÛRETÉS EN DROITS EUROPÉENS</b> .....	<b>27</b>
<b>TITRE I – APPROCHE COMPARATIVE ENTRE LES GRANDS MODÈLES EUROPÉENS DE DROIT DES SÛRETÉS</b> .....	<b>29</b>
CHAPITRE I. La convergence des techniques .....	31
CHAPITRE II. La différence des moyens de régulation.....	83
<b>TITRE II – ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES D’UN DROIT DES SÛRETÉS EN DROIT EUROPÉEN</b> .....	<b>123</b>
CHAPITRE I. État des lieux du droit des sûretés en droit européen.....	125
CHAPITRE II. Les expériences extra-européennes, perspectives dynamiques pour un droit des sûretés en droit européen.....	187
<b>PARTIE II – SÛRETÉS DE DROITS EUROPÉENS</b> .....	<b>223</b>
<b>TITRE I – PROPOSITIONS POUR UN DROIT EUROPÉEN DES SÛRETÉS</b> .....	<b>225</b>
CHAPITRE I. Cadre juridique nécessaire pour un droit européen des sûretés .....	227
CHAPITRE II. Mise en place de mécanismes effectifs dans une approche prospective ....	271
<b>TITRE II – REPENSER LE DROIT INTERNE DES SÛRETÉS À LA LUMIÈRE DES DROITS EUROPÉENS</b> .....	<b>309</b>
CHAPITRE I. Repenser les sûretés réelles .....	311
CHAPITRE II. Repenser les sûretés personnelles.....	379
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	<b>411</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>415</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>479</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b> .....	<b>483</b>



## Principales abréviations

act.jurispr.	Actualité jurisprudentielle
aff.	Affaire
al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
art.	Article
Ass. plén.	Formation plénière
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin civil</i>
Bull. Joly	<i>Bulletin Joly</i>
C.	Affaire soumise à la Cour de justice de l'Union européenne
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Ch.mixte	Formation mixte de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CE	Conseil d'Etat
cf.	Se référer à
chron.	Chronique
1 <sup>ère</sup> Civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
2 <sup>ème</sup> Civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
3 <sup>ème</sup> Civ.	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Concl.	Conclusions
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
<i>contra</i>	En sens contraire
crit.	Critique
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. Affaires</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
éd.	Édition
égal.	Également
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid. ibidem,</i>	Au même endroit
<i>infra</i>	Plus bas
<i>J.-Cl.</i>	<i>Juris-Classeur</i>

<i>J.-Cl. Civ.</i>	<i>Juris-Classeur civil</i>
<i>JCP</i>	<i>Semaine Juridique</i>
<i>JCP E</i>	<i>Semaine Juridique – édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>Semaine Juridique – édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Semaine Juridique – édition notariale</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal de droit international - Clunet</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>jur.</i>	Jurisprudence
<i>LGDJ</i>	<i>Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence</i>
<i>loc.cit. loco citato,</i>	À l'endroit cité
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>not.</i>	Notamment
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op.cit. opere citato,</i>	Dans l'ouvrage cité
<i>p.</i>	Page
<i>pan.</i>	Panorama
<i>préc.</i>	Précité
<i>PUAM</i>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>rappr.</i>	Rapprocher
<i>RD bancaire</i>	<i>Revue de droit bancaire et boursier</i>
<i>RDBF</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Req.</i>	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. Dr. et patr.</i>	<i>Revue Droit et Patrimoine</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RJDA</i>	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit Civil</i>
<i>RTD Civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD Com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>s.</i>	Et suivants (pages ou numéros)
<i>Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>supra</i>	Plus haut
<i>t.</i>	Tome
<i>Traité CE</i>	Traité instituant la Communauté européenne
<i>Traité FUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>Traité UE</i>	Traité sur l'Union européenne
<i>v.</i>	Voir
<i>vol.</i>	Volume

## Introduction

1. **Les sûretés et Le Petit Prince.** « - Moi si je possède un foulard, je puis le mettre autour de mon cou et l'emporter. Moi, si je possède une fleur, je puis cueillir ma fleur et l'emporter. Mais tu ne peux pas cueillir les étoiles ! – Non, mais je puis les placer en banque. – Qu'est ce que ça veut dire ? – Ça veut dire que j'écris sur un petit papier le nombre de mes étoiles. Et puis j'enferme à clef ce papier-là dans un tiroir. – Et c'est tout ? – Ça suffit ! "C'est amusant, pensa le petit prince. C'est assez poétique. Mais ce n'est pas très sérieux" »<sup>1</sup>. Ces célèbres lignes d'Antoine de Saint-Exupéry suffisent à elles seules à résumer la complexité dont relève le droit des sûretés. En effet, si pour le petit prince il est utile de posséder certains biens car il les maintient en activité, il n'en est pas de même du businessman qui se contente de déposer le bien qu'il estime être sien dans un tiroir. Entre possession et propriété, choses corporelles et incorporelles, maintien du bien dans une activité ou dépossession, le droit des sûretés semble s'accommoder difficilement d'angélisme. En effet, quel juriste, quel praticien, pourrait aujourd'hui prétendre concevoir le droit des sûretés avec amusement et poésie, alors que rien n'apparaît plus confus et que tout semble moins opaque que cette matière. Au carrefour<sup>2</sup> du droit des biens, des obligations, des entreprises en difficulté, des procédures civiles d'exécution et du droit de la consommation, le droit des sûretés est un domaine souvent assombri par d'autres droits. À cela convient-il d'ajouter que c'est à l'aube d'une mondialisation du droit<sup>3</sup>, elle-même issue logiquement d'une mondialisation des relations économiques puis juridiques, qu'il faut maintenant entendre le droit des sûretés, nécessairement soumis à l'influence d'autres droits, particulièrement européens.

2. **La créance, fondement des sûretés.** Au commencement, seule était la créance<sup>4</sup>, aspect actif de l'obligation<sup>5</sup> qui permet à une personne d'exiger l'accomplissement d'une prestation due. Mais lorsque la créance n'est pas d'exécution immédiate, le créancier prend le risque qu'avec le temps<sup>6</sup>, le débiteur ne puisse exécuter sa prestation. Il

---

<sup>1</sup> A. DE SAINT EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, Folio Junior Edition Spéciale, Ed. Gallimard, 1993, p. 48.

<sup>2</sup> Le Professeur Borga le décrit même comme un « *droit carrefour* ». N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à la diversité des sûretés*, Dalloz, Vol. 82, 2009, p. XVII.

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 2014, 4<sup>ème</sup> éd., p. 59.

<sup>4</sup> C. LE GALLOU, *Droit des sûretés-Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, 2015, p.8.

<sup>5</sup> S. GJUDARA, « Dette », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy PUF, 2003, 1<sup>ère</sup> éd., p. 368.

<sup>6</sup> Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Thémis, Droit PUF, 2008, 2<sup>ème</sup> éd., p.1.

contractera alors une sûreté, laquelle lui permettra d'assurer son paiement et d'éviter au mieux l'insolvabilité du débiteur<sup>7</sup>. En cas de pluralité de créanciers, ceux-ci entreront dans un jeu, où les sûretés constituent des cartes aux valeurs variables<sup>8</sup>. L'efficacité<sup>9</sup> de la sûreté constituera alors l'atout majeur pour emporter la partie, dont le gain est la certitude d'être payé. Le rôle fondamental de la sûreté est ainsi de protéger les intérêts du créancier<sup>10</sup>, particulièrement si le débiteur fait face à des difficultés, en cas par exemple de redressement judiciaire. Les sûretés remplissent également une autre fonction, celle de permettre d'accéder au crédit<sup>11</sup> car « *sans sûreté pas de crédit, et sans crédit pas d'économie moderne* »<sup>12</sup>. Les sûretés sont ainsi indispensables dans les relations modernes de crédit et « *le lien entre les sûretés, le crédit et la défaillance paraît depuis ces vingt-cinq dernières années plus fort que jamais* »<sup>13</sup>. Or, ces éléments sont de plus en plus transnationaux. Face à cet élargissement du domaine d'action des sûretés, la question de leur définition se pose.

3. **Définition retenue des sûretés.** La question de la définition des sûretés renvoie en droit français à un débat controversé<sup>14</sup>, visant à déterminer si les sûretés peuvent être des synonymes des garanties ou s'il faut distinguer ces deux termes. En effet, il a été reconnu que si toute sûreté était une garantie, toute garantie n'était pas une sûreté<sup>15</sup>. De ce postulat, une définition conceptuelle de la notion de sûreté a été proposée par Monsieur le Professeur Crocq comme étant « *l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit*

<sup>7</sup> J.-PH. LÉVY, « Sûretés », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy PUF, 2003, 1<sup>ère</sup> éd., p.1456.

<sup>8</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2015, p.1, n°1.

<sup>9</sup> « *Alors que l'effectivité du droit se reconnaît à sa mise en œuvre (pour les lois impératives), ou au moins à sa réception par les sujets de droit (pour les lois supplétives ou permissives), l'efficacité du droit se caractérise par l'adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part.* » M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, t. 456, 2006, p. 17, n°35.

<sup>10</sup> CH. ALBIGÈS, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Hyper cours Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 3, n°1.

<sup>11</sup> Il s'agit de la cause économique des sûretés v. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p.1, n°2.

<sup>12</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, LGDJ Coll. Droit civil PH. MALAURIE, L. AYNÈS (dir.), 2014, 8<sup>ème</sup> éd., p. 1, n°1.

<sup>13</sup> F. MACORIG-VENIER, « L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques, PUSST, 2005, p. 415.

<sup>14</sup> M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *Etudes P. Catala*, Litec, 2001, p. 709 et s. spéc n°18.

<sup>15</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, t. 248, p. 237, n°286.

de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »<sup>16</sup>. Si certains auteurs se rangent, de façon plus ou moins certaine<sup>17</sup>, à cette position, d'autres préfèrent retenir une définition fonctionnelle, plus pragmatique de la sûreté<sup>18</sup>. Ce débat est purement français. D'autres systèmes juridiques de source nationale situés en Europe ne définissent pas les sûretés car les sûretés ne sont pas considérées comme une matière à part entière. Pour ces derniers, les sûretés relèvent des règles relatives au droit des obligations, lorsque la créance est mise en cause et au droit des biens, lorsque le litige porte sur un bien. Les droits européens non nationaux, c'est-à-dire l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, n'ont quant à eux pas établi de définition des sûretés, en raison principalement de l'absence de prise en compte de cette matière par les deux ordres juridiques européens. De ce fait, il est vrai que, « pratiquement, la distinction entre les sûretés et les garanties ne présentent guère d'intérêt »<sup>19</sup>. De plus, le législateur français ne distingue pas non plus entre les sûretés et les garanties<sup>20</sup>. Néanmoins, au regard du spectre assez large de cette étude qui vise à déterminer les rapports qu'entretiennent les sûretés et les droits européens, une définition permettra de mieux identifier les techniques qui relèvent des sûretés. Même s'il est vrai qu'« en cette matière, intimement liée à celle du crédit, où le droit et l'économie se trouvent étroitement imbriqués, il peut paraître préférable de donner à la notion de sûreté une définition fonctionnelle, conforme à la réalité »<sup>21</sup>, cette conception apparaît toutefois « trop large : il existe, en effet, une multitude de garanties qui ne sont pas des sûretés »<sup>22</sup>. Pour éviter une « dilution »<sup>23</sup> de la notion de sûreté, une définition dite stricte des sûretés semble plus opportune. Toutefois, cette définition n'empêchera pas d'évoquer aussi les

<sup>16</sup> P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 234, n°282.

<sup>17</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p. 26, n°21. n°5 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *Droit des sûretés*, Manuel, LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2015 pour lesquels la définition est « nécessairement vague ».

<sup>18</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 6<sup>ème</sup> éd., 2012, p. 28, n°37 ; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op.cit., p. 393, n°405 ; CH. ALBIGÈS, M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, op.cit., p.6, n°7 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op.cit., p.5, n°11 ; P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *JCP éd. E, Cah. dr. entr.* 5/1989, p.4 et s.

<sup>19</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, op. cit., p. 409, n°742.

<sup>20</sup> V. par exemple art. 1752.

<sup>21</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., p. 29, n°37.

<sup>22</sup> C. LE GALLOU, *Droit des sûretés-Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 15, n°8.

<sup>23</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Ed. Panthéon Assas, 2005, p. 16, n°5.

mécanismes de garanties qui ont un effet sur le crédit<sup>24</sup>, lesquels sont de plus en plus utilisés en raison de la crise européenne du crédit.

4. ***Entre confiance, méfiance et indifférence : le crédit européen en crise.*** Dans l'espace européen, les sûretés sont de plus en plus malmenées en raison de la multiplication des relations économiques transfrontières. Les biens grevés sont davantage déplacés et soumis à des lois variables, les sûretés personnelles se heurtent aux dispositions nationales d'ordre public et la propriété, de plus en plus utilisée à des fonctions de sûretés, varie d'un système à l'autre. Ces obstacles au bon fonctionnement des sûretés entraînent une crainte des créanciers de ne pas recouvrer leurs créances. Le crédit européen connaît alors une crise. Cette crise est une crise de confiance puisque « *le créancier n'accepte de laisser du temps – le temps c'est de l'argent – à son débiteur pour s'exécuter, c'est-à-dire de lui faire crédit en reportant l'échéance d'exigibilité de la créance, qu'à condition qu'il ait confiance dans la bonne exécution de l'obligation* »<sup>25</sup>. La confiance est un sentiment qui innerve le droit civil de tous les systèmes juridiques. Cela s'explique par le fait que « *contracter c'est déjà prévoir* »<sup>26</sup>, mais aussi et surtout avoir confiance<sup>27</sup>. Mise en perspective avec le droit des sûretés, la confiance et la défiance semblent être un « *lieu commun* »<sup>28</sup> tant ces deux notions sont intrinsèquement liées. La confiance en droit des sûretés se manifeste au travers du choix du cocontractant ainsi que du choix de la sûreté. Le créancier va avoir une certaine méfiance envers son débiteur car s'il accepte de lui laisser le temps d'exécuter sa prestation, il se munira tout de même d'une sûreté. La confiance du créancier se porte davantage sur l'instrument de sûreté. Celui-ci doit pouvoir se réaliser avec certitude, même en cas de conflits avec d'autres créanciers, titulaires d'autres sûretés. Cette certitude est de plus en plus mise à mal en raison de plusieurs facteurs. En droit interne, l'émergence progressive d'un droit des professionnels<sup>29</sup>, la multiplication des règles relatives au traitement des entreprises en

---

<sup>24</sup> Y. PICOD, *Droit des sûretés*, op. cit., p. 5, n°4.

<sup>25</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., p.1, n°3.

<sup>26</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948, p. 144.

<sup>27</sup> P. JUNG, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La confiance*, B. FAUVARQUE-COSSON, P. JUNG (dir.) 11èmes journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 nov. 2012, Société de Législation Comparée, 2012, Vol.12, p. 31.

<sup>28</sup> D. HOUTCIEFF, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir.) Thèmes et commentaires Actes Dalloz, 2008, p. 79.

<sup>29</sup> PH. THÉRY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr et patr.* Avril 2001, p. 53.



difficulté<sup>30</sup> et le « *besoin continu de changements* »<sup>31</sup> du législateur en la matière ont affecté le droit des sûretés. Les ordres juridiques extra-nationaux européens, seuls à même de rétablir un socle de législation commune qui permettrait de résoudre les conflits engendrés par le développement des relations transfrontières, ne se sont pas saisis de la question. Le Conseil de l'Europe, dont la vocation originelle est exclusivement politique, a essayé de se préoccuper des sûretés, sans succès<sup>32</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH), intervient alors sur des litiges relatifs au droit des biens<sup>33</sup>, des contrats<sup>34</sup> ou au droit de la propriété<sup>35</sup> et qui incluent dans les faits des sûretés mais ne s'intéressent pas précisément à ces dernières. Il n'existe ainsi pas à l'heure actuelle en droit du Conseil de l'Europe une réglementation propre au droit des sûretés, mais seulement quelques jurisprudences qui ont trait à la matière. Le droit de l'Union européenne est en revanche plus complexe. Créée pour des raisons purement politiques<sup>36</sup>, l'Union européenne s'est ensuite servie de l'économie pour fonder une alliance indissoluble en des temps de paix fragile<sup>37</sup>. Il n'y a pas eu de véritable envie de *vivre* ensemble, mais seulement de *faire* ensemble et le marché unique constituait, pour les pères fondateurs, le seul moyen d'aboutir à une Union européenne viable<sup>38</sup>. Cependant, depuis la création de la monnaie unique<sup>39</sup> et de l'Union économique et monétaire<sup>40</sup>, l'Union européenne s'essouffle en matière de convergence économique. Ce

<sup>30</sup> F. MACORIG-VENIER, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les créanciers dans l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme des Entreprises en difficulté », in Dossier Réforme des procédures collectives : ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, *Rev. Proc. Coll.*, janv. févr. 2009, n°9, p. 63, n°2.

<sup>31</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, p.14, n°20.

<sup>32</sup> V. par ex. le projet de convention relative «aux procédures collectives» (Bull. CEE, supplément 2/82) qui n'a pas abouti.

<sup>33</sup> P. LEMMENS, « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH*, 1992, p. 447.

<sup>34</sup> F. MASSIAS, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Eur. Dr. Privé*, 1994, p. 47.

<sup>35</sup> A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, t. 351, 2001.

<sup>36</sup> « *La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne* », Discours prononcé par R. Schuman, le 9 mai 1950 disponible sur [https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration\\_fr](https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_fr).

<sup>37</sup> « *On est passé alors du libéralisme de stratégie, moteur, ou moyen, de la construction européenne au libéralisme de conviction, doctrine, et doctrine de valeur, si l'on ose dire, « constitutionnelle », de l'Europe unie* » A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit européen des affaires*, LGDJ Manuel, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 17, n°5.

<sup>38</sup> A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit européen des affaires*, *op. cit.*, p. 20, n°9.

<sup>39</sup> Sur les étapes précédant la mise en œuvre de l'euro, v. P. DU BOIS, *Histoire de l'Europe monétaire 1945-2005 : Euro qui comme Ulysse...*, PUF, 2008, p. 14-24.

<sup>40</sup> L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Précis Dalloz, 2012, 1<sup>ère</sup> éd., p. 31, n°29 ; J. PISANI-FERRY, CL. BISMUT, « L'union économique et monétaire : principes et implications » in *Perspectives et réflexions stratégiques à moyen terme*, Revue économique, Numéro Hors Série, 1993, pp. 121-142 ; C. VINCENSINI, E. TAUGOURDEAU, « La justification économique de l'Union économique et monétaire : ex ante, ex post ou inexistante ? », *Revue française d'économie*, volume 24, n°2, 2009, pp. 57-83.

ralentissement s'explique par des facteurs politiques, notamment l'échec de la constitution européenne ou encore les renoncements nombreux, dans le traité de Lisbonne, à des dispositions pouvant suggérer, même implicitement toute idée de fédération ou de supranationalité, et qui ont fait le lit du patriotisme économique<sup>41</sup>. La crise des *subprimes* de 2007 a également affecté l'Union européenne. Ces éléments, comme d'autres, ont conduit le peuple britannique à voter en faveur d'une sortie de l'Union européenne<sup>42</sup>. L'Union européenne a été prise à son propre piège : à force de ne pas s'affirmer comme une véritable Union, politique, économique et juridique, les législateurs nationaux s'en sont détachés pour revenir à des conceptions purement internes. Or, l'Union européenne ne peut se permettre de rester dans ce triple immobilisme (politique, économique, juridique), particulièrement en matière de sûretés. La mondialisation demande une réactivité immédiate et les crises souverainistes que traversent certains Etats membres doivent être apaisées car « *il n'y aura pas de paix en Europe si les Etats se reconstituent sur une base de souveraineté nationale, avec ce que cela entraîne de politique de prestige et de protection économique (...) Cela suppose que les Etats d'Europe se forment en une fédération ou en une entité européenne qui en fasse une unité économique commune* »<sup>43</sup>. Dans cette perspective, le droit des sûretés, matière juridique à finalité économique, pourrait répondre d'une certaine façon à cette crise, mais cela nécessite avant toute chose de délimiter plus précisément les droits européens.

5. **La diversité des droits européens.** L'émergence, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, d'organisations internationales dans l'espace européen au sens géographique a contribué à développer les relations entre les Etats de cette zone. Progressivement, sont apparus deux ordres juridiques<sup>44</sup> distincts dans l'espace européen, à savoir un ordre juridique d'intégration, l'actuelle Union européenne<sup>45</sup> qui compte – pour l'heure – vingt-huit Etats membres, et un ordre juridique d'harmonisation, le Conseil de l'Europe<sup>46</sup>, dont

<sup>41</sup> C. GAVALDA, G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec Manuel, 2010, 6<sup>ème</sup> éd., p. 9-13, spéc. n°13 et 15.

<sup>42</sup> H. LABAYLE, « Brexit : mauvais génis et apprentis sorciers », [gdr-elsj.eu](http://gdr-elsj.eu) (consulté le 22 juillet 2016) ; CL. MAZILLE, « Brexit v. droit d'être en retrait : quel équilibre pour une Europe à géométrie variable ? », [gdr-elsj.eu](http://gdr-elsj.eu) (consulté le 22 juillet 2016).

<sup>43</sup> J. MONNET, Discours au Comité de Libération Nationale, 5 août 1943.

<sup>44</sup> Sur ces distinctions entre ordre juridique d'intégration et ordre juridique d'harmonisation, v. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.A.E.*, 1998, p. 18.

<sup>45</sup> Traité sur l'Union européenne (version consolidée) JOUE C 326 du 26.10.2012, p. 13-390 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée) JOUE C 326 du 26.10.2012, p. 47-390.

<sup>46</sup> Statut du Conseil de l'Europe, STE n°001, Londres 05/05/1949.

quarante-six Etats sont parties. L' « Europe », terme qui pourrait prêter à confusion<sup>47</sup>, comporte ainsi deux sources majeures de droits. Ces deux organisations sont pourtant complémentaires. Si l'Union européenne apparaît comme un droit essentiellement économique<sup>48</sup>, en comparaison du droit issu du Conseil de l'Europe, qui aurait une vocation plus humaniste<sup>49</sup>, l'adhésion et la ratification par tous les Etats membres de l'Union européenne de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (ci-après Convention EDH) et l'obligation juridique d'adhésion de l'Union européenne à cette même Convention<sup>50</sup> oblige à employer l'expression de « droit européen »<sup>51</sup>. Cette expression permet de regrouper, presque indistinctement, ces deux sources, les deux ordres devant mutuellement respecter les droits et obligations découlant des traités respectifs. Cela se traduit par exemple par l'article 52 point 3 de la Charte des droits fondamentaux par lequel l'Union européenne a voulu, *a priori*, éviter toute opposition avec la Cour EDH quant à l'application, la portée ou la reconnaissance d'un droit sauf si celui-ci n'est pas protégé de façon aussi étendue par la Cour ou la Convention EDH. Par ailleurs, il convient de rajouter que ces deux formes de regroupements d'Etats ne sont pas des entités fédérales. Dès lors, les Etats membres conservent leur souveraineté et ont une voix propre dans le système juridique de l'Europe, influençant les normes juridiques<sup>52</sup> et les décisions judiciaires prises par les

<sup>47</sup> K. GARCIA, *Le droit civil européen nouvelle matière nouveaux concepts*, Larcier, 2008, p. 1, n°1.

<sup>48</sup> S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008, p. 13, n°4.

<sup>49</sup> S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen, op.cit.*, p. 14, n°5.

<sup>50</sup> Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010 autorisant l'Union européenne à adhérer (elle-même avait accepté cela par le Traité de Lisbonne – article 6 §2, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009). Madame l'Avocat Général Kokott précise qu'il est possible, pour les mêmes raisons que celles exclues par la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) dans son Avis 2/13, d'admettre une adhésion prochaine, v. Prise de position, J. KOKOTT, présentée le 13 juin 2014, disponible en ligne sur curia.europa.eu au sujet de CJCE, *Avis 2/13* du 18 décembre 2014 ; J.-P. JACQUÉ, « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014, p. 823 ; F. PICOD, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP E*, n° 6, février 2015, p. 145 ; C. BLUMANN, « Traité modificatif : peut-être la sortie du tunnel », *JCP éd. G.* 2007, I, n°209, p. 17.

<sup>51</sup> « En pratique, ce « droit européen » revêt en réalité deux formes, renfermant à la fois droit européen des droits de l'Homme et droit communautaire, qui proviennent respectivement des deux Europes, que l'on a pris pour habitude d'opposer, l'Europe dite humaniste du Conseil de l'Europe et l'Europe dite mercantile de l'Union européenne » S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen, op. cit.* p.13, n°3. *Contra* D. SIMON, « Droit communautaire » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy PUF, 2003, 1<sup>ère</sup> éd., p.448. Accessoirement, cette expression semble aussi plus « neutre » v. G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, p. 52, n°28.

<sup>52</sup> Les termes normes et droit seront indistinctement utilisés. Sur cette distinction, v. G. BURDEAU, *Traité de sciences politiques*, Paris LGDJ, 1966, 2<sup>ème</sup> éd., p. 369, n°240 ; J. COMBACAU, « Sur une définition restrictive du droit, dialogues sans issue », in *Le pouvoir*, Mélanges offerts à G. Burdeau, Paris LGDJ, 1977, p. 1035.

deux organes européens supra étatiques. Cela impose en conséquence de les inclure dans l'expression générale de « droits européens ». Par conséquent, l'expression « droits européens » comprend le droit issu de l'Union européenne, le droit du Conseil de l'Europe et les droits des sûretés nationaux présents en Europe. Toutefois, envisager de traiter des sûretés et des droits européens nécessite, pour ce qui relève des droits internes européens, une délimitation plus précise, afin de ne pas s'égarer dans une présentation de chaque législation qui serait dépourvue d'intérêt. Les droits nationaux européens, pour davantage de clarté, doivent ainsi être limités à ceux qui reprennent les diverses traditions juridiques existant dans l'espace européen.

**6. Les droits nationaux européens limités aux principaux modèles.** Les droits européens, qui regroupent le droit du Conseil de l'Europe, le droit de l'Union européenne et les droits nationaux de chaque Etat membre, nécessitent une sélection pour être traités de la façon la plus efficace possible. S'il n'est pas possible d'exclure le droit du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne en raison de leur spécificité, il est en revanche possible de rassembler les droits nationaux européens sous des grands modèles, qui reflèteront les divers droits possibles des sûretés en droit européen. Cette classification des droits doit s'opérer par le biais d'une méthode, laquelle permettra de servir le but poursuivi ici, à savoir, mieux connaître les rapports entre le droit des sûretés et les droits européens. En outre, l'approche comparative entre les modèles qui sera parfois menée permettra de se servir du Droit de manière intéressée car, comme le rappelle Monsieur le Professeur Markesinis « *l'avantage le plus souvent cité du droit comparé est bien son aptitude supposée à mieux faire comprendre les forces et faiblesses de son propre système juridique* »<sup>53</sup>, même s'il est vrai que « *toute comparaison est, préalablement, défectueuse* »<sup>54</sup>. L'objet de comparaison du comparatiste joue un rôle important puisqu'il est « *le reflet des droits sur lesquels il porte* »<sup>55</sup>. Il permet également de choisir les méthodes de comparaison les plus appropriées, en fonction du domaine dans lequel il se situe et permettra ainsi de comprendre les droits des sûretés nationaux européens au regard des modèles les plus distincts et les plus significatifs en la matière, dans l'espace européen. Le langage également, est déterminant. Il est possible de distinguer entre le

---

<sup>53</sup> B. MARKESINIS, « Unité ou divergence ; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *RIDC*, 2001, pp. 807-808.

<sup>54</sup> S. MALLARMÉ, « Quelques médaillons et portraits en pied, in Œuvres complètes, cité par P. LEGRAND, Analyse différentielle des juriscultures », in *L'avenir du droit comparé un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de Législation Comparée, 2000, p. 324.

<sup>55</sup> R. BERCEA, *Toute comparaison des droits est une fiction*, in P. LEGRAND (dir.) *Comparer les droits résolument*, PUF, 2009, p. 61.

langage référentiel et le langage fictionnel<sup>56</sup>. Le premier a été considéré comme étant le seul réellement pertinent et sera celui pris en compte, sous peine de mal comprendre l'objet de comparaison<sup>57</sup>. Cela permet par exemple, dans le cadre des sûretés, de ne pas avoir à traduire le terme *trust*, trop propre au système anglo-saxon<sup>58</sup>. L'objet de comparaison ici est le droit des sûretés, qui est un instrument juridique à finalité économique car « *le crédit est indispensable dans tous les rouages de la vie économique, de la production à la consommation* »<sup>59</sup>. Au regard de l'objet de comparaison, le droit des sûretés répond à des critères juridiques, comme économiques<sup>60</sup>. Il convient dès lors, en raison de sa finalité, d'envisager d'abord les méthodes de comparaison économiques puis juridiques, afin de sélectionner les systèmes juridiques européens qui représenteront le mieux les droits des sûretés nationaux européens.

7. ***Des théories de droit économique inopérantes pour sélectionner les modèles représentant les droits nationaux européens.*** En raison de la finalité économique des sûretés, les théories de droit économique doivent être envisagées en premier lieu, même si le droit économique, nouveau droit qui se plaît « *à décaper et rénover les sciences et savoirs juridiques* »<sup>61</sup>, risque de ne pas permettre d'identifier une méthode de comparaison en raison de sa jeunesse. L'essai d'une définition du droit économique a fait l'objet de nombreuses propositions. Le Professeur Farjat a consacré un ouvrage à cet essai de définition dans lequel il prévient, dès le prologue, « *qu'il n'est à cet égard qu'une introduction et tente de suggérer des bases théoriques de recherches et d'exposés systématiques ultérieurs* »<sup>62</sup>. Le Doyen Vedel explique qu'il s'agit bien là d'une preuve de la naissance d'une nouvelle branche du Droit<sup>63</sup>. Le droit économique sera entendu

<sup>56</sup> Le langage fictionnel correspond à la représentation par l'opinion publique d'un texte de droit au regard de son application. La norme juridique est alors entendue dans son aspect pratique. Le langage référentiel, par des textes historiques et informatifs renvoie à des déclarations vérifiables et vérifiées. Dans ce cas, le langage fait référence à la norme telle qu'elle est et non telle est ressentie. Sur ce point v. W. B. STERN, *Comparative law : the history of the language problem and the use of generic terms*, Law Library, 1962, p. 300 et s.

<sup>57</sup> W. B. STERN, *Comparative law : the history of the language problem and the use of generic terms*, *op.cit.*, *loc.cit.*

<sup>58</sup> A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs Traité de droit comparé*, LGDJ, 2011, p. 9.

<sup>59</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 1, n°1.

<sup>60</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 1, n°2.

<sup>61</sup> CL. CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit » in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 70.

<sup>62</sup> G. FARJAT, *Droit Economique*, PUF Thémis Droit, 1971, 1<sup>ère</sup> éd., p. 7.

<sup>63</sup> G. VEDEL, « Le droit économique existe-il ? », in *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Coll. « Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse, 1981, p. 770.

dans ces prochains propos selon la définition du Professeur Savy pour lequel il s'agit d'un « *droit de l'intérêt économique général* »<sup>64</sup> au sein duquel les sûretés jouent un rôle indispensable au regard de leur apport pour le crédit. Face à ces imprécisions de définition même de la matière, il est possible de s'interroger sur la pertinence de rechercher dans le droit économique, matière encore jeune, une méthode de comparaison pour sélectionner les systèmes européens qui représenteront les droits des sûretés nationaux européens. A cet égard, il est possible de rappeler que le droit des sûretés a un impact économique sur la société, la satisfaction économique du créancier étant en effet une des finalités du droit des sûretés. Egalement, en prenant le droit économique comme dénominateur commun à différents systèmes, cela conduit à avoir une approche fonctionnelle, qui pourrait aboutir à une européanisation<sup>65</sup> de la matière, cadre spatial dans lequel se situe l'étude. Enfin, à l'instar de ce qu'annonçait déjà en 2005 Madame le Professeur Frison-Roche et Monsieur le Professeur Bonfils, « *le droit européen est désormais l'espace naturel du droit économique* »<sup>66</sup>. Cela justifie de rechercher d'abord dans cette branche du droit une méthode de comparaison. Le Professeur Farjat retient une analyse juridique substantielle du droit économique. Selon lui, la recherche porte d'abord sur la cohérence entre le fait et le droit, et non l'étude du fait dans le droit, comme le prône l'analyse formelle. Cela signifie que si une incohérence se présente, il faut alors repenser la catégorie juridique formelle dans laquelle le fait est classé, voire en créer une nouvelle, si aucune ne correspond<sup>67</sup>. Cette méthode permet d'intégrer au mieux les faits économiques par rapport à des catégories du droit et fait intervenir, en guise de normalisation, la régulation<sup>68</sup> à défaut de la réglementation<sup>69</sup>. L'auteur explique ainsi que la régulation commande de s'attarder en premier lieu sur les faits pour en dégager une

<sup>64</sup> R. SAVY, « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, pp. 132-138. Le droit économique est pour le Professeur Farjat le droit « *des rapports d'accord ou de subordination existant entre les entreprises et l'État ayant pour objet ou pour résultat la réglementation ou la régulation des échanges* » G. FARJAT, *Droit Economique*, PUF Thémis Droit, 1971, 1<sup>ère</sup> éd., p. 425.

<sup>65</sup> M.-A. FRISON ROCHE, « Comment créer un espace juridique européen compétitif face à la puissance anglo-saxonne ? », *LPA*, 2000, n°139, p. 26 ; M.-J. CAMPANA, « Variations sur la clause de réserve de propriété », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 53. Madame le Professeur Delmas Marty prévient cependant à ce propos que les entreprises ne sont guère favorables à cette européanisation du droit, préférant faire leur « marché de la loi » selon les dispositions nationales les plus favorables. M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 23.

<sup>66</sup> M.-A. FRISON ROCHE, S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*, Introduction et documents, PUF, 2005, p. 59.

<sup>67</sup> G. FARJAT, *Pour un droit économique*, P.U.F., 2004, 1<sup>ère</sup> éd., p. 108.

<sup>68</sup> G. FARJAT, *op.cit.*, p. 111. V. M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *Conc. Distr.*, *Recueil Dalloz*, 2004, n°2, p. 126 et s.

<sup>69</sup> CL. CHAMPAUD, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, ch.24, p. 215, qui parle « d'esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses, seul l'esprit est vraiment nouveau ».

analyse juridique pertinente (c'est-à-dire pour les ranger dans une catégorie juridique préexistante ou, si nécessaire, de créer une nouvelle catégorie juridique) et que cette méthode requiert d'envisager le droit économique au regard de sa finalité, impliquant souvent une opportunité en droit. Adaptée au droit des sûretés, cette pensée apparaît davantage comme une façon de traiter les éléments préalablement sélectionnés plutôt qu'une véritable méthode comparatiste visant à effectuer de façon rationnelle certains choix. Cela se vérifie lorsque l'auteur consacre un titre au droit économique comparé dans son ouvrage de 1971. Il aborde son premier chapitre relatif aux pays capitalistes par une phrase indiquant que « *la distinction traditionnelle du droit comparé entre pays de la famille romano-germanique et pays de common law reprend ici son empire* »<sup>70</sup>. Le Professeur Farjat opère alors une étude comparative par le prisme d'une approche fonctionnelle basée sur la régulation mais la méthode de droit économique n'est pas à la base de la distinction des modèles qu'il a choisis. Il s'agit d'une micro comparaison qui ne semble pas être adaptée à l'objet de comparaison, les sûretés. Les théories de droit économique semblent alors inopérantes pour sélectionner les droits nationaux européens qui permettraient de servir de modèles représentatifs du paysage européen des droits internes européens des sûretés. Les théories économiques du droit, plus récentes, pourraient peut-être fournir une méthode plus adéquate de comparaison<sup>71</sup>.

8. ***Les théories économiques du droit, instruments inappropriés pour rechercher une méthode de comparaison.*** Les théories économiques du droit sont une façon d'aborder l'étude de plusieurs systèmes juridiques en se fondant sur certains critères, souvent inappropriés. Néanmoins, l'effervescence relativement récente autour de ce mouvement oblige à vérifier si ces théories pourraient permettre d'identifier une méthode de comparaison adéquate pour les sûretés, qui sont un instrument juridique à finalité économique. Selon Messieurs Parent, Mackaay et Rousseau, l'analyse économique du droit « *est un mouvement interdisciplinaire qui aborde le droit à partir de la méthode et des concepts de la science économique. L'AED s'attache à une vision dynamique du droit dans lequel la sphère juridique est mise en relation avec la sphère sociale. La présupposition à la base de l'AED est que le droit influence les comportements humains,*

<sup>70</sup> G. FARJAT, *Droit Economique*, op.cit., p. 283.

<sup>71</sup> « *nombre des institutions juridiques classiques, tels l'usufruit, l'accession ou la clause de réserve du droit de propriété ne sont rien d'autre qu'une réglementation de relations économiques subtiles. Toutefois, elles sont si profondément ancrées dans le droit positif que nous ne le percevons que comme des concepts juridiques, sans nous rendre compte de leur signification économique* », cité par E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008, n°1, §21.

mais aussi que les comportements humains influencent le droit »<sup>72</sup>. L'analyse économique est récente. Elle est envisagée pour la première fois par le Professeur John Rogers Commons, comme étant une analyse de la dynamique des institutions afin de comprendre les facteurs d'évolution de la société capitaliste<sup>73</sup>. Dans la mesure où la théorie du Professeur Commons aboutissait à une nécessaire limite du droit de propriété et du « laisser-faire », le plaçant à contre-courant de la pensée juridique de son temps, seul son pragmatisme économique fut repris et non sa théorie institutionnelle. Ainsi, il est possible d'apercevoir une seconde forme du mouvement de l'analyse économique à la fin des années 1950. En effet, après la seconde guerre mondiale, plusieurs économistes de l'Université de Chicago<sup>74</sup> décidèrent d'appliquer leurs outils économiques à des domaines extra-économiques, reprenant les théories de Smith ou de Marx<sup>75</sup>, sous le prisme du pragmatisme de Commons. Toutefois, leurs théories restèrent limitées à certains domaines de recherche et ne permettaient que d'expliquer des phénomènes juridiques, sans les comparer. Le célèbre raisonnement de Coase<sup>76</sup> par exemple, élaboré et rédigé en théorème par Georges Stigler<sup>77</sup> est une analyse et non une méthode de comparaison. Ce théorème prévoit que le recours à la réglementation n'est pas nécessaire pour corriger une mauvaise attribution des droits de propriété puisque cela va créer un coût de transaction, alors que le marché peut se réguler tout seul. Ce théorème trouve de nombreux échos en matière environnementale<sup>78</sup>. Ces travaux ont ensuite servi de fondements au Doyen Calabresi pour proposer une nouvelle façon d'envisager le droit. Il conviendrait, selon le Doyen Calabresi et Monsieur le Professeur Douglas Melamed<sup>79</sup>, de partir du résultat final – l'absence de coût de transaction – pour trouver les moyens juridiques pour y parvenir.

<sup>72</sup> [www.analyseeconomiquedudroit.com](http://www.analyseeconomiquedudroit.com), consulté le 06 mai 2013.

<sup>73</sup> A ce sujet v. not. L. BAZZOLI, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.

<sup>74</sup> R. H. COASE, "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44.

<sup>75</sup> R. L. MEEK, *Smith, Marx, and after: ten essays in the development of economic thought*, London, Chapman & Hall, 1977.

<sup>76</sup> Un économiste, T.KIRAT, rappelle, non sans malice, que le Doyen Ripert, en 1902, soixante ans avant R. Coase « mettait l'accent sur deux problèmes : d'une part, la nature réciproque des externalités et, d'autre part, l'évaluation des droits concurrents », in T.KIRAT (dir.), *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, Droit et société, 2003, p. 259.

<sup>77</sup> E. MACKAAY ET S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit, op.cit.*, p. 183 et s.; S.G. MEDEMA, *The legacy of Ronald Coase in Economic Analysis*, Vol I, University press Cambridge, 1995.

<sup>78</sup> La pollution dérogée par un agent économique engendre des coûts pour l'ensemble de la société, ce qui nécessite de contraindre le pollueur à indemniser les autres agents économiques (fondement de la théorie pollueur-payeur). A ce sujet, voir notamment l'intervention de D. MAINGUY, *Le problème posé par le théorème de Coase, le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental*, in Droit et sentiments, Rencontres Montpellier Sherbrooke, CNRS 2012. Ce théorème a surtout servi à mettre en exergue le fait que l'intervention de l'Etat dans les domaines économiques et juridiques ne doit pas être automatique.

<sup>79</sup> G. CALABRESI, A.D. MELAMED, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, 1972.



Les auteurs analysent ainsi en premier lieu la question des valeurs juridiques intrinsèques au Droit et en second lieu celle du degré d'efficacité de la norme pour essayer de comprendre comment regrouper les normes et les valeurs en vue d'obtenir un droit efficient<sup>80</sup>. Ce travail est alors davantage descriptif, que suggestif d'une véritable méthode et ne semble pas pouvoir permettre de choisir des modèles européens de droit des sûretés. En réalité, l'analyse économique du droit, comme méthode de comparaison telle qu'elle est connue aujourd'hui n'éclot véritablement qu'avec le Doyen Calabresi, chef de file de l'école du *Law and Economics* et le Professeur Richard Posner, représentant de l'Ecole de Chicago. Dans son ouvrage *Economic Analysis of Law*<sup>81</sup>, Monsieur le Professeur Posner applique pour la première fois l'ensemble des principes de la science économique au droit du *common law*<sup>82</sup> dans sa globalité<sup>83</sup>. Cette théorie de Posner a révolutionné le monde juridique au point que certains en ont tiré une nouvelle façon de concevoir le Droit. Pourtant, Monsieur le Professeur Posner s'était défendu de cette utilisation, expliquant que sa pensée ne sert qu'à « préciser ce qui est, ce qui fut ou à prédire ce qui sera »<sup>84</sup> mais en aucun cas soutenir l'idée selon laquelle l'analyse économique devrait être au fondement de la création des normes juridiques. Ainsi par exemple explique-t-il que le *common law* semble être « une machine à maximiser la richesse »<sup>85</sup> mais non qu'il l'est ou qu'il devrait l'être, contrairement à ce qu'estime la Banque Mondiale<sup>86</sup>. Les théories économiques du droit, poussées à l'extrême par la mise en œuvre récente de rapports *Doing Business*<sup>87</sup>, s'approprient le droit comme un critère de comparaison<sup>88</sup> et non

<sup>80</sup> G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *op.cit.*, p. 2.

<sup>81</sup> R. POSNER, *Economic analysis of law*, Boston, 2<sup>nd</sup> ed., 1977.

<sup>82</sup> Le genre féminin de Common law correspond à l'origine même du mot, qui vient du normand « la commune ley ». Le genre masculin correspond à la traduction, qui signifie « le droit commun ». R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1964, 1<sup>re</sup> éd., p. 221, note 1 voir aussi dans le même ouvrage p. 227, n°220. Les deux genres seront ici indistinctement utilisés.

<sup>83</sup> R. POSNER, *Economic analysis of law*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>84</sup> R. POSNER, *Economic analysis of law*, *op.cit.*, p.285.

<sup>85</sup> R. POSNER, *Economic analysis of law*, *op. cit.*, p.291.

<sup>86</sup> « le modèle de référence des équipes de Doing Business reste la common law et la France ne sort pas, avec cette 31<sup>ème</sup> place, avec une image d'efficacité très flatteuse » J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, R. BLAZY, *Pratique des affaires : les atouts du droit français*, Lamy Axe Droit, 2010, p. 18.

<sup>87</sup> S. BENEDETTINI, A. NICITA, "Towards the Economics of Comparative Law: the 'Doing Business' Debate", in *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 291 et s.

<sup>88</sup> Le droit est ainsi détaillé par critères, lesquels peuvent être mis en cause quant à leur choix. Néanmoins, la critique devrait porter en premier lieu sur les conclusions tirées de ces critères qui laissent le lecteur abasourdi devant les connaissances juridiques prétendues de chaque système juridique (notamment, pas d'indépendance de la justice en France à cause du statut professionnel des juges, contrairement au système de *common law*). Ces postulats ont amené les auteurs de l'Association Henri Capitant à faire un parallèle entre ces Rapports et le Da Vinci Code, dont « on ne pourra pas s'empêcher de se demander s'il n'y a qu'en littérature de divertissement que ce genre [roman qui au prix de rapprochements hâtifs, d'hypothèses hasardeuses et de quelques contrevérités, a prétendu révéler la clef de deux mille ans d'histoire] se

comme un objet possible de comparaison<sup>89</sup>. Cette perspective empêche d'envisager ces méthodes comme des bases de comparaison. En outre, si ces méthodes devaient être retenues, cela risquerait de couper le droit des sûretés de ses racines<sup>90</sup>, lesquelles sont ancrées avant tout dans le sentiment humain de la confiance<sup>91</sup>, car « *le droit français privilégie les solutions respectueuses des intérêts du créancier et du constituant de la sûreté, conciliant à cet effet des considérations à la fois économiques et sociales qui ne sont pas toujours en conflit* »<sup>92</sup>. Finalement, les méthodes économiques du droit apparaissent essentiellement descriptives, fondées sur des critères particuliers subjectifs. Elles ne peuvent permettre d'obtenir une méthode de comparaison pour sélectionner les modèles de droit des sûretés européens. La finalité économique du droit des sûretés n'ayant pas permis de trouver une méthode de comparaison il convient de se tourner maintenant vers les méthodes juridiques afin de déterminer quels seront les systèmes qui permettront de représenter les droits nationaux européens.

**9. La sociologie juridique, prémices des méthodes juridiques de comparaison.** La sociologie juridique est – notamment – à l'origine du droit comparé. En effet, Hérodote<sup>93</sup>, puis Aristote<sup>94</sup>, ont mis en exergue la relativité et la variabilité du droit dans l'étude des systèmes juridiques<sup>95</sup>, en raison des lieux, des époques et des sociétés. Bien plus tard, Montesquieu, très inspiré par les révélations physiques de son époque<sup>96</sup>, mit en relation la

---

rencontre... », Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, 2006.

<sup>89</sup> « Ces travaux tendent à traiter le droit de manière instrumentale, c'est-à-dire en l'asservissant à des questionnements propres à la discipline économique », T. KIRAT, E. SERVERIN, *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, 2000, p. 15.

<sup>90</sup> Et d'une façon générale, le droit lui-même : « *Le droit est fondamentalement une science de l'humain et raisonner en termes exclusivement économiques risque de le couper de ses racines* », Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, vol. 1, 2006, p. 115.

<sup>91</sup> « 'Créancier', 'confiance', 'crédit', tous ces mots ont une racine commune » qui « vient du latin *credere* : avoir confiance, se fier », précisent les auteurs. L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 1, n°1.

<sup>92</sup> PH. DUPICHOT, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, 16 avril 2010, n°76.

<sup>93</sup> HÉRODOTE, *Histoires in Livre I Dialogue entre Otanès, Mégabyse et Darius*, V.

<sup>94</sup> J. DE ROMILLY, *Précis de littérature grecque*, Quadrige PUF, 2002, Paris, p. 190, à propos d'ARISTOTE, *La Politique*, Livre VIII, p.1236.

<sup>95</sup> L'expression « système juridique », souvent sujette à controverses et à utilisations diverses, sera utilisée tout au long de cette étude dans son sens le moins restrictif, soit comme « *un ensemble juridique complexe constitué de parties liées entre elles par des relations stables* », G. TIMSIT, « Système » D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003, p. 1462.

<sup>96</sup> Notamment, I. NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, S. Pepys Praeses, 1687, « *Tout corps persévère dans l'état de repos ou de mouvement uniforme en ligne droite dans lequel il se trouve, à moins que quelque force n'agisse sur lui, et ne le contraigne à changer d'état* ». Montesquieu s'inspira alors de la force du principe de la dynamique de Newton pour développer la corrélation entre la loi et la vie quotidienne, J. STAROBINSKI, *Montesquieu*, Editions du Seuil, 2<sup>ème</sup> éd., 1989, Paris, p.158-159.

mutation des lois en raison de phénomènes sociétaux<sup>97</sup> posant les premiers jalons d'une causalité sociale<sup>98</sup>. Celle-ci est reprise par Friedrich Karl von Savigny, le fondateur de l'École historique du droit, qui, en reprenant les paradigmes de Montesquieu, estime que le droit est un « processus », commandé par le *Volksgeist*. Cette notion lui permet de fonder une étude sociologique du droit basée majoritairement sur l'étude de l'essence de la nation, comme explication à l'évolution incessante du Droit. L'influence de la pensée de Savigny a permis de faire émerger en 1831, le droit comparé tel qu'il est connu aujourd'hui, lors de la création d'une chaire d'Études juridiques comparatives et internationalisation du droit au Collège de France qui a précédé la création, le 16 février 1869 de la Société de Législation Comparée. Alliant théorie juridique et philosophie, Saleilles et Gény mettent alors en exergue le fait que le Droit n'est pas que le Droit et qu'il est avant tout une réalité concrète<sup>99</sup>. Le Droit, pour ces auteurs, ne peut être entendu que par le Code. Bien au contraire, le Droit doit être appréhendé « *au-delà du Code civil mais par le Code civil* »<sup>100</sup>. Saleilles s'inscrit ainsi dans le réalisme juridique<sup>101</sup> et part du postulat que « *le droit n'est plus une science isolée, qui se suffit à elle-même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules ; le droit est une science de fait, du dehors, qui, comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses, puisque c'est le mot consacré, ses éléments premiers de formation et d'interprétation* »<sup>102</sup>. Pour autant, les deux auteurs ne sont pas en accord sur la méthode de comparaison à retenir. Si Saleilles adopte une méthode plutôt évolutive, en partant d'une base juridique pour en proposer une interprétation aux conséquences souhaitées normatives<sup>103</sup>, Gény revient vers une

<sup>97</sup> F. MARKOVITS, *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Bibliothèque des philosophies, 2008, p. 88.

<sup>98</sup> « *Ce sont les différents besoins dans les différents climats qui ont formé les différentes manières de vivre ; et ces différentes manières de vivre ont formé les diverses sortes de lois* » C.-L. DE SECONDAT, Baron de Montesquieu, *De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.*, Genève, 1748, XIX,10 ; C. IGLESIAS, *El pensamiento de Montesquieu. Política y Ciencia natural*, Madrid, Alianza Ed., 1984, p. 213. Montesquieu développa l'idée d'un double paradigme celui du relativisme et celui de la causalité.

<sup>99</sup> R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Paris, 1904, p.120 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome I et III, Recueil Sirey Paris, 4 Volumes publiés entre 1914 et 1924. V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Réflexions sur François Gény : l'actualité méthodologique de Science et technique », in O. CACHARD, F.-X. LICARI, F. LORMANT, *La pensée de François Gény*, Dalloz, Actes, 2013, pp. 49-57, spéc. p. 51.

<sup>100</sup> R. SALEILLES, Préface de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, L.G.D.J. 1919, 2<sup>nd</sup> éd.

<sup>101</sup> R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris Pichon, 2<sup>ème</sup> éd., 1901, p. 41.

<sup>102</sup> R. SALEILLES, Préface de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, L.G.D.J. 1919, 2<sup>nd</sup> éd.

<sup>103</sup> J.-L. HALPÉRIN, « Saleilles et les droits étrangers », in F. AUDREN, C. CHÈNE, N. MATHEY, A. VERGNE (dir.) *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2013, p. 160-170, spéc. p. 163.

méthode semi exégétique<sup>104</sup>. Cette philosophie du concret est intéressante pour les sûretés qui ont un intérêt pratique. Mais, pour autant, Saleilles ne propose pas de méthode spécifique. L'objectif de Saleilles, et dans son sillage Lambert, est seulement de démontrer que le droit comparé peut mettre en exergue une base juridique commune pouvant aller jusqu'à repenser le système juridique d'origine du comparatiste. Cette finalité est intéressante dans le cadre d'une étude sur les sûretés et les droits européens. Toutefois il semble que la sociologie, fondement du droit comparé, ne permet pas pour autant de dégager une méthode de comparaison pour distinguer les modèles nationaux des sûretés les plus pertinents de l'espace européen, mais propose seulement une façon de comparer. Néanmoins, cet intérêt pour la science comparative se traduit par la suite par un engouement pour développer des techniques de comparaison, et des relectures détaillées de la célèbre œuvre de Montesquieu furent faites, ce dernier étant alors considéré « *non sans quelque exagération, (comme) l'ancêtre du droit comparé* »<sup>105</sup>. Ainsi, après une période « *d'automutilation d'une doctrine dont l'horizon paraît se limiter (...) à la paraphrase du droit tel qu'il se fait* »<sup>106</sup> le droit comparé est devenu, très récemment, une véritable science, faisant l'objet de méthodes précises, qui pourront permettre de choisir les modèles nationaux de droit des sûretés les plus adéquats.

**10. Les méthodes juridiques de comparaison des Professeurs David et Zweigert et Kötz fondées sur les familles de droit.** Selon Monsieur le Professeur Cuniberti, « *les deux classifications les plus célèbres furent l'œuvre d'un juriste français, René David, et de deux juristes allemands, Konrad Zweigert et Hein Kötz* »<sup>107</sup> qui se sont fondés sur le

<sup>104</sup> Cette dernière consiste à considérer que lorsque la loi est claire, il convient de l'appliquer mais lorsqu'elle est abstraite ou inadéquate, le recours au législateur est inopportun. Cela est d'autant plus vrai lorsque le problème juridique est postérieur au Code et dans ce cas, seul le recours à la coutume et à la libre recherche scientifique est souhaité v. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, L.G.D.J. 1919, 2<sup>nd</sup> éd., p. 293-312. Sur ce point, Henri Capitant s'oppose à Gény estimant que lorsqu'une coutume ou une loi n'est pas utilisée depuis longtemps, elle devrait être abrogée, empêchant alors d'y recourir. V. N HAKIM, F. MELLERAY (études réunies par) « La pensée juridique de Henri Capitant », in *Le renouveau de la doctrine française, Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXème siècle*, Dalloz, 2009, p.29.

<sup>105</sup> R. DAVID & C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002, p.3.

<sup>106</sup> J.J. SUEUR, « Droit Economique et méthodologie du droit », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 292.

<sup>107</sup> G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 15. Si ce constat peut être vrai, il est à tempérer car d'autres auteurs ont également marqué le droit comparé contemporain. V. not. E. D. GLASSON, « Le mariage civil et le divorce, Avant-propos », *Aperçus sur les origines du droit civil moderne dans les principaux pays de l'Europe*, Kessinger Publishing, 1880, qui se réfère au critère de l'influence plus ou moins grande du droit romain sur les systèmes juridiques pour les classer. Le Professeur René Rodière par exemple, distingue, dans le « monde christianisé », les systèmes romano-germaniques de ceux de *common law* et des systèmes socialistes R. RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz

critère de l'influence plus ou moins grande du droit romain sur les systèmes juridiques pour les classer. Cette idée générale est présente dès la première édition de l'ouvrage majeur du Professeur David qui date de 1964<sup>108</sup>, dans lequel il regroupe sept catégories de familles de droit distinctes. Pour effectuer cette classification, l'auteur avait prit pour critères de sélection la technique juridique et le fondement de l'organisation sociale de chaque système<sup>109</sup>. A l'issue de cette classification, le Professeur David distingue la famille romano-germanique dont il souligne l'existence grâce à la perdurance du droit romain, la famille de *common law*, issue du droit anglais essentiellement, la famille socialiste, très influente à l'époque de l'auteur en Russie et dans les pays de l'Europe de l'Est et enfin une dernière famille de systèmes juridiques, divisée elle-même en quatre familles. Cette dernière catégorie regroupe tous les modèles fondés sur l'ordre social non similaire à la conception occidentale, catégorie nommée d'ailleurs par le Professeur David comme « Autres conceptions de l'ordre social et du droit » et qui contient le droit musulman, le droit de l'Inde, les droits de l'Extrême-Orient et les droits de l'Afrique et de Madagascar<sup>110</sup>. Si certains ont vu dans cette dernière famille une catégorie « *fourre-tout* »<sup>111</sup>, d'autres ont au contraire estimé qu'il était bienveillant de regrouper ensemble des familles de droits ayant une conception du Droit différente de celle des occidentaux dans une seule et même catégorie sans que cela ne soit pour autant la reconnaissance d'une quelconque suprématie du droit occidental sur les autres<sup>112</sup>. La méthode du Professeur David apparaît toutefois trop générale au regard de la multitude de systèmes juridiques évoluant dans l'espace européen. Les auteurs allemands Zweigert et Kötz ont

---

1979, p.32. D'autres auteurs, comme le Professeur André Tunc, ont proposé une approche bilatérale par une approche fonctionnelle<sup>107</sup>, permettant de distinguer les systèmes juridiques en fonction des deux grands systèmes, le droit français et le droit anglais en raison de l'influence de ces deux droits dans le mouvement de post décolonisation v. A. TUNC, *Les aspects juridiques du développement économiques – Legal aspects of Economic development*, Dalloz, 1966, p. 23.

<sup>108</sup> R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*, Dalloz, Précis, 1<sup>ère</sup> éd., 1964.

<sup>109</sup> « Deux droits ne peuvent être considérés comme appartenant à une même famille (...) lorsqu'ils s'appuient sur des principes d'ordre philosophique, politique ou économique opposés (...) » R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*, Dalloz 2<sup>ème</sup> éd., 1966, p.18.

<sup>110</sup> R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*, Dalloz 2<sup>ème</sup> éd., 1966, p. 155, p. 467.

<sup>111</sup> « Ce dernier groupe est aussi hétérogène que celui que ferait un juriste des Iles Touamoutou s'il mêlait de loin les droits romanistes, les droits musulmans et la Common Law », R. RODIÈRE, *Introduction au droit comparé*, précis Dalloz, 1979, p.27. René David répond à cette critique que son ouvrage n'avait qu'un but didactique et non scientifique. R. DAVID, *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 193.

<sup>112</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « La pensée de David », in *Hommage à René David*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, Association Henri Capitant, 2009, p. 17. « En vérité, ils caricaturaient sa position en ne se référant pas au dernier état de sa pensée, mais à ses premiers travaux de 1950 dans lesquels il avançait que le critère de l'organisation sociale était le critère essentiel, et en application duquel il proposait une famille de systèmes occidentaux incluant la tradition continentale et la tradition de common law », G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ 2<sup>ème</sup> éd., p.16, note de l'auteur.

quant à eux, proposé une méthode plus fonctionnelle<sup>113</sup>, fondée sur des critères supplémentaires, comme le développement historique des droits et le mode de pensée juridique. Ils précisèrent également les deux critères pris par le Professeur David – technique juridique et fondement de l'organisation sociale – en les sous-divisant en trois entre les institutions juridiques les plus remarquables, les sources du droit et l'idéologie (et non l'ordre social) fondant le système juridique<sup>114</sup>. Leur technique fonctionnelle<sup>115</sup> a conduit à extraire le système germanique de la famille romaniste, pour en faire un système à part<sup>116</sup>. Cela apparaît assez intéressant car l'Allemagne ne s'est en effet pas développée, au regard de l'organisation sociale, de la même façon que d'autres systèmes romanistes, comme la France, l'Italie ou l'Espagne. La méthode des Professeurs Zweigert et Kötz, en ce qu'elle propose une approche fonctionnelle et précise davantage la famille romano-germanique, préalablement identifiée par le Professeur David, pourrait tout à fait convenir au droit des sûretés entendu dans sa dimension européenne. En effet, elle n'englobe pas de façon générale la famille romano-germanique, très majoritaire dans l'espace européen, mais en identifie les différentes influences pour isoler plus précisément certains systèmes. De plus, en ne visant à rechercher que les fonctions semblables des institutions étudiées dans les systèmes juridiques choisis<sup>117</sup>, elle conviendrait au droit des sûretés qui, même en étant délimité de façon conceptuelle, doit être étudié dans sa mise en œuvre par une approche fonctionnelle. Outre les théories majeures des Professeurs David et Zweigert et Kötz, d'autres auteurs ont aussi suggéré une méthode de comparaison.

11. **Les autres méthodes juridiques de comparaison.** Le Président Marc Ancel a proposé une nouvelle vision de la comparaison qui relève « *non pas d'une méthode unique, comme l'a cru longtemps la doctrine comparatiste, mais de plusieurs méthodes possibles* »<sup>118</sup>. En partant de ce postulat, Monsieur Ancel élabore une théorie selon laquelle pour certains

<sup>113</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1, 2005, p. 15.

<sup>114</sup> Selon eux, la famille « d'autres conceptions d'ordre social » de David devait être divisée en une famille de droit extrême orientale, islamique, hindoue.

<sup>115</sup> « *The solutions (...) must be cut loose from their conceptual context (...) so that they may be seen purely in the light of their function (...). The next step in the process of comparison is to build a system* » K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, translated by T. WEIR, Oxford, 3ème éd., 2011, p. 44.

<sup>116</sup> R. DAVID avait en effet mis dans la même catégorie droit allemand et droit français. R. DAVID, *Les grands systèmes de droits contemporains, Droit comparé*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1964, n°18.

<sup>117</sup> M.-C. PONTTHOREAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>118</sup> M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Ed. Ides et Calendes, Neuchatel, 1971, p.1.

« niveaux déterminés »<sup>119</sup> (règle de droit, étude du système et institution) il existe des méthodes de comparaison déterminées. Ainsi, pour une première comparaison opérée sur la règle de droit, l'auteur propose d'agir par méthode informative ou descriptive, c'est-à-dire par une simple constatation de la règle de droit dans le système étranger. En revanche, pour l'étude du système, l'auteur indique que cette méthode n'est plus suffisante : il faut alors comprendre, décortiquer le système juridique par l'étude de ses sources, de son origine, de son évolution. A la méthode descriptive se substitue alors la méthode structurale. Enfin, pour comparer une institution, Ancel se réfère à une méthode technique. Prenant l'exemple du *trust* anglo-américain, l'auteur explique que, sans exemples, aucune compréhension claire de l'utilisation de l'institution ne peut être faite. Pour ce dernier, il faut donc démontrer le mécanisme de l'institution pour en faire connaître toute l'utilité et non la comparer par le biais de règles de droit. Finalement, l'auteur se réfère à une méthode fonctionnelle, concevant la comparaison juridique comme une étude comparée de cas pratique, dont les structures comme les institutions, la règle de droit et le système juridique ne servent qu'à comprendre la solution du droit. La méthode est intéressante mais elle ne peut être que bilatérale, voire trilatérale mais en aucun cas impliquer davantage d'Etats sinon elle perdrait de sa pertinence. L'auteur justifie à ce propos qu'il vaut mieux un « *exclusivisme particulariste* » qu'un « *universalisme illusoire* »<sup>120</sup>. De plus, la méthode de Monsieur Ancel oblige à modifier à chaque niveau de comparaison les modèles étudiés, ce qui serait source d'instabilité et d'illisibilité pour une approche comparative en droit européen. Une autre approche du droit comparé, plus actuelle mais moins en lien avec les précédentes théories développées, consiste à aborder le droit comparé comme un moyen de connaître les raisons subjectives du discours juridique traduit par la règle de droit. Cette théorie, partagée par Messieurs les Professeurs Pierre Legrand<sup>121</sup> et Rodolfo Sacco<sup>122</sup>, aspire à comprendre les raisons d'être du Droit. Contextualiste, cette méthode vise non pas à rechercher des points communs de droit ou une solution juridique pratique à un problème de droit concret, mais à analyser le fonctionnement de chaque Droit en action. Par exemple, dans la mesure où chaque système juridique s'est construit différemment, il ne

---

<sup>119</sup> M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchatel, 1971, p. 100.

<sup>120</sup> A ce sujet, Monsieur Ancel a admis que cette méthode pouvait être reconnue comme ayant un caractère de « *clinique juridique au droit comparé* », M. Ancel, *Utilité et Méthodes du droit comparé*, Neuchatel 1971, p. 102.

<sup>121</sup> P. LEGRAND, *Le Droit comparé*, P.U.F., 2011, 4<sup>ème</sup> éd.

<sup>122</sup> R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris Economica, 1991.

peut y avoir pour le Professeur Legrand une greffe juridique, ce qu'Allan Watson nomme un « *legal transplant* »<sup>123</sup> c'est-à-dire la transposition directe de la solution juridique d'un système à l'autre. Cette méthode n'est pas compatible avec le droit des sûretés qui ne prend en compte que le contexte économique (entendu au sens large, comme le contexte de la politique du traitement du risque des insolvabilités) et non l'ensemble général du contexte dans lequel le Droit évolue. Au regard de l'ensemble des méthodes de comparaison étudiées qui auraient pu s'adapter au droit des sûretés et aux droits européens, les méthodes des Professeurs Zweigert et Kötz, et David dans sa dernière pensée semblent être les plus appropriées.

**12. Choix d'une méthode juridique de comparaison pour sélectionner les modèles les plus représentatifs des droits nationaux européens des sûretés.** Il semble cohérent d'exclure les méthodes proposées par Messieurs les Professeurs Legrand et Sacco qui visent essentiellement à comprendre le droit étranger. En excluant toute possibilité de *legal transplant*, ce qui se produit parfois en droit des sûretés comme pour la garantie autonome ou la lettre d'intention, issues de la *common law* ou encore le développement de la clause de réserve de propriété sur le modèle allemand, ces méthodes empêchent de prendre en compte l'interconnexion qui existe entre les droits nationaux européens de sûretés. Egalement, cette méthode signifie s'intéresser davantage aux raisons de la solution<sup>124</sup> plutôt qu'à la solution elle-même et souvent, en droit des sûretés, seule la protection du créancier importe (donc la solution). La méthode de Monsieur Ancel pose également des difficultés car elle oblige à distinguer entre les institutions, les systèmes juridiques et les règles de droit. Or, la recherche d'une méthode vise ici à pouvoir sélectionner des grands modèles de droit des sûretés qui représenteront les droits nationaux européens des sûretés dans leur globalité. Par conséquent, les méthodes des Professeurs David, Zweigert et Kötz restent les plus adaptées au besoin d'identifier des systèmes de traditions juridiques différentes, représentatifs du paysage des droits des sûretés nationaux européens et permettent d'isoler des modèles de comparaison en fonction de leur famille juridique<sup>125</sup>. L'opposition majeure entre les auteurs tient à

<sup>123</sup> A. WATSON, *Time-sharing system design concepts*, Mc GrawHill, 1970, p. 120.

<sup>124</sup> C'est-à-dire aux « formants » du système juridique (différences culturelles, histoire du droit comparé, institutions économiques et sociales, tradition juridique, évolution de sa jurisprudence, poids de sa doctrine, etc...) Expression de R. SACCO, in *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris Economica, 1991, p. 33.

<sup>125</sup> Le Professeur David avait néanmoins reconnu qu'il avait des doutes quant à la pertinence des familles de droit (R. DAVID, *Le droit comparé Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 193), dans la mesure où selon la matière comparée des divergences plus ou moins importantes peuvent se retrouver au



l'insertion, ou non, de l'Allemagne dans la famille romano-germanique. De ce constat, le droit allemand semble devoir être retenu pour être un des objets d'étude puisque ces auteurs en font un droit assez spécifique, en raison de son histoire. Pour la même raison, il convient de retenir le système du Royaume-Uni, seul Etat membre du Conseil de l'Europe de tradition de *common law*. Pour les autres familles, de type socialiste et de droit musulman, (la catégorie des « Autres conceptions de l'ordre social et du droit » qui regroupe le droit de l'Inde, les droits de l'Extrême-Orient et les droits de l'Afrique et de Madagascar étant supprimée en raison de la localisation géographique extra-européenne des systèmes), il convient de s'interroger sur la pertinence de la réalité de ces familles au sein de l'institution la plus large, celle du Conseil de l'Europe. Le premier et seul pays, de tradition musulmane qui aurait pu faire l'objet d'une étude de son droit des sûretés est la Turquie. Or, le législateur turc a codifié, par phénomène de réception globale (*legal transplant*), l'intégralité de droits étrangers au début du XXème siècle. La Turquie a inséré dans son système juridique l'intégralité du Code civil suisse, l'intégralité du Code des Obligations allemand et s'est inspirée des règles françaises de droit administratif. Ainsi, et Madame le Professeur Jauffret-Spinosi le précise d'ailleurs dans les Grands Systèmes de 2002<sup>126</sup>, la Turquie n'est pas un pays de droit musulman mais « appartient depuis lors à la famille romano-germanique »<sup>127</sup>. Il n'existe donc pas de famille de droit musulman dans l'espace européen. Pour la famille de droit socialiste, le même auteur explique dans cet ouvrage que cela n'est plus d'actualité au regard de l'occidentalisation des droits dans ces anciens Etats socialistes. Il s'avère en effet que certains d'entre eux ont opté pour une réception, quasi-globale aussi, du modèle français ou du modèle allemand et « réintègre d'une certaine manière la famille des droits romanistes »<sup>128</sup>. Dès lors, ces deux dernières familles ne peuvent être prises en compte. En somme, en recourant à la méthode fonctionnaliste des Professeurs Zweigert et Kötz, qui est pratiquement similaire à celle du Professeur David au regard de son dernier état de pensée, et par une approche de macro comparaison qui se fondera sur la fonctionnalité des sûretés, il est possible d'identifier trois systèmes juridiques différents au sein de l'espace européen. Les droits des sûretés anglais, allemand et français, seront ainsi les

---

sein de la même famille (P. JESTAZ, CH. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 202 ; P. G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *RIDC*, 1999, p. 1001).

<sup>126</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd.

<sup>127</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains*, *op.cit.*, p.58, n°57.

<sup>128</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains*, *op.cit.*, p. 20, n°20.

trois modèles qui permettront d'envisager, de façon globale, les différents droits des sûretés nationaux européens.

13. **Histoire commune, fonctionnement différent.** Les systèmes allemand, anglais<sup>129</sup> et français des sûretés ont été marqués par l'influence du droit romain<sup>130</sup>. Dans les trois modèles, les sûretés personnelles ont été les premières à se développer<sup>131</sup> en raison du « *degré de sophistication requis pour les sûretés réelles, en particulier l'exigence d'un système de publicité fiable, qui fit nécessairement défaut pendant longtemps* »<sup>132</sup>. Une période commune de troubles juridiques pendant le Moyen-Age peut être observée. Elle s'est manifestée dans le système anglais par la conquête normande, qui met fin au règne des tribus. En Allemagne, les droits locaux étaient « *éclatés et inadaptés aux nouveaux besoins économiques et sociaux* »<sup>133</sup> tandis qu'en France, « *la société est revenue à un état plus primitif* »<sup>134</sup>, où le règne du Droit avait cessé. A l'issue de cette période, le droit de la *common law* s'est renforcé par l'existence d'un pouvoir royal centralisé alors que sur le continent européen, les systèmes existant renaissent par le Droit, entendu comme le seul moyen d'apporter l'ordre et le progrès<sup>135</sup>. En Angleterre, la justice locale préexistante à Guillaume I, qui traitait de l'*equity law*<sup>136</sup>, fut maintenue et seuls trois tribunaux royaux, d'exception, représentant le *common law*, furent créés<sup>137</sup>. Sur le continent, la renaissance du droit romain en France et surtout en Allemagne<sup>138</sup> fonda une idéologie commune à ces deux Etats. Plus tard, la France publia le Code civil en 1804 tandis que le système allemand connut un nouveau climat intellectuel, mené par Savigny, en raison de

<sup>129</sup> Le droit anglais s'impose en Angleterre et au Pays de Galles. L'expression « droit anglais » fera ainsi référence au droit applicable dans ces deux nations constitutives sans prendre en compte l'Ecosse et l'Irlande du Nord. V. J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, Dalloz Précis, 1992, 2<sup>ème</sup> éd., p. 2, n°3.

<sup>130</sup> « *Aujourd'hui encore, tous les droits européens sont plus ou moins tributaires des catégories ou des formes qu'a imposées le Droit romain qui leur fournit une sorte de langage commun* » P. OURLIAC, J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 74.

<sup>131</sup> J. GILISSEN, *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale*, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1974, t.28.

<sup>132</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 12, n°20.

<sup>133</sup> CL. WITZ, *Le Droit allemand*, Dalloz, Que sais-je ?, 2013, 2<sup>ème</sup> éd., p. 9.

<sup>134</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains, op.cit.*, p. 30, n°27.

<sup>135</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droits contemporains, op.cit.*, p. 31, n°28.

<sup>136</sup> CH. JARROSSON, F.-X. TESTU, « L'équité » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy PUF, 2003, 1<sup>ère</sup> éd., p. 638.

<sup>137</sup> Il s'agit du Banc du Roi (*King's Bench*) qui s'occupait des litiges intéressant les intérêts du Roi, de l'Echiquier (*Court of Exchequer*) pour la matière fiscale et du Tribunal des Plaintes Communes (*Court of Common Pleas*) pour la propriété immobilière. V. J.A. JOLOWICZ, *op. cit.*, p.3, n°5.

<sup>138</sup> M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Domat Montchrestien, 2001, p. 12, n°7 et 8. Si en France le droit coutumier restait encore important, en Allemagne le droit romain a été perçu comme devenir le Droit du Saint Empire romain germanique.

« *l'inadaptation du droit germanique à la situation économique du Moyen Age* »<sup>139</sup>. L'Ecole historique se concentra alors sur le *Volksgeist*, et repensa le droit romain, pour aller au-delà<sup>140</sup>. Le *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900 est un monument d'abstraction et de généralisation des règles, qui l'ont conduit à une renommée égale à celle du Code civil français<sup>141</sup>. A l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle, le système anglais avait déjà établi des règles jurisprudentielles, très étoffées ce qui donnait au droit anglais une certaine stabilité<sup>142</sup>, l'exemple du *trust* étant le plus frappant<sup>143</sup>. En Allemagne, l'abstraction du Droit rendait certes le BGB accessible qu'aux professeurs de Droit<sup>144</sup> mais c'est aussi ce qui lui a permis de survivre dans le temps. En France, le Code civil devait être enrichi des évolutions sociales pour que le Droit puisse répondre du mieux possible aux nouveaux problèmes sociétaux. Ainsi en matière de sûretés, jusqu'en 2006 le droit français des sûretés ne prenait en compte que le cautionnement et l'hypothèque<sup>145</sup> dont les dispositions étaient insérées dans le Livre III, relatif aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Par conséquent, « *la matière n'a commencé à s'affirmer que très récemment* »<sup>146</sup>, avec la réforme du 23 mars 2006<sup>147</sup>. Le droit allemand des sûretés est le reflet du BGB et est naturellement organisé selon le principe d'abstraction (*Abstraktionsprinzip*) qui distingue entre l'acte relatif à la validité du contrat et l'acte translatif de propriété<sup>148</sup>. Au sein du BGB, les rédacteurs avaient introduit les principales sûretés issues du droit romain comme l'hypothèque, le gage avec dépossession, la réserve de propriété dite simple ou encore le cautionnement. Mais la force reconnue à l'acte juridique réel a rapidement modifié le paysage des sûretés allemandes dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle et la propriété, qui « *constitue le droit réel sur*

<sup>139</sup> M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand (République Fédérale), Tome I Les fondements*, éd. Cujas, 1977, p. 58.

<sup>140</sup> CL. WITZ, *Le Droit allemand, op.cit.*, p. 16.

<sup>141</sup> M. FROMONT, *Droit allemand des affaires, op. cit.*, p. 19, n°24.

<sup>142</sup> Les *Judicature Acts* de 1873-1875 ont mis en place une administration conjointe du common law et de l'equity law. Pour autant, « *certaines règles appartiennent (encore) exclusivement à la common law, d'autres à l'equity* » J.A. JOLOWICZ, *Droit anglais, op.cit.*, p.13 et s. Mais cette distinction n'est pas de nature à remettre en cause la stabilité du droit anglais qui a édicté une dissociation claire entre ces deux ordres.

<sup>143</sup> « *Cet exemple (au sujet du trust) nous démontre la parfaite autonomie des solutions fondées sur l'equity face à la Common Law, qui constituent progressivement un véritable ensemble de règles juridiques qui s'écarte des seules circonstances d'espèce et ainsi de l'équité* » CH. ALBIGÈS, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, t. 329, p. 31, n°49.

<sup>144</sup> M. FROMONT, *Droit allemand des affaires, op.cit.*, p. 307, n°597.

<sup>145</sup> Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Thémis, Droit PUF, 2011, 2<sup>ème</sup> éd., p. 7, n°5.

<sup>146</sup> J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation Contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, p.1, n°1.

<sup>147</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés JORF n°71 du 24 mars 2006 page 4475.

<sup>148</sup> M. FROMONT, A. RIEG, *op.cit.*, p. 134 et s.

*un bien dans sa plénitude* »<sup>149</sup> a été utilisée pour servir de garantie<sup>150</sup>. Les sûretés allemandes sont ainsi essentiellement constituées en recourant au droit de propriété puisque ce dernier, en étant détaché de l'acte relatif aux obligations, permet de ne pas être soumis à un quelconque formalisme. Enfin en droit anglais, c'est « *la survivance de la distinction entre equity et common law qui fournit certainement le fondement théorique du trust et de tout ce qui en découle* »<sup>151</sup>. La propriété est ainsi également utilisée comme sûreté depuis l'époque féodale et le *trust* est une véritable institution au Royaume-Uni<sup>152</sup>. Cette présentation succincte des droits des sûretés met en exergue des points communs (l'origine romaine des sûretés) mais également des évolutions différentes quant aux moyens de garantie d'une créance<sup>153</sup>. Ces distinctions, qui ne sont pas encadrées par les droits européens extra-nationaux alors même que le crédit est aujourd'hui transfrontière, créent des complications, préjudiciables aux sûretés et plus largement au crédit européen. Un véritable paradoxe apparaît alors entre la création d'ordre juridique européen visant à harmoniser, sur le fondement de l'économie, les droits nationaux, et l'absence de prise en compte au niveau européen des sûretés, éléments pourtant déterminants pour une économie commune.

14. **Paradoxes.** Le droit des sûretés n'a jamais fait l'objet d'une prise en compte à l'échelle européenne. Pourtant, sa nécessité est indéniable et son inscription dans la dynamique européenne incontestable. Le droit des sûretés est par excellence le droit représentatif de l'espace européen, puisqu'il associe le Droit et l'économie, fondements primaires de l'union des états en Europe. Ce paradoxe interpelle. Serait-ce en raison d'une trop grande divergence entre les droits nationaux européens ? Il est vrai qu'un premier aperçu des trois systèmes aux traditions juridiques différentes retenus dévoile une approche différente des sûretés<sup>154</sup>. Mais n'y a-t-il vraiment aucun point commun ? L'origine

<sup>149</sup> M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand (République Fédérale)*, t. III Droit privé, 1991, p. 141.

<sup>150</sup> CL. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *RIDC*, Vol. 37, n°1, Janvier-mars 1985, pp. 27-68.

<sup>151</sup> J.A. JOLOWICZ, *Droit anglais, op.cit.*, p. 61, n°73.

<sup>152</sup> Le droit anglais connaît également d'autres institutions comme l'hypothèque mobilière et immobilière, ainsi que la *charge* ou la réserve de propriété. V. M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, t. 418, p. 404, n°590.

<sup>153</sup> v. not. la réforme récente, en Allemagne du droit des obligations par le *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* du 26 novembre 2001 (BGB I, p. 3138) entrée en vigueur le 2 janvier 2002 qui a eu un impact sur les sûretés ; au Royaume-Uni, le *Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations* relatif aux sûretés, entré en vigueur le 6 avril 2013 et en France l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés JORF n°71 du 24 mars 2006 page 4475.

<sup>154</sup> Sur ces interrogations, v. M. BUSSANI, « Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », *Dr et patrimoine*, juin 2001, p. 82.

romaine des droits n'a-t-elle vraiment laissé aucune trace permettant d'entrevoir des similitudes dans ces systèmes ? Si la réponse est négative, le paradoxe est encore plus déconcertant. Cela reviendrait en effet à envisager le fait que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, pourtant en place depuis plus de cinquante ans, et poursuivant chacun l'objectif d'une solidarité entre les Etats membres, *via* les droits fondamentaux ou l'union économique, ne se sont pas préoccupés de la question. A l'heure de la citoyenneté européenne et de l'adhésion inévitable de l'Union européenne au Conseil de l'Europe, preuves d'une immense avancée de l'Europe en matière d'union de droits<sup>155</sup>, le délaissement du droit des sûretés apparaît stupéfiant, particulièrement pour un « *législateur ordinairement prolifique* »<sup>156</sup>. Pourtant, il semble en effet qu'il n'existe pas de véritable prise en compte du droit des sûretés à l'échelon transnational. Ce constat laisse perplexe car les avantages d'un droit européen des sûretés, au regard notamment de certaines expériences extra européennes, confirment l'intérêt pour un espace juridique composé de divers états, de posséder un droit commun des sûretés. Peut-être n'est ce qu'une question de compétence des ordres juridiques pour légiférer à ce sujet. Au vu du traité de Lisbonne, les compétences ne semblent pourtant pas manquer. Mais, si un droit européen des sûretés était proposé, quelles en seraient les conséquences sur chaque droit national ? Plus particulièrement, comment le droit français pourrait-il s'enrichir d'une transposition de techniques issues du droit européen ? Finalement, les droits européens seraient-ils l'avenir des sûretés ? Ces questions convergent en réalité toutes vers une seule et même question : quels sont les rapports qu'entretiennent les sûretés et les droits européens ?

15. **Annnonce du plan.** Alors qu'au premier abord *les sûretés en droits européens* (Partie I) révèlent un certain paradoxe entre l'apparition d'une forme de convergence entre les droits nationaux européens et l'absence d'intérêt du législateur européen pour la matière, une autre relation se dessine par la suite. En examinant, de façon plus prospective, *les sûretés de droits européens* (Partie II), il semble que les droits européens, pourraient non

<sup>155</sup> V. Communication de la Commission « concernant le droit européen des contrats » COM (2001) 398, Résolution du 23 mars 2006 sur « le droit européen et la révision de l'acquis : la voie à suivre », P6\_TA\_(2006)0109, Résolution du 7 septembre 2006 sur « le droit européen des contrats » P6\_TA\_PROV(2006)0352, Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises /\* COM/2010/0348 final \*/; v. aussi le *Draft Common Frame of Reference* présenté par le Groupe d'études pour un Code civil européen, dirigé par CH. VON BAR, Sellier, 2009, disponible en ligne ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », in CH. JAMIN (dir), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008, p. 257.

<sup>156</sup> M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *Droits des sûretés, op.cit.*, p. 13, n°10.

seulement tirer avantage d'une prise en compte des sûretés mais également permettre un renouveau de la matière.

## PARTIE I – SÛRETÉS EN DROITS EUROPÉENS

16. Les sûretés constituent le socle du crédit, lequel s'inscrit de plus en plus dans une dynamique transfrontière. Pourtant, la mise en perspective du terme « sûretés » avec l'expression « en droits européens » semble antinomique tant « *les réglementations de l'Union européenne, si volumineuses en de nombreuses matières, sont ici curieusement absentes* »<sup>157</sup>. Cela est d'autant plus surprenant que l'Union européenne s'est construite sur la recherche d'une union économique entre ses Etats membres. Au regard du droit international privé européen, le constat est sensiblement identique. De manière indirecte, par des règles relatives au contrat ou à l'insolvabilité, les sûretés ont été, de façon très minime, partiellement harmonisées. Cette contradiction entre la fonction des sûretés, vouées à développer l'économie moderne, et cette inexistante harmonisation des droits européens interpelle. Les droits européens seraient-ils si distincts au point de ne pouvoir trouver de points communs ? Le législateur européen est-il réellement silencieux au sujet des sûretés ? Une double réponse, antithétique, émerge. En prenant en considération trois systèmes juridiques européens aux traditions distinctes, de nombreux points de ressemblance en matière de droit des sûretés peuvent être trouvés. Des règles communes émergent alors. Toutefois, l'examen du droit européen révèle bien une inertie du législateur en matière de sûretés. Si certains ordres juridiques européens sont davantage orientés vers la protection des droits de l'Homme, l'Union européenne, en raison de sa création justifiée par des impératifs de paix économique, aurait pu appréhender davantage le droit des sûretés. Au regard d'autres regroupements d'Etats, l'Union européenne est isolée dans sa position d'ignorance du droit des sûretés. L'expression « sûretés en droits européens » est ainsi un Janus. A ce titre, la question sera envisagée d'une part, par une approche comparative des grands modèles européens de droit des sûretés (Titre I) et d'autre part, au travers un état des lieux et des perspectives d'un droit des sûretés en droit européen (Titre II).

---

<sup>157</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 13, n°10.





## **TITRE I – APPROCHE COMPARATIVE ENTRE LES GRANDS MODÈLES EUROPÉENS DE DROIT DES SÛRETÉS**

17. Deux axes majeurs apparaissent au travers d'une approche comparative entre les grands modèles européens de droit des sûretés, laquelle ne prendra en compte que les sûretés les plus représentatives du paysage juridique allemand, anglais et français<sup>158</sup>. Dans un premier temps il peut être observé que les juristes placent leur confiance dans la sûreté qui doit répondre à certains critères. La sûreté requise doit être, dans les modèles approchés, de constitution simple et de réalisation certaine. Ces attentes les conduisent alors à utiliser des techniques de sûretés similaires, ou à converger vers de nouvelles formes de sûretés semblables. La tradition juridique est ainsi indifférente aux nécessités du crédit et la confiance souhaitée par les juristes dans l'instrument de garantie ne connaît pas de frontières. Dans un second temps, un autre aspect de cette approche comparative se dévoile, lorsque les sûretés sont envisagées comme un moyen d'accorder sa confiance à un cocontractant. A ce titre, chaque partie doit avoir un comportement conforme aux attentes de son cocontractant et, d'une manière plus générale, aux attentes du législateur national en matière de régulation du crédit. Des règles, parfois d'ordre public, s'imposent alors pour encadrer voire limiter l'utilisation des sûretés. Ces règles varient en fonction de chaque modèle. Dans ce cas, la tradition juridique, particulièrement dès lors que la sûreté relève de l'adjonction d'un droit de créance contre un tiers, influe sur les moyens de régulation. Il apparaît alors, entre les grands modèles européens, une certaine différence dans l'encadrement de la protection de la confiance dans le cocontractant. L'approche comparative met ainsi en exergue une opposition. S'il peut être observé en premier lieu une convergence des techniques de sûretés (Chapitre I), en second lieu apparaît une différence des moyens de régulation (Chapitre II).

---

<sup>158</sup> « Il ne saurait être question, (...), de passer en revue toutes les conditions de constitution des sûretés. Seules seront retenues celles qui présentent, sur un plan théorique, une originalité certaine pour un observateur étranger ou qui revêtent une grande importance pratique. Par ailleurs, la description des différentes sûretés n'a pu se faire sans l'examen d'un certain nombre de conditions, qu'il est dès lors superflu de reprendre » C. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *R.I.D.C.*, 1985, Vol. 37, n°1, pp. 27-68 plus spéc. p. 42, n°18.



## CHAPITRE I. La convergence des techniques

18. En droit des sûretés, deux groupes principaux de techniques peuvent être observés. D'un côté, les sûretés dites traditionnelles, « *qui en principe ne soulèvent pas ou guère de difficultés quant à leur nature, leur validité et leur terminologie* »<sup>159</sup>. Celles-ci présentent entre les trois modèles étudiés des similitudes, en raison notamment de leur origine gréco-romaine commune. Des distinctions, minimales, existent parfois entre les trois systèmes juridiques au sujet de ces sûretés traditionnelles, mais elles ne semblent pas être de nature à remettre en cause la convergence qui existe. D'un autre côté, de nouvelles techniques ont fait leur apparition. Ces dernières peuvent être des résurrections d'anciennes techniques de droit romain, ou des variations de mécanismes déjà existants. Elles répondent à un besoin commun de confiance en l'instrument de garantie. Ces nouvelles techniques sont analogues en raison du but identique qu'elles poursuivent. Certains ont craint une confrontation de ces deux groupes de sûretés<sup>160</sup>. En réalité, il semblerait davantage qu'il s'agisse d'une complémentarité, laquelle apparaît plutôt bénéfique pour le crédit. La convergence des techniques entre les trois modèles de droits européens des sûretés peut s'observer ainsi de deux façons. D'une part, au travers de la similitude des sûretés traditionnelles (Section 1), d'autre part, au regard de l'analogie des nouvelles techniques de sûretés (Section 2).

### Section I. Similitude des sûretés traditionnelles

19. Les sûretés traditionnelles, en droit allemand, anglais et français, sont similaires en raison de leurs origines communes. La source gréco-romaine de ces sûretés a irrigué les trois systèmes juridiques de principes communs. Le premier principe est celui de l'accessoire. Principe plus ou moins large<sup>161</sup>, pouvant parfois être renforcé<sup>162</sup>, le principe de l'accessoire doit être appréhendé par une approche fonctionnelle, entendue comme

<sup>159</sup> A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés – Constatations et questions » in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p.5 et s., spéc. p. 15 cité par le Professeur CROCQ, *Propriété et Garantie*, op.cit., p. 210, n°260.

<sup>160</sup> « Cette confrontation entre sûretés traditionnelles et propriété garantie va assurément bouleverser notre droit des sûretés. Il est encore prématuré pour prédire le vainqueur d'une telle confrontation » D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, op.cit, p. 321, n°452.

<sup>161</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 303, n°326.

<sup>162</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des sûretés personnelles*, op.cit., p. 136, n°271 et s.

« l'accroissement des chances du principal d'atteindre l'objectif qui est le sien »<sup>163</sup>. Un second principe est aussi commun dans les trois modèles. Il se justifie davantage par des raisons pratiques. Il s'agit de la dépossession, qui faisait office jusqu'à peu d'une publicité assurée à l'égard des tiers. Accessoirement, lors de la réalisation de la sûreté, la dépossession est un moyen sûr pour le créancier de recouvrer sa créance. Sa praticité, qui répond au besoin d'une réalisation certaine et d'une constitution simple, associée à son aspect informatif, a fait de la dépossession un principe commun des sûretés réelles traditionnelles dans les trois modèles européens. La dépossession ne peut avoir lieu que si la sûreté est un accessoire de la créance, ce qui implique d'envisager dans un premier temps le principe de l'accessoire de la sûreté (§I), puis dans un second temps la dépossession du bien grevé (§II).

### **§I. Le principe de l'accessoire de la sûreté**

20. Issu de l'adage latin *accessorium sequitur principale*, le principe de l'accessoire impose que la sûreté soit rattachée à l'obligation principale du contrat. Ce principe existe en Allemagne<sup>164</sup>, au Royaume-Uni<sup>165</sup> ou encore en France<sup>166</sup>. Dans ces trois modèles, il est commun à toutes les sûretés, réelles comme personnelles. Il confère au créancier une confiance dans l'instrument de garantie puisque quelque soit la modification de l'obligation principale, il sera assuré de la continuité de sa sûreté. Le principe de l'accessoire se manifeste ainsi dans les trois modèles au travers des sûretés personnelles (A) comme réelles (B).

#### **A. Le principe de l'accessoire dans les sûretés personnelles**

21. **Une origine romaine commune.** Le cautionnement, qui renvoie au terme latin *cautio*, qui signifie la précaution, la prudence, est issu du droit romain<sup>167</sup>, et faisait de l'honorabilité

---

<sup>163</sup> CH. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, Defrénois, Collection de Thèses, t. 37, 2009, p. 172, n°278.

<sup>164</sup> Sur le principe de l'accessoire en droit allemand V. B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2006, 2<sup>ème</sup> éd., p. 161.

<sup>165</sup> La décision *Bechervaise v Lewis*, 1872, LR 7 CP 372 est la première qui renvoie explicitement au principe de l'accessoire des sûretés en droit anglais.

<sup>166</sup> M. GRIMALDI, (dir.), Rapport, p. 4 au sujet du commencement du Livre IV du Code civil qui « s'ouvrirait sur quelques principes directeurs du droit des sûretés, parmi lesquels figurent l'affirmation que la sûreté (...) constitue un accessoire de la créance » ; D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 3.

<sup>167</sup> L. DUBREUIL, *Des effets du cautionnement en droit romain et français*, Pichon Paris, 1876, p. 5 à 7. ; O. LE CLERCQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, Duvivier Liège n°603, 1812, Tome VII, p. 65 et s. ; C. BUSTON, *De la fidéjussion en droit romain et Des bénéfices et recours de la caution en droit français*, 1873, p. 15 et s. (disponibles en ligne, Bibliothèque

d'un tiers un moyen de confiance<sup>168</sup> pour le créancier. Évitant une dépossession et surtout l'exigence d'un écrit, dans une société où peu de personnes savaient lire et écrire, le cautionnement était l'expression même de la confiance accordée dans la créance, par la sécurité qu'apporte un tiers. Ce mécanisme simple et sans risque garantit au créancier le paiement de la créance par l'adjonction du patrimoine d'un ou plusieurs autres débiteurs. Cette adjonction s'opère par le principe de l'accessoire qui permet non seulement de lier les tiers à la dette principale mais également de les obliger à hauteur de celle-ci. Cette certitude de paiement accordée au créancier explique l'ancienneté de sa création et son développement dans l'Europe antique<sup>169</sup>, puis de nouveau dans l'époque contemporaine<sup>170</sup> ainsi que dans l'espace européen. En effet, ce n'est pas « *une particularité française. La plupart des systèmes juridiques admettent l'existence de sûretés accessoires* »<sup>171</sup>. Le cautionnement est ainsi présent en droit allemand avec le *Bürgschaft*<sup>172</sup> et le *Bürgschaft auf erstes Anfordern* qui est le cautionnement à première demande, comme en droit anglais avec les *contracts of guarantee*<sup>173</sup>.

**22. Des conditions communes de validité du contrat de cautionnement.** Actuellement, dans les trois modèles, le cautionnement est un contrat unilatéral accessoire du contrat principal auquel créancier et débiteur sont déjà parties<sup>174</sup>. En raison de sa qualification de contrat, le cautionnement doit répondre aux conditions de validité de cette catégorie juridique, adaptées au cautionnement. Aussi dans les trois modèles doit-il être donné par

---

numérique des universités Grenoble 2 et 3, <http://bibnum-stendhal.upmf-grenoble.fr/items/show/66>, consulté le 15 sept. 2015). D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, p. 14 et s.

<sup>168</sup> J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, 1999, p. 19 et s.

<sup>169</sup> C. V. DAREMBERGE, E. SAGLIO, *Intercessio* (II - Droit privé), in *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments contenant l'explication des termes qui se rapportent aux mœurs, aux institutions, à la religion, aux arts, aux sciences, au costume, au mobilier, à la guerre, à la marine, aux métiers, au monnaies, poids et mesures, etc. et en général à la vie publique et privée des anciens*, 1877-1919, p. 551.

<sup>170</sup> En effet, l'Ancien Droit éclipsa cette garantie. V. D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, p. 13.

<sup>171</sup> D. HOUTCIEFF, A.-S. BARTHEZ, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, p. 3.

<sup>172</sup> § 765 alinéa 1 du BGB, plus généralement § 765 à § 778 du BGB.

<sup>173</sup> V. not. : *Wardens & Commodity of the Mastery of Mercers of the City of London v New Hampshire Insurance Company*, 1992, 1 WLR 792. V. à ce sujet G. M. ANDREWS, R. MILETT, *The Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 5ème éd., 2007, p. 5 ; J. PHILLIPS, J. O' DONOVAN, *The Modern Contract of Guarantee*, Sweet & Maxwell, 2004, p. 88 et s. ; M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais*, Université Panthéon Sorbonne Paris, 1974.

<sup>174</sup> C. BUSTON, *De la fidéjussion en droit romain et Des bénéfices et recours de la caution en droit français, op. cit.*, p. 15 (disponible en ligne, consulté le 15 sept. 2015). La question peut néanmoins se poser du nécessaire consentement du créancier pour la formation du cautionnement (le débiteur pourrait-il conclure seul avec le garant un contrat de cautionnement en faveur du créancier ?) ; J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D. A.* 13 septembre 2001, n° 31, Doctrine, p. 2580-2586.

une personne capable<sup>175</sup> de donner un consentement libre et éclairé<sup>176</sup>, qui ne se présume point et est exempt de tout vice. La *causa* romaine est également une condition commune<sup>177</sup> indispensable pour le cautionnement mais elle se manifeste différemment dans les trois modèles étudiés. En France, s'il est vrai que la cause n'est littéralement plus une condition de validité du contrat, sa fonction même a été conservée<sup>178</sup>. En effet, même si l'article 1128 du Code civil soumet maintenant le contrat à « un contenu licite et certain », l'article 1162 du même Code, en exigeant que le contrat ne déroge pas à l'ordre public, ni par son contenu, ni par son but, pose la condition d'une cause subjective, qui doit être licite sous peine de nullité. L'article 1169, en soumettant également à la nullité le contrat dont la contrepartie convenue est illusoire et dérisoire, rappelle aussi l'exigence d'une cause objective. « *En dépit de la réforme* », la cause survit toujours<sup>179</sup> en droit français et reste donc une condition de validité du cautionnement. Toutefois, la différence linguistique aide à percevoir la similitude d'exigence d'une cause dans le contrat de cautionnement puisque le droit anglais vérifie, à l'instar de l'article 1169 du Code civil, une contrepartie, laquelle est examinée à la lumière de la *doctrine of consideration*<sup>180</sup>. Quant au système germanique, il distingue la validité du contrat de transfert de propriété de celle du contrat de vente<sup>181</sup>, les causes de ces contrats pouvant être indépendantes l'une de l'autre tant qu'elles existent et qu'elles ne sont pas contraires aux bonnes mœurs<sup>182</sup>. Cependant, par le principe de l'accessoire, les deux contrats sont liés. Cela signifie que si le contrat initial est invalide, celui conclu entre le garant et le créancier le sera également, sauf pour les restitutions. Le garant bénéficie ainsi de toutes les exceptions qui sont opposables au créancier.

### 23. *L'opposabilité des exceptions, caractéristique partagée du principe de l'accessoire.*

L'une des conséquences du principe de l'accessoire est l'opposabilité des exceptions qui

<sup>175</sup> B.S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of contract, op.cit.*, n°231 ; E. MCKENDRICK, *Contract Law Text, Cases and Materials*, Oxford, 4<sup>ème</sup> éd., n°205.

<sup>176</sup> V. pour le droit anglais : R. SEROUSSI, *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod Droit pour l'entreprise, 2011, 5<sup>ème</sup> éd., p. 26 et s. ; v. aussi les décisions *Coutts & Co v. BrowneLecky*, 1946 2 Ail E.R. 207 1947 K.B. 104 ; *Stadium Finance Co Ltd. v. Helm*, 1965 109 Sol. Jo. 471.

<sup>177</sup> R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Systèmes Droit, LGDJ, 2005, p. 90.

<sup>178</sup> C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, p. 814.

<sup>179</sup> D. MAZEAUD, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* oct. 2014, p. 38.

<sup>180</sup> V. not. *Scott v Forster Pastoral Co Pty Ltd*, 2000, 35 A.C.S.R. 294.

<sup>181</sup> J. DE LACY, *The Reform of UK Personal Property Law Comparative perspectives*, Routledge Cavendish, 2010, p.165.

<sup>182</sup> K. ZWIEGERT, « Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *RIDC*, Vol. 16, n°1, Janvier-mars 1964, pp. 33-44.

appartiennent au débiteur, dont la caution peut se prévaloir en raison de sa qualité de caution. Toutefois, dans les trois modèles, des limites existent car toutes les exceptions ne peuvent être opposées. En effet, les exceptions « purement personnelles », c'est-à-dire qui ont trait au rapport principal d'obligation en viciant ce dernier et qui ne peuvent être invoquées que par le créancier ou le débiteur (exemple : le dol) font l'objet d'un traitement différent<sup>183</sup>. Ainsi, en droit français depuis l'arrêt d'une Chambre Mixte du 8 juin 2007<sup>184</sup>, sur le fondement de l'ancien article 2313 alinéa 2 du Code civil, de nombreuses exceptions purement personnelles ont été reconnues comme inopposables par la caution. En droit allemand, si le principe interdit à la caution d'opposer les exceptions purement personnelles que seul le créancier ou le débiteur peut invoquer, une exception prévue par l'article §770 alinéa 1 du BGB permet à celle-ci de refuser de satisfaire le créancier tant que le débiteur principal a le droit de soulever cette exception. Cette différence n'est pas de nature à remettre en cause les similarités entre les trois techniques de cautionnement existantes ; il s'agit davantage d'une conciliation entre deux droits, celui des contrats et celui des sûretés<sup>185</sup>. Outre une origine commune et des conditions de validité similaires, le principe de l'accessoire qui régit le droit du cautionnement dans les trois modèles entraîne dès lors une réalisation presque similaire.

- 24. Une réalisation du cautionnement globalement identique.** Le principe de l'accessoire entraîne une réalisation du cautionnement sensiblement identique dans les trois modèles. En droit allemand, français et anglais, la caution doit intervenir dès lors que le débiteur est défaillant et toute variation de l'obligation principale du débiteur (extinction, réduction, nullité) ou des exceptions issues de ce lien de droit a les mêmes effets pour la caution<sup>186</sup>. Des aménagements cependant dans le procédé de réalisation créent des distinctions entre les modèles. Ceux-ci ne sont toutefois pas de nature à remettre en question l'observation d'une similitude entre les trois droits modèles ainsi que vis-à-vis

<sup>183</sup> Pour une vision d'ensemble v. J. GILISSEN, *Les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, Première Partie, Ed. de la Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1974, XXVIII. Plus spéc. pour le droit anglais : M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais, op. cit.*, p. 85.

<sup>184</sup> Chambre mixte, 8 juin 2007, n°03-15.602, Bull., n° 5 ; PH. SIMLER, « Les principes fondamentaux du cautionnement : entre accessoire et autonomie », Bull. d'information de la Cour de cassation, Communications, 15 oct. 2013, p. 13. V. aussi Cass., Com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734, C. LE GALLOU, « Caution : la conciliation n'est pas pour elle », *Lamy Droit des sûretés*, Mise à jour, déc. 2015, n°120-45.

<sup>185</sup> M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais, op. cit.*, p. 4-5.

<sup>186</sup> §771 du BGB ; article 2288 du Code civil ; T. C. HARTLEY, *Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume-Uni et en Irlande*, Etudes, Commission des Communautés Européennes, Série Concurrence Rapprochement des législations, 1976, n°28, p. 8, n°6 et s.

d'autres droits des sûretés nationaux européens<sup>187</sup>. Le Royaume-Uni, par exemple, ne connaît pas le bénéfice de division qui permet à la caution de demander au créancier d'appeler d'autres cofidélitateurs avant qu'elle n'intervienne<sup>188</sup>. Il en est de même en droit allemand<sup>189</sup> et ce, contrairement au droit français qui l'admet<sup>190</sup>. Cependant, l'*Ausfallbürgschaft*<sup>191</sup>, la clause allemande aménageant l'appel de la caution, permet d'obliger le créancier, avant de sommer la caution à s'exécuter, à rechercher si les biens du débiteur peuvent constituer un apport pécuniaire. Il s'agit là du bénéfice de discussion<sup>192</sup>, présent en droit français<sup>193</sup> lorsque la caution n'y a pas renoncé. Ce bénéfice est également présent en Allemagne. Il est écarté au Royaume-Uni mais de nombreuses exceptions sont prévues et permettent d'aboutir à une possibilité de renonciation, de requalification en cautionnement commercial ou solidaire. Si les bénéfices accordés à la caution peuvent varier d'un système à l'autre, le fonctionnement global de la réalisation du cautionnement est identique. En revanche, des différences existent au regard des formes élargies du cautionnement, qui ne sont pas reconnues dans tous les modèles.

25. ***Elargissement des formes de cautionnement.*** La pratique s'est emparée des formes de confiance accordées par un tiers et a développé de nouvelles ramifications du cautionnement. Le droit allemand par exemple a élargi le domaine du *Bürgschaft* classique pour admettre une exception majeure à l'*Akzessorietät* (principe de l'accessoire) avec le cautionnement à première demande, le *Bürgschaft auf erstes Anfordern*<sup>194</sup>. Le *Bürgschaft auf erstes Anfordern* pourrait correspondre, même si cela peut sembler antinomique, à une garantie autonome accessoire. En effet, la caution est contrainte de s'acquitter de la dette dès que le créancier le lui demandera, et ce sans possibilité de contester le bien-fondé du paiement ou d'opposer les exceptions dont aurait pu se prévaloir le débiteur. En cela, elle ressemble à une garantie autonome. Mais, le droit

<sup>187</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op.cit., n°66.

<sup>188</sup> M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais*, op.cit., n°33 ; J. GILISSEN, *Les sûretés personnelles*, *Recueil de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, op.cit., p. 114.

<sup>189</sup> J. GILISSEN, *Les sûretés personnelles*, *Recueil de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, op. cit., loc. cit.

<sup>190</sup> Article 2302 et 2303 du Code civil.

<sup>191</sup> A. ROHMERT, « Le cautionnement à première demande en droit allemand - une sûreté hybride », *Revue de Dr. Bancaire et de la Bourse*, 1994, n°43, p. 122-125.

<sup>192</sup> J. GILISSEN, *Les sûretés personnelles*, *Recueil de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, op. cit., p. 111.

<sup>193</sup> Articles 2299, 2300 et 2301 du Code civil. V. aussi pour la mise en œuvre de ce bénéfice : Civ., 2<sup>ème</sup>, 23 oct. 2008, n°07-20035, Bulletin 2008, II, n° 224, obs. PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, JCP 2009. I. 150, n°1.

<sup>194</sup> §773 1), n°1 du BGB.



allemand déplace le caractère accessoire du cautionnement au moment du recours permettant à la caution de contester le paiement indu qu'elle a effectué. Lors de l'action en restitution, la caution pourra non seulement soulever toutes les exceptions dont elle peut se prévaloir mais également contester la validité de la dette. Le *Bürgschaft auf erstes Anfordern* était jusqu'en 1990 limité aux établissements de crédit. Il est maintenant ouvert à toute personne mais bénéficie d'un formalisme plus rigoureux dès lors qu'il est soumis au §305 relatif aux conditions générales d'affaires<sup>195</sup>. A l'aube des années 1980, le droit anglais a effectué un véritable *legal transplant* de cette institution. La première décision admettant un cautionnement à première demande est l'arrêt *Edward Owen Engineering Ltd. V. Barclays Bank International Ltd.* de 1978 qui reconnaît cette technique en raison de l'intérêt économique qu'elle procure<sup>196</sup>. Le cautionnement à première demande ne se retrouve pas dans le droit français qui a limité le cautionnement à une relation d'accessoire immédiate, ne permettant pas son déplacement lors de la contestation du paiement effectué par la caution. C'est dommageable car le cautionnement à première demande n'est qu'une forme différente de sûreté personnelle et ne remet en question ni le cautionnement ni la garantie autonome ni de façon plus générale le principe de l'accessoire<sup>197</sup>. Son insertion en droit français pourrait être accueillie favorablement même si certains auteurs souhaiteraient le limiter à une certaine catégorie de contrat ou de débiteur<sup>198</sup>. La figure du cautionnement, à l'exception de quelques menues variations, est ainsi similaire dans les trois modèles grâce à un principe commun, celui de l'accessoire, qui se retrouve aussi en matière de sûretés réelles.

## B. Le principe de l'accessoire dans les sûretés réelles

26. **Origine et conditions de validité de l'hypothèque communes dans les trois modèles.** La plupart des pays ont une seule sûreté accessoire portant sur un bien immobilier<sup>199</sup>. Il s'agit

<sup>195</sup> F.-X. LICARI, *Lamy Droit des sûretés*, 2015, 520-55.

<sup>196</sup> *Edward Owen Engineering Ltd. V. Barclays Bank International Ltd.*, 1978 QB 159. V. not. A. PATHAK, *Legal Aspects of Business*, Mc Graw Hill Education Offices, 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 384 ; A. MUGASHA, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Federation Press, 2003, p. 79.

<sup>197</sup> V. *infra* § 399.

<sup>198</sup> « Après avoir favorisé les excès, notre droit des garanties personnelles doit à nouveau être celui de la juste mesure. Sûreté de compromis, le cautionnement à première demande pourrait ainsi constituer une réponse à cette dernière exigence ». D. LEGAIS, « Le cautionnement à première demande », in T. BONNEAU (dir.), *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque, 2000, p. 87.

<sup>199</sup> « Most countries have only one (or only one important) security interest in real estate. So in England, you would just talk about the mortgage, in France about the hypothèque. Other systems, however, distinguish different security interests. Thus, German law divides the Grundpfandrechte (security interests in real estate) into the Hypothek (§§ 1113 ss. BGB) (the accessory type) and the Grundschuld (§§ 1191 ss.

en droit français de l'hypothèque<sup>200</sup>, en droit anglais du *mortgage*<sup>201</sup> et en droit allemand de l'*Hypothek*<sup>202</sup>. « *Le caractère accessoire de l'hypothèque est un fondement commun sur lequel reposent toutes les traditions juridiques européennes (...)* »<sup>203</sup>. Ce fondement commun s'explique par l'origine de l'hypothèque. L'hypothèque est une sûreté issue du droit grec, mais il s'agissait alors d'un gage sans dépossession avec une publicité foncière peu aboutie<sup>204</sup>. C'est la pratique romaine<sup>205</sup> qui l'a développée<sup>206</sup> malgré l'absence relative de système de publicité foncière, élément indispensable à la sécurité que peut procurer cette sûreté. Les conditions de validité sont identiques dans les trois modèles. Parmi les principales, il faut relever que les trois modèles imposent que le constituant soit propriétaire<sup>207</sup> et que le principe de spécialité soit respecté, ce qui implique que le bien et la créance doivent être précisément identifiables<sup>208</sup>. En outre, l'acte constitutif d'hypothèque doit mentionner l'identité du créancier et du débiteur ainsi que les modalités de remboursement. Les conditions de formalité diffèrent. En France, le passage devant notaire est indispensable sous peine de nullité tandis qu'il n'est pas nécessaire en

---

*BGB (the non-accessory type).* » P. SPARKES, *Real Property Law and Procedure in the European Union Report from England and Wales*, disponible sur le site internet de l'European University Institute ([www.eui.eu](http://www.eui.eu), consulté le 1<sup>er</sup> octobre 2015).

<sup>200</sup> Article 2413 du Code civil. V. pour l'historique de l'hypothèque : H. KLIMRATH, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Vol. 1, Paris, 1843, p. 361 et s.; L. FIRMIN, J. LAFERRIERE, *Histoire du Droit Français*, Paris, Ed. Joubert, 1838, Vol. 2, p. 421 et s.; C. MOULY, « Hypothèques, Définitions, Caractères, Effets », *J.-Cl. Civ. Not.*, art. 2114-2117, n°4.

<sup>201</sup> *Santley v. Wilde*, 1899, 2 Ch. 474, 68 L.J.Ch. 683. V. pour l'historique et notamment sur les grandes réformes de 1925 : S. ANDERSON, « Land Law Texts and the Explanation of 1925 », *C.L.P. Oxford journals*, 1984, Vol. 37, p. 63 et s. Sur l'historique et l'utilisation du terme *mortgage* comme référentiel de l'hypothèque française, voir M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, LGDJ, 2004, t. 418, p. 355, n°535 et n°537 et s.

<sup>202</sup> § 1113 du BGB. V. pour l'historique : R. W. TURNER, *The Equity of Redemption*, Cambridge University Press, 1931 réédité en 2013, p. 9-13 et p. 111 et s.; J. ZEKOLL, *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 2005, p. 240-248 spéc. p. 240. Plus généralement v. M. ELSER, L. JULIEN SAINT-AMAND, « Les garanties hypothécaires en droit allemand », *LPA*, 23 avril 1997, n°49, p. 59.

<sup>203</sup> E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, Bruylant, 2010, p. 147, n°137.

<sup>204</sup> J.-PH. LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », *The Legal History Review*, Volume 55, n°3, pages 231-266, spéc. p. 232; H. W. CHAPLIN, *The story of mortgage law*, *Harvard Law Review*, Vol. 4, n°1, 15 avril 1890, pp. 1-14, spéc. p.5.

<sup>205</sup> J.-PH. LEVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », *op. cit.*, p. 233; C. V. DAREMBERGE, E. SAGLIO, *Hypotheca in Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments contenant l'explication des termes qui se rapportent aux mœurs, aux institutions, à la religion, aux arts, aux sciences, au costume, au mobilier, à la guerre, à la marine, aux métiers, au monnaies, poids et mesures, etc. et en général à la vie publique et privée des anciens, 1877-1919*, p. 354; Contra : P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris Librairie Arthtur Rousseau, 6<sup>ème</sup> éd., 1918, p. 781.

<sup>206</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Sûretés – La publicité foncière*, 1987, n°145. Pour une approche comparée du développement de l'hypothèque : E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, *op. cit.*, p. 124, n°119 et s.

<sup>207</sup> Section 24 Land Registration Act 2002; §1116 (2) du BGB.

<sup>208</sup> Section 25 Land registration Act 2002; § 1115 du BGB.

Allemagne<sup>209</sup> ou au Royaume-Uni<sup>210</sup>. Ainsi, en Allemagne, l'acte doit seulement être authentifié par le notaire, une déclaration unilatérale du propriétaire suffisant pour la constitution<sup>211</sup>. Cette authentification permet de limiter les coûts de constitution ce qui rend l'hypothèque peut être plus attractive. Néanmoins, une authentification ne protège pas entièrement le constituant. Cela explique le fait que le droit français maintienne la constitution pleine et entière de l'hypothèque devant notaire, lequel en cas d'erreurs engage sa responsabilité<sup>212</sup>. Au Royaume-Uni, les notaires, c'est-à-dire des officiers ministériels publics, n'existent pas, ce qui explique l'absence de formalités particulières. Par ailleurs, les trois modèles obligent à un enregistrement de l'acte d'hypothèque, lequel est en Allemagne<sup>213</sup> et au Royaume-Uni<sup>214</sup> concomitant à la publication, puisque l'enregistrement est constitutif d'hypothèque, contrairement au droit français qui distingue ces deux étapes. Le recours à la publicité foncière permet de rendre l'acte opposable et assure une sécurité au créancier. En effet, la publication d'hypothèque permet d'éviter, notamment lors de sa réalisation, une contestation avec un tiers de bonne foi, acquéreur ou autre créancier. Une fois constituée, l'hypothèque octroie au créancier des prérogatives, qui sont identiques dans les trois modèles étudiés.

27. ***Les attributs de l'hypothèque identiques dans les trois modèles.*** Le droit de préférence est l'un des attributs de l'hypothèque qui a participé à son développement. Il permet à un créancier titulaire d'une sûreté d'être prioritaire sur les créanciers chirographaires comme sur ceux inscrits de rang inférieur. Plus précisément, « *quand il y aura lieu de répartir le prix de l'immeuble hypothéqué, les créanciers hypothécaires, grâce à leur droit réel, seront payés avant les créanciers chirographaires ; et entre les créanciers hypothécaires, les plus anciens passeront avant les plus récents (prior tempore, potior jure)* »<sup>215</sup>. Avec le droit de préférence de l'hypothèque, il ne peut y avoir, théoriquement, de bouleversements. Le premier inscrit prime, sauf éventuellement dans le cas d'une purge amiable, les autres créanciers inscrits. Le droit de préférence permet ainsi au créancier de

<sup>209</sup> § 1154 du BGB (1).

<sup>210</sup> Section 115 du Law of Property Act de 1925.

<sup>211</sup> V. § 19 et 29 GBO et § 1116 (1) du BGB.

<sup>212</sup> La responsabilité du notaire est fondée sur l'article 1240 (v. l'ancien article 1382) du Code civil et est une responsabilité professionnelle autonome, v. CH. ALBIGES, « Responsabilité notariale et sûretés réelles, L'exemple de la convention d'hypothèque », in S. CABRILLAC, CH. ALBIGES, C. LISANTI (dir) *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, 2007, p.15.

<sup>213</sup> § 873 du BGB. Les mentions spéciales prévues au § 1115 du BGB doivent s'appliquer.

<sup>214</sup> M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 360, n°541 ; C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, p. 285, n°290, disponible en ligne sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr>.

<sup>215</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadriège/PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004, n°702.

recouvrer sa créance par le prix de l'immeuble, obtenu généralement suite à une vente amiable ou forcée voire par une demande d'attribution<sup>216</sup>. Cette garantie de recouvrement participe de la confiance du créancier dans l'instrument de garantie. En effet, en connaissant son ordre de priorité, le créancier peut décider ou non de conclure cette sûreté et s'il la conclut, il connaîtra précisément son rang de paiement et sera payé lors de la défaillance du débiteur à hauteur de la dette restante. En cela, le droit de préférence assure une confiance dans l'instrument de garantie. Pour autant, et c'est d'ailleurs là tout l'attrait du droit de préférence, il est possible en France et en Angleterre d'y renoncer conventionnellement, par cession d'antériorité<sup>217</sup> en droit français ou par un *tacking of further advances*<sup>218</sup> en droit anglais. Ces possibilités démontrent une souplesse du droit de préférence, entièrement soumis à la volonté du créancier et s'inscrivant en cela parfaitement dans la tradition commune du respect de la liberté contractuelle. Outre le droit de préférence, un autre attribut de l'hypothèque est commun aux modèles, il s'agit du droit de suite. Celui-ci, en cas d'hypothèque, « *prend tout son relief, mettant une différence tangible entre la condition du créancier hypothécaire et celle du créancier chirographaire* »<sup>219</sup>. Le droit de suite est certes un atout pour le créancier hypothécaire mais il peut aussi représenter une « *menace pour la sécurité des transactions juridiques* »<sup>220</sup> ce qui explique que les systèmes français et anglais aient mis en place aux côtés du droit de suite les procédures de purge amiable et légale<sup>221</sup>. En France, le droit de suite est clairement codifié à l'article 2166 du Code civil, ce qui n'est pas aussi explicitement le cas en droit allemand et anglais. Le droit allemand, par exemple, considère que le tiers acquéreur de bonne foi est protégé par le principe allemand de la

<sup>216</sup> § 1181 et suivants du BGB. K. DECKERT, « La saisie immobilière Etude de droit allemand », in CH. ALBIGES (dir), *La saisie immobilière approches transversales*, Dalloz, 2014, p.181 ; G. MCCORMACK, « Personal Property Security Law Reform in England and Canada », *Journal of Business Law*, 2002 ; L. GULLIFER, « The reform of the English law of secured transactions », *Dr et Patr.*, 2012, 213 ; D. G. BUI, *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, disponible en ligne sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr>, p. 47 et s., n°73 à 88.

<sup>217</sup> Article 2424 du Code civil.

<sup>218</sup> Le *tacking of further advances* est précisé quant à sa mise en œuvre à la Section 49 du *Land Registration Act* de 2002 : « *The proprietor of a registered charge may make a further advance on the security of the charge ranking in priority to a subsequent charge if he has not received from the subsequent chargee notice of the creation of the subsequent charge* ».

<sup>219</sup> En droit anglais, le droit de préférence et de suite sont les deux *real rights* qu'attribue le *mortgage v. A. L. DIAMOND, A review of security interests in property, Department of trade and industry*, 1989, p. 10. En droit allemand, c'est le § 1191 I BGB qui fonde le droit de préférence. Le droit de préférence et le droit de suite sont d'ailleurs pour le Doyen Carbonnier ce qui distingue les droits réels des droits personnels. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, op. cit., loc. cit. A comp. CH. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°25 et s.

<sup>220</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, op. cit., p. 118, n°98.

<sup>221</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op. cit., p. 398, n°611. V. pour le droit anglais Section 101 *Law of Property Act* 1925.

*culpa in contrahendo*<sup>222</sup>. Si le tiers acquéreur n'est pas de bonne foi, le créancier pourra exercer son droit de suite au travers soit uniquement de l'action paulienne, soit de celle-ci associée en plus à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle du tiers acquéreur<sup>223</sup>. Ainsi, pour le droit allemand, le droit de suite ne relève pas d'une prérogative directement attachée au droit réel<sup>224</sup> qu'offre l'hypothèque mais d'un droit plus général de protection des relations juridiques<sup>225</sup>. Il en est de même au Royaume-Uni. Le droit de suite est traité sous couvert de l'*equitable interest*<sup>226</sup>. Le recours à l'*equitable interest* offre une protection plus développée que dans les systèmes de droit romain, comme le droit français, car il va s'agir de réparer une injustice faite à un cocontractant et d'une manière plus générale, une atteinte faite à la justice contractuelle, et ce, particulièrement lorsque le droit de suite est relatif à un bien immobilier comme dans le cadre de l'hypothèque. A l'instar du cautionnement, cette sûreté traditionnelle a été réaménagée par les juristes pour l'adapter aux attentes contemporaines des parties. Mais il est vrai que « *les implications techniques de ce caractère accessoire ainsi que de son atténuation donnent toutefois lieu à des divergences entre pays* »<sup>227</sup>. Ces divergences ne sont, toutefois, que des aménagements au caractère accessoire et ne remettent pas en cause les similarités des techniques observées dans les trois modèles.

**28. Aménagements de l'hypothèque au travers d'un assouplissement du principe de l'accessoire, entre hypothèque circulante et dette foncière.** Comme en matière de cautionnement, l'Allemagne s'est quelque peu détachée du principe de l'accessoire en matière d'hypothèque, sans pour autant abandonner toute référence à ce principe. Par exemple, le droit allemand a reconnu la « *transmission totale ou partielle de la garantie*

<sup>222</sup> La *culpa in contrahendo* de droit allemand est prévue au § 311 alinéa 2 et 3 du BGB. Cela permet de sanctionner une personne qui a fait naître un sentiment de confiance chez son (futur) cocontractant et n'a pas respecté son devoir de loyauté et diligence. V. B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, op. cit., p. 91-109 ; CL. WITZ, *Le droit allemand*, op. cit., p. 139 ; P. JUNG, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in B. FAUVARQUE-COSSON, P. JUNG (dir.), *La confiance*, 11<sup>ème</sup> journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 novembre 2012, Société de Législation Comparée, 2012, Vol. 12, p. 32-50.

<sup>223</sup> M. STORME, *Property Law in a comparative perspective*, 2004, KU Leuven, p. 13 ; A. GAMBARO, « Perspectives on the codification of the law of property », *European Review of Private Law*, 1997, n°4.

<sup>224</sup> Y. EMMERICH, *La propriété des créances*, Paris, LGDJ, 2007, p. 207, n°360 ; CH. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, op. cit., n°25.

<sup>225</sup> CH. VON BAR, U. DROBNIG, *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, A comparative study*, Munich, 2004, p. 219, n°335.

<sup>226</sup> M. DIXON, *Modern land law*, Cavendish Publishing Limited, 5<sup>ème</sup> éd., 2005, n°1.3.4.1 ; M. STORME, *Property Law in a comparative perspective*, op. cit., p. 13.

<sup>227</sup> E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, op. cit., p. 147, n°137.

par simple tradition et par convention sous signature privée »<sup>228</sup>. Concrètement, il s'agit d'insérer une cédule lors de l'enregistrement de l'hypothèque qui permet ensuite de transmettre la sûreté lorsqu'il y a une transmission de créance. Le principe de l'accessoire est maintenu, il est seulement conçu de façon plus extensive lors de la transmission de créance, afin d'éviter de réinscrire l'hypothèque dans le livre foncier appelé le *Grundbuch*. Cette *Briefhypothek* ou *Verkehrshypothek* est appelée « hypothèque circulante »<sup>229</sup> par opposition à l'*hypothek* classique qui nécessite toujours une réinscription au *Grundbuch*. Malgré des aménagements de l'hypothèque, cette dernière correspond de moins en moins aux nécessités des praticiens<sup>230</sup>. Au Royaume-Uni<sup>231</sup> comme en Allemagne<sup>232</sup>, la pratique s'est tournée vers la dette foncière. Cette autre forme d'hypothèque est plus souple et plus facile à mettre en œuvre. Il s'agit de la *Grundschild* en droit allemand qui est une véritable dette foncière distincte de l'hypothèque et de la *charge* en droit anglais<sup>233</sup>. Pour autant, « la reine des sûretés immobilières »<sup>234</sup> continue d'être utilisée et reste un « fondement commun sur lequel reposent toutes les traditions juridiques européennes (...) »<sup>235</sup>, illustrant ainsi la similitude qui existe entre les trois modèles européens de sûretés.

29. En résumé, le principe de l'accessoire est commun dans les trois modèles étudiés. Portant tantôt sur un tiers, tantôt sur le bien objet de la créance, il doit être respecté lors de la constitution de la sûreté et est indispensable lors de la réalisation de celle-ci pour la sécurité qu'il procure au créancier. En France, en Allemagne, ainsi qu'au Royaume-Uni, le principe de l'accessoire est ainsi présent et ses formes de manifestation sont aussi similaires. Le principe de l'accessoire permet au créancier d'avoir la certitude de

<sup>228</sup> J. PICARD, *Allemagne, aspects juridiques et fiscaux : vente, sûretés, successions et libéralités*, Litec, 1991, p. 78.

<sup>229</sup> M. ELSER, L. JULIEN-SAINT-AMAND, « Les garanties hypothécaires en droit allemand », *op. cit.*, n°49, p. 59.

<sup>230</sup> Sur l'abandon en droit allemand et anglais de l'hypothèque V. Rapport de l'Inspection Générale des Finances et de l'Inspection Générale des Services Judiciaires, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, nov. 2004.

<sup>231</sup> P. SPARKES, *Real Property Law and Procedure in the European Union Report from England and Wales*, disponible sur le site internet de l'European University Institute (consulté le 1<sup>er</sup> octobre 2015).

<sup>232</sup> M. ELSER, L. JULIEN-SAINT-AMAND, « Les garanties hypothécaires en droit allemand », *op. cit.*, n°49, p. 59.

<sup>233</sup> La *charge* s'apparente à l'hypothèque de droit français au point d'ailleurs que certains auteurs anglais utilisent le terme « hypothecation » M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, p. 391, n°575 (l'auteur reconnaissant d'ailleurs que la *charge* est plus proche de l'hypothèque que le *mortgage*).

<sup>234</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op.cit.*, p. 305, n°630.

<sup>235</sup> E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire : perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, *op. cit.*, p. 147, n°137.

recouvrer sa créance puisque quelle que soit l'évolution de l'obligation principale, la sûreté suivra celle-ci. Parallèlement au principe de l'accessoire, un autre moyen, qui est similaire dans les trois modèles, permet au créancier d'avoir confiance dans l'instrument de garantie. Il s'agit de la dépossession matérielle du bien grevé. Le créancier devient possesseur du bien et en cas de défaillance du débiteur, en dispose afin de récupérer sa créance. La dépossession est un élément de garantie concrète de paiement, ce qui explique sa présence au sein des droits européens des sûretés. Cet intérêt explique les similitudes qui existent entre les trois modèles dans les sûretés traditionnelles prévoyant la dépossession.

## §II. La dépossession du bien grevé

30. Avant le développement et le perfectionnement de la publicité foncière, la sécurité du créancier et sa confiance dans l'instrument de garantie étaient entièrement ou presque réalisées par la dépossession. Il est vrai que la dépossession fait, de façon assez explicite, office de publicité. Ainsi le changement de possesseur de la chose vaut-il notification immédiate aux tiers. Par ailleurs, le créancier est possesseur du bien, ce qui lui garantit un pouvoir de rétention factuel certain. En Allemagne, au Royaume-Uni et en France, la dépossession concerne ainsi tous les biens pouvant faire l'objet d'une sûreté<sup>236</sup> qu'ils soient mobiliers (A) ou immobiliers (B).

### A. Dépossession d'un bien meuble corporel

31. *Le gage, une sûreté identique dans les trois modèles grâce à la dépossession.* Une des sûretés traditionnelles communes aux trois modèles est le gage et « la dépossession est (...) l'essence même du gage »<sup>237</sup> appelé *pledge*<sup>238</sup> en droit anglais et *Pfand*<sup>239</sup> en droit allemand. Le gage avec dépossession est vraiment identique dans les trois modèles, particulièrement depuis la réforme française de 2006, que ce soit pour sa constitution, comme pour son fonctionnement. En droit anglais, dans la mesure où le *pledge* relève de la *common law*, il est soumis aux exigences de validité d'un contrat, et notamment, à

<sup>236</sup> Pour une liste de ceux-ci : SIR R. GOODE, L. GULLIFER, *Legal Problems of Credit and Securities*, Sweet & Maxwell, 4ème éd., 2009, p. 11 et s.

<sup>237</sup> Civ., 18 mai 1898, DP 1900, I, 481. Art. 2333 du Code civil.

<sup>238</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières en droit anglais », *Rev. Dr. Aff. Intern.*, 1995, n°145 et s.

<sup>239</sup> § 232 du BGB. V. surtout § 1204 à §1258 du BGB.

l'existence d'une contrepartie, la *consideration*<sup>240</sup>, à l'instar du droit allemand<sup>241</sup> et du droit français<sup>242</sup>. Egalement, depuis 2006, les trois modèles possèdent les mêmes règles de constitution du gage notamment au regard de l'écrit. L'écrit est en effet, dans les trois modèles, une condition de forme<sup>243</sup> *ad probationem* qui permet de prouver que le consentement est bien valide et que le principe de spécialité est respecté. Le gage consiste alors, dans les trois modèles retenus, pour le constituant à céder au créancier la possession d'un de ses biens meubles corporels en garantie de paiement d'une dette. La cession peut également se faire au profit d'un tiers, en droit anglais par la technique de l'*attornment* ou par l'entiercement en droit français. Le gage octroie au créancier un droit lui permettant non seulement de conserver le bien gagé tant qu'il ne le détériore pas mais également de le vendre le bien dès lors que la créance est exigible<sup>244</sup>. Le créancier a seulement l'obligation de ne pas détériorer le bien afin de ne pas nuire à la valeur du bien<sup>245</sup>, ce qui, corrélativement, lui permet également de demander un remboursement en cas de dépenses faites pour entretenir le bien<sup>246</sup>. Naturellement, le remboursement ne pourra excéder la valeur des dépenses pour éviter un enrichissement injuste du créancier<sup>247</sup>.

### 32. *Mise en œuvre de la dépossession au regard de la conservation de la valeur du bien.*

Lors de l'exécution d'une sûreté réelle avec dépossession, le créancier a une obligation de conservation du bien. Cela s'explique par le fait que le créancier n'est pas propriétaire mais seulement possesseur de la chose et qu'il doit en conséquence ne rien faire qui pourrait nuire à la valeur de la chose pour protéger sa créance et ne pas la diminuer. Deux obligations complémentaires, dans les trois modèles étudiés, découlent de ce constat : le

<sup>240</sup> SIR R. GOODE, L. GULLIFER, *Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.*, para.1-43.

<sup>241</sup> CL. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p.30, §2 au sujet de la *Entstehungsgrund* (cause).

<sup>242</sup> Art. 2333 du Code civil.

<sup>243</sup> En droit allemand : Section § 1205 du BGB ; en droit français : Article 2336 du Code civil ; en droit anglais v. RICHARD CALNAN, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, §2 point 6.

<sup>244</sup> En droit anglais : J. L. PARKS, « The rights of a pledgor on transfer of a pledges », *Minnesota Law Review*, Vol. 6, fév. 1922, n°3 (par le gage, le créancier obtient alors un *proprietary right legal*). En droit allemand, § 1228 (2) et § 450 (2) du BGB.

<sup>245</sup> Sinon, le créancier engage sa responsabilité civile délictuelle. Pour un ex. *Coggs v. Barnard*, 1703, 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107 ; *Cooke v. Haddon*, 1862, 3 F. & F. 229, 176 E.R. 103. En droit allemand, § 1215 du BGB.

<sup>246</sup> V. pour ex. la décision anglaise *China-Pacific S.A. v. Food Corpn. Of India (the Winson)*, 1982, A.C. 936 ; en droit allemand, § 1216 du BGB.

<sup>247</sup> En droit anglais : SIR R. GOODE, L. GULLIFER, *Legal Problems of Credit and Securities*, *op. cit.*, p. 11 et s. En droit allemand : B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, *op. cit.*, pp. 101-104.



créancier ne peut user de la chose, sauf dans quelques situations précises<sup>248</sup>, car il risque de la détériorer ce qui va de pair avec sa responsabilité en cas de détérioration du bien et il peut toutefois percevoir les fruits issus du bien qu'il imputera alors sur la dette ou sur les intérêts<sup>249</sup>. Cette obligation primaire est tout aussi intéressante pour le créancier, qui en cas de défaut de paiement, peut revendre le bien gagé à une valeur non diminuée, que pour le débiteur qui en cas d'extinction de sa dette après paiement, n'est pas lésé dans la valeur de ce bien. Cette confiance spontanée a été inscrite dans les instruments juridiques nationaux sans être dénaturée, elle n'a pas été entachée d'excessivité. Cependant, la dépossession est en déclin. Quand bien même il est parfois préférable pour un débiteur de se déposséder d'un de ses biens plutôt que de faire apparaître la sûreté dans un registre, ce choix est, pour des raisons économiques, de plus en plus rare. Ainsi, malgré les atouts des modes de réalisation du gage, les sûretés sans dépossession sont les nouvelles techniques de garanties.

33. ***Le gage, une sûreté réalisée de façon similaire dans les trois modèles, mais délaissée à cause de la dépossession matérielle.*** Le gage avec dépossession possède les mêmes effets dans les trois modèles<sup>250</sup>, à l'exception du pacte comissoire. Si en droit français, la réalisation du gage peut s'opérer par vente forcée, attribution judiciaire et, depuis la réforme du 23 mars 2006, par pacte comissoire, cette dernière modalité n'est toutefois pas admise en droit allemand. Le § 1229 du BGB interdit en effet cette possibilité, alors que cela est admis en droit anglais<sup>251</sup>. En revanche, contrairement à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 novembre 2009<sup>252</sup>, le droit allemand admet la possibilité que le bien gagé, une fois vendu, puisse rembourser la créance garantie quand bien même le bien n'était

<sup>248</sup> En droit anglais, dans certains cas très spécifiques justifiés en raison de la nature du bien, cela a été admis. V. par ex. *Cooke v. Haddon*, 1862, précitée, (au sujet d'une vache à traire). En droit allemand, l'article § 1219 du BGB l'admet en cas de péril menaçant la chose. Cela a été également suggéré par Monsieur le Professeur Stoffel-Munck afin de tirer un intérêt économique de la dépossession mais seulement si les parties l'admettent préalablement par contrat PH. STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr et patr.* 2012, n°213. Pour le moment, la Cour de cassation refuse de reconnaître au créancier gagiste un droit d'user et d'administrer le bien grevé Cass. Com. 12 juillet 2005, n°04-10214, Bulletin 2005 IV p. 189, n°175.

<sup>249</sup> En droit allemand, v. § 1215 BGB. En droit français, v. not. article 2343, 2344 et 2345 ainsi que les articles 1915, 1927 et 1928 du Code civil. Plus gén. V. PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op.cit., p. 557, n°622. En droit anglais, v. not. SIR R. GOODE, L. GULLIFER, *Legal Problems of Credit and Securities*, op.cit., p. 673 ; M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 348, n°523.

<sup>250</sup> En droit anglais, v. : M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 349, n°524. En droit allemand, v. § 1228 et 1231 du BGB.

<sup>251</sup> M.- F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit., loc.cit.

<sup>252</sup> Cass. Ass. plén., 6 nov. 2009, Bull. ass. plén. n°7, v. not. *Gaz. Pal.* 13 et 14 janv. 2010, p. 24, obs. CH. ALBIGÈS ; *RLDC*, janv. 2010, p. 35, obs. J.-J. ANSAULT.

que partiellement gagé et cela à condition que le versement de la partie du bien gagé n'ait pas éteint la dette<sup>253</sup>. Malgré ses nombreux atouts, le gage avec dépossession n'est aujourd'hui plus attractif. « *Les prêteurs de sommes d'argent ont rapidement délaissé la seule sûreté réelle mobilière prévue à leur intention par le B.G.B., à savoir le gage (Pfand) (...)* »<sup>254</sup> en raison de sa caractéristique principale, la dépossession. Ce délaissement, qui se retrouve également en droit anglais et français, témoigne d'une évolution des attentes des juristes. Ces derniers ne veulent plus bloquer la valeur économique d'un bien pour une sûreté. Celle-ci doit allier sécurité et maintien d'une activité économique, ce que ne permet pas la dépossession. Ce constat vaut aussi pour les sûretés sur biens immobiliers.

## B. Dépossession d'un bien immeuble

34. *Une présence ancienne du gage immobilier dans les trois modèles.* La dépossession d'un bien immeuble pour garantir une créance existe dans les trois modèles étudiés sous le nom d'*antichresis*<sup>255</sup>, ou, de façon plus contemporaine, gage immobilier<sup>256</sup> en France, *pledge on real estate* en droit anglais<sup>257</sup> et *Grundpfandrecht* en droit allemand<sup>258</sup>. En droit romain et grec, le gage immobilier permettait à un créancier de bénéficier de la possession de l'immeuble du constituant jusqu'à remboursement de la dette et d'en percevoir éventuellement les fruits lesquels seraient alors déduits des intérêts et à défaut du capital<sup>259</sup>. Le gage immobilier est une sûreté connue dans les systèmes de droit civiliste comme de *common law*. Jusqu'au XV – XVIème siècle, elle s'est imposée dans la majorité des pays d'Europe actuelle en raison de ses atouts : par la dépossession, elle informait les tiers au contrat de la sûreté conclue sur l'immeuble<sup>260</sup>. En cela, elle possédait la sécurité recherchée car elle était visiblement opposable aux tiers et

<sup>253</sup> § 1247 du BGB.

<sup>254</sup> CL. WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, op. cit., p. 38, n°10.

<sup>255</sup> Du grec ἀντίχρησις ou du latin *contrarius usus*.

<sup>256</sup> Article 2387 du Code civil depuis la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009 (L. 2009-526 du 12 mai 2009 JO 13 mai 2009). V. sur cette requalification inopportune P. CROCQ, « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC*, n°55, déc. 2008, p. 65 et s.

<sup>257</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op.cit., p. 129, n°190 et s.

<sup>258</sup> § 1191 et 1199 du BGB.

<sup>259</sup> A.C. GUICHARD, *Législation Hypothécaire ou Recueil méthodique et complet des Lois, Décrets impériaux, Avis du Conseil d'état et instructions législatives sur le nouveau système hypothécaire*, Tome Second, Paris, Ed. Clament, 1810, p. 29, n°2072.

<sup>260</sup> E. J. SCHUSTER, *The principles of German civil law*, Oxford Clarendon Press, 1907, p. 465, n°398.

garantissait au créancier un droit de possession direct, concret sur le bien<sup>261</sup>. Toutefois, lors de la résurgence du *Corpus juris civilis* en Europe au XV<sup>ème</sup> siècle<sup>262</sup>, les droits allemand, français et anglais ont réagi différemment face à l'antichrèse. Cette « *résurrection du droit romain* »<sup>263</sup> s'est heurtée aux coutumes locales ancrées dans le paysage juridique de l'époque et a façonné l'évolution de l'antichrèse.

35. ***Abandon de cette sûreté par le droit allemand en raison d'une dépossession jugée dangereuse.*** Là où le droit français a repris et unifié sur son territoire l'antichrèse, le droit allemand a fait prévaloir les coutumes locales de l'époque<sup>264</sup> et a refusé un gage sur des biens immeubles (*Grundpfand*)<sup>265</sup> tandis que le droit anglais a accepté l'antichrèse au nom de la doctrine de la *tenure*<sup>266</sup>. Les juristes allemands opposaient trois arguments principaux pour refuser l'antichrèse. Tout d'abord, que le rang des créanciers ne pouvait être parfaitement connu ; ensuite, que rien ne permettait de prouver précisément le droit de propriété qu'avait le débiteur ; enfin, que l'interdiction du pacte comissoire empêchait le créancier de devenir propriétaire du bien et ainsi réduisait ses chances d'être payé<sup>267</sup>. Ces défauts mettaient alors en péril la sécurité des garanties et plus généralement le droit de propriété ainsi que le droit de possession, ce qui a conduit à ne reconnaître qu'une seule sûreté aux biens immeubles : l'hypothèque (qui était en réalité le gage sans dépossession)<sup>268</sup>, réservant le gage pour les biens meubles et les droits<sup>269</sup>. L'antichrèse est

<sup>261</sup> R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, The Continental legal history series, Association of American law schools, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2000, p. 385, §54.

<sup>262</sup> J.-L. HALPERIN, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, p. 19.

<sup>263</sup> V. not. pour une perspective de droit allemand : M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand (République Fédérale) Tome I Les fondements*, Ed. Cujas Paris, 1977, p. 57. ; M. PÉDAMON, *Le droit allemand*, Que sais-je, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 1985, p. 7. Pour une vision anglaise : (la résurgence du droit romain ayant notamment participé à l'avènement de l'*equity law* et à l'autonomie du *common law*) : P. LEGRAND, *Common Law d'un siècle à l'autre*, Montréal, Blais, 1992, p. 81 et s. et p. 381 et s. ; S.F.C. MILSOM, « Reason in the Development of the Common Law », in *Studies in the History of the Common Law*, Londres, Hambledon Press, 1985, p. 149 et s. Sur l'importance de cette résurgence en droit français : A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Traité de droit comparé. Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LDGJ, 2011, p. 208, n°93 et s (« Tradition culturelle transnationale unitaire »).

<sup>264</sup> SIR J. W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005, p. 593.

<sup>265</sup> E. J. SCHUSTER, *The principles of German civil law*, op. cit., p. 465, n°398 ; E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, J. Delamotte, 1891, p. 88.

<sup>266</sup> J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1992, p. 208, n°292 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 126, n°186-190.

<sup>267</sup> R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, op. cit., p. 386, §54.

<sup>268</sup> R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, op.cit., loc.cit.

<sup>269</sup> Distinction que le BGB a conservée : §1204 du BGB.

toujours utilisée en droit anglais<sup>270</sup>, comme en droit français<sup>271</sup>, bien que son intérêt pratique, en raison de la dépossession qu'elle implique, ait contribué à son déclin. « *Ce déclin est dommageable par ailleurs, car la sécurité que cette sûreté peut procurer mériterait qu'elle soit redécouverte* »<sup>272</sup>. Si la dépossession matérielle obligatoire de l'antichrèse ne comble pas la sécurité qu'elle procure et concourt ainsi à son déclin, c'est par la dépossession fictive, autre forme de l'antichrèse, que celle-ci a été redécouverte. Une seconde mutation de l'antichrèse est ainsi observée dans les trois modèles, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, par la possibilité de maintenir le débiteur dans sa résidence principale en exigeant de sa part le paiement d'un loyer permettant de rembourser la dette : il s'agit alors de « *l'innovation* »<sup>273</sup> de l'antichrèse-bail<sup>274</sup>. La dépossession n'est plus matérielle, elle devient juridique.

36. ***L'antichrèse-bail, sûreté partagée par les trois modèles en raison d'une dépossession seulement juridique.*** Le droit allemand a souscrit à cette nouvelle forme. L'antichrèse est alors devenue une sûreté sans dépossession réelle, qui ne se distingue de l'hypothèque qu'en raison d'un maintien d'une dépossession fictive ne devenant réelle qu'en cas de défaillance du débiteur. En cela, l'antichrèse-bail mériterait en effet plus d'attention car elle reste une sûreté octroyant un droit de préférence au créancier gagiste qui peut aussi se voir attribuer le bien par attribution judiciaire ou pacte comissoire. Seule la fonction de l'écrit, en droit français, a évolué passant d'un moyen de preuve à une condition de validité en raison de la non dépossession réelle du bien<sup>275</sup>. Cette mutation est similaire dans les trois modèles qui recourent à cette technique mais par des procédés juridiques différents. Si en droit allemand la dissociation entre l'acte créateur d'obligations et l'acte

<sup>270</sup> W. SWADLING, *Property : General Principles*, in P. BIRKS (dir.), *English Private Book*, Oxford University press, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 269.

<sup>271</sup> Article 2387 du Code civil. V. pour quelques utilisations : J.-B. SIREY, « Antichrèse » in *Jurisprudence de XIX<sup>e</sup> siècle, ou Table tricennale du Recueil Général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, 1834, numérisée et disponible en ligne sur Bibliothèque Municipale de Lyon, 2011 (consulté le 3 octobre 2015). V. pour une présentation générale S. ROBINNE, « L'Antichrèse », in S. CABRILLAC, CH. ALBIGES, C. LISANTI (dir.), *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, LexisNexis Litec, 2007, p.93-100.

<sup>272</sup> C. LE GALLOU, *Droit des Sûretés – Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, Métiers du Droit collection Paradigme, 2<sup>nd</sup> éd., 2015, p. 205, n°345.

<sup>273</sup> Rapport du Groupe de travail sur la réforme du droit des sûretés, *op. cit.*, p. 16.

<sup>274</sup> Article 2390 du Code civil. F. LEJEUNE, « Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail », *Journal Not.* 1986, art. 58565, p. 571 qui a été l'un des premiers à proposer cette forme d'antichrèse.

<sup>275</sup> Article 2388 du Code civil. Sur le caractère réel ou solennel du gage immobilier, V. G. PIETTE, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006, p. 1688.

de disposition<sup>276</sup> permet de grever un bien d'une hypothèque en l'assortissant d'un contrat de bail, le rendant alors accessoire, le droit anglais et son démembrement de propriété et de possession est tout aussi favorable à cette nouvelle forme d'antichrèse<sup>277</sup>. La jurisprudence française<sup>278</sup>, lorsqu'elle a eu à statuer à ce sujet, ne s'y est pas opposée non plus. L'antichrèse est l'exemple même d'une sûreté traditionnelle commune à des modèles aux traditions juridiques différentes, qui a bénéficié d'un renouveau identique grâce à l'ingéniosité de la pratique qui, pour éviter la dépossession matérielle, en a fait une forme de bail.

37. En somme, les sûretés traditionnelles sont similaires dans les trois modèles car elles partagent deux critères qui sécurisent la confiance du créancier dans l'instrument de sûreté. Présent pour les sûretés personnelles comme réelles, le principe de l'accessoire permet au créancier de ne pas se soucier de l'évolution de sa créance, celle-ci étant toujours garantie par la sûreté qui en est son accessoire. La dépossession matérielle du bien, mobilier comme immobilier, assure au créancier une opposabilité visible et une propriété qui semble certaine. Toutefois, le développement des activités économiques dans les trois modèles, accompagné de la multiplication du nombre de procédures collectives, a contraint les juristes à se défaire de ces formes de sécurisation de la confiance. En raison de besoins identiques des praticiens, de nouvelles techniques similaires de sûretés sont alors apparues concomitamment dans les trois modèles.

## Section II. Analogie des nouvelles techniques de sûretés

38. Alléguer une analogie des nouvelles techniques de sûretés semble, de prime abord, impropre. Le droit de propriété, élément essentiel de cette convergence contemporaine des trois modèles en matière de sûretés n'est qu'une « *redécouverte puisque, en effet, la propriété représente l'une des sûretés originaire du droit romain (...).* »<sup>279</sup>. L'idée de

<sup>276</sup> CL. WITZ, *Le droit allemand, op. cit.*, p. 109 et s ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz Précis, 1997, p. 229, n°198.

<sup>277</sup> W. SWALDING, *Property : General Principles, op. cit.*, p. 269 ; S. VAN ERP, B. AKKERMANS, *Property rights : a comparative view*, in B. BOUCKAERT (dir.), *Property Law and Economics, Encyclopedia of Law and Economics*, 2<sup>nd</sup> ed., Vol. 5, 2012, p. 40.

<sup>278</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 18 décembre 2002, n°01-12143, Bull. Civ. III, p. 226, n°261. V. obs. P. CROCQ, *RTD Civ.* 2003, p. 327; obs. N. RONTCHEVSKY, *Banque et Droit*, n°88, mars-avr. 2003, p. 54 et s.

<sup>279</sup> M. BUSSANI, « Rapport Général La propriété-sûreté », in *Travaux de l'Association Henri Capitant La propriété*, Journées Vietnamiennes, Tome LIII, 2003, p.306, n°1 ; « *Il s'agit bien là d'une redécouverte* » P. CROCQ, *Propriété et Garantie, op.cit.*, p. 2, n°2.

recourir au droit de propriété est simple<sup>280</sup> puisqu'il ne s'agit ni plus ni moins que du transfert du droit le plus absolu possible sur un bien. Comme la propriété ne peut souffrir de restrictions, un transfert de celle-ci dans le cadre d'une sûreté allouée au créancier un droit exclusif. En conséquence, aux procédures collectives qui emportent avec elles les rangs préétablis des créanciers et parfois l'insolvabilité totale du débiteur, l'exclusivité représente la garantie la plus absolue pour un créancier. Par ailleurs, aux lourdeurs administratives ou matérielles des sûretés traditionnelles, qui nécessitent, entre autres, des contrats non équivoques (cautionnement) ou encore une dépossession (gage), la propriété apporte la souplesse indispensable aux relations de crédit. Cette souplesse se traduit aussi par la dématérialisation de l'objet de la créance. La rapidité du crédit a nécessité la mise en place de sûretés aux créances toujours déterminables, mais parfois futures ou indéterminées, sur des biens pouvant eux aussi être indéterminés pourvu qu'ils soient déterminables. En réponse aux lenteurs de constitution et de réalisation de certaines sûretés, essentiellement mobilières, contrairement aux besoins d'obtenir, pour le débiteur, un financement rapide ne mettant pas en cause son activité et pour le créancier, une protection fiable contre une éventuelle défaillance, un mouvement de dématérialisation de la sûreté s'est amplifié<sup>281</sup>. Dans la mesure où les besoins étaient identiques en Allemagne, en France et au Royaume-Uni, les réponses trouvées ont été similaires, ce qui crée une convergence entre les modèles des nouvelles techniques de sûretés. De ce fait, les juristes allemand, anglais et français ont développé des propriétés sûretés qui octroient une exclusivité (§I) et ont cherché à rendre des techniques de garanties plus abstraites en vue de limiter certaines contraintes (§II).

### **§I. La recherche d'une exclusivité sans la dépossession**

39. La confiance dans l'instrument de garantie se manifeste aujourd'hui par le droit de propriété, lequel octroie un droit exclusif au créancier. Cette utilisation de la propriété comme sûreté est semblable dans les trois modèles. L'article §903 du BGB<sup>282</sup> et l'article

---

<sup>280</sup> « *The idea of a lien upon the property of another is simple, and easy of apprehension. It must have prevailed at all times and among all civilized nations, and we find it in every system of law of which we have knowledge* » H. W. CHAPLIN, « The story of mortgage law », *op. cit.*, p.1.

<sup>281</sup> P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Christian Mouly*, t.2, Litec, 1998, p. 318.

<sup>282</sup> Article §903 du BGB : « The owner of a thing may, to the extent that a statute or third-party rights do not conflict with this, deal with the thing at his discretion and exclude others from every influence. The owner of an animal must, when exercising his powers, take into account the special provisions for the protection of animals. ».

544 du Code civil<sup>283</sup> « *ont en effet des teneurs équivalentes et une force normative comparable* »<sup>284</sup> et même si le droit anglais souffre d'une curieuse complexité à le définir<sup>285</sup>, peut être en raison de « *la multiplicité de ses applications* »<sup>286</sup> et de son démembrement constant, le droit de propriété est aussi utilisé en droit de *common law* comme une garantie. Le droit de propriété a ainsi une fonction commune dans les trois modèles étudiés. Il assure l'exclusivité de paiement au titulaire de la sûreté, quelque soit le contexte de défaillance du débiteur, ce qui procure une confiance au créancier dans l'instrument de garantie. Certaines techniques nécessitant un recours à la propriété ont fait l'objet de débat quant à leur appartenance à la catégorie des propriété-sûretés<sup>287</sup>. Ce fût le cas pour le crédit-bail en droit français. Cependant, en raison de l'imbrication dès le départ du transfert de propriété dans l'obligation principale, le crédit-bail n'ajoute pas une garantie supplémentaire au créancier fondée sur le droit de propriété qui améliorerait sa situation juridique<sup>288</sup> et le distinguerait d'un créancier chirographaire. En ce sens, le crédit-bail ne semble pas pouvoir être une propriété-sûreté mais est une forme de contrat spécial<sup>289</sup>. L'exclusivité<sup>290</sup> que procure une propriété-sûreté peut être négative lorsque le propriétaire d'un bien vend ce dernier mais garde le droit de propriété sur la chose jusqu'à paiement complet du prix (A). Elle peut aussi être positive lorsque le propriétaire d'un bien transfère volontairement la propriété jusqu'à extinction de sa dette (B).

### A. L'exclusivité négative : la propriété réservée

**40. Apparition de la clause de réserve de propriété dans l'Union européenne par une convergence des besoins.** Il a été observé qu'une mutation des sûretés, de façon générale, à l'exception de l'Allemagne peut-être en raison de la jeunesse de son BGB, s'est opérée

<sup>283</sup> Article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ».

<sup>284</sup> J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, LGDJ, 2014, t.555, p. 17, n°16.

<sup>285</sup> « *English property law has tended to have an unenviable reputation for its complexity* » R. MEGARY, W. WADE, *The law of real property*, Ch Harpum, 6th Ed., London, Sweet & Maxwell, 2000, p.1, n°1-001.

<sup>286</sup> « dans le trust » CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, p.4.

<sup>287</sup> Certains droits étrangers autres que ceux étudiés considèrent que la clause de réserve de propriété est une quasi-sûreté en raison de l'application de règles issues du droit des contrats et non du droit des sûretés. V. M. BUSSANI, *Rapport général La propriété sûreté*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La propriété*, op. cit., p. 310, n°6.

<sup>288</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., n°282.

<sup>289</sup> M. CABRILLAC, *Les accessoires de la créance*, in Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s. ; P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, op. cit., n°122 ; L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012, t. 538, p. 216, n°251.

<sup>290</sup> Sur la distinction « exclusivité positive » et « exclusivité négative » v. P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 326.

dans les Communautés économiques européennes dans les années 1970. Suite aux premiers effets de la crise économique due au choc pétrolier de 1970<sup>291</sup>, les créanciers, pourtant issus de systèmes juridiques et d'un rapport au droit de propriété différents, ont fait de la propriété le gage d'une garantie certaine de récupérer les sommes investies auprès des débiteurs défaillants. Une forme de retour à la garantie matérielle et certaine que procure le droit de propriété sur un bien a donné lieu à une nouvelle sûreté, la clause de réserve de propriété. Il ne s'agit pas de déduire de cette observation un déclin des sûretés réelles traditionnelles mais plutôt de mettre en avant un besoin de sécurité et de confiance en l'instrument de garantie. Celui-ci n'est en effet pas entièrement satisfait par les sûretés traditionnelles, ni dans le système de *common law*, ni dans le droit romano-germanique. La clause de réserve de propriété a ainsi su répondre rapidement aux besoins de sécurité des parties.

41. ***La clause de réserve de propriété, une sûreté certaine pour une constitution simple.*** Il convient de se tourner vers ses attributs : elle est, dans chaque système, opposable aux tiers, sans dépossession et avec peu de formalités de publicité. Elle revêt donc les critères recherchés par les praticiens, à savoir une constitution simple permettant une garantie incontestable. Elle est économique pour le créancier et le débiteur. Le débiteur n'est pas dépossédé du bien et peut continuer de l'utiliser dans son activité professionnelle tandis que le créancier n'a pas à payer de frais pour inscrire sa sûreté, ni à stocker le bien. Elle survit à l'ouverture d'une procédure collective puisque le créancier titulaire de cette sûreté devient « privilégié ». Le bien est sien, il ne fait qu'en récupérer la possession<sup>292</sup>. Pour autant, la doctrine anglaise et française ne déborde pas d'un enthousiasme immédiat pour la renaissance de cette sûreté, en raison des difficultés pour qualifier cette clause. Cette réticence doctrinale tranche avec la réception de la clause par les juristes. En effet, « *même si cette controverse significative est de nature à aiguïser l'esprit du juriste et à éprouver des qualifications, sa portée pratique demeure limitée puisque les éléments concrets de la situation juridique échappent à ces divergences d'analyse* »<sup>293</sup>.

---

<sup>291</sup> M.-J. CAMPANA, « La clause de réserve de propriété : son évolution dans la législation française », in M.-J. CAMPANA (dir.), *Etude comparée sur la propriété utilisée comme sûreté*, EUI Working Paper law, n° 2001/2, p.3.

<sup>292</sup> R. BOESCH, *La possession par autrui*, Université de Strasbourg, 2012, disponible sur [scd-theses.u-strasbg.fr](http://scd-theses.u-strasbg.fr) (consulté le 5 fév. 2014), p. 181 et s.

<sup>293</sup> J.-J. ANSAULT, *Lamy Droit des sûretés*, *op. cit.*, mars 2012, n°294-25.



42. **La qualification à donner à la clause de réserve de propriété, le casse-tête conceptuel anglais et français.** La nature de la clause de réserve de propriété lors de sa réception en droit anglais et français posa problème. Est-elle une forme d'obligation issue du contrat ? Possède-t-elle les critères d'une sûreté ? Le droit anglais aurait-il souffert, avec la clause de réserve de propriété, des mêmes maux français qui consistent en « *une dislocation (...) entre la capacité de formuler les règles* » et la « *capacité de les mettre en œuvre* »<sup>294</sup> ? La réponse anglaise fut de qualifier la clause de réserve de propriété de *charge*<sup>295</sup>, puis de transfert fiduciaire<sup>296</sup> avant d'admettre, après une comparaison des autres systèmes de *common law*, qu'elle est une sûreté et qu'à ce titre, elle doit être soumise aux règles relevant du droit des garanties<sup>297</sup>. Toutefois, sa stabilité juridique n'est pas encore parfaitement acquise, comme en témoigne un arrêt rendu en 2010 au sujet d'une clause *all monies*<sup>298</sup> qui fut reconnue comme nulle<sup>299</sup>. En France, l'effet suspensif de la clause a posé de nombreux problèmes quant à la qualification de sa nature juridique<sup>300</sup>. L'absence d'un démembrement de la propriété en droit français entre l'acte d'obligation et l'acte de vente complexifie en effet les intégrations en droit interne de sûretés fondées sur la propriété car ces dernières sont tout autant des clauses contractuelles que des sûretés à part entière. C'est finalement en acceptant, sans la qualifier pour autant de sûreté<sup>301</sup>, qu'une clause de réserve de propriété puisse être transmissible, que la Cour de cassation a libéralisé la clause de réserve de propriété comme une sûreté, ce que le législateur a avalisé en 2006<sup>302</sup>. Les juges et le législateur ont opéré cette qualification grâce à une approche fonctionnelle de la clause de réserve de propriété, qui permet de la reconnaître

<sup>294</sup> G. P. MONATERI, « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdoque française », *R.I.D.C.*, Vol. 36, n°1, Janvier-mars 1984. pp. 7-57, n°1.

<sup>295</sup> *Clough Mill Ltd v Martin* Court of Appeal [1985] 1 WLR 111 ; « *there is a split second of time (scintilla temporis) in which the buyer is both legal and beneficial owner* » G. MCCORMACK, « Reservation of title in English Law – Past, Present and Futur », in M.-J. CAMPANA (dir.) *Etude comparée sur la propriété utilisée comme sûreté*, EUI Working Paper Law n°2001/2, 2001, pp 29-40, p. 29.

<sup>296</sup> *Thyssen v Armour Edilstahlwerke AG* [1991] 2 AC 339.

<sup>297</sup> « *In his view reservation of title clauses were functionally indistinguishable from security interests stricto sensu and should be treated as such* » G. MCCORMACK, « Reservation of title in English Law – Past, Present and Futur », pp 29-40, p. 39.

<sup>298</sup> Une clause *all monies* est une clause qui précise que le vendeur reste propriétaire des marchandises jusqu'à ce que celles-ci, et toutes les autres sommes dues par l'acheteur au vendeur, soient payées dans leur intégralité.

<sup>299</sup> *Bulbinder Singh Sandhu v. Jet Star Retail Limited*, 2010 EWHC B17 ; V. YEO, « Visiting an old friend – the 'Romalpa' clause », *Singapore Academy of Law Journal*, 1997, n°9, pp 250-274, spéc. p. 265 (à propos de la clause *all-monies*).

<sup>300</sup> J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chr., p.1.

<sup>301</sup> Cass. Com, 15 mars 1988, n°86-13687. Pour une confirmation claire : Cass. Com. 9 mai 1995, n°92-20811.

<sup>302</sup> Article 13 de l'ordonnance du 23 mars 2006 insérant les articles 2367 et suivants dans le Code civil.

comme une sûreté. Si les réticences et hésitations doctrinales n'ont pas empêché un accueil de la clause de réserve de propriété en droit anglais et français, celle-ci a cependant été limitée dans ses applications.

43. ***Une sûreté moins développée en droit anglais et français.*** L'accueil est plus mitigé en France en raison du fonctionnement de la clause de réserve de propriété, qui constitue une exception à l'article 1583 du Code civil. « *Singulière situation que celle de cet acquéreur non propriétaire ! Simple détenteur au regard de nos catégories, son droit n'est pas entaché de précarité...Dénué, en droit, d'animus domini, il exerce cependant le corpus avec l'intention de devenir propriétaire et la simple détention constitue un préalable à l'appropriation* »<sup>303</sup>. La clause de réserve de propriété est perçue après son insertion en droit français par la loi du 12 mai 1980<sup>304</sup> comme octroyant « *une sécurité illusoire* »<sup>305</sup> pour « *une efficacité incertaine* »<sup>306</sup>. Son évolution depuis 1980<sup>307</sup> et sa codification, presque à droit constant<sup>308</sup>, démontrent que si cette sûreté est maintenant inscrite dans le paysage français des sûretés, grâce à son utilité lors d'une procédure collective, elle n'est pourtant pas autant développée qu'en droit allemand. En effet, en Allemagne, la clause de réserve de propriété peut être prolongée en cas de revente<sup>309</sup> ou de transformation du bien<sup>310</sup> ou élargie<sup>311</sup> à un ensemble d'autres biens. Le droit français, quant à lui, n'admet qu'une revendication possible sur les marchandises (fondement initial de la clause de réserve de propriété), les biens fongibles, tant qu'ils sont de même nature et de même qualité (article 2369 du code civil), et une revendication sur le prix de revente et

<sup>303</sup> C. SAINT-ALARY HOUIN, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985, p.752, n°33.

<sup>304</sup> Loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite Loi Dubanchet.

<sup>305</sup> P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport aux XVIèmes entretiens de Nanterre, *J.C.P.* 1989, *Cah. Dr. Entr.*, suppl. n°5, p.6

<sup>306</sup> F. PÉROCHON, « La clause de réserve de propriété », in F. PÉROCHON, G. PARLÉANI, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, P. DE FONTBRESSIN, *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.36, n°3.

<sup>307</sup> Evolution retracée notamment par M.-J. CAMPANA, « La clause de réserve de propriété : son évolution dans la législation française », *op. cit.*, p. 3.

<sup>308</sup> L'ordonnance du 23 mars 2006 a codifié presque à droit constant la réserve de propriété. En effet, elle a refusé de reconnaître la possibilité, admise par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1996 n°96-588, pour un créancier d'insérer unilatéralement dans un contrat une telle clause. Ce refus n'est pas en soi synonyme de limitation de la portée de la clause mais plutôt la démonstration de l'intérêt de prendre en compte le droit comparé. En Allemagne, ce droit unilatéral du vendeur d'insérer une clause de réserve de propriété était si excessif que cela a poussé les acheteurs à insérer d'office une clause, appelée *Abwehrklauseln*, rejetant toute clause insérée par une seule partie. Le droit français a refusé la codification intégrale de droit constant pour éviter un abus de la réserve de propriété par une partie.

<sup>309</sup> Clause de *Vorausabtretung*.

<sup>310</sup> Clause de *Verarbeitungsklausel*.

<sup>311</sup> Clause de *Kontokorrentvorbehalt*.

l'incorporation possible de la clause dans un autre bien tant que celui-ci peut être séparé du meuble initialement grevé (article 2370 du Code civil et L. 624-16 du Code de commerce). Cette restriction nuit à sa pleine efficacité car la clause de réserve de propriété est de ce fait peu exploitée. C'est regrettable car cette limitation va à l'encontre des attentes des praticiens, créanciers comme débiteurs. La situation est sensiblement identique en droit anglais. Dans le système britannique, la *retention of title* souffre également d'un manque de reconnaissance effective<sup>312</sup>. Le *Sale of Goods Act* (SGA) de 1979 détermine les règles applicables à un contrat de vente<sup>313</sup> et prévoit notamment, de façon très libre, que les parties peuvent s'accorder pour transférer la propriété au moment qui leur convient<sup>314</sup>. Il s'agit alors de la clause de réserve de propriété « simple » que le droit allemand, à l'article §449 du BGB et le droit français aux articles 2367 et 2373 du Code civil connaissent également. En 1976, l'arrêt *Romalpa*<sup>315</sup> donne lieu à la reconnaissance par les juges de la *Court of Appeal of England and Wales* d'une nouvelle forme de clause de réserve de propriété, prolongée en cas de transformation du bien et éventuellement de revente de celui-ci. Cet arrêt a par la suite été repris dans le SGA<sup>316</sup> mais sans lui donner la portée d'une clause de réserve allemande, ce qu'une partie de la doctrine anglaise a condamné<sup>317</sup>.

44. ***Une sûreté efficace et répandue en droit allemand.*** La clause de réserve de propriété est une « clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans le but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie »<sup>318</sup> et correspond à l'ancien *pactum reservati domini*<sup>319</sup> de droit romain. En droit allemand, la clause de réserve de propriété (*Eigentumsvorbehalt*) est l'exemple même du principe de dissociation entre le transfert du

<sup>312</sup> « *Many matters have been cleared up but other issues are still shrouded in obscurity.* » G. MCCORMACK, « Reservation of title in English Law – Past, Present and Future », *op. cit.*, p. 29.

<sup>313</sup> « A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price » Section 2 (1) du SGA.

<sup>314</sup> « Where there is a contract for the sale of specific or ascertained goods the property in them is transferred to the buyer at such time as the parties to the contract intend it to be transferred » Section 17 (1) du SGA.

<sup>315</sup> *Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium* [1976] 1 W.L.R. 676

<sup>316</sup> « Where there is a contract for the sale of specific goods or where goods are subsequently appropriated to the contract, the seller may, by the terms of the contract or appropriation, reserve the right of disposal of the goods until certain conditions are fulfilled; and in such a case, notwithstanding the delivery of the goods to the buyer, or to a carrier or other bailee or custodian for the purpose of transmission to the buyer, the property in the goods does not pass to the buyer until the conditions imposed by the seller are fulfilled. » Section 19 (1) du SGA.

<sup>317</sup> R. GOODE, *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transactions*, 3rd Ed., Sweet & Maxwell, 2009, p. 33.

<sup>318</sup> F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, volume 21, Litec, 1988, n°13, p.13.

<sup>319</sup> F. PÉROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, *op. cit.*, p. 4, n°3.

bien et l'acte de vente. Elle est en cela une exception au principe de réciprocité prévu par l'article §433 du BGB<sup>320</sup>. La clause de réserve de propriété est classiquement insérée dans l'acte de vente, plus précisément dans les conditions générales de vente, lesquelles en Allemagne « revêtent une importance croissante non seulement dans le cadre des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, mais aussi de ceux conclus entre professionnels »<sup>321</sup>. Cela permet ainsi d'octroyer la possession du bien à l'acheteur au jour de la vente et d'en différer le transfert de la propriété au jour du paiement intégral du prix. Elle va alors créer des obligations à la charge des deux parties, par un acte appelé *Verpflichtungsgeschäfte*. Elle est tellement courante en droit allemand que Madame le Professeur Ferrand évoque une « systématité » de l'inclusion d'une clause de réserve de propriété dans un contrat de vente et précise qu'elle est considérée comme incluse dans le contrat si celui-ci est passé entre deux professionnels<sup>322</sup>. La clause de réserve de propriété peut aussi, de façon plus exceptionnelle, être incluse dans le contrat après l'acte de vente, comme le prévoit l'article § 449 du BGB<sup>323</sup>. Dans ce cas, les parties insèrent dans le contrat de disposition une clause dite *Verfügungsgeschäfte* qui doit être nécessairement écrite. Le démembrement qu'opère le droit allemand entre d'une part, l'acte de vente et d'autre part, l'acte de cession du bien aurait pu engendrer un contentieux quant au moment de l'insertion d'une clause de réserve propriété. À cette question, comme à de nombreuses autres sur la transmissibilité, l'opposabilité ou encore l'élargissement de la clause<sup>324</sup>, le droit allemand y a répondu avec beaucoup de souplesse, ce dont le droit français s'est inspiré. Cela a permis à cet instrument de devenir, au moins lorsqu'il est

<sup>320</sup> §433 du BGB : « (1) By a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership of the thing for the buyer. The seller must procure the thing for the buyer free from material and legal defects. (2) The buyer is obliged to pay the seller the agreed purchase price and to accept delivery of the thing purchased. ».

<sup>321</sup> J. BAUERREIS, « Le nouveau droit des conditions générales d'affaires », *R.I.D.C.*, Vol. 54 n°4, Octobre-décembre 2002, pp. 1013-1022. Le droit des conditions générales d'affaires (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) a été réformé en 2002 suite à la réforme du droit des obligations et a été incorporé dans le Code civil allemand aux articles § 305 et suivants. V. plus gén. CL. WITZ et F. RANIERI (dir.). *La réforme du droit allemand des obligations*, Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects, Société de Législation Comparée, 2004.

<sup>322</sup> F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, p.615, n°646.

<sup>323</sup> §449 du BGB « (1) If the seller of a movable thing has retained title until payment of the purchase price, then in case of doubt it is to be assumed that ownership is transferred subject to the condition precedent that the purchase price is paid in full (retention of title). (2) Retention of title entitles the seller to demand the return of the thing only if he has revoked the agreement. (3) An agreement on retention of title is void to the extent that the passing of ownership is made subject to the satisfaction by the buyer of third-party claims, including, without limitation, those of an enterprise associated with the seller. ».

<sup>324</sup> B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 354-355.

inséré dans l'acte de disposition, une véritable sûreté<sup>325</sup>. « *Cette souplesse a été facilitée par la forte relation qu'entretient le droit allemand avec la clause de réserve de propriété. Elle a toujours été présente dans ce système juridique, sous des formes diverses, adaptée aux nécessités des praticiens* »<sup>326</sup>. Ainsi, il est « typique »<sup>327</sup> en Allemagne de voir devant l'entrepôt d'une société en cessation de paiements, des chaînes de camions envoyés par les fournisseurs pour récupérer les marchandises sur lesquels les créanciers avaient un droit de propriété accordé par une clause de réserve de propriété<sup>328</sup>. Même si la clause de réserve de propriété dans ces trois systèmes juridiques n'est pas développée de la même façon, il est possible de reconnaître au travers de ces trois droits une convergence dans l'utilisation de cette technique qui n'est restreinte qu'en raison d'une conception différente du droit des contrats et de la propriété.

45. En somme, la clause de réserve de propriété est une sûreté fonctionnellement efficace mais conceptuellement compliquée, encore pour le droit anglais, moins pour le droit français depuis sa consécration comme véritable sûreté en 2006. Ces difficultés pour donner à la clause de réserve de propriété tous les atouts qu'elle possède en droit allemand s'entendent à la lumière du droit des obligations des deux Etats et de leur rapport au droit de propriété, à savoir s'il est démembré ou non. D'une manière générale, l'utilisation de la propriété comme sûreté est un vecteur contemporain convergent de techniques de garanties dans les Etats membres, que ce soit pour se réserver une exclusivité ou pour organiser une exclusivité positive.

### B. L'exclusivité positive : la propriété transférée

46. ***La propriété transférée, une définition variable en fonction de la portée souhaitée du mécanisme.*** La propriété transférée à titre de garantie est issue du droit romain<sup>329</sup>. Si elle s'est toujours maintenue dans le paysage juridique du Royaume-Uni, elle n'est apparue que très récemment en droit allemand et français. Le transfert de propriété peut être utilisé

<sup>325</sup> M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Domat, Droit Privé, 2001, p. 160, n°312 ; P. ORTSCHIEDT, « Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand », *R.I.D.C.*, Vol. 35, n°4, Oct.-déc. 1983, pp. 767-786, n°2.

<sup>326</sup> M. PEDAMON, « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.*, 1981-I, pp 5-9, p.6.

<sup>327</sup> *Allemagne, Juridique, Fiscal, Social*, Dossiers internationaux Francis Lefebvre, CMS Hasche Sigle CMS Bureau Francis Lefebvre, 2007, 8<sup>ème</sup> éd., p. 134, n°1036.

<sup>328</sup> H. HELMUT, « La réserve de propriété dans le cadre des opérations commerciales transfrontalières », *R.I.D.C.*, Vol. 47, n°2, Avril-juin. pp. 459-464, n°1.

<sup>329</sup> J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre »*, *Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Helbing & Lichtenhahn, Munich, 2000, p. 4.

pour des missions de gestion, de transmission ou encore être utilisé comme sûreté, ce qui sera l'aspect retenu ici. La portée de la propriété transférée est ainsi extrêmement large. De façon à la restreindre, les législateurs nationaux en ont des définitions plus ou moins précises pour délimiter son champ d'application. La fiducie est définie en droit français par l'article 2011 du Code civil en vertu duquel elle est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Si le législateur français a souhaité définir la fiducie, ce n'est que pour mieux l'encadrer, voire la limiter à un simple contrat de garantie, ne pouvant produire d'autres effets, comme en matière successorale par exemple. Les droits allemand et anglais ont adopté une position différente puisqu'en ne définissant pas clairement la fiducie, ils n'ont pas restreint son champ d'application. En droit allemand, la fiducie correspond à la *Treuhand* et est comparable à l'institution de la *Sicherungstreuhand* laquelle « n'est pas définie par la loi allemande. Elle se caractérise de la manière suivante : une personne (le fiduciaire) exerce sur la base d'une convention (contrat de fiducie) le pouvoir juridique sur un ou plusieurs biens d'une autre personne (le constituant). Le but d'une telle convention est soit de permettre au fiduciaire d'administrer les biens du constituant (...), soit que le fiduciaire bénéficie d'une sûreté (...). »<sup>330</sup>. Cette définition est très proche de l'article 2011 du Code civil, tout en étant en même temps moins précise ce qui permet à la *Sicherungstreuhand* d'avoir une portée plus large et de se rapprocher, fonctionnellement, du *trust* anglais. Ce dernier « est intraduisible et il convient d'utiliser la qualification anglaise pour une institution juridique qui est propre au système de common law »<sup>331</sup>. Pourtant, « l'idée sur laquelle se fonde le trust est fort simple : c'est qu'un bien peut être la propriété d'une personne pour le bénéfice d'une autre »<sup>332</sup>. Malgré cela, les difficultés pour définir le *trust* ont toujours existé et « il n'est donc pas étonnant que, depuis que le Royaume-Uni a ratifié la Convention, il (l'article 2 de la Convention) soit utilisé dans les ouvrages destinés aux juristes anglais »<sup>333</sup>. En effet, l'article 2 de la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985

<sup>330</sup> F.-X. LICARI, *Droit des sûretés*, Lamy, Wolters Kluwer France, Juillet 2015, n°523-25.

<sup>331</sup> D. TALLON, « Trust » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige PUF Lamy, 2003, p. 1487.

<sup>332</sup> G. H. JONES, « Droit des trusts », in J.A. JOLOWICZ, A. TUNC (dir.), *Droit anglais*, Précis Dalloz, 1992, p. 277, n°362 et s.

<sup>333</sup> J.P. BERAUDO, J.M. TIRARD, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Academy & Finance Genève, 2006, p.50.

relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance en donne une définition qui a été reprise par les juristes anglo-saxons en raison de sa conception large : « le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant - par acte entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé »<sup>334</sup>. Ces définitions variables se justifient en fonction de la réception de cette institution dans les trois modèles. Si le Royaume-Uni ne l'a jamais restreinte car le *trust* est présent en *common law* comme en *equity law*, l'unicité du droit de propriété en France et au contraire le démembrement de celle-ci en Allemagne ont parfois complexifié son intégration.

47. ***Une portée limitée en fonction des conceptions internes du droit de propriété.*** Du point de vue de la qualification juridique, la fiducie est un contrat en droit français, tout comme l'est en droit allemand la *Sicherungstreuhand*. Le *trust*, en revanche, est un acte unilatéral du constituant. Le démembrement de propriété qu'impose la fiducie-sûreté a soulevé, notamment en France, de nombreuses interrogations quant à un possible démembrement du droit de propriété<sup>335</sup>. La fiducie a-t-elle divisé le droit de propriété tel qu'issu de l'article 17 de la DDHC et de l'article 544 du Code civil ou est-il toujours unitaire mais doté de davantage de flexibilité ? Il est vrai que ces questions se posent dans la mesure où les dispositions de la loi de 2007 n'étaient pas très précises<sup>336</sup>. La jurisprudence, dans le silence de la loi et à la manière d'autres systèmes, notamment anglais, allemand et espagnol<sup>337</sup>, aurait pu reconnaître un droit réel au bénéficiaire. La Cour de cassation a décidé de trancher en faveur de la reconnaissance d'un simple droit de créance du bénéficiaire<sup>338</sup>, ce qu'a corroboré le Conseil constitutionnel dans une décision du 14 octobre 2009<sup>339</sup>. En effet, le juge constitutionnel a considéré que l'article 16 de la loi 19 octobre 2009<sup>340</sup> était un cavalier législatif, et était de ce fait inconstitutionnel. Ce cavalier

<sup>334</sup> Article 2 alinéa 1 de la Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1992 disponible sur le site hcch.net.

<sup>335</sup> V. not. M. GRIMALDI, P. CROCQ, « Table ronde. La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? » in Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2010, p.5-13.

<sup>336</sup> P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354, n°8.

<sup>337</sup> Y. EMMERICH, *Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens*, *R.I.D.C.*, Vol. 61 n°1, 2009, pp. 49-71.

<sup>338</sup> Cass. Civ 3<sup>ème</sup>, 08 janv. 2009, n° 08-12649 : « Sauf stipulation d'une réserve d'usufruit, la promesse de vente de la nue-propriété d'un bien grevé d'usufruit a nécessairement pour objet, en cas d'extinction de l'usufruit, la pleine propriété de ce bien » obs. J.-B. SEUBE, *Dr. et patr.*, juin 2009, p.88 ; obs. T. REVET, *RTD civ.* 2009, p.346.

<sup>339</sup> Cons. Const., DC n° n° 2009-589 DC du 14 oct. 2009, Journal officiel du 20 octobre 2009, page 17412.

<sup>340</sup> Loi du 19 octobre 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés, n°2009-1255 JORF n°0243 du 20 octobre 2009 page 17410.

législatif avait pour objet d'intégrer plus facilement dans l'ordre juridique français la finance islamique et l'émission de sukuk, en prévoyant que « le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie ». « *Une telle innovation aurait constitué une véritable révolution du droit des biens ou plutôt une contre-révolution puisqu'elle impliquait un retour au droit des biens antérieur à la Révolution française. Faut-il rappeler que l'une des évolutions majeures de la Révolution française et du code civil, que n'a pas connue la loi anglaise, a été d'abandonner le système des propriétés simultanées qui caractérisait l'Ancien Régime et que, depuis 1804, le propriétaire est celui qui a la plénitude des pouvoirs sur un bien* »<sup>341</sup>. Le droit de propriété en France reste ainsi indivisible mais n'empêche pas pour autant la réception d'une forme de *trust* par le biais de la fiducie. La question n'a pas été autant débattue par les juristes allemands puisque ce droit connaît déjà un démembrement du droit de propriété entre l'acte de vente et le transfert de propriété. En Allemagne, la *Sicherungstreuhand* a seulement engendré une distinction entre la propriété économique et juridique des biens objets de la garantie. Cela s'explique en raison du fait que le fiduciaire est clairement titulaire d'un droit de propriété sur les biens que lui a transférés le constituant, bien que ce droit soit limité *inter partes*<sup>342</sup>. Le choix est ainsi laissé au constituant de transférer ou non le droit de propriété des biens qu'il va confier au fiduciaire. En pratique, si le constituant refuse de transférer le droit de propriété alors le fiduciaire devra détenir un *Vertretungsmacht*, c'est-à-dire un simple pouvoir de représentation, pour pouvoir agir vis-à-vis des tiers. Cette transparence n'est ni dans l'intérêt du constituant ni dans celui du fiduciaire. En effet, auprès des tiers il est souvent plus intéressant pour le constituant de ne pas dévoiler le transfert de la propriété de certains de ses biens. Aussi est-il fastidieux pour le fiduciaire de ne devoir exercer son droit de propriété sur les biens qu'à la condition de posséder un pouvoir de représentation valable. Dès lors, le droit de propriété ayant été clairement transféré au fiduciaire, il semble possible d'affirmer que ce dernier ne possède que la propriété juridique du bien transféré et que doit respecter les intérêts du constituant, ce dernier ne détenant que la propriété économique du bien. En France, cela « *ne pouvait être le cas, même en 2007, le transfert du bien n'impliquant pas un transfert de propriété et encore moins un démembrement de propriété en propriété économique et propriété*

<sup>341</sup> L. AYNES, P. CROCCO, « La fiducie protégée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559, n°6.

<sup>342</sup> § 137 BGB.



*juridique* »<sup>343</sup>. Le système allemand se rapproche ainsi de la conception du *trust* retenue au Royaume-Uni. En droit anglo-saxon, le *trustee*, soit le bénéficiaire, détient une *legal ownership*, il a donc un droit de propriété au sens de la *common law* c'est-à-dire qu'il peut administrer et disposer des biens. Le bénéficiaire dispose alors de l'*equitable ownership*, le droit de propriété au sens de l'*equity law*. Ce démembrement absolu parfait puisque deux personnes détiennent en même temps un même droit de propriété sur le(s) même(s) bien(s), n'est pas exactement le même qu'en droit allemand où deux personnes possèdent une forme diverse de propriété. Pour autant, outre les questions soulevées par le démembrement, ou non, du droit de propriété, l'intérêt de la fiducie-sûreté a toujours été reconnu par les juristes, malgré quelques oppositions minoritaires<sup>344</sup>.

**48. Développement de la propriété transférée dans les droits allemand et français : entre inquiétudes et reconnaissance progressive.** La propriété transférée connaît un essor considérable, quelle que soit d'ailleurs la tradition juridique du pays qui la réceptionne<sup>345</sup>. Elle est en cela, dans certains systèmes, « un excellent exemple de la capacité des droits de tradition civiliste à se réinventer »<sup>346</sup>. Plus précisément, les praticiens allemand et français se sont fondés sur l'*express trust* privé, qui est le *trust* le plus usité au Royaume-Uni<sup>347</sup>. Celui-ci fait partie des quatre grandes catégories de *trust* prévus par le *Law of Property Act* de 1925<sup>348</sup>. En effet, en France, les praticiens ont eu recours à la propriété transférée à titre de garantie lors d'opérations de gage-espèces, également nommées dépôts de garantie<sup>349</sup>. Cette initiative a permis le développement progressif de certaines

<sup>343</sup> V. M. GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », in Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 5-8. Position dont s'est inspiré le Rapporteur sur la loi introduisant la fiducie en France v. Rapport n° 11 (2006-2007) de M. HENRI DE RICHEMONT, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006 (consulté le 16 juillet 2015).

<sup>344</sup> P. DECHEIX, « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997, I, chron. 35, p. 35.

<sup>345</sup> Voir les derniers pays ayant adopté le *trust* sans être de tradition de *common law* (Russie, Italie, Grèce par exemple). Certains pays s'en servent aussi pour créer des sociétés *offshore*, comme au Panama notamment.

<sup>346</sup> M.-E. ANCEL, *Préface* in Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p.2.

<sup>347</sup> B. A. WORTLEY, « Le « trust » et ses applications modernes en droit anglais », *R.I.D.C.*, Vol. 14, n°4, Oct-Déc.1962, pp. 699-710.

<sup>348</sup> Le *statutory trust* qui est nécessairement créé par la loi (V. not. Sections 34 et 36 du *Law of Property Act* de 1925), le *constructive trust* qui résulte d'une interprétation correctrice des juges pour empêcher l'application d'une règle comme instrument de fraude (V. not. *Ottaway v Norman* [1972] Ch 698; *Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133; *Oughtred v IRC* [1960] AC 206; *Hodgson v Marks* [1971] Ch 892; *Binions v Evans* [1972] Ch 359) et enfin les *implied trust* qui sont formés dans le silence des parties, qui ont alors le rôle d'une présomption « this is, however, only a presumption » A. R. MELLOWS, D. B. PARKER, *The modern law of trust*, London Sweet & Maxwell, 2003, 8<sup>ème</sup> éd., p. 80, n°67.

<sup>349</sup> La pratique a alors développé des mécanismes fiduciaires innomés comme la cession de créances professionnelles à titre de garantie, couramment appelée « cession-Dailly » (articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier). La doctrine a également participé à l'essor de la propriété sûreté V. not. CL. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, op. cit. et P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, op. cit.

lois spéciales relatives aux marchés financiers<sup>350</sup> en matière de fiducie-sûreté. Après le dépôt d'un premier projet de loi en 1992 à l'Assemblée Nationale, la loi reconnaissant les fiducies-gestions et fiducies-sûretés<sup>351</sup> fut adoptée le 19 février 2007. Par la suite, quelques textes et notamment une loi du 4 août 2008<sup>352</sup> et une ordonnance du 30 janvier 2009<sup>353</sup> ont assoupli le régime de la fiducie de 2007 que le législateur avait restreint<sup>354</sup>. Le même mouvement s'est effectué en Allemagne mais de façon plus aisée puisque le transfert de propriété à titre de garantie existait déjà avant l'entrée en vigueur du BGB, reconnu par la jurisprudence du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*)<sup>355</sup>. C'est en partant du gage que les praticiens allemands, soutenus par la jurisprudence, ont développé le transfert de propriété à titre de garantie afin de contourner l'inconvénient majeur du gage : la dépossession du bien du débiteur. Cela ne s'est pas produit *contra legem* mais *praeter legem* puisque le §216 alinéa 1 du BGB<sup>356</sup> prévoit que la prescription de la créance empêche le constituant d'exiger la restitution du bien objet de garantie. Plus récemment, c'est par voie indirecte que le législateur allemand a reconnu la possibilité d'un transfert de propriété à titre de garantie en le nommant expressément<sup>357</sup>. Ce développement progressif a cependant été freiné par certaines inquiétudes. La fiducie a en effet été soupçonnée de favoriser « *les conflits entre sûretés* » et de faire « *obstacle au*

<sup>350</sup> TH. BONNEAU, F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010, n°894 ; Cass. Com. 3 juin 1997, n°95-13365, Bull. 1997 IV n° 165 p. 147.

<sup>351</sup> Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie JORF n°44 du 21 février 2007 page 3052 texte n° 3. V. not. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35085 (I. Ebauche d'une théorie générale de la fiducie) et 35094 (II. Aperçu de l'avant-projet de loi sur la fiducie) ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, art. 38631 et 38639 ; PH. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP* 2007.1.121 ; F. BARRIÈRE, « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », *Joly* 2007, p. 440 et s. et p. 555 et s. ; Dossier coordonné par F. BARRIÈRE, « La fiducie », *D.* 2007, p.1346.

<sup>352</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie JORF 5 août 2008, JORF n°0181 du 5 août 2008 page 12471, v. not. articles 18 et 74 de la loi.

<sup>353</sup> Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie JORF n°0026 du 31 janvier 2009 page 1854.

<sup>354</sup> V. pour un historique de la fiducie en France : M. GRIMALDI, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de Droit Henri Capitant*, Juin 2011, n°2, n°5-8 ; V. ROUIT, *Lamy Droit des sûretés*, Wolters Kluwer France, Mars 2012, n°293-3. V. aussi : P. CROCQ, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009, p.716 ; M. GRIMALDI, R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p.670 ; « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP* 2009.1.132.

<sup>355</sup> J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, op. cit., p. 3, n°4.

<sup>356</sup> § 216 (1) BGB : « The limitation of a claim for which a mortgage, ship mortgage or security right exists does not prevent the obligee from seeking satisfaction of his claim from the object encumbered ».

<sup>357</sup> *Insolvenzordnung*, §51 n°1.

*sauvetage des entreprises en difficulté* »<sup>358</sup>. Cette affirmation est critiquable par le simple constat d'un essor de la fiducie, dans des pays de tradition juridique différente, - Russie, Panama, Japon, Liban -, qui démontre combien cette technique de sûreté est absolument inévitable dans le droit du crédit moderne. Plus pragmatiquement, en France, les entreprises défaillantes représentent 1,99% du nombre total d'entreprises<sup>359</sup>. Serait-ce alors pertinent de condamner une technique ayant – éventuellement – des effets pervers pour 1,99% d'entreprises, alors qu'à côté de ces quelques entreprises en difficulté, 98% des entreprises françaises peuvent avoir recours à une sûreté efficace, ne les privant pas d'un bien pendant leur activité ? Par ailleurs, la probabilité de désavantages<sup>360</sup> pour une entreprise, en raison de la conclusion d'une fiducie est mince tandis que la suppression de cette sûreté aurait, certainement, des inconvénients majeurs incalculables sur l'accès au crédit des entreprises. Enfin, toute sûreté ne peut être parfaite. Dans la mesure où le droit des sûretés équilibre les rapports entre le droit du crédit et celui des entreprises en difficulté, il est nécessairement teinté des désagréments de l'une ou de l'autre des catégories juridiques entre lesquelles il se situe. Alors, que vaut-il mieux préférer : une sûreté traditionnelle nécessitant une dépossession du bien, préjudiciable de façon certaine à l'activité de l'entreprise ou un transfert de propriété qui ne vaut qu'en cas de défaillance de l'entreprise ? Ce n'est que le déplacement (éventuel, dans le cadre de la fiducie) d'un problème extérieur aux sûretés, celui de la défaillance du débiteur. Il faut reconnaître que la fiducie, le *trust* ou encore la *Sicherungstreuhand* sont des sûretés efficaces. Le créancier a confiance dans l'instrument de garantie en raison de sa certitude, grâce à cet instrument, d'obtenir paiement de sa dette en cas de défaillance. Quant au débiteur, cette sûreté est indolore puisqu'il n'a pas nécessairement à se déposséder de son bien.

49. En somme, le besoin d'une confiance dans l'instrument de garantie entraîne une convergence des techniques de sûretés fondées sur la propriété, malgré des réponses institutionnelles variables. Cela s'explique au regard des conceptions différentes du droit de propriété dans les trois modèles mais ne remet pas pour autant en cause le phénomène

<sup>358</sup> U. BLAUROCK, « L'avenir de la fiducie-sûreté en droit allemand », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg de 1984, éd. FEDUCI et L.G.D.J, Paris 1985, p. 108. ; CL. WITZ, « Rapport introductif - Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe », in *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque de Paris du 29 novembre 1990, Bull. Joly n°4 bis, 1991 p. 11 et s., spéc. p. 14.

<sup>359</sup> Source INSEE 2014 : sur 3.144.065 entreprises, 62.503 sont défaillantes ce qui représente précisément 1.987967806% du total des entreprises. Insee.fr date de mise à jour 10 juillet 2015 (consulté le 19 août 2015).

<sup>360</sup> « (...) d'une part, le risque de dilapidation du crédit n'existe pas, et d'autre part, le risque de spoliation du débiteur n'existe pas, non plus, ou est aisément remédiable (...). » P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, p. 471, n°524.

de convergence fonctionnelle des propriété-sûretés. D'autres nouvelles sûretés ont également fait leur apparition dans les trois modèles, lesquels les ont appréhendées identiquement car elles ne relèvent pas du droit de propriété. Ces sûretés basées sur l'abstraction témoignent encore plus de la convergence des droits des sûretés qui existe entre les trois modèles européens.

## §II. La recherche d'un assouplissement du principe de l'accessoire

50. La nécessité d'obtention d'un crédit immédiat, en échange d'une garantie rapidement constituable et d'efficacité certaine, est le maître mot des praticiens dans la recherche de nouvelles techniques de sûretés ou dans l'adaptation des sûretés traditionnelles à ces exigences. Il faut donc une sûreté souple, facilement et immédiatement utilisable comme réutilisable. Ce besoin se retrouve dans les trois modèles étudiés<sup>361</sup> sous la forme d'un besoin d'abstraction de la créance. Cette abstraction se distingue du principe d'abstraction tel que prévu en droit allemand (*Abstraktionsprinzip*) qui différencie dans un rapport d'obligations (*Schuldverhältnis* - §241 du BGB) l'acte créateur d'obligation (*Verpflichtungsgeschäft*) régi par le droit des obligations, de l'acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*) régi par le droit des biens<sup>362</sup>. Si dans le fonctionnement, une logique commune apparaît, dissocier un acte d'un autre, l'objet sur lequel l'abstraction porte diffère. En effet, l'abstraction recherchée dans le droit des sûretés porte sur un détachement entre la créance garantie et le bien grevé, et la sûreté constituée. Le principe de l'accessoire est alors remis en question puisqu'une sûreté ne garantit plus seulement une seule créance et peut parfois même concerner des créances futures ou à venir. Les nouvelles techniques de sûretés, au travers d'une distanciation du principe de l'accessoire et pour autant que l'objet reste déterminable, détachent ainsi l'objet de la créance de ses exceptions, ou encore la sûreté de la créance qu'elle garantit. Cette abstraction se manifeste aussi bien pour des sûretés réelles (A), que personnelles (B).

---

<sup>361</sup> Mais également dans de nombreux autres pays. Le besoin d'abstraction et de séparation de la créance et de la sûreté apparaît dans tous les systèmes juridiques et ceux qui n'ont pas encore légiféré dans ce sens réfléchissent à développer des sûretés abstraites ou du moins non accessoires. A.J.M. STEVEN, « Accessoriness and Security over Land », *The Edinburgh Law review*, 2009, Vol. 13, n°3, pp. 387-426, spéc. p.390.

<sup>362</sup> M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand République Fédérale*, op.cit., p. 69 ; M. PEDAMON, *Le droit allemand*, op.cit., p. 43. Le principe de l'abstraction (*Abstraktionsprinzip*) pour les sûretés réelles immobilières apparaissait déjà dans le Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900.

### A. Mouvement similaire d'assouplissement du principe de l'accessoire dans les sûretés réelles dans les trois modèles

51. La convergence contemporaine du droit des sûretés dans les grands modèles européens passe par une abstraction de la créance quant au moment de son utilisation. Les praticiens allemand, anglais et français ont développé, plus ou moins rapidement, cette dématérialisation de la créance afin d'obtenir, quand le moment est venu, un crédit rapidement disponible en raison de la constitution antérieure de la sûreté. En France, la prééminence du principe de l'accessoire<sup>363</sup> empêchait, jusqu'en 2006, de concevoir un assouplissement du lien entre la créance garantie et la sûreté conclue. Or, « *la validité de la sûreté réelle n'impose nullement à raison de son caractère accessoire, de déterminer les créances garanties* »<sup>364</sup>. Ce détachement vis-à-vis du principe d'accessoire a permis d'instaurer de nouvelles sûretés plus souples. En Allemagne, le BGB précise que la *Grundschild* n'est pas soumise au principe de l'accessoire<sup>365</sup>, ce qui a permis à cette sûreté de supplanter les deux autres formes de sûretés sur des biens réels immobiliers, grâce à sa possible réutilisation. Ce constat est cependant à nuancer au regard de la dernière réforme<sup>366</sup> allemande en matière de sûreté qui a prescrit, pour une sécurité renforcée du débiteur, un renouveau dans certains cas du principe de l'accessoire. Enfin, l'Angleterre reconnaît un principe de l'accessoire essentiellement pour les sûretés personnelles<sup>367</sup> mais plus faiblement pour les sûretés réelles<sup>368</sup> en raison du recours quasi-automatique au trust. Cette relation différente des trois modèles avec le principe de l'accessoire explique l'évolution et les techniques variables, qui convergent cependant toutes vers des sûretés plus abstraites. Les juristes des trois systèmes étudiés ont ainsi développé des sûretés déterminées sur des biens indéterminés (1) comme des sûretés indéterminées sur des biens déterminés (2).

<sup>363</sup> Cette prééminence s'explique par la forte influence du droit romain dans le droit français et en particulier de la règle « *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora* ». Celle-ci se retrouve aussi dans les pays européens de tradition civile comme l'Italie, l'Espagne, les Pays-Bas ainsi que dans les pays scandinaves. V. A.J.M. STEVEN, « Accessoriness and Security over Land », *op.cit.*, p. 389.

<sup>364</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles*, disponible en ligne sur le site de l'Université Paris 2 (consulté le 20 août 2015), p. 217, n°210.

<sup>365</sup> « *Traditionally German literature characterises the hypothec as an accessory right and the land charge as non-accessory* » L. VAN VLIET, « The German Grundschild », *The Edimburgh Law Review*, 2012, Vol.16, n°2, pp. 147-177, spéc. p.149.

<sup>366</sup> *Risikobegrenzungsgesetz*, 19 août 2008, BGBl (=Bundesgesetzblatt) I, 1666.

<sup>367</sup> J. O'DONOVAN, J. PHILLIPS, *Modern contract of guarantee*, *op.cit.*, para. 1-20 ; « Discussion of mortgages in English law makes little reference to accessoriness in principle » P. SPARKES, *European Land Law*, Oxford Hart Publishing, 2007, n°399.

<sup>368</sup> V. B. BOUCKAERT, *Property Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 40.

## 1. Sûretés déterminées sur des biens indéterminés

52. ***Le gage sans dépossession sur biens indéterminés, une sûreté analogue en civil law et common law en raison de ses avantages.*** En droit anglais, la sûreté emblématique sur créances futures déterminées est incontestablement la *floating charge*<sup>369</sup>. La *floating charge* n'est pas récente<sup>370</sup>, elle est apparue dans l'*equity law* vers les années 1870 et a connu immédiatement un fort succès car elle répondait aux attentes de la pratique<sup>371</sup>. La *floating charge* permet un crédit sécurisé sur des biens seulement déterminables au moment de la constitution et disponibles au moment de la défaillance du débiteur<sup>372</sup>. Cette sûreté présente le double avantage de ne pas priver le débiteur de son droit de propriété, - il peut donc disposer de son ou ses biens grevés d'une *floating charge* -, ni de le déposséder. Naturellement, l'absence de dépossession implique une publicité de la sûreté conclue<sup>373</sup>. La souplesse de cette sûreté en raison de son abstraction sur les biens grevés a poussé des pays, à l'instar de la France, à assouplir le principe de spécialité pour insérer cette sûreté dans le droit interne. La réforme française du 23 mars 2006 a ainsi créé un régime de gage de stocks<sup>374</sup> ainsi qu'une nouvelle forme de nantissement, possible seulement sur les biens meubles incorporels et permettant alors de gager, notamment, le fonds de commerce d'une entreprise (comme le permet aussi une *floating charge*). Ce double emploi et l'absence de clarification du domaine du gage sur stocks par rapport à celui du gage civil ou commercial a entraîné, en France, une abondante controverse jurisprudentielle<sup>375</sup>. D'une part, les débats furent nombreux sur l'utilité de cet

<sup>369</sup> « *a floating charge (...) is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which is intended to affect until some events occur or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.* » Lord Macnaghten in *Illingtonworth v Houldsworth*, 1904, AC n°355.

<sup>370</sup> R. R. PENNINGTON, « The Genesis of the Floating Charge », *The Modern Law Review*, Vol. 23, n°6, pp. 630-646, spéc. p. 630.

<sup>371</sup> G. F. CURTIS, « The Theory of the Floating Charge », *The University of Toronto Law Journal*, 1941, Vol. 4, n°1, pp. 131-150, spéc. p. 131.

<sup>372</sup> « *Capable of attaching automatically to the future property of an enterprise, the charge already responded in part to the desire of financiers at that time to have a security interest over virtually all the assets of their borrowers* » M. ELLAND-GOLDSMITH, « Real security over personal property in English law », *Int.Bus. Law Journal*, 1995, p. 145, n°9.

<sup>373</sup> PH. R. WOOD, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, Sweet & Maxwell, 2007, 2<sup>ème</sup> éd., n°22-019.

<sup>374</sup> L'article 44 de l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 a introduit dans le titre II du livre IV du Code de commerce un chapitre VII intitulé « Du gage des stocks » composé des articles L. 527-1 à L. 527-11 (C. com., art. L. 527-1 à L. 527-11). V. P. BOUTELLER, « Gage de stock de biens ou de marchandises », *JCP E*, 2006, 1698.

<sup>375</sup> Ainsi que de nombreuses interventions de la doctrine. V. M. BOURASSIN, « L'attrait limité du gage de choses fongibles de droit commun », in *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 71 ; M. BOURASSIN, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, p. 1363 ; CH. GIJSBERS, obs.D., 2014, p. 924 ; A. BORDENAVE, « Gage de stocks : une espérance nouvelle à encourager », *Lexbase Hebdo* n° 381 du 14 mai 2014-édition affaires (N° Lexbase : N2163BUN).

apport dans une réforme qui visait la simplification<sup>376</sup>. D'autre part, le débat se porta aussi sur le choix des règles à appliquer à un gage sans dépossession dont les parties, conventionnellement et sans vice de consentement, auraient accepté de se soumettre aux règles de droit commun et non aux règles de droit commercial<sup>377</sup>. L'ordonnance du 29 janvier 2016 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016<sup>378</sup> résout ce débat mais n'éteint pas tous les problèmes que soulève le gage de stocks<sup>379</sup>. L'ordonnance met notamment fin aux « *péripéties textuello-jurisprudentielles* »<sup>380</sup> en reconnaissant une liberté contractuelle aux parties, qui reste certes encore limitée<sup>381</sup>, en leur permettant de choisir entre la conclusion d'un gage de stocks ou d'un gage de meubles corporels, et d'y adjoindre ainsi à leur convenance un pacte comissoire. En Allemagne, l'absence de détermination de l'assiette et les risques encourus par le créancier ont provoqué le désintérêt des juristes qui n'ont donc pas généralisé la *floating charge*. Elle est admise pour certains contrats spécifiques<sup>382</sup> qui nécessitent, pour des considérations pratiques, une sûreté flottante. Pour les contrats plus « classiques », le droit allemand renvoie à la fiducie mobilière, la *Sicherungstreuhand*. D'autres Etats<sup>383</sup> réfléchissent également à la possibilité d'insérer dans leurs droits cette technique, car si elle présente de nombreux avantages en raison de sa souplesse, sa réalisation est de ce fait plus incertaine.

### 53. *La contrepartie d'une sûreté sur biens indéterminés, une réalisation moins certaine.*

Cette sûreté n'a absolument aucun impact pour l'activité du débiteur ; elle en a en revanche pour le créancier lorsque la *crystallisation* (la défaillance du débiteur) se produit. En effet, dans la mesure où la *floating charge* n'a pas d'assiette déterminée, elle ne se fixera au moment de la défaillance que sur les actifs restants dans la limite de ces

<sup>376</sup> Lamy, *Droit du financement*, 2015, 4690.

<sup>377</sup> M. BOURASSIN, « La force d'attraction du gage des stocks », *op. cit. loc. cit.* V. Ordonnance du 31 janvier 2016, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril qui fait suite à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques et à la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2015, DC 2015-715.

<sup>378</sup> Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks JORF n°0025 du 30 janvier 2016 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2016.

<sup>379</sup> N. BORGA, « Gage des stocks : l'épilogue ? Presque... » *Bull. Joly Ent.* janv. 2016, p. 32, n° 1125 ; G. PIETTE, « Gage des stocks et droit commun du gage » *Lexbase Hebdo* n° 638, 8 janv. 2016 ; G. PIETTE, « Réforme du gage des stocks : "mais dans quel état j'erre ? » N° Lexbase : N1251BWA, n°643, 11 février 2016.

<sup>380</sup> G. PIETTE, « Réforme du gage des stocks : "mais dans quel état j'erre ? » *op. cit.*, n°1.

<sup>381</sup> M. BOURASSIN, « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité », *Gaz. Pal.*, 8 mars 2016. L'auteur précise que la liberté contractuelle reste encore limitée par deux points, l'application dans le temps de la réforme ainsi que le choix nécessaire qu'impose l'ordonnance qui empêche les parties de faire une application distributive du gage.

<sup>382</sup> Sûretés sur des câbles de haute mer par exemple.

<sup>383</sup> Le Luxembourg, l'Espagne, l'Italie notamment.

derniers. Le créancier, et ce contrairement à la *fixed charge*, n'a absolument aucun droit sur le bien grevé<sup>384</sup> et doit faire appel à un *receiver*<sup>385</sup> qui doit affecter à chaque créancier en fonction de leurs intérêts, les actifs restants<sup>386</sup>. De plus, le créancier ne bénéficie pas d'un droit de préférence que lui accorderait cette technique, il peut ainsi être primé par ce qui correspond aux super-privileges en droit français, à savoir le fisc et les créances salariales. « *C'est la contrepartie du caractère potentiellement universel de la floating charge* »<sup>387</sup>. Cette contrepartie, malgré une réforme en 2013<sup>388</sup> du droit anglais des sûretés, fait toujours l'objet de nombreuses discussions<sup>389</sup> pour modifier le fonctionnement de la *floating charge*<sup>390</sup>. La délimitation de l'assiette de la sûreté est justement le point d'accroche majeur des commentateurs de la réforme anglaise de 2013 qui ont contesté une absence de clarté amenant à ne pouvoir distinguer entre *fixed* et *floating charge*<sup>391</sup>. Les conséquences pour les parties à l'une ou l'autre de la sûreté étant très clairement distinctes, il est indéniable qu'une précision sémantique et conceptuelle ne pourrait qu'améliorer la réalisation de ces deux techniques. Cette obscurité est exactement la même en France et a donné lieu à une passe d'armes entre la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation<sup>392</sup> et surtout, de façon plus gênante, repousse les juristes qui souhaiteraient recourir à l'une ou l'autre de ces techniques de garanties<sup>393</sup>. Malgré les risques existants pour le recouvrement de la créance lors de la réalisation de la sûreté, le

<sup>384</sup> G. L. GRETTON, « Reception without Integration – Floating Charges and Mixed Systems », *Tul. Law Review*, 2003, p. 307 et s.

<sup>385</sup> Ce dernier, depuis l'*Enterprise Act* de 2002, ne peut s'occuper que d'une certaine catégorie de créancier. V. *Insolvency Act* 1986, « Appointment of administrator by holder of floating charge », point 14 à 21.

<sup>386</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés de droit anglais », in Dossier *Financements de projets, RD Bancaire et fin.*, 2004, n°2, p. 158.

<sup>387</sup> A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, « La réforme du droit anglais des sûretés », *RLDC*, 2014, n°120.

<sup>388</sup> *Companies Act* 2006 (Amendment of Part 25) Regulations 2013 n°600 entré en vigueur le 6 avril 2013.

<sup>389</sup> [securedtransactionslawreformproject.org](http://securedtransactionslawreformproject.org) Cette plateforme créée par des juristes anglais continue de proposer et de commenter les nouveaux axes de réforme de droit des sûretés. Ils proposent notamment de mettre en place un *pledge on trusts*. V. aussi A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, « La réforme du droit anglais des sûretés », *op. cit.* p.1.

<sup>390</sup> M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », *R.I.D.C.*, 4-2004, pp. 932-945, spéc. pp. 941-945.

<sup>391</sup> « *The law relating to the distinction between fixed and floating charges is in an unsatisfactory state. This makes it difficult to give clear advice when structuring transactions, and the cost of credit may be raised because steps have to be taken to avoid potential problems. This would be unnecessary were the law to use a simpler criterion with much the same practical effects* » Propos issus du *Secured Transaction Law Reform Project* et cités par A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, « La réforme du droit anglais des sûretés », *op. cit.*, p. 4.

<sup>392</sup> CA Paris pôle 5, ch. 8, 3 mai 2011, n°10/13656 ; Cass. Com. 19 févr. 2013, n°11-21.763, *Bull. civ. I V*, n°29 ; CA Paris pôle 5, ch. 9, 27 fév. 2014, n°13/03840. V. entre autres : obs. P. DELEBECQUE, *Bull. Joly Ent.* 2013, p. 149 ; note N. BORGA, *RLDC* 2013/103, n°5052 ; obs. A. AYNÈS, *RTD civ.* 2013, p. 418 ; Ch. GIJSBERS, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* 2012/103, n°5047 ; P. CROCQ, « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le refus de « Comme il vous plaira » ! », *RTD civ.* 2013, p. 418.

<sup>393</sup> CH. GIJSBERS, « Gage des stocks : réitération de la position de la cour d'appel de Paris », *D.* 2014, p. 924, n°1.



gage sur biens indéterminés reste une sûreté moderne qui répond aux attentes contemporaines. Sa prise en compte, plus ou moins développée, dans les trois systèmes, met en exergue une analogie des techniques de sûretés pour répondre aux besoins de souplesse des parties.

## 2. Sûretés indéterminées sur des biens déterminés

54. **La création d'une sûreté immobilière rechargeable par la suppression du principe de l'accessoire.** L'assouplissement du principe de l'accessoire et l'abstraction recherchée de la sûreté se manifestent également dans la réutilisation possible d'un même bien pour une sûreté future. L'émergence de ces nouvelles sûretés s'est essentiellement développée en Allemagne, au lendemain de la guerre de Sept ans<sup>394</sup>, pour garantir des créances sur des plus courtes durées tout en ne grevant qu'un seul et unique bien. L'*Hypothek* allemande, enfermée dans un délai de 30 ans, a alors été délaissée pour la *Grundschild*<sup>395</sup> afin d'accéder à des prêts pour des durées bien inférieures, allant en moyenne de 5 à 10 ans<sup>396</sup>. La possibilité de contracter rapidement des petits crédits sur un même bien pour des durées assez courtes fut permise par la suppression de tout lien accessoire entre le bien grevé et la créance. D'ailleurs, pour aller encore plus loin, une autre forme de renouvellement de dettes s'est créée par la pratique, le *Briefgrundschild*. Ce dernier ne nécessite pas d'inscription dans le *Grundbuch* et est constitué par simple échange des consentements. Ici s'illustre particulièrement la spécificité du droit allemand, « toute exigence de publicité est une contrainte à l'économie, qu'il faut abolir tant que faire se peut »<sup>397</sup>. Cette technique n'a pas eu l'effet escompté. Elle n'est maintenant utilisée que pour des sommes très faibles en raison de son défaut de publicité et de preuve qui nuit à la sécurité de la sûreté conclue. En 2004, elle représentait 10% seulement des *Grundschilden* conclus<sup>398</sup>. Au moment de la mise en place de la *Grundschild* dans le système juridique allemand, cette absence du principe de l'accessoire ne posait pas, ou peu, de difficultés car le lien de droit que créait la *Grundschild* obligeait des particuliers

<sup>394</sup> La *Grundschild* existait déjà sur le territoire prusse ce qui influença l'Allemagne, lors de cette période, à recourir à cet instrument v. R. HÜBNER, *A History of Germanic Private Law*, op. cit., p. 393.

<sup>395</sup> « A plot of land may be encumbered in such a way that the person in whose favour the encumbrance is created is paid a specific sum of money from the plot of land (land charge) » § 1191 BGB.

<sup>396</sup> *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, op. cit., p. 100.

<sup>397</sup> M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », op. cit., p. 945.

<sup>398</sup> *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, op. cit., p. 100.

entre eux et non des banques<sup>399</sup>. Dès lors que les établissements bancaires assurèrent le recours au crédit par la garantie d'une *Grundschild*, un retour au principe de l'accessoire et de spécialité s'opéra<sup>400</sup>.

**55. La réintégration assouplie du principe de l'accessoire permet une diffusion de la sûreté réelle immobilière rechargeable similaire au sein des Etats membres de l'Union européenne.** En droit allemand, en vue de conclure une *Grundschild*, il est maintenant nécessaire d'obtenir un accord, le *Sicherungsgrundschild*, dans lequel les parties précisent dans un registre la durée de la sûreté conclue<sup>401</sup>, les conditions de sa réalisation, les caractéristiques du bien grevé<sup>402</sup> ainsi qu'éventuellement la possibilité de recourir à d'autres sûretés, immobilières comme mobilières, sur ce même bien<sup>403</sup>. Par la suite, le débiteur n'a plus qu'à insérer un *Sicherungsvertrag* au *Grundbuch*. C'est là tout l'avantage de la *Grundschild*, en précisant les modalités de la nouvelle dette et ce, sans renouveler ni le paiement ni les formalités initiales de l'acte constitutif de la *Grundschild*. La *Grundschild* reste l'hypothèque rechargeable la plus utilisée en Allemagne au point que les créanciers essaient de fidéliser le débiteur. L'Inspection générale des Finances et l'Inspection générale des Services Judiciaires évoque à ce sujet une « ligne de crédit »<sup>404</sup> pour le débiteur dont la relation avec le créancier peut se prolonger jusqu'à l'extinction de la créance et la radiation de la *Grundschild* du Livre foncier<sup>405</sup>. Cette utilisation massive de la *Grundschild* a eu deux effets. En premier lieu, en vue de protéger le constituant consommateur d'un surendettement<sup>406</sup>, une loi du 19 août 2008<sup>407</sup> a renforcé le principe de l'accessoire entre la créance garantie et la sûreté au moment de la mise en œuvre de la *Grundschild*<sup>408</sup>, aux fins de contrer certains écarts

<sup>399</sup> L. VAN VLIET, « The German Grundschild », *op. cit.*, p. 150.

<sup>400</sup> C'est en réalité la matérialisation du principe de spécialité en Allemagne v. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 282, n°288.

<sup>401</sup> A. J.M. STEVEN, « Accessoriness and Security over Land », *op. cit.*, n°3, p.417.

<sup>402</sup> L. VAN VLIET, « The German Grundschild », *op. cit.*, p. 163.

<sup>403</sup> § 1192 à §1200 du BGB. Voir S. VAN ERP, B. AKKERMANS, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Bloomsbury Publishing, 2012, para. 5-107.

<sup>404</sup> *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>405</sup> § 1201 et §1202 du BGB.

<sup>406</sup> « Recently, consumers in Germany have been adversely affected by the non-accessory nature of the Grundschild (land charge). Banks sold mortgage credit to foreign hedge funds. Land charges were then transferred to the hedge funds without an assignation of the security contract. As a result, the hedge funds were not bound by the contracts and could enforce the security based on what was stated in the security document ». A. J.M. STEVEN, « Accessoriness and Security over Land », *op. cit.*, p. 422-423.

<sup>407</sup> *Risikobegrenzungsgesetz*.

<sup>408</sup> Nouvel alinéa (1a) issu de la réforme du 19 août 2008 inséré sous la section § 1192 du BGB : « If the land charge has been established as security for a claim (security land charge), defences to which the owner is entitled with regard to the land charge on the basis of the security contract with the previous creditor, or

nocifs de la pratique<sup>409</sup>. En second lieu, cette indépendance de la *Grundschild* vis-à-vis de la créance a suscité un fort intérêt dans les pays européens<sup>410</sup> et particulièrement en France. La réforme du 23 mars 2006 a ainsi, en écho à la *Grundschild*, introduit l'hypothèque rechargeable<sup>411</sup>. Sur le même principe que la *Grundschild*, l'hypothèque rechargeable permet de garantir des créances, mobilières comme immobilières, autres que la créance initiale, tant qu'une convention de recharge est prévue dans l'acte initial. Toutefois, la loi du 20 décembre 2014 a mis un coup de frein à cette technique, après le coup d'arrêt porté par la loi du 17 mars 2014<sup>412</sup>, en ne la laissant subsister que pour les « créances professionnelles » constituées à des « des fins professionnelles »<sup>413</sup>. La réforme française du 20 décembre 2014 a utilisé les mêmes arguments pour restreindre considérablement le champ d'application de l'hypothèque rechargeable. Cependant, si ces arguments sont en eux-mêmes parfaitement recevables, ils n'étaient absolument pas fondés en France pour justifier le retrait de l'hypothèque rechargeable aux particuliers agissant à des fins non professionnelles<sup>414</sup>. D'une part, la protection des consommateurs n'est pas un argument de nature à mettre en péril l'hypothèque rechargeable puisqu'il (était) est impossible de recharger l'hypothèque au-delà du montant initialement choisi,

---

which emerge from the security contract, may also be imposed on any acquirer of the land charge; section 1157 sentence 2 does not apply in this respect. Section 1157 remains unaffected in other respects. ». Ce changement a permis à la *Grundschild* de s'adapter aux interprétations contentieuses faites par certains créanciers de la section 1157 du BGB. § 1157 du BGB : « A defence which the owner is entitled to assert against the mortgage on the basis of the legal relationship existing between him and the previous creditor may also be relied on in relation to the new creditor. The provisions of sections 892, 894 to 899 and 1140 also apply to this defence. ».

<sup>409</sup> « *Some years ago, however, there was an outrage in Germany about misuse of the rule by mostly foreign buyers of credit portfolios who enforced land charges for sums exceeding the amounts due under the contracts of loan. The German legislator felt the need to solve this problem immediately* » L. VAN VLIET, « The German *Grundschild* », *op. cit.*, p. 166.

<sup>410</sup> Comme, par exemple, en Estonie, Slovénie, Pologne, Espagne depuis 2007 ou encore en Hongrie v. *Real Property Law and Procedure in the European Union : General Report*, C. U. SCHMID, C. HERTEL (dir.) 2005, European University Institute de Florence, p.85.

<sup>411</sup> Ancien article 2422 alinéa 1 et 2 du Code civil : « L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé. ».

<sup>412</sup> L'article 46 de la loi n° 2014-344 du 17 juin 2014 relative à la consommation, publiée au JO le 18 mars 2014, p. 5400 avait purement et simplement supprimé l'hypothèque rechargeable à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>413</sup> Article 2422 alinéa 1 du Code civil tel que modifié par l'article 48 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 entrée en vigueur le 22 décembre 2014 : « L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément ». H. HEUGAS-DARRASPEN, J. SALVANDY, « L'hydre de l'hypothèque rechargeable », *RDI*, Juillet-Août 2015, n°7/8, p. 341-343 ; C. LE GALLOU, « L'hypothèque rechargeable : un jeu de cache-cache ou de qui perd quoi ? », *RLDC*, avr. 2015, p. 30.

<sup>414</sup> E. FREMEAUX, « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N*, 2016, n°12, p. 1102.

ce qui plafonnait *a maxima* le montant de l'hypothèque rechargeable. D'autre part, la très faible utilisation de l'hypothèque rechargeable<sup>415</sup> ne permettait pas de conclure, huit ans après sa mise en place, à un instrument vecteur de surendettement des ménages, d'autant qu'étaient interdits les crédit-revolving (crédit renouvelables) des établissements bancaires lesquels ont peu recouru à cette garantie. Enfin, le maintien de la fiducie rechargeable, qui n'est pas, à la différence de l'hypothèque rechargeable, plafonnée au montant initialement choisi<sup>416</sup>, est l'exemple même de l'acceptation par le droit français de la possibilité d'alléger le principe de l'accessoire pour permettre la réutilisation d'un même bien à la garantie de créances différentes. C'est pourquoi cette cacophonie française<sup>417</sup> autour de l'hypothèque rechargeable n'est pas de nature à remettre en question la similarité et la convergence reconnues des techniques de garantie entre pays européens. Les nouvelles techniques de sûretés réelles se sont développées par un détachement du principe de l'accessoire, et en conséquence parfois du principe de spécialité. Cet assouplissement a été commun dans les trois modèles, concourant à une analogie des nouvelles techniques de garanties. Cette analogie se retrouve également dans les sûretés personnelles, où l'abstraction s'est réalisée vis-à-vis de l'objet de la créance.

### **B. Assouplissement identique du principe de l'accessoire dans les sûretés personnelles**

56. Les juristes des trois modèles étudiés ont recours à de nouvelles techniques de garanties personnelles fondées sur un but commun, l'abstraction vis-à-vis de l'objet de la créance. Cette abstraction se manifeste de deux façons. En premier lieu, par la mise en place d'une garantie indemnitaire pour compenser l'éventuelle défaillance du débiteur (1). Dans ce premier cas, la technique utilisée – la lettre d'intention – est complètement détachée de l'objet de la créance. En ce sens, le garant ne se substituera pas au débiteur pour rembourser en tout ou partie la dette due mais indemnisera le créancier du préjudice subi

---

<sup>415</sup> En 2011, l'Autorité de Contrôle Prudentiel note que 27,3% des crédits affectés à l'acquisition d'un logement s'effectuaient par un prêt hypothécaire contre 61,6% par le recours à une caution. Autorité de Contrôle Prudentiel, *Enquête annuelle sur le financement de l'habitat en 2011*, Analyses et synthèses, Juillet 2012, n°8, p. 9. La propension de l'hypothèque rechargeable dans les 27,3% ne doit pas être très importante puisque ne sont pas insérés dans les calculs et commentaires liés au crédit hypothécaires ceux relatifs à l'hypothèque rechargeable v. L. ARRONDEL, P. LAMARCHE, F. SAVIGNAC, « Consommation et patrimoine des ménages : au-delà du débat macroéconomique... », *Economie et Statistiques*, 2014, n°472-473, p. 42 (disponible sur insee.fr, consulté le 23 août 2015).

<sup>416</sup> Et qui, de ce fait, pourrait légitimement créer une « bulle immobilière » si la valeur du bien mis en fiducie était surévaluée v. L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, op. cit., p. 398, n° 782.

<sup>417</sup> Monsieur le Professeur CROCQ parle même de « d'amateurisme » du législateur P. CROCQ, *Panorama Droit des sûretés*, D. 2014, p. 1610, n°2.

pour non exécution par le débiteur de la dette. En termes de qualification, la lettre d'intention frôle la catégorie des sûretés pour s'insérer assurément dans celle des garanties. En second lieu, et parallèlement à la lettre d'intention, la garantie autonome<sup>418</sup> relève davantage de la catégorie des sûretés en ce qu'elle est rattachée à l'objet de la créance. Si le débiteur faillit à son obligation de rembourser la dette, le bénéficiaire peut appeler en garantie le garant qui devra exécuter la créance autonome, détachée de la créance initiale, en lieu et place du débiteur sans opposer une exception tirée du lien d'obligation principal entre le créancier et son débiteur. Elle est ainsi une forme décomplexée du cautionnement et n'est plus soumise aux règles considérées par la pratique comme excessives de protection de la caution et du débiteur (2).

### 1. La garantie d'un soutien au débiteur

57. ***Une utilisation de la lettre d'intention identique dans les trois modèles.*** L'importance de la rapidité de réaction dans le monde des affaires a imposé au débiteur de prouver avec promptitude sa capacité de paiement. Aussi la lettre d'intention<sup>419</sup> en droit français, de patronage (*Patronatserklärung*) en droit allemand, ou de confort<sup>420</sup> (*comfort letter*) en droit anglais est apparue. Il s'agit d'une lettre de confiance par laquelle « *un tiers exprime à un créancier, en des termes variables et parfois volontairement imprécis, son intention de soutenir son débiteur afin de lui permettre de remplir ses engagements* »<sup>421</sup>. Les termes variables et imprécis caractérisent la lettre d'intention<sup>422</sup> qui échappe alors au rigoureux formalisme du cautionnement, souvent plus long à mettre en place et plus contraignant pour les parties<sup>423</sup>. En pratique, la lettre d'intention est souvent utilisée par une société mère pour garantir son soutien, généralement financier, à une de ses sociétés

<sup>418</sup> Entendu dans son sens strict en français. Il ne s'agit pas d'une garantie autonome qui pourrait également englober le constitut et la délégation imparfaite mais de la garantie autonome telle qu'elle est prévue à l'article 2321 du code civil.

<sup>419</sup> La « lettre d'intention-sûreté », ici retenue est distincte de « la « lettre d'intention-projet de contrat » qui existe également dans la phase précontractuelle en droit français, sur cette dernière v. B. DONDERO, « Lettres d'intention : gare au coup de foudre... contractuel ! » *Gaz. Pal.*, 08 juillet 2014 n° 189, p. 5.

<sup>420</sup> A propos des nombreuses appellations de la lettre d'intention : V. not. A. SCHOLLEN, « Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ? », *Int. Bus. Law Journal*, 1994, n°7, p. 793.

<sup>421</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., p. 301, n°319.

<sup>422</sup> « Hence, a trap has developed : The more that is stated and assured in the comfort letter, the less flexibility it retains and the more likely it is that the courts will be willing to enforce the representations contained in these letters » R. SACASAS, « The comfort letter trap : parent companies beware », *Banking L.J.*, 1989, n°106, p.173. V. aussi R. SACASAS, D. WIESNER, « Comfort letters : the business and legal implications », *Banking L.J.*, 1987 n°104, p.313.

<sup>423</sup> « The one thing which is clear to the issuer of a comfort letter is that he does not intend to give a guarantee » M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort letters in English law and practice », *Int. Bus. Law Journal*, 1994, p.527, n°2.

contrôlées ou filiales qui souhaite obtenir un crédit. La pratique est la même dans les trois pays retenus<sup>424</sup> et les conséquences juridiques attachées à l'imprécision des termes le sont aussi<sup>425</sup>.

**58. Des difficultés similaires face à l'imprécision des termes utilisés pour déterminer la portée de l'engagement.** L'imprécision étant au cœur même de cette sûreté, le juge joue un rôle dans l'interprétation des termes de la lettre d'intention et, par voie de conséquence, de la portée de l'engagement pris par la société-mère. Tout d'abord, le juge devra identifier si la lettre d'intention rentre dans le domaine juridique ou si elle ne comporte qu'un « confort » moral<sup>426</sup>. Dans ce dernier cas, il n'y a absolument aucune conséquence juridique pour la société-mère qui ne s'engage à rien<sup>427</sup>. Si en revanche, les termes employés dans la lettre entrent, selon l'interprétation du juge, dans un cadre légal, alors le magistrat opérera une qualification de ces termes<sup>428</sup>. A compter de cet instant, la lettre d'intention sort du champ des relations d'affaires non juridiques pour intégrer celui du Droit et le degré d'engagement pris par la société mère va être analysé. Les trois modèles de systèmes réagissent identiquement sur la question de la détermination de la portée de l'engagement pris. S'il s'agit de tout mettre en œuvre pour permettre que la filiale ou fille obtienne un crédit, alors les moyens usités pour l'espèce sont libres. La qualification juridique de cet engagement sera une obligation de moyens en France et en Angleterre et une *Patronatserklärung* dite « molle » en droit allemand (ce qui revient à reconnaître une obligation de moyens dans la lettre de patronage). La preuve pèse sur l'auteur de la lettre qui, à défaut de démontrer les moyens mis en œuvre pour accorder confiance au débiteur, devra indemniser le créancier sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou de la *common law* pour le droit anglais et français et sur le fondement de

<sup>424</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort letters in English law and practice », *op. cit.*, p.528, n°5.

<sup>425</sup> Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation illustre les conséquences de l'imprécision des termes d'une lettre d'intention française et d'une lettre de patronage allemande en requalifiant l'engagement pris, v. Cass. Com. 17 mai 2011, n°09-16186, Bull. 2011, IV, n° 78.

<sup>426</sup> Sur la valeur juridique d'un engagement moral v. B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, chron. 111.

<sup>427</sup> « Such a letter has no legal significance because it is only an expression of the parent company's present intention and the company remains free to change its policy » J. R. LINGARD, « Comfort letters Under English law », *Int. Fin. L. Rev.*, 1986, p. 36.

<sup>428</sup> « malgré son caractère unilatéral, la lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, voire encore constituer un cautionnement ; il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en aurait proposée » Cass. Com. 21 déc. 1987, n°85-13173.

la *culpa in contrahendo*<sup>429</sup> pour le droit allemand. Enfin, si le juge constate une obligation de résultat comprise dans la lettre d'intention, alors la société-mère devra intervenir comme garant du débiteur et rembourser la dette de ce dernier ; la charge de la preuve lui incombera également. Dans ce dernier cas, la différence avec le cautionnement s'explique par le fait que l'émetteur prévient la défaillance du débiteur et ne se substitue pas à lui, contrairement au cautionnement, ce qui lui laisse le choix des moyens pour s'exécuter. En cas de défaillance de la société-mère ou de refus de sa part, dans les trois systèmes juridiques, le préjudice subi par le créancier sera réparé sur le fondement de la responsabilité contractuelle<sup>430</sup>. La distinction dans les termes employés entre une obligation de moyens ou de résultat est si délicate à identifier que les juges nationaux ont recours à des faisceaux d'indices. Outre l'interprétation de la volonté de s'engager à plus ou moins haut degré qui doit ressortir des termes, le droit allemand prend en compte le critère de l'engagement de donner (une aide financière généralement) qui permet au juge d'essayer de clarifier la situation et de qualifier une *Patronatserklärung* comme molle ou dure. En droit anglais, la temporalité joue un rôle important. Si l'acceptation du créancier vis-à-vis du débiteur est pris avant la rédaction de la *comfort letter* alors cette dernière ne sera au mieux qu'une obligation de moyens<sup>431</sup>. En droit français, la forme passive ou active de l'aide sert d'élément de graduation de la force de l'engagement de l'auteur de la lettre<sup>432</sup>. La question de l'incertitude de sa qualification s'est aussi posée, particulièrement en droit français. En effet, les droits allemand et anglais rattachent la qualification de la lettre d'intention à un engagement unilatéral qui relève dès lors du droit des obligations. En France, en revanche, le législateur de 2006 a introduit cette pratique dans le droit des

<sup>429</sup> § 311 alinéa 2, n°3 du BGB : « An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by : 3. similar business contacts. ». « One could succeed in recovering damages as soon as evidence of fault is proven; the link between the fault and the damage incurred must be established ». A. SCHOLLEN, « Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ? », *op. cit.*, p. 798.

<sup>430</sup> En droit allemand, sur le fondement de l'article §280 du BGB v. aussi B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 96-97. Pour le droit anglais, G. M. ANDREWS, R. MILLET, *Law of guarantees*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 586. Pour le droit français, v. M. Bourassin, V. Bremond, M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, p. 247 « L'émetteur d'une lettre d'intention qui n'exécute pas ou exécute mal ses obligations engage sa responsabilité civile contractuelle vis-à-vis du créancier. Il s'agit d'un cas de responsabilité contractuelle du fait personnel de l'émetteur (...) ».

<sup>431</sup> J. R. LINGARD, « Comfort letters Under English law », *op. cit.*, p.36.

<sup>432</sup> Not. : Cass. Com. 19 mars 1991, n°89-16464 Bull. 1991 IV n°110 p. 77; Cass. Com. 11 janv. 2005, n°02-12370 ; Cass. Com. 19 avril 2005, n°01-12347. Pour une divergence d'interprétation : Cass. Com. 20 fév. 2007, n°05-18882 Bull. 2007, IV, n°62 obs. PH. SIMLER, « L'hésitation était légitime », *D.*, 2007, p. 807 ; N. RONTCHEVSKY, « Faire le nécessaire », in *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 417.

sûretés<sup>433</sup> suite aux recommandations du Rapport Grimaldi<sup>434</sup>, qui après hésitations, a reconnu une certaine opportunité à cette intégration. La doctrine, quant à elle, fut plus divisée : « *En codifiant une pratique, le législateur lui aura ainsi fait perdre une grande part de son intérêt. Le législateur doit parfois savoir rester modeste* »<sup>435</sup>, « *Le devenir de la lettre d'intention est incertain* »<sup>436</sup>, « *c'est un coup dur porté aux lettres d'intention (...)* »<sup>437</sup>. Il ne semble pas que ce soit la codification de la lettre d'intention qui l'ait privée, *ipso facto*, de toute efficacité. Il semble que le législateur ne soit intervenu que pour définir ces pratiques, et non les encadrer<sup>438</sup>. Tout au plus est-il possible de reprocher au législateur français l'intégration de la lettre d'intention dans le champ d'application des règles issues des articles L. 225-35 alinéa 4<sup>439</sup> et L. 225-68 alinéa 2<sup>440</sup> du Code de commerce, ce qui restreint sa portée.

59. Malgré l'imprécision, la lettre d'intention est une sûreté à succès, commune aux trois modèles. Si la lettre d'intention continue de plaire aux juristes malgré le flou qui entoure sa qualification, c'est en raison de ses caractères : simple et rapide de constitution, sans coût et sécuritaire. La lettre d'intention apporte cet élément de sécurité dont ont besoin les créanciers en ce qu'elle se fonde directement sur l'honorabilité et la réputation de la société-mère. En cela, elle s'identifie fondamentalement au cautionnement qui retient la confiance en un tiers comme élément de sûreté. La société-mère a plus à perdre à ne pas exécuter sa lettre d'intention qu'à s'y obliger. Ce détachement vis-à-vis du principe de l'accessoire se retrouve également dans la garantie autonome. Cette autre sûreté personnelle, issue de la pratique, est commune aux trois modèles.

<sup>433</sup> Article 2322 du Code civil.

<sup>434</sup> M. GRIMALDI (dir.), *Rapport, op. cit.*, p. 8, b.

<sup>435</sup> D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, coll. Manuel, Paris, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°372.

<sup>436</sup> C. POMART, « La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 19.

<sup>437</sup> S. JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly Sociétés*, 01 juin 2007 n° 6, p. 668.

<sup>438</sup> En effet, dans le cadre des lettres d'intention, il est à noter qu'à part l'expression « engagement » qui pourrait laisser à repenser la qualification et le régime de la lettre d'intention, l'article 2322 ne fait que traduire une situation factuelle en place depuis plusieurs années.

<sup>439</sup> Article L. 225-35 alinéa 4 du Code de commerce : « Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers ».

<sup>440</sup> L. 225-68 alinéa 2 du Code de commerce : « Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent ».



## 2. La certitude d'une somme d'argent

60. Issue de la *promissio indemnitis*<sup>441</sup> ou *fidéjussio indemnitis*, la garantie autonome<sup>442</sup> en droit français, la *guarantee* ou le *contract of indemnity*<sup>443</sup> en droit anglais et le *Garantievertrag*<sup>444</sup> en droit allemand ont une source commune<sup>445</sup> et un fonctionnement contemporain identique. Cette garantie est attractive : elle est simple de constitution quelque soit le système juridique dans lequel elle est émise<sup>446</sup>, elle est reconnue dans de nombreux Etats<sup>447</sup>, elle peut garantir diverses obligations (tant qu'elles sont distinctes de l'objet principal de l'obligation) bien que la plus connue et répandue soit celle de paiement ; surtout, sa force réside dans l'impossibilité pour le garant d'opposer des exceptions issues du contrat principal. La seule difficulté qu'elle présente est d'ordre conceptuel. En effet, elle ne correspond pas aux standards internes des trois modèles ce qui a obligé à discuter de sa qualification<sup>448</sup>.
61. **La détermination de la garantie autonome.** La question de son appartenance au droit des sûretés s'est notamment posée bien que sa fonction de garantie ne soit en aucun cas

<sup>441</sup> M. CAMACHO DE LOS RÍOS, « *Promissio indemnitis* », *Rev. estud. hist.-juríd.*, Valparaíso nov. 2013, n°35 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 137, n°1.

<sup>442</sup> Article 2321 du Code civil. V. en jurisprudence not. : « L'engagement de payer, dans la limite d'un montant, toute somme réclamée par le bénéficiaire sous pouvoir différer le paiement ni soulever d'exception consiste en une garantie autonome » (la garantie autonome s'identifie par rapport à l'objet) Cass. Com. 12 juillet 2005 n°03-20365 Bull. 2005 IV n°161 p. 172 et « la demande formulée par le bénéficiaire de la garantie, s'analysait en un appel motivé par l'inexécution par le débiteur de ses obligations, de sorte que les garants à réception de cette demande ne pouvaient en différer le paiement ni soulever d'objection, (...) » (la garantie autonome s'identifie par rapport à la procédure) Cass. Com., 5 oct. 2010, n° 09-14673.

<sup>443</sup> T. C. HARTLEY, *Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume-Uni et en Irlande*, op. cit., p. 12, n°10 ; D. G. BUI, *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, op. cit., p.36, n°47.

<sup>444</sup> § 305 du BGB (rattaché à la liberté contractuelle).

<sup>445</sup> La garantie autonome, dans les trois systèmes, « revêt la nature d'une promesse de gage-espèces consentie en garantie de la dette d'autrui » PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles*, op. cit., n°343.

<sup>446</sup> L. AYNÈS, *Rapport français*, in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les garanties de financement*, op. cit., p. 375 et s.

<sup>447</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., p. 249, n°270, note 1.

<sup>448</sup> A ce sujet, voir not. en droit français : PH. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, n°848 et s ; C. JUILLET, « Le critère de distinction du cautionnement et de la garantie autonome », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 51, 23 Décembre 2010, p. 2124. En droit anglais : *Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure* (1881) 19 Ch. D. 478; *Garrard v. James* (1925) 1 eg. 616 cité et expliqué par T. C. HARTLEY, *Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume-Uni et en Irlande*, op. cit., p. 12, n°20. En droit allemand : Boetius, *Der Garantievertrag*, Diss München, 1966, pages 15 et s., cité par P. ANCEL, *Les sûretés non accessoires en droit français et en droit comparé*, Thèse Dijon, 1981, n°135 ; T. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, D&R Partner, 1990, p. 112, n°346 et s.

remise en question. L'autonomie dont fait preuve la garantie autonome<sup>449</sup> vis-à-vis de l'objet de l'obligation du garant et des exceptions découlant de celle-ci pourrait effrayer n'importe quel garant. En réalité, cette sûreté se développe dans les relations internes des trois modèles étudiés<sup>450</sup> en raison justement de cet avantage qui fait son inconvénient : la garantie autonome est une évaluation forfaitaire indépendante de toute créance et de toute défaillance<sup>451</sup>. Il est vrai que la garantie autonome a souvent intrigué en ce qu'elle peut être une forme dérivée du cautionnement allemand dit « à première demande »<sup>452</sup>. Ce cautionnement se métamorphose en garantie autonome lors de l'appel de la caution car le tiers ne peut soulever aucune exception inhérente à la dette et est contraint de payer tel qu'il s'y était engagé. Le cautionnement à première demande reste cependant une sûreté personnelle traditionnelle accessoire lorsqu'au moment des recours, une fois la dette du débiteur réglée, le tiers peut de nouveau opposer au créancier toutes les exceptions issues de la dette. Il n'est donc pas complètement détaché de tout lien d'accessoire avec la créance initiale et ne peut dès lors être qualifié de garantie autonome. En France, l'intérêt porté à cette sûreté a fait poser la question d'une « *place pour une garantie hybride* »<sup>453</sup>, tandis que certains la considéraient déjà comme un « *monstre juridique* »<sup>454</sup>. La Cour de cassation, avant 2006, tranchait le contentieux en qualifiant la sûreté de cautionnement ou de garantie autonome, sans envisager une alternative entre les deux<sup>455</sup>. En ce sens, la Commission Grimaldi n'avait proposé de ne codifier que l'actuel premier alinéa de l'article 2321 du Code civil. Le législateur a tenu à rajouter le second, ce qui ne va pas dans le sens d'une codification pertinente de la garantie autonome puisque cela restreint la souplesse qu'elle apporte<sup>456</sup>. La garantie autonome est bien une sûreté à part entière, distincte du cautionnement même à première demande. Son détachement complet vis-à-

<sup>449</sup> A. PRÜM, « L'autonomie des garanties à première demande », *RD banc. et fin.*, mai-juin 2006, p. 13

<sup>450</sup> Avec cependant un frein en droit français dès lors que le garant dirigeant est soumis à une procédure de sauvegarde ou redressement judiciaire (article L. 622-28 et article L. 626-11 du Code de commerce) puisque dans ce cas, le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome à son encontre ne peut la lui exiger. Par ailleurs, le droit français l'interdit également pour les crédits à la consommation et la restreint fortement pour les particuliers.

<sup>451</sup> A condition que l'appel ne soit pas abusif, v. Cass. Com., 31 mai 2016, n°13-25509, Publié au Bulletin.

<sup>452</sup> A. RHOMERT, « Le cautionnement à première demande en droit allemand – une sûreté hybride », *RD Bancaire et Bourse*, 1994, p. 122 ; pour un ex. v. BGH, 31 janv. 1985, WM 1985, p. 511.

<sup>453</sup> A.-S. BARTHEZ, « Cautionnement ou garantie autonome ? N'y aurait-il pas une place pour une garantie hybride ? », *LPA*, 17 mai 2004, p. 8.

<sup>454</sup> L. AYNES, P. CROCCO, *Les sûretés La publicité foncière, op. cit.*, n°123.

<sup>455</sup> Cass. Com., 8 octobre 2003, n°01-10144, JCP G 2004, I, 141, n°8 ; Cass. Com., 2 octobre 2012, n°11-23401, obs. PH SIMLER, *JCP E* 2012, 1748, n°12,

<sup>456</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière, op. cit.*, p. 286, n°306.

vis du principe de l'accessoire conduit à un fonctionnement identique dans les trois modèles.

**62. *Fonctionnement identique de la garantie autonome dans les trois modèles.*** Les mêmes règles s'appliquent dans les trois modèles. La constitution de la garantie autonome doit être claire et dénuée de toute référence pouvant la requalifier en cautionnement. Quant à son régime et plus particulièrement aux recours du garant à l'encontre du bénéficiaire, les voies de droit commun lui sont ouvertes. Plus précisément, dans la mesure où elle est intégralement détachée de la créance, le garant pourra contester son appel auprès du donneur d'ordre sur le fondement de la convention qui les lie. A l'encontre du garant et du bénéficiaire, le donneur d'ordre, qui parfois n'est pas lié juridiquement (en raison d'un contre-garant par exemple) peut au surplus exercer une revendication sur le fondement de l'enrichissement sans cause, *culpa in contrahendo* ou *equitable interest*. Le fonctionnement de cette sûreté est ainsi le même d'un système juridique à l'autre, tant dans la phase de constitution, de qualification en cas de contentieux devant les tribunaux que lors de la phase de post-réalisation de cette sûreté, au niveau des recours entre les protagonistes à la garantie autonome. La garantie autonome est véritablement dupliquée d'un modèle à l'autre. Par ailleurs, son utilité dans les relations commerciales transfrontières n'est plus à prouver au point que certaines organisations internationales<sup>457</sup> ou regroupement d'Etats<sup>458</sup> autour d'un droit commun l'ont harmonisée. Il est cependant regrettable que l'Union européenne ne se soit pas plus investie dans l'établissement et/ou la transposition de règles uniformes relatives à la garantie autonome. Ce refus explique en grande partie les difficultés rencontrées dans les trois modèles étudiés pour garder la force d'abstraction indispensable de cette technique tout en l'encadrant dans les relations commerciales purement internes.

**63.** La crainte d'un excessif recours à la garantie autonome dans les relations internes a pu inquiéter mais soulève surtout une certaine appréhension quant à l'attractivité du cautionnement. Si la garantie autonome lui est préférée, ce qui n'est pas le cas à l'heure

---

<sup>457</sup> Pour une réglementation internationale voir les Règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) relatives aux Garanties sur Demande Document n°758 révisé en 2010 ; CNUDCI, Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by signée à New York en 1995 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000. Sur ce sujet v. B.-G. SABEH AFFAKI, *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, thèse Paris-Assas, 1995.

<sup>458</sup> Acte Uniforme révisé portant organisation des Sûretés, Journal Officiel n°22 du 15/02/2011, entré en vigueur le 16 mai 2011, article 39 à 49 (voir spéc. l'article 41 qui décrit les mentions obligatoires que doit contenir une garantie autonome).

actuelle, c'est qu'elle est le marqueur d'une défaillance du cautionnement. Cette défaillance pourrait s'expliquer par la difficile capacité du cautionnement à répondre à la fonction première de la sûreté : la sécurisation rapide de la confiance spontanée du créancier. Or, à l'heure actuelle, les législateurs des trois modèles, portés par un vent de protection du débiteur et de la caution, accroissent (à l'excès ?) la régulation du cautionnement. L'abstraction de la garantie autonome, dans les trois systèmes juridiques, est en cela non seulement la preuve d'une convergence fonctionnelle des nouvelles techniques de sûretés mais peut-être aussi le témoin d'un affaiblissement des sûretés traditionnelles, non en raison d'un désintérêt de la pratique pour celles-ci (ce désintérêt n'est au mieux qu'une conséquence) mais plutôt à cause d'un excès de régulation confus nuisible aux sûretés.

## **Conclusion du Chapitre**

64. A l'issue de cette approche comparative des techniques de sûretés utilisées dans les grands modèles européens, certains préjugés se révèlent inexacts. Tout d'abord, il n'apparaît pas qu'il y ait une compétition entre les sûretés traditionnelles et les nouvelles formes de sûretés. Une mutation s'opère, soit par une diversification des techniques de sûretés (le recours à la propriété notamment), soit par un aménagement de certaines sûretés traditionnelles (l'hypothèque rechargeable ou le gage de stock par exemple). Ces deux formes de mutation font tomber un autre préjugé, celui de l'immobilisme français face à des changements sociétaux et juridiques. Le droit français des sûretés a toute sa place dans les relations économiques internationales puisque ces techniques de garanties sont similaires, voire analogues à celles d'autres Etats européens. Enfin, il apparaît au cours de cette approche comparative qu'un dernier préjugé n'est juridiquement pas fondé. Celui de l'impossibilité de rapprocher les droits nationaux européens autour d'une harmonisation ou d'une unification en raison de la différence de traditions juridiques. En matière de sûretés, la fonction de sécurisation de la confiance de l'instrument est la seule chose qui importe aux praticiens. Or, il a été vu que cette fonction ne varie pas d'un système à l'autre car le besoin d'avoir une confiance absolue dans la réalisation de la sûreté grâce à un instrument fiable est commun aux trois modèles. Ce même objectif des juristes explique cette similitude des sûretés traditionnelles et cette analogie des nouvelles techniques de sûretés. Cependant, dans la mesure où les législateurs nationaux ont mis en place des moyens de régulation des sûretés aux portées variables, les mêmes instruments de garantie ont une efficacité différente.



## CHAPITRE II. La différence des moyens de régulation

65. Les sûretés relèvent de la confiance, laquelle s'illustre principalement lors du choix de l'instrument de garantie qui couvre le prêt accordé. Cependant, les relations entre cocontractants, tant lors de la constitution que de la réalisation de la sûreté sont parfois peu honnêtes car « *en affaires, ... trompe qui peut !* »<sup>459</sup>. Aux fins de régulation de la confiance dans le cocontractant, un principe indéterminable<sup>460</sup> de confiance légitime s'est dessiné dans les législations anglaise, allemande et française. Ce principe permet de réguler les rapports dits de force et de rétablir un équilibre conforme à l'ordre social et économique, voulu par chaque modèle grâce aux diverses applications de la confiance légitime<sup>461</sup>. Les sûretés ne sont alors plus exactement la loi des parties et ce, au stade de la naissance de la sûreté comme lors de sa mise en œuvre. Ces dernières doivent respecter les engagements tenus sous peine de nullité ou d'inopposabilité de leurs sûretés. Par une approche fonctionnelle<sup>462</sup>, il peut être observé deux effets de ce principe sur les droits des sûretés allemand, anglais et français. Tout d'abord, ce principe est appliqué de façon variable dans les trois modèles, il existe alors des différences entre les modèles selon le degré de protection souhaité par le législateur, ce qui influe sur l'efficacité de la sûreté. Mais, malgré cette divergence d'application et ses nombreuses ramifications, deux principaux vecteurs se détachent de ce principe dans le cadre de la régulation du droit des sûretés dans les trois modèles. Il s'agit du principe de bonne foi qui intervient dans la régulation des sûretés personnelles (Section 1) et du principe de cohérence procédurale qui régule les sûretés réelles par la publicité (Section 2).

<sup>459</sup> M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir.) *La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires Actes, Dalloz, 2008, p. 36.

<sup>460</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Rapport Général » in Société de Législation Comparée, *La confiance légitime et l'estoppel*, 2007, Vol. 4, p. 49.

<sup>461</sup> Il s'agit par exemple de la sécurité juridique, v. Cour constitutionnelle fédérale, 1961, BVerfGE, tome 13, p. 215. O. PFERSMANN, « Regards français » in M. FROMONT, (dir.) *Les cinquante ans de la République Fédérale d'Allemagne*, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2000, p. 131 ; Cour de cassation, « Rapport Général », M. PINAULT (dir) *Rapport du groupe de travail n°1 sur l'Incertitude et la Sécurité juridique*, de la bonne foi v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Rapport Général », *op. cit.*, p.11, de la loyauté ( mais tout dépend si l'on distingue la bonne foi de la loyauté. A ce sujet, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., p. 68. ; M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *RDC*, 2012, n°4, p. 1430), de la proportionnalité, des bonnes mœurs, de l'obligation d'information ainsi que des concepts de *reliance*, *legitimate expectations*, *Vertrauensschutz* v. P. JUNG, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », *op. cit.*, p. 31 et s.. Ces composants de la confiance légitime sont sanctionnés par l'*estoppel* (première décision reconnaissant l'estoppel : *Central London Property trust v. High Trees House*, 1947, K.B. 130. J. A. WEIR, « Droit des contrats » in J.A. JOLOWICZ, A. TUNC, *Droit anglais*, Précis Dalloz, 2<sup>nd</sup> éd., 1992, p. 127, n°176), la *Verwirkung*, la *culpa in contrahendo* ou encore la doctrine du *venire contra factum proprium*.

<sup>462</sup> Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse » in Travaux de l'association Henri Capitant, *La bonne foi (Journées Louisianaises)*, Paris, Litec, 1992, t. 43, p. 9.

## Section I. La régulation des sûretés personnelles par la bonne foi

66. La bonne foi est présente en France<sup>463</sup> et en Allemagne<sup>464</sup>, naturellement, en raison des origines romano-germaniques<sup>465</sup> de ces deux Etats, mais également au Royaume-Uni<sup>466</sup>. Cependant, la bonne foi ne semble pas spontanée<sup>467</sup>. Par ailleurs, en matière de sûreté personnelle, le contrat conclu « n'est traditionnellement pas de bonne foi »<sup>468</sup>. Le cautionnement sera la seule sûreté personnelle envisagée ici puisque le principe de l'accessoire impose une protection du garant, lequel s'engage pour autrui et non en raison d'un contrat distinct de celui du débiteur. Toutefois, il faut mesurer ces propos puisqu'en droit français la garantie autonome commence également à être prise en compte par les politiques de surendettement puisque l'article L. 314-19 du Code de la consommation interdit son usage pour les crédits mobiliers ou immobiliers régis par le Code de la consommation<sup>469</sup>. Les trois modèles ont mis en place des normes de protection du garant principalement, et du constituant parfois, afin d'assurer une bonne foi. Toutefois, la bonne foi est un « caméléon »<sup>470</sup>. Pour Monsieur le Professeur Le Tourneau il s'agit

<sup>463</sup> Nouvel article 1104 du Code civil. V. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, n°184.

<sup>464</sup> *Treu und Glauben* en droit allemand. V. les articles § 138 et § 242 du BGB.

<sup>465</sup> R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 47 ; F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition de la civil Law », *RIDC*, 1998, p. 1072.

<sup>466</sup> « cela contredit l'idée largement véhiculée selon laquelle la notion de bonne foi est étrangère au droit anglais » S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012, p. 296, n°435. Pendant longtemps il a été estimé que le droit anglais ne connaissait pas la bonne foi « il est des contrées où les idées de la saine morale ont été (...) obscurcies et étouffées par un vil esprit de commerce » propos attribués à Portalis cité par P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. XIV, p. 119. V. aussi la décision *Walford v. Miles*, 1992, 2 AC, 128 et le commentaire de LORD BINGHAM au sujet de la décision *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1989, QB 433, p. 439. Cette notion a même une force légale depuis la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs JOCE L 95/29 du 21/04/93 qui a amené à l'article 5 1) l'*Unfair terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 qui reconnaît la notion de *good faith*. V. aussi *Director General of Fair Trading v. First National Bank pl.*, 2001, UKHL, 52, 1 AC ; L. KOFFMAN, E. MACDONALD, *The Law of Contract*, Oxford University Press, 7<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 264, n°11-39 et s. ; R. STONE, J. DEVENNEY, *The Modern Law of Contract*, Routledge, 11<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 268.

<sup>467</sup> D. POHE-TOKPA, « La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail », in *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, pp.493-511, spéc. n°1-10.

<sup>468</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°75.

<sup>469</sup> Sous peine, semble-t-il d'après la doctrine, puisque le texte est silencieux, de nullité et non de requalification de l'engagement. L'ordonnance du 14 mars 2016 n°2016-301 relative à la partie législative du Code de la consommation JO 16 mars 2016 n'a en ce sens rien éclairci.

<sup>470</sup> Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 1 et ce malgré la définition d'A. ARPINATE, De Off.3, 17 cité par J.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 45 « tous les sentiments honnêtes d'une droite conscience, sans exiger raffinement de délicatesse qui pousse le désintéressement jusqu'au sacrifice ; la loi bannit des contrats les ruses les manœuvres astucieuses, les procédés malhonnêtes, les calculs frauduleux, les dissimulations et les simulations perfides, la malice enfin



d'une « exigence juridique de bonne foi (qui) se dédouble en une obligation de loyauté<sup>471</sup>, et en une obligation complémentaire de coopération »<sup>472</sup>. La bonne foi en matière de sûretés peut conserver cette dichotomie. Mais si la régulation imposée par les Etats par le devoir de loyauté semble opportune (§I), il n'en est pas de même de l'obligation de coopération, laquelle semble aller à l'encontre de la logique des sûretés en obligeant une des parties à être à la fois juge et partie (§II).

### **§I. La régulation opportune par le devoir de loyauté**

67. « Alors que la « loyauté du contractant » tend à individualiser des situations concrètes, la « loyauté contractuelle » permet, à partir de cas d'espèce déterminés, de dégager des règles d'exécution valables pour tous les contractants »<sup>473</sup>. L'Allemagne, le Royaume-Uni et la France ont ainsi régulé les rapports entre les parties à un cautionnement en édictant des règles relatives à tous les mêmes contrats de sûretés. Il s'agit ainsi d'une régulation par la loyauté contractuelle (A). Egalement, une autre forme de régulation existe par l'insertion de règles spécifiques selon la qualité d'un des cocontractants, il s'agit alors d'assurer la loyauté du contractant (B).

#### **A. Manifestation de la loyauté contractuelle par l'exigence d'un écrit avec mentions**

68. L'essor des contrats types et des contrats d'adhésion<sup>474</sup> nuit à l'individualisation de la relation entre créancier et constituant puisque l'un, généralement le second, sera contraint d'accepter ou de refuser, sans pouvoir négocier, la sûreté que lui propose l'autre, son créancier. En réponse à ce phénomène, les systèmes juridiques approchés ont bâti un

---

*qui, tout en se déguisant sous les apparences de la prudence et de l'habileté, spéculé sur la crédibilité, la simplicité et l'ignorance ».*

<sup>471</sup> Contra pour une assimilation de la bonne foi à la loyauté : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, op. cit. loc. cit. ; M. FABRE-MAGNAN, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », op. cit. loc. cit. ; J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.*, 1986, p. 101.

<sup>472</sup> PH. LE TOURNEAU, *L'éthique des Affaires et du management au XXIème siècle Essai*, Dalloz Dunod disponible en ligne sur le site philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires (consulté le 25 mai 2014) ; P. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, *Bonne foi*, Rép. Civ. Dalloz, 2009, (actualisé 2014), n°1-21).

<sup>473</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, t. 208, p. 83, n°65.

<sup>474</sup> « Les contrats types sont des formules contractuelles rédigées par des organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu. Le contrat d'adhésion est le contrat dont le contenu n'est pas négocié par les parties mais élaboré ou proposé par l'une à l'autre, laquelle n'a d'autre possibilité que de l'accepter ou de le refuser en bloc. Le contenu du contrat d'adhésion peut consister en la reprise, facultative ou obligatoire, d'un contrat type » TH. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, 31 mars 2015, p. 199.

formalisme type obligatoire à respecter sous peine de nullité des clauses contractuelles litigieuses ou du contrat dans son entier. Dans le cadre des sûretés personnelles, le développement de contrats-types et de contrats d'adhésion de sûretés permet l'insertion de règles visant à assurer la loyauté contractuelle avant même la souscription d'une sûreté. Par ailleurs, une interprétation identique de certains contrats de sûreté permet, une fois la sûreté conclue, de faire respecter les mêmes obligations aux parties.

**69. *La loyauté contractuelle protégée par l'exigence d'un écrit pour le cautionnement dans les trois modèles.*** Dans le cadre des sûretés personnelles traditionnelles, les formalités de l'acte constitutif sont assez proches dans chaque modèle en raison de la protection commune que les législateurs allemand, anglais et français ont souhaité donner au garant. Malgré le principe de l'autonomie de la volonté et le consensualisme qui irriguent le droit privé de chaque modèle, le cautionnement est communément constitué par un écrit pour être valable, sous peine de nullité<sup>475</sup>. Il est ainsi prévu par le droit anglais dans le *Requirements of Writing Act* de 1995<sup>476</sup>, à l'article § 766 du BGB<sup>477</sup> en droit allemand et à l'article 2015 du Code civil en droit français. Cet écrit constitutif est toujours requis à peine de nullité pour remplir deux objectifs. Le premier vise à garantir à la caution un moyen de preuve des modalités de son engagement en cas de litige lors de la réalisation de la sûreté. Le second objectif est d'avertir la caution du caractère risqué de son engagement. L'écrit est ainsi indispensable dans les trois modèles pour attester de la compréhension par la caution de l'engagement qu'elle prend mais ce sont les mentions requises qui varient selon le degré de protection de la loyauté contractuelle adopté par le législateur.

**70. *En droit allemand et français, la protection de la loyauté contractuelle est également assurée par les mentions exigées dans l'acte de cautionnement.*** En droit anglais, l'écrit est certes indispensable mais ensuite seule la signature manuscrite du garant ou de son représentant l'est à peine de nullité<sup>478</sup>. Nulle autre mention spécifique n'est exigée, la simplicité est gage d'efficacité<sup>479</sup>. La loyauté contractuelle est davantage protégée en droit

---

<sup>475</sup> C. LE GALLOU, « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, 2015, n° 131, au sujet des arrêts Cass. 1<sup>ère</sup> Civ, 9 juill. 2015, n° 14-21.763, P+B ; Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 9 juill. 2015, n° 14-24.287, P+B.

<sup>476</sup> Section 2, Point 2, n°1 du *Requirements of Writing Act*.

<sup>477</sup> Sauf exception pour les relations coutumières d'affaires (§350 BGB).

<sup>478</sup> Section 4 du *Statute of Fraud* de 1677.

<sup>479</sup> « *One of the advantages of the English law of contract is its lack of formality* » J. DE LACY, *The Reform of UK Personal Property Law Comparative perspectives*, op. cit., p.164.

allemand et français. Les législateurs nationaux exigent la présence d'essentialia negotii, lesquels en droit allemand sont éparpillés dans le BGB<sup>480</sup> mais sont similaires aux exigences requises par les articles L.331-1 à - 3 du Code de la consommation français. Au surplus, l'article § 305 alinéa 1 du BGB relatif aux conditions générales d'affaires dans les contrats permet de lutter contre les clauses abusives<sup>481</sup>. Ces mentions obligatoires permettent non seulement de lutter contre les rajouts de clauses, souvent abusives, de l'une des parties, généralement le créancier banquier, et également d'assurer, même fictivement, une connaissance par la caution de la portée de son engagement. Selon l'article § 125 du BGB et L.343 -1 et - 2 du Code de la consommation, ces mentions sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte<sup>482</sup>. Par ailleurs, si les mentions obligatoires sont respectées mais qu'il existe toutefois un défaut de loyauté contractuelle, qui pourrait entraîner un déséquilibre significatif, les deux modèles sanctionnent ces clauses sur le fondement du Vertrauensschutz<sup>483</sup> et du déséquilibre significatif en droit français. En effet, la réforme du 1<sup>er</sup> octobre 2016 a inséré dans le Code civil l'article 1171, qui dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». La portée et le domaine vastes de cette disposition permettent de « supposer que ce texte bénéficiera d'un grand succès dans le contrôle d'à peu près toutes les clauses susceptibles de gêner un contractant subissant un contrat d'adhésion, et notamment, les contrats de distribution, de crédit, voire d'assurance, selon l'interprétation qui sera retenue de l'article 1110 du Code civil »<sup>484</sup>. Toutefois, l'absence de conciliation avec les règles relatives aux clauses abusives issues du Code de la consommation (L.212-

<sup>480</sup> B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 82-86 et p. 161 ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to German Law*, 3<sup>ème</sup> éd., 1998, p. 371.

<sup>481</sup> V. ancien article L.132-1 du Code de la consommation abrogé par l'ordonnance du 14 mars 2016, *préc.* : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » ; Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 v. Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011, p. 415. Nouvel article L.212-1 du Code de la consommation créé par l'ordonnance du 14 mars 2016 *préc.* : « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

<sup>482</sup> § 125 du BGB ; Article L. 341-2 et L.341-3 du Code de la consommation. V. aussi : Cass. com. 5 février 2013, n°12-11720.

<sup>483</sup> B. FAGES, « Existe-il un Vertrauensschutz en droit français des contrats ? », in B. FAUVARQUE-COSSON, P. JUNG (dir.), *La confiance*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>484</sup> D. MAINGUY, « §4 Clauses abusives », in D. Mainguy (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, disponible sur le site daniel-mainguy.fr (consulté le 10 juillet 2016) ; L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p.22.

1 et -2) et du Code de commerce (L.442-6, I, 2°) va éventuellement soulever des difficultés et les sûretés seront entachées d'une nouvelle quête de justice contractuelle, souvent peu propice à la matière. En droit anglais, l'absence de formalisme soulève des difficultés pour les magistrats lors de l'interprétation de la volonté des parties. Ainsi, comme la considération est une condition indispensable pour que l'accord soit valide, si elle n'est pas suffisamment claire, les juges anglais requalifient le contrat de cautionnement en garantie autonome, comme en témoigne par exemple l'affaire *Actionstrenght v. International Glass Engineering*<sup>485</sup>. En droit anglais l'information faite à la caution est davantage appréciée lors de l'interprétation, tandis que les législateurs allemand et français ont quant à eux progressivement construit un véritable formalisme type de cautionnement où l'autonomie de la volonté n'a plus lieu d'être afin de se prémunir contre les défaillances de loyauté contractuelle qui remettent en question les engagements. Malgré ce formalisme de plus en plus précis, la loyauté contractuelle dans le contrat de cautionnement est souvent superficielle. En réponse à cette situation, et pour rééquilibrer un contrat de cautionnement considéré comme désavantageux pour la caution, les magistrats allemand et français ont développé une interprétation type fondée sur la loyauté contractuelle. Au stade de l'interprétation du contrat de sûreté, les droits anglais, allemand et français ont donc le même degré de protection.

**71. *L'interprétation type est une interprétation complétive, similaire dans les trois modèles.***

Cette forme d'interprétation type visant à protéger la loyauté contractuelle doit être distinguée de l'interprétation classique qui sert à pallier l'absence involontaire d'une clause dans un contrat, et qui correspond aux attentes d'une personne raisonnable et à l'esprit du contrat<sup>486</sup>. L'interprétation complétive est celle qui permet de faire respecter la loyauté contractuelle lors de l'interprétation des contrats de sûretés et elle est présente dans les trois systèmes. En droit français, « *la loyauté contractuelle correspond à une règle d'interprétation dotée d'une fonction complétive et ressort, à ce titre, de l'article 1135 du Code civil* »<sup>487</sup>. En droit anglais, la loyauté contractuelle se traduit par la notion

---

<sup>485</sup> *Actionstrenght v. International Glass Engineering*, 2003, AC 541 V. plus gén. *The Law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland*, Studies, Commission des communautés européennes, Approximation of legislation series, 1976, n°28, p. 14.

<sup>486</sup> En droit anglais : H. COLLINS, *The Law of Contract*, Cambridge University Press, 2008, 4<sup>ème</sup> éd., p. 239. En droit allemand : § 157 du BGB et décision BGH 18 déc. 1954, NJW 55 p. 337.

<sup>487</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 294, n°432 et s.. V. les nouveaux articles 1188 à 1192 du Code civil tel qu'issu de la réforme sur l'interprétation des contrats.

des *implied terms*<sup>488</sup>, ce que le droit allemand nomme *Ergänzende Vertragsauslegung*<sup>489</sup> (interprétation complétive) et fonde sur l'article § 157<sup>490</sup> et parfois § 133 du BGB<sup>491</sup>. Avec l'interprétation complétive, les trois modèles visent à faire respecter une loyauté contractuelle, c'est-à-dire à rééquilibrer le contrat jugé déloyal pour l'une des parties, même en l'absence de clause manquante dans le contrat et en présence d'un contrat valide<sup>492</sup>. L'interprétation complétive surpasse l'interprétation classique en ce qu'elle se détache davantage du contrat pour imposer une interprétation en fonction de l'objectif de loyauté et de bonne foi attendu. En effet, les juges anglais par exemple, n'hésitent pas à annuler de nombreux contrats de cautionnement considérés comme *unfair*. En raison du peu de formalisme qu'impose le droit anglais, il est aisé de remettre en cause la validité de l'engagement de la caution<sup>493</sup>. Les *implied terms* servent ainsi à introduire des obligations de loyauté dans le contrat. Pourtant, jusqu'à la décision *Adde Associated Japanese Bank (International) Ltd v. Crédit du Nord* de 1989<sup>494</sup>, les juges anglais interprétaient le contrat en faveur de la *business efficiency* de celui-ci, c'est-à-dire de son efficacité économique. Ainsi, jusque dans les années 1990 « les juges ne protègent pas, par ce mécanisme, la relation qui unit les contractants (...) ils se bornent à répartir, entre les parties, les risques inhérents au contrat, afin de lui donner son efficacité économique »<sup>495</sup>. Cela a complètement changé et les magistrats anglais ont maintenant la même interprétation complétive que leurs homologues allemand et français. Les juges britanniques vont jusqu'à interpréter variablement l'obligation d'information selon la

<sup>488</sup> P. S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, 5<sup>ème</sup> éd., Clarendon Press, 1995, p. 213 qui assimile les *implied terms* à une forme de bonne foi. Dans le même sens : R. AUSTEN-BAKER, « Implied Terms in English Contract Law », in L. A. DIMATTEO, Q. ZHOU, S. SAINTIER, K. ROWLEY (dir), *Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp. 225-239, spéc. 226. Contra PH. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Dalloz, 2005, Vol. 46, p. 206, n°104 et s.

<sup>489</sup> L'*Ergänzende Vertragsauslegung* a été affirmé en 1915 dans la décision RG, 19 juin 1915, RGZ 87, p. 211 et s.

<sup>490</sup> § 157 du BGB : « Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration. ».

<sup>491</sup> B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Dalloz, 2001, p. 437, n°1521 et s. ; B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, op. cit., p. 138 et s.

<sup>492</sup> E. MCKENDRICK, *Contract Law Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 342. L'auteur précise que cela soulève d'importantes interrogations puisque cette interprétation complétive n'a aucune source. Le Parlement comme les magistrats ne se fondent sur aucune base juridique pour intervenir dans les contrats sauf, sur le fondement de considération de politiques publiques.

<sup>493</sup> B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, op. cit., p. 161.

<sup>494</sup> Decision *Adde Associated Japanese Bank (International) Ltd v. Crédit du Nord*, 1989, 1 WLR 255, p. 263.

<sup>495</sup> S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, op. cit., p. 295, n°434. La décision *The Moorcock* de 1889 (*The Moorcock* 14 PD 64 CA p. 68) a fondé l'interprétation du contrat en faveur de la *business efficiency*.

qualité du garant et ont à ce titre créé un véritable régime jurisprudentiel pour les *vulnerable sureties* c'est-à-dire les sûretés personnelles (cautionnement) conclues par des personnes considérées comme plus faibles<sup>496</sup>. Les magistrats allemands interprètent également les contrats de cautionnement en faveur de la caution<sup>497</sup> en recourant aux articles § 157 et parfois § 133 et 242 du BGB. La situation est naturellement la même en droit français, mais une remarque doit être cependant précisée sur les règles d'interprétation laissées à la discrétion des magistrats.

72. ***Les critères de l'interprétation complétive varient d'un système à l'autre.*** Les magistrats allemands obéissent aux règles précises d'interprétation définies par la Cour fédérale allemande dans une décision de 1954, qui sont fondées sur les critères objectifs de loyauté et de bonne foi<sup>498</sup>. Les juges anglais sont également limités dans l'interprétation complétive en ce qu'elle ne doit pas aller à l'encontre de la commune intention des parties<sup>499</sup>. En droit français, l'interprétation est officiellement casuistique. Mais progressivement, les juges français ont introduit un concept assez clair de bonne foi qui leur permet non d'interpréter de façon *ad hoc* chaque contrat mais de se référer à un principe global unifié. Depuis l'adoption du projet de réforme du droit des obligations, apparaît maintenant en droit français des directives d'interprétation objective, entre autres pour les contrats types et les contrats d'adhésion<sup>500</sup>.
73. En somme, les contrats types se développent identiquement en droits allemand et français, mais différemment en droit anglais. En revanche, les interprétations « types » en la matière poursuivent dans les trois droits le même but, à savoir une protection renforcée du garant grâce à une interprétation complétive.

<sup>496</sup> Il s'agit surtout de l'épouse d'un garant. Une véritable jurisprudence s'est développée pour protéger les conjoints d'un garant (*vulnerable spouse*) *Royal Bank of Scotland plc v. Etridge*, 2002, 2 AC 773 E. MCKENDRICK, *Contract Law Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 670 ; C. LEBON, « Vorlagebeschluss of June 29, 1999 — The Protection of "Vulnerable Sureties" as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law », *European Review of Private Law*, 2001, Issue 2/3, pp. 417-440 ; O. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, 2007, Vol. 5, p. 358 et s.

<sup>497</sup> F.-X. LICARI, *Lamy Droit des sûretés*, 520-17.

<sup>498</sup> Cour fédérale allemande, décision du 18 déc. 1954 v. B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, *op. cit.*, p. 141 (d).

<sup>499</sup> E. PEEL, *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 2015, pp. 202-3.

<sup>500</sup> V. les articles 1188 à 1193 du projet de réforme du droit des contrats. V. aussi O. DESHAYES, « L'interprétation des contrats Observations et propositions de modifications » in *La Semaine Juridique*, Ed. G., Supplément au n°21, 25 mai 2015, p. 39-42. V. surtout : TH. REVET, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrat d'adhésion », *op. cit.*, p.199.

## B. Manifestation de la loyauté du contractant par l'obligation d'information

74. *La sanction commune aux trois modèles d'un défaut d'information lors de la constitution d'un cautionnement sur le fondement du vice du consentement.* Le droit allemand<sup>501</sup> et le droit anglais<sup>502</sup> se fondent sur l'erreur c'est-à-dire la *misrepresentation* en droit anglais telle que prévue dans le Misrepresentation Act 1967<sup>503</sup> ou le *Rechtsfehler* en droit allemand pour sanctionner le défaut d'information de la caution. Si le créancier avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance d'éléments importants, qui, sans ces derniers, ont induit la caution en erreur sur l'étendue de ses engagements, alors le cautionnement pourra être frappé de nullité et le créancier condamné à indemniser la caution sur le fondement de la responsabilité délictuelle<sup>504</sup>. En effet, le fait que le créancier ait eu connaissance d'une information déterminante et qu'il n'en ait pas averti la caution est contraire à la *good faith*<sup>505</sup> ou au *Treu und Glauben*<sup>506</sup> qui régissent les rapports contractuels. Le droit allemand est toutefois moins protecteur de l'information donnée à la caution puisque la protection ne vaut, selon la Cour de cassation allemande, que pour les cautions inexpérimentées. En droit anglais, depuis la décision *Lloyds TSB Bank Plc v Shorney and another*<sup>507</sup> de 2001, la clause défectueuse est déclarée nulle. Les fondements juridiques de ces solutions étrangères sont identiques aux solutions françaises des années 1980<sup>508</sup>. La réticence dolosive du créancier qui était au courant d'une information primordiale pour la caution, dans la mesure où la connaissance de cette

<sup>501</sup> Décision de la Cour fédérale de justice allemande BGH, NJW, 2001, n°1022 et § 242 du BGB ; B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise, op. cit.*, pp. 311-312.

<sup>502</sup> E. MCKENDRICK, *Contract Law Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 618 ; M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais*, th. Paris, 1974, p. 136.

<sup>503</sup> *Misrepresentation Act 1967*, Chapter 7, 1.

<sup>504</sup> En droit allemand : Décision de la Cour fédérale de justice allemande BGH, NJW-RR 1986, p. 210 cité par F.-X. LICARI, in *Lamy Droit des sûretés*, n°520-13. En droit anglais : Décision de la United Kingdom Supreme Court *Cramaso LLP v. Ogilvie-Grant*, 12 février 2014, [2014] UKSC 9 ; Décision House of Lords *Actionstrength Ltd v International Glass Engineering, Saint-Gobain Glass UK Ltd*, 3 avril 2003 [2003] UKHL 17. V. aussi *Statute of Frauds* de 1676 interprété à la lecture du *Consumer Credit Act* de 1974 R. STONE, J. DEVENNEY, *Text, Cases and Materials on Contract Law, op. cit.*, p. 30 ; T. C. HARTLEY, *Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume-Uni et en Irlande, op. cit.*, p. 26, n°71-72.

<sup>505</sup> E. MCKENDRICK, *Contract Law Text, Cases and Materials, op. cit.*, p. 670.

<sup>506</sup> B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Paris, Dalloz, 2001, p. 33.

<sup>507</sup> *Lloyds TSB Bank Plc v Shorney and another*, 20 juill. 2001, [2001] All ER (D) 277 (nullité de la clause appelant l'épouse d'un garant actionnaire d'une société en renfort suite à une hypothèque conclue sur la résidence principale alors que l'épouse n'avait pas été informée du montant variable car indéterminé de l'hypothèque).

<sup>508</sup> Sur une évolution de l'obligation d'information en droit du cautionnement : M. KONATE, *L'obligation d'information dans les sûretés personnelles*, th. Paris VIII, 2014, disponible en ressource électronique, p. 37, n°30 – p. 100.

dernière aurait pu permettre à la caution de ne pas se porter garant ou de limiter la portée de son engagement, entraînait un manquement à la loyauté et plus largement à la bonne foi<sup>509</sup>, qui devait dès lors être sanctionné. Au début des années 1990, la Cour de cassation s'est servi de la réticence dolosive pour sanctionner le manquement à la bonne foi<sup>510</sup>. Par la suite, elle a progressivement créé une notion très élargie de la réticence dolosive<sup>511</sup> permettant d'en déduire une obligation d'information précontractuelle quasi-permanente du créancier<sup>512</sup>. Depuis 2003, la Cour de cassation est revenue à une application plus littérale du dol et particulièrement de la réticence dolosive<sup>513</sup>. L'élément intentionnel et le caractère déterminant de l'erreur provoquée doivent être prouvés<sup>514</sup> pour mettre en exergue un manquement à l'obligation d'information. De ce fait, la Cour de cassation sanctionne le créancier qui a dissimulé ses véritables intentions de trouver un garant capable de se substituer au débiteur principal qu'il sait inévitablement défaillant<sup>515</sup>. Par ailleurs, le créancier qui ne pouvait connaître la situation irrémédiablement compromise du débiteur<sup>516</sup> ou le créancier dont la caution avait des relations proches avec le débiteur au point de connaître sa situation défaillante<sup>517</sup> ne peut être sanctionné pour réticence dolosive. La loi Dutreil du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>518</sup>, en posant une obligation d'information sur l'évolution de la dette garantie et sur la défaillance du débiteur a contribué à la diminution d'un important contentieux.

**75. L'obligation d'information pendant l'exécution du cautionnement est similaire dans les trois modèles.** « Une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a

<sup>509</sup> P. LE TOURNEAU, M. POUmarede, *Bonne foi, op. cit.*, n°43. La sanction de la bonne foi est perçue comme une conséquence de la réticence dolosive : Com. 8 nov. 1983, n°82-10493, Bull. civ. IV, n°298.

<sup>510</sup> « Manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution l'incitant ainsi à s'engager » Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1991, n°90-14978, Bull. 1991 I n°331 p. 215 ; PH. DELEBECQUE, « Comment sanctionner l'obligation d'information du banquier à l'égard de sa caution ? », *Rev. sociétés* 1993, p. 415.

<sup>511</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mai 1995, n°92-20.976. C. VUILLEMIN-GONZALES, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, p. 3338.

<sup>512</sup> D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 637, spéc. p. 642 ; Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 395.

<sup>513</sup> Ainsi, le manquement au devoir de mise en garde ne constitue plus « automatiquement » un dol, Cass. Com. 9 fév. 2016, n°14-23210, Publié au Bulletin.

<sup>514</sup> Cass. Com. 28 juin 2005, n°03-16.794, Bull. 2005 IV n°140 p. 151.

<sup>515</sup> Cass. Com., 24 sept. 2003, n°99-15518.

<sup>516</sup> Cass. Com., 5 avril 2005, n°02-18914.

<sup>517</sup> Cass. Com., 27 juin 2006, n°04-19239.

<sup>518</sup> Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique JORF n°179 du 5 août 2003 page 13449 qui poursuit l'objectif visé par la loi Neiertz du 31 décembre 1989.



*intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »<sup>519</sup>. En matière de sûreté personnelle, il va s'agir de prévenir rapidement le garant d'une défaillance du débiteur. Les modèles étudiés ont posé des règles relatives à cette durée entre le moment où le créancier prend connaissance de la défaillance du débiteur et le moment où il avertit le garant. La sanction de ce défaut d'information est soit l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir des pénalités de retard auprès du garant<sup>520</sup>, soit l'engagement de sa responsabilité contractuelle<sup>521</sup>. Une autre forme d'information existe aussi en matière de sûreté personnelle pendant l'exécution, il s'agit des notifications. Alors que l'information de la défaillance sert à assurer la loyauté au moment précédant la réalisation, la notification est indépendante de toute défaillance. Elle représente davantage en cela une forme de loyauté neutre du créancier envers le garant, puisqu'il est tenu de l'informer, à date fixe, de l'état de solvabilité du débiteur<sup>522</sup>. Ces obligations d'information, lors de la constitution comme pendant l'exécution, sont prévues par les trois modèles car elles sont la conséquence du principe de l'accessoire. En effet, lorsque la caution s'engage pour couvrir la dette du débiteur principal, elle doit être en mesure de connaître tous les éléments financiers du patrimoine du débiteur. En revanche, lorsque la sûreté entre le garant et le créancier est autonome, sans principe de l'accessoire, l'information sur le patrimoine du tiers n'est pas utile et dès lors, n'a pas été mise en place dans les trois modèles.

76. ***Il n'existe pas de protection de la loyauté du contractant pour les sûretés personnelles non accessoires.*** L'obligation d'information n'est naturellement pas prévue, dans aucun des trois modèles, pour la garantie autonome ou la lettre d'intention en raison de leur autonomie respective vis-à-vis de l'engagement initial. Cela mènerait en effet à créer une obligation entre le garant et le créancier au sujet d'une relation, celle entre le débiteur et le créancier, dont le garant n'est qu'un tiers intéressé. Par ailleurs, cela desservirait la souplesse de ces garanties, où l'honorabilité et la réputation d'un tiers suffisent à assurer

<sup>519</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, Tome IV, Effets des obligations*, Paris, Rousseau, 1933, n°29. V. aussi : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, Bibl. dr. priv., T. 221, préf. J. Ghestin, n° 436 et s.

<sup>520</sup> Il s'agit en droit français de la déchéance légale, qui peut être totale ou partielle selon la qualité de l'information transmise. V. article L. 313-22 alinéa 2 du Code monétaire et financier et article L.343- 6 du Code de la consommation.

<sup>521</sup> Qui fait l'objet en France de nombreuses controverses et revirements de jurisprudence. La Cour de cassation tâtonne sur cette possible sanction. V. Y. PICOD, « Obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *op. cit.*, p. 404-406 ; Y. PICOD, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, chron., p. 1971.

<sup>522</sup> V. article L. 313-22 alinéa 1 du Code monétaire et financier (la date est fixée au 31 mars de chaque année pour les concours financiers accordés à une entreprise, que le cautionnement soit fait par une personne physique ou morale).

une loyauté. De même, il n'existe pas d'obligations légales d'information lors de la constitution et la réalisation de sûretés réelles.

77. *Il n'existe pas d'obligations légales qui encadrent l'information et assurent un devoir de loyauté du contractant pour les sûretés réelles.* Lors de la constitution d'une sûreté réelle, le bien grevé doit être correctement apprécié pour que créancier et constituant acceptent de conclure la sûreté. Dans les trois modèles, la bonne foi va se manifester par un échange loyal d'informations sur le bien grevé de façon à conclure le plus sainement possible la sûreté<sup>523</sup>. Cette situation est possible dans le cas traditionnel d'une sûreté portant sur un bien existant, qui fait l'objet d'une dépossession et dont la valeur ne fluctue pas pendant la sûreté. Dans le cas d'une sûreté réelle traditionnelle, il est rarement possible pour le constituant d'exiger une division du bien gagé, en raison non seulement du principe d'indivisibilité mais également pour des raisons pratiques évidentes<sup>524</sup>. La dépossession permettait ainsi d'évaluer le bien lors de la constitution. Mais ce cas parfait n'est plus aujourd'hui dans le paysage des sûretés de droit français, anglais et allemand. Les créanciers craignent les règles qui bousculent l'ordre de paiement préétabli, ils ont recours à la propriété pour se réserver une exclusivité inviolable sur le bien. De même, le constituant nécessite davantage de crédit ou du moins, ne veut pas bloquer un bien pour un crédit, il alloue ainsi un seul bien à l'octroi de plusieurs crédits grâce aux sûretés rechargeables. Enfin, l'appréciation d'un bien fluctue davantage en raison de son indice de cotation souvent mondial et l'absence de dépossession ainsi que le développement des sûretés sur des biens seulement déterminables entraînent un droit de rétention fictif, qui oblige à concevoir abstraitement la valeur du bien grevé. Toutefois, ces changements ne changent en rien l'obligation de loyauté du contractant lors de la constitution d'une sûreté réelle. Le principe reste ainsi le même que pour les sûretés réelles traditionnelles : les parties doivent être d'accord sur la valeur du bien grevé et le montant de la créance. De même, il n'existe pas d'obligation d'information lors de l'exécution puisqu'il s'agit de l'adjonction d'un bien, lequel est protégé par les obligations de conservation et de

<sup>523</sup> V. pour le droit anglais la décision : *Jones v. Marshall*, 1889, 24 QBD 269 par Lord Coleridge CJ. V. pour le droit allemand, § 242 du BGB mais la jurisprudence ne contraint le créancier à une obligation de bonne foi que pour les cautions inexpérimentées (BGH, NJW, 2001, 1022).

<sup>524</sup> V. pour le droit français not. L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, n°511. V. pour le droit anglais, M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, p. 345, n°518-534 et p. 349 n°523. V. pour le droit allemand : R. SERICK, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand*, Vue d'ensemble et principes généraux, LGDJ, 1990, p. 12. V. aussi le rôle de l'huissier dans l'appréciation de la valeur du bien gagé lors de la réalisation de la sûreté : art. 803-807 du ZPO le Code de procédure civile allemand (qui renvoie not. à l'article 132 de l'instruction aux huissiers de justice).

maintien du bien et non de l'adjonction du patrimoine d'un tiers garant. Insérer une obligation d'information lors de l'exécution d'une sûreté réelle serait inutile et réduirait l'efficacité des sûretés réelles. La question s'est néanmoins rapidement posée en droit français au sujet du cautionnement réel. S'agissait-il d'un cautionnement impliquant une obligation d'information lors de la constitution et de l'exécution ou d'une sûreté réelle n'en impliquant aucune ? La Cour de cassation a réitéré sa position<sup>525</sup> confirmant qu'un cautionnement ne se présume point et qu'en l'absence de conventions précises, la sûreté conclue n'était pas un cautionnement ce qui fait obstacle à l'application des règles, notamment d'obligation d'information de la caution<sup>526</sup>. En réalité, seuls les moyens pour acquérir des informations sur la valeur du futur bien grevé ont évolué avec le développement de sûreté abstraite et exclusive.

78. ***Les moyens privés des contractants pour obtenir des informations lors de la constitution de sûretés réelles.*** Dans les trois modèles, à condition pour les établissements bancaires de respecter le secret professionnel<sup>527</sup>, les banques peuvent fournir des informations à leurs clients, au titre de l'obligation d'information *ab initio*, sur d'autres entreprises. Cela permet par exemple à un créancier de connaître préalablement à la conclusion d'un nantissement, la valeur d'un fonds de commerce ou d'une créance garantie. Egalement, des agences spécialisées ont éclos en Allemagne, au Royaume-Uni et en France pour fournir des informations relatives à des biens souvent incorporels issues des différents registres et journaux d'annonces légales. Aujourd'hui l'économie moderne est entièrement tenue par les agences de notation ce qui permet au créancier vigilant de s'informer lors de la constitution d'une sûreté réelle, traditionnelle comme plus récente<sup>528</sup>.

<sup>525</sup> V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 2015, n°14-21.332 qui confirme Cass. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18210, Bull. ch. mixte, n°7.

<sup>526</sup> J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, Defrénois, 2009 ; P. CROCQ, « Cautionnement et droit des entreprises en difficulté », *Lamy Droit des sûretés*, n°172 ; P. CROCQ, « Nature juridique de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy droit des sûretés*, n°301 ; P. CROCQ, « Constitution de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy droit des sûretés*, n°303. En faveur d'une non application des règles relatives à la caution d'un cautionnement réel v. PH. SIMLER, J.-Cl., art. 2288 à 2320, fasc. 10, n°28. Contra M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, p. 695, n°1212.

<sup>527</sup> Le secret bancaire professionnel comprend des données précises et chiffrées ; ce dernier tombe lorsqu'une loi ou une décision exige la divulgation de ces données. V. en droit français : L.511-33 du Code monétaire et financier ; en droit allemand il n'y a volontairement pas de législation et les contours sont aussi (difficilement) définis qu'en droit français par la Cour fédérale de justice. V. pour exemple : BGH, 27 fév. 2007, XI ZR 195/05 ; en droit anglais : sur la délimitation de l'obligation de confidentialité *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* 1923. V. plus gén. C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2005 ; R. M. GOODE, « The Banker's Duty of Confidentiality », *Journal of International Banking Law*, 1989, p. 269 ; G. AFFAKI, J. STOUFFLET, « Chronique Droit Bancaire International », *Banque & Droit*, Sept-Oct. 2012, n°145, pp. 21-31.

<sup>528</sup>P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, n°455.

Ainsi, pour un créancier qui est un établissement financier il est particulièrement aisé de se procurer toutes les informations nécessaires à l'évaluation d'un bien ou d'une propriété-garantie, pour lui ou un de ses clients. Il est vrai que cela l'est moins pour le créancier non professionnel, qui rencontrera davantage de difficultés pour accéder à ces informations. En revanche, en matière de sûretés réelles, des difficultés peuvent apparaître en raison d'un défaut d'information lors de l'exécution de la sûreté ce qui peut alors entraîner une disproportion entre la valeur du prêt et celle du bien garanti.

## §II. La régulation excessive de la coopération par la proportionnalité et le devoir de mise en garde

79. « Sûretés traquées, crédit détraqué »<sup>529</sup>. Au regard des obligations de coopération plus ou moins imposées par les trois modèles, le cautionnement apparaît détraqué. Si l'idée de coopérer révèle une action positive pour « dépasser ses intérêts égoïstes pour faciliter la réussite de l'entreprise »<sup>530</sup> certaines exigences relatives à cette coopération vont au-delà du contrat<sup>531</sup>, au point de devenir une véritable « dissuasion »<sup>532</sup> et un « devoir d'ingérence dans les affaires d'autrui »<sup>533</sup>. Il participe alors, en raison d'une régulation excessive de la coopération, au déclin des sûretés *de lege lata* et par voie de conséquence à la recherche de sûretés *de lege ferenda* par des praticiens mercenaires du crédit. Cette coopération imposée par les législateurs nationaux dans les sûretés, particulièrement personnelles, recouvre deux formes de conciliation délicate<sup>534</sup>, la proportion (A) et la mise en garde (B).

### A. La proportion

80. *De la proportion à la proportionnalité*. Le credo « *disproportio omnia corrumpit* »<sup>535</sup> pourrait être affirmé en matière de sûretés. En effet, dans la mesure où « le critère n'est

---

<sup>529</sup> L.-M. MARTIN, « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque*, 1975, p.1138.

<sup>530</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTC Civ.*, 1997, p. 382.

<sup>531</sup> PH. LE TOURNEAU, M. POUmarede, *Bonne foi*, *op. cit.*, n°88.

<sup>532</sup> « On aboutit alors à l'expression d'un véritable devoir de dissuasion. Le paroxysme est atteint si l'on rattache au devoir de conseil le développement spectaculaire de l'exigence de proportionnalité, aujourd'hui consacré à la fois par la jurisprudence et le législateur » Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *op. cit.*, p. 396.

<sup>533</sup> D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in D. MAZEAUD, CH. JAMIN, *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 603.

<sup>534</sup> CH. ALBIGES, « Retour sur l'articulation entre devoir de mise en garde et exigence de proportionnalité », obs. sous Com., 14 oct. 2015, n° 14-14531, *Gaz. Pal.* 9-10 déc. 2015, p. 15.

<sup>535</sup> A. BENABENT, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

*pas destiné au rapport d'équilibre entre des prestations réciproques s'agissant d'un engagement unilatéral, mais utilisé à des fins protectrices* »<sup>536</sup>, la proportionnalité est nécessairement synonyme de déséquilibre puisque la protection ne peut être exactement égale pour les deux parties<sup>537</sup>. Le législateur fait alors le choix de favoriser l'une des parties, ce qui rend par conséquent la sûreté instable. La proportion<sup>538</sup> « *n'est pas un principe ; elle est une méthode technique, c'est-à-dire la commune mesure, dans l'ouvrage entier des diverses parties et du tout. Elle est un moyen et non un principe* »<sup>539</sup>. En faisant de la proportion un principe de proportionnalité<sup>540</sup>, le législateur s'est détaché d'un outil précis possiblement correctif de déséquilibre<sup>541</sup> pour s'attacher à une finalité de protection de l'ordre public<sup>542</sup>. En effet, « (...) *la proportionnalité apparaît comme une limite au droit du créancier d'obtenir toutes les garanties utiles à sa créance : la prise de garantie n'est pas purement discrétionnaire* »<sup>543</sup>. En ce sens, l'action du législateur est nécessaire pour réguler la bonne foi dans les relations contractuelles et éviter un abus du créancier. Mais, « *si la proportionnalité se fonde sur une conception extensive mêlant excès et abus, diluée dans une vaste notion d'équilibre, alors elle ne peut conduire qu'à une impasse et à des critiques justifiées, articulées autour des griefs d'insécurité juridique et d'inutilité, le droit positif étant déjà pourvu de mécanismes destinés à lutter contre les déséquilibres* »<sup>544</sup>. Il faudrait ainsi revenir à une proportion et non aller vers une proportionnalité ou encore être proportionnel et non proportionné<sup>545</sup>. Le droit français régule par exemple de façon excessive la question de la disproportion en prenant en compte un critère de proportionnalité et non de proportion, comme le font les droits anglais et allemand.

<sup>536</sup> S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000, p. 329, n°818.

<sup>537</sup> D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? » *op. cit.*, loc. cit. ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », *op. cit.*, p. 637, spéc. p. 642.

<sup>538</sup> A. GALLOIS, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010, p. 335, spéc. n°3-8.

<sup>539</sup> F. TERRÉ, « La proportionnalité comme principe ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 25, 15 Juin 2009, 31, point 1.2.

<sup>540</sup> F. TERRÉ, « La proportionnalité comme principe ? », *op. cit.*, point 5.

<sup>541</sup> En ce sens, l'article 2305 proposé par la Commission Grimaldi répondait à une exigence de proportion et non de proportionnalité. Pour des raisons regrettables d'habilitation, il n'a pas été repris.

<sup>542</sup> Qui s'apparente à une protection de l'ordre public v. N. BORGA, *L'ordre public et sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, *op. cit.*, p. 573 ou plus précisément à une lutte contre l'excès (lequel est souvent englobé dans l'ordre public) v. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005.

<sup>543</sup> Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement, Le mythe de Sisyphe », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 843 et s., spéc. n° 2-3.

<sup>544</sup> A. GALLOIS, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010, p.335, spéc. n°34.

<sup>545</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 292, n°2 et 3.

81. ***La proportionnalité du cautionnement en droit français, spécificité dommageable pour le crédit en raison de son absence de définition.*** En introduisant par la loi Neiertz du 31 décembre 1989<sup>546</sup> le principe de proportionnalité – sans le définir - et non un objectif de proportion précis, le législateur français a ouvert la boîte de Pandore. S'en suivirent les jurisprudences Macron<sup>547</sup> et Nahoum<sup>548</sup> par lesquelles la Cour de cassation a tenté de délimiter les contours d'un régime jurisprudentiel de la disproportion en matière de cautionnement. Si dans l'arrêt Macron la Cour de cassation exigeait que le dirigeant social engage sa responsabilité en cas d'engagement de cautionnement disproportionné par rapport au patrimoine et aux revenus de la caution, il n'en est plus de même avec l'arrêt Nahoum où la Haute juridiction a exclu de ce champ d'application la caution dirigeant social. La loi Dutreil a bouleversé cette relative stabilité, particulièrement en matière de cautionnement *omnibus*<sup>549</sup>, en ouvrant le caractère manifeste de la disproportion<sup>550</sup> sans distinction de la qualité de la caution en l'assortissant d'une sanction particulièrement discutable. L'ordonnance du 14 mars 2016 limite désormais ce cautionnement indéfini<sup>551</sup> lorsque la caution est une personne physique qui conclut au bénéfice d'un créancier professionnel<sup>552</sup>, mais le texte ne règle pas davantage la question du caractère disproportionné. Tout au mieux fait-il, comme les précédentes législations, une distinction selon que le cautionnement est conclu entre un établissement de crédit et une personne physique<sup>553</sup> ou un créancier professionnel et une personne physique<sup>554</sup>. Dès lors, plusieurs questions se sont posées, auxquelles l'ordonnance ne répond pas et qui nécessitent de se référer à la jurisprudence. Tout d'abord, au sujet du moment d'appréciation de la disproportion : depuis 2015, il semblerait que la première chambre

<sup>546</sup> Aujourd'hui reprise à l'article L. 313-10 du Code de la consommation : « un établissement de crédit (...) ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement *disproportionné* à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. ».

<sup>547</sup> Cass. Com., 17 juin 1997, n° 95-14105, Bull., civ., IV, n°188.

<sup>548</sup> Cass. Com., 8 octobre 2002, n° 99-18619, Bull. 2002 IV n°136 p. 152.

<sup>549</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, p. 291.

<sup>550</sup> L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation.

<sup>551</sup> « *Le terme indéfini signifie que l'engagement de la caution n'est pas distinct de celui du débiteur (...) mais cela ne signifie nullement que le cautionnement indéfini soit illimité, puisqu'il emprunte, le cas échéant, les limites de la dette principale* » M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, p. 97, n°185.

<sup>552</sup> L. 331-3 du Code de la consommation « Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ».

<sup>553</sup> Article L. 314-18 du Code de la consommation.

<sup>554</sup> Article L. 332-1 et L. 343-4 du Code de la consommation qui sont identiques.

civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation l'apprécient au jour du cautionnement<sup>555</sup> comme lors de l'appel de la caution. Ensuite, une autre interrogation peut se poser, au regard du domaine d'appréciation, c'est-à-dire de la détermination des biens qui peuvent être pris en compte. De nouveau, après plusieurs détours, les deux chambres précitées de la Cour de cassation semblent admettre que l'ensemble des biens, y compris l'endettement global issu d'autres engagements de cautions, doit être pris en compte mais que les revenus escomptés n'en font pas partie<sup>556</sup>. Enfin, la dernière question relève de la sanction d'une éventuelle disproportion. Le nouvel article L. 341-4 du Code de la consommation pose une sanction civile, le fait « d'être déchu du droit aux intérêts » analysée par la doctrine comme une déchéance<sup>557</sup> puisque la Cour de cassation a rejeté la possibilité d'une nullité<sup>558</sup> sans pour autant, dans l'arrêt de l'espèce, la qualifier. La déchéance consiste à priver le créancier de tout recours contre la caution. « Il ne s'agit pas d'un mode de réparation du préjudice de la caution, mais d'une mesure de police contractuelle »<sup>559</sup>. C'est un système du « tout ou rien » qui reflète clairement « *un amateurisme législatif trop fréquent* »<sup>560</sup>. En raison d'une part trop importante de subjectivité, le cautionnement est déséquilibré, ce qui peut expliquer en partie son déclin. Dans la mesure où il n'existe pas de rapport précis permettant d'identifier à partir de quel moment le cautionnement n'est plus proportionnel, le principe de proportionnalité restera toujours pour les juges un moyen subjectif de corriger le contrat. « (...) *un principe de proportionnalité est nécessairement le signe d'un transfert du pouvoir créateur de droit*

<sup>555</sup> Cass. Com. 22 mai 2013, n°11-24812, Bull. 2013, IV, n°84, *Gaz. Pal.* 13 juin 2013, p. 16, obs. M.-L. DUMONT-LEFRAND ; Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 15 janv. 2015, n°13-23489 ; Cass. Com, 29 sept. 2015, n°13-24568 v. CH. ALBIGES, « Appréciation de la disproportion : conséquences d'une pluralité d'engagements de la caution », *Com.*, 29 sept. 2015, n° 13-24568 à rapp. *Com.*, 3 nov. 2015, n°14-26051, *Gaz. Pal.* 9-10 déc. 2015, p. 18.

<sup>556</sup> La disproportion s'évalue en fonction de l'ensemble des biens de la caution y compris de son endettement global issu d'engagements de cautions : Cass., 1<sup>ère</sup> civ, 15 janv. 2015, n°13-23489. La question des revenus escomptés s'est posée : tout d'abord acceptés par la première chambre civile (Cass., 1<sup>ère</sup> Civ, 4 mai 2012, n°11-11461, Bull. 2012, I, n° 97) ; les revenus escomptés furent ensuite rejetés par la Chambre commerciale (Cass. Com, 4 juin 2013, n°12-18216 et n°12-15518) puis par la première Chambre civile (1<sup>ère</sup> Civ., 3 juin 2015, n°14-13126 v. not. G. MEGRET, « Utiles précisions sur l'appréciation de la disproportion et sur le devoir de mise en garde de la caution », *AJ Contrats d'affaires – Conc. – Distrib.* 2015 p.372) et semblent désormais clairement ne pas pouvoir être pris en compte (Cass. Com. 22 sept. 2015, n°14-22913 ; Cass. Com., 29 sept. 2015, n°13-24568) ; D. LEGAIS, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. Sociétés*, 2013, p. 680 ; CH. ALBIGES, « Appréciation de la disproportion : non prise en compte des revenus escomptés », obs. sous Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 3 juin 2015, n° 14-13126 et *Com.*, 22 sept. 2015, n°14-22913, *Gaz. pal.* 9-10 déc. 2015, p. 17.

<sup>557</sup> PH. SIMLER, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, n°43 ; D. LEGAIS, *Droit des sûretés et Garanties du crédit*, *op. cit.* n°171 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 27-4 ; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, n°300.

<sup>558</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 22 oct. 1996, n°94-15615, Bull. civ. I, n°362, p. 254.

<sup>559</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, n°294.

<sup>560</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, n°40.

*au détriment de la loi et au profit du jugement. Aussi longtemps que la proportionnalité sert la règle de droit et peut même conduire à une nouvelle formulation de celle-ci - ex. : le cautionnement et la loi du 1er août 2003 chacun s'en réjouit au vu du progrès réalisé, voire d'exigences particulières de protection, notamment en droit social. Mais l'harmonie du droit, disons même les lois de sa perspective, serait comprise sous l'influence de la subjectivité »*<sup>561</sup>. Cela se vérifie encore avec des jurisprudences récentes<sup>562</sup> et il est dommageable, pour le maintien de l'effectivité du cautionnement français, qu'une proportion ne soit pas insérée à l'instar des droits anglais et allemand.

**82. La proportionnalité en droit allemand et anglais des sûretés personnelles, une notion souple en raison d'un rôle différent, celui d'appréciation de la cause.** En droit allemand et anglais, le problème est similaire mais peut éventuellement s'expliquer. Pour les sûretés personnelles, la proportionnalité en droit allemand<sup>563</sup> et anglais<sup>564</sup> est un moyen de corriger la contrariété aux bonnes mœurs, entendue comme l'excessivité d'un contrat qui peut être nuisible à la société<sup>565</sup>. Le principe de proportionnalité est alors volontairement indéfini pour laisser les magistrats apprécier le cautionnement selon des règles d'ordre public propres à chaque système. La proportionnalité joue alors le rôle de la cause en droit français mais la suppression de cette dernière depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 permettra peut-être au droit français de faire de la proportionnalité un référentiel précis<sup>566</sup> à l'instar des droits anglais et allemand.

<sup>561</sup> F. TERRÉ, « La proportionnalité comme principe ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 15 Juin 2009, 31, point 5.

<sup>562</sup> Décision de la Chambre Mixte de la Cour de cassation, 27 février 2015, n° 13-13.709 relative à la possibilité pour une caution de se voir opposer par un cofidéjusseur le caractère disproportionné de son engagement et de la possibilité pour cette caution de se prévaloir, à l'encontre du créancier, de cette même disproportion de l'engagement de son cofidéjusseur sur le terrain du bénéfice de subrogation. V. L. BOUGEROL, G. MEGRET, « La disproportion de l'engagement de la caution doit-elle nuire aux cofidéjusseurs ? », *RD banc. fin.* 2015, p. 26 ; S. CABRILLAC, « Double peine pour le cofidéjusseur : sanction de la disproportion et exclusion du bénéfice de subrogation », *Dr. et patr.* mai 2015, p. 22.

<sup>563</sup> BVerfGE 1989, 214 NJW 1994, p. 36 ; BGH 24 fév. 1994, ZR 93/93, WM 1994, p. 676 et s commenté par CL. WITZ, *RTD civ.* 1995, p. 705 ; BGH, 14 oct. 2004, XI ZR 121/02, NJW 2004, 161. Les Cours se fondent sur les articles § 307 et §138 du BGB.

<sup>564</sup> A. C. CIACCHI, S. WEATHERILL, *Regulating unfair banking practices in Europe The case of personal suretyships*, Oxford University Press, 2010, p. 144.

<sup>565</sup> « aux règles touchant la morale sexuelle les limites que posent le droit allemand à la liberté contractuelle se répartissent plutôt selon un critère de sources : le § 134 déclare nuls les contrats qui contraignent à une interdiction légale, le § 138, à travers la notion de contrariété aux bonnes mœurs, renvoyant, lui, à des principes non écrits de morale contractuelle – y compris des affaires – dont le juge est chargé de fixer le contenu plus précis » P. ANCEL, « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien », *RDC*, oct. 2003, p. 231-232.

<sup>566</sup> Ce qui évitera peut-être de recourir au « but » de l'article 1162 du Code civil, car « il suffira à la Cour de cassation d'envisager le contrat « sans but » ou sur un « faux but » ou sur un «but illicite», pour



83. ***La proportionnalité en droit allemand et anglais des sûretés réelles, un référentiel précis inexistant en droit français.*** Pour les sûretés réelles, les deux systèmes étrangers ont inséré un rapport objectif de proportion, qui agit comme un véritable référentiel. Les taux prévus varient selon la sûreté réelle conclue<sup>567</sup>. La proportion est appréciée, (sauf en droit allemand pour les propriétés garanties qui dépassent le double du montant du prêt lors de la conclusion)<sup>568</sup>, au moment de la réalisation, notamment lors d'un remboursement partiel ou bien lors d'une appréciation des biens transférés à titre de garantie<sup>569</sup>. En droit français, la proportionnalité intervient très peu dans les sûretés réelles<sup>570</sup>. Seul l'article 2420 2° du Code civil fait peser sur le débiteur une obligation de maintien de la valeur du bien ou de constitution d'une sûreté supplémentaire. La proportionnalité semble alors être le corollaire de l'obligation de conservation de la sûreté<sup>571</sup>. La proportionnalité n'intervenant ainsi en France qu'en matière de sûreté personnelle, laquelle est souvent synonyme de surendettement et de gaspillage du crédit, cela a poussé certains auteurs<sup>572</sup> à estimer qu'elle devrait être insérée aussi en matière de sûreté réelle. Pour Monsieur Dammann, le contrôle de la proportionnalité entre le montant de la créance et la valeur du bien grevé a toute sa place puisqu'il constitue un moyen de lutter contre le gaspillage du crédit. Il semblerait toutefois qu'il n'y ait pas de corrélation entre ces deux points<sup>573</sup>. Tout d'abord, la question de la disproportion n'intervient que lorsqu'il y a un préjudice subi. Or ce dernier n'intervient jamais au stade de la constitution, (sinon dès ce moment-là la partie lésée refuserait de conclure ou invoquerait une nullité, possiblement fondée sur l'erreur) mais au moment de la réalisation. La proportionnalité est un instrument permettant d'apprécier, au stade d'un

---

*retrouver exactement les mêmes fonctions, voire exactement la même notion, (que la cause) et l'on ergotera sur le but de l'obligation comparé au but du contrat » D. MAINGUY, « Chapitre 3 Le contenu du contrat », in D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, disponible en ligne sur le site du directeur, p. 112.*

<sup>567</sup> V. not. pour le droit anglais : G. MC CORMACK, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 63 et 64 ainsi que pp. 195 et 196, 202. V. aussi l'*Enterprise Act 2003*. V. pour le droit allemand : B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, op. cit., p. 273 ; CL. WITZ, *Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, op. cit., n° 27 et s. ;

<sup>568</sup> J. -L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises: les réponses du droit*, Lamy Axe Droit, 2010, 180.

<sup>569</sup> *Ibid.*

<sup>570</sup> « Qu'il en résulte que cette sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur » Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 7 mai 2008, n°07-11692, Bull. civ. I, n°125 ; Com. 24 mars 2009, n°08-13034, Bull. civ. IV, n° 43.

<sup>571</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », op. cit., p. 295, n°11.

<sup>572</sup> R. DAMMANN, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque & Droit*, sept-oct. 2005, n° 103, p. 16 et s.

<sup>573</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit., n°663 et s. et n°667.

contentieux lors de la réalisation, s'il y a eu un abus ou un excès entraînant un préjudice<sup>574</sup>. Ensuite, la proportion ne serait d'aucune utilité pour lutter contre le gaspillage du crédit<sup>575</sup>. Un gaspillage de crédit peut avoir lieu lorsqu'un bien d'une valeur importante est affecté à la garantie d'une seule sûreté de faible montant, sans possibilité de constituer une nouvelle sûreté sur ce même bien. C'est le cas notamment lorsqu'il y a des hypothèques légales ou judiciaires constituées sur un bien<sup>576</sup>. Le remède au gaspillage n'est pas l'évaluation de la proportion entre un bien et la sûreté constituée. Particulièrement en matière de sûreté réelle, le constituant est rarement propriétaire de plusieurs biens et ne peut souvent constituer de sûreté que sur sa résidence. De ce fait, la proportion ne semblerait pas pouvoir résoudre un éventuel gaspillage puisque le bien serait toujours grevé et ainsi gaspillé. Le remède semble de ce fait davantage se trouver dans la possibilité de recharger une sûreté. Le paysage actuel des garanties, essentiellement constituées par des particuliers, montre que le constituant a peu de biens propres. Octroyer un bien à une sûreté même proportionnelle à la valeur de ce bien ne développerait pas la consommation et l'accès au crédit mais obligerait à échelonner dans le temps les prêts possibles, ce qui serait anti économique. Recharger en revanche un même bien pour l'allouer à plusieurs sûretés de montants variables, mais encadrés dans l'enveloppe globale du montant que représente le bien semble plus utile et économique<sup>577</sup>. En ce sens, le développement des nouvelles techniques de sûretés, notamment l'hypothèque rechargeable et la fiducie-sûreté rechargeable<sup>578</sup>, prouve combien leur opportunité est avérée puisque même dans le cas, par exemple, d'une fiducie-sûreté rechargeable, où la valeur des biens transférés serait supérieure au montant de chaque créance, il reste encore au débiteur la possibilité d'obtenir un paiement en mettant en garantie le droit à restitution contre ses autres créanciers. Pour conclure, outre le fait que la question de la disproportion telle qu'envisagée par le droit français remet en cause la «

<sup>574</sup> C'est ainsi que l'article L.650-1 du Code de commerce doit être envisagé comme sanctionnant une disproportion ayant concouru à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, redressement judiciaire ou de liquidation ; laquelle n'entraîne un préjudice qu'au stade la réalisation de la sûreté.

<sup>575</sup> Contra R. DAMMANN, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *op. cit.*, p. 16 et s.

<sup>576</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, p. 301, n°19 et s ; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, *op. cit.*, n°591 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, p. 343.

<sup>577</sup> Contra J. -L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises: les réponses du droit*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>578</sup> Contrairement à ce que peuvent penser certains auteurs. V. PH. MALAURIE, Intervention in *La fiducie : une révolution dans notre droit ?*, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires de Paris II, Paris, 8 juin 1990, Banque et droit, n°15, janv.-févr. 1991, p.11 cité par P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit.*, p. 299, n°17.

*summa divisio traditionnelle* »<sup>579</sup> en matière de sûretés et « *manifeste une dilution des phases si fondamentales en ce domaine de constitution et de réalisation des sûretés* »<sup>580</sup> elle apparaît avant toute chose anti-économique pour le crédit.

84. Si la proportionnalité devait perdurer dans les sûretés personnelles françaises et s'insérer dans les sûretés réelles de droit français, il serait indispensable qu'un seuil soit fixé pour garantir une confiance dans le cocontractant et dans l'instrument de sûreté<sup>581</sup>. Sans un rapport précis, l'instabilité qui en découle entraîne une méfiance et pousse les juristes à rechercher de nouvelles sûretés, comme en témoigne l'essor des garanties personnelles non accessoires et les obligations solidaires. Le devoir de mise en garde, autre forme de l'obligation de coopération imposée par les trois modèles, apparaît également inopportun en raison de ses effets néfastes sur le crédit.

### B. Le devoir de mise en garde

85. **Délimitation.** En imposant un devoir de mise en garde au créancier, les juges vont au-delà de la protection de la confiance qu'un contractant doit avoir dans l'autre partie. La réglementation doit servir à restaurer ou maintenir un équilibre contractuel propre à chaque conception étatique et non à déséquilibrer le contrat en faveur d'une des parties au nom d'une protection parfois aveugle et souvent excessive. Avant toute chose, il convient de préciser que l'article 2295 alinéa 1 du Code civil<sup>582</sup> ne peut être entendu comme restaurant l'équilibre en faveur du créancier. D'une part, parce que cette disposition, comme l'indique la jurisprudence, ne sert qu'à protéger les seuls intérêts du créancier dans le cas où la caution ne présente pas un patrimoine ne permettant pas de ne pas couvrir la dette du débiteur<sup>583</sup> et d'autre part, parce qu'elle ne s'applique qu'aux cautionnements légaux et judiciaires, très peu nombreux. Ce devoir de mise en garde est présent en droit français et est à la charge du créancier professionnel à l'égard d'une

---

<sup>579</sup> N. BORGIA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op. cit., n°609.

<sup>580</sup> N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité en matière de garantie », *Banque et Droit*, n°71, mai-juin 2000, n°22.

<sup>581</sup> P. CROCQ, « Cautionnement. La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation », *RTD Civ.* 1998, p. 157.

<sup>582</sup> Article 2295 alinéa 1 du Code civil « Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter et qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation ».

<sup>583</sup> Ce qui ne relève pas du rétablissement d'un équilibre mais d'une simple sanction v. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 7 juin 1988, n°86-18264, Bull. civ. I, n°173, p. 120.

caution non (nécessairement) avertie<sup>584</sup>. Il ne joue cependant pas lorsque le créancier est non professionnel, ni lors d'une sûreté réelle pour autrui<sup>585</sup>. Le devoir de mise en garde ne semblant pas présent en droit allemand et anglais, cette différence justifie une approche française du devoir de mise en garde.

86. *Une application illisible n'existant qu'en droit français.* Avec le devoir de mise en garde, l'équilibre est rompu au détriment du créancier puisque ce dernier ne peut être juge et partie. Il ne peut être prêteur et conseiller d'une bonne opération. S'il peut fournir des informations dont il dispose, ou encore refuser de profiter d'un engagement excessif d'une caution, au nom de la bonne foi dans les relations d'affaires qui justifie une loyauté, il ne peut aller à l'encontre de ses propres intérêts. « *La mise en garde semble plus contraignante qu'une simple information, puisqu'elle doit être personnalisée « eu égard aux capacités financières (du débiteur ou de la caution) et aux risques de l'endettement né de l'octroi des prêts* », voire de la conclusion du contrat »<sup>586</sup>. Ce devoir de mise en garde, d'origine jurisprudentielle, semble très incertain. Son incertitude s'explique par deux raisons. Tout d'abord, s'il ne s'applique qu'aux cautions non averties, celles-ci ne sont pas clairement définies par la jurisprudence, notamment lorsque la caution a qualité de dirigeant<sup>587</sup>. Ensuite, le devoir de mise en garde a longtemps été lié à la disproportion, laquelle est indéfinie en droit français. En effet, pendant un temps la Cour de cassation a considéré que le devoir de mise en garde s'appliquait même si l'engagement de la caution n'était pas excessif<sup>588</sup>. Récemment, dans un arrêt du 13 janvier 2015<sup>589</sup>, elle a considéré que le devoir de mise en garde ne peut s'appliquer que lorsqu'il y a une disproportion, faisant de cette dernière une condition d'application du devoir de mise en garde. La charge de la preuve pèse sur le créancier qui peut voir sa responsabilité contractuelle engagée, lorsqu'il ne parvient pas à prouver qu'il a respecté son devoir de mise en

<sup>584</sup> Cass. Com., 13 nov. 2007, n°06-12284, Bull. civ. IV, n°236. Ch. Mixte 29 juin 2007 nos 05-21.104, 06-11.673, D. 2007. 2081, note S. PIEDELIÈVRE ; ibid. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET ; ibid. 2008. 871, obs. D. R. MARTIN, H. SYNVEY ; *RTD civ.* 2007. 779, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2007. 579, obs. D. LEGEAIS. A rapp. Cass. Com., 9 février 2016, n°14-20.304 : Pas de devoir de mise en garde ou d'obligation d'information pour le conjoint qui a donné son consentement exprès v. A. MOLIERE, « L'époux qui autorise la conclusion d'un cautionnement par son conjoint doit-il être mis en garde ? », D. 2016, p. 1415. ; Cass. Com., 22 mars 2016, n°14-20216, CH. ALBIGES, « La caution dirigeante, non nécessairement avertie et le devoir de mise en garde », *Gaz. Pal.*, 2016, n°23, p. 28.

<sup>585</sup> Cass. Com., 24 mars 2009, n° 08-13.034 ; v. N. BORGA, « Exclusion du devoir de mise en garde en présence d'une sûreté réelle pour autrui », D. 2009, p.1661.

<sup>586</sup> M. BOURASSIN, V. BREMONT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., n°258.

<sup>587</sup> Cass. Com., 31 janv. 2012, n°10-24694 ; *Contra* Cass. Com. 13 mars 2012, n°10-30923.

<sup>588</sup> Cass. Civ., 1<sup>ère</sup> 18 sept. 2008, Bull. civ. I, n°203.

<sup>589</sup> Cass. Com. 13 janvier 2015, n°13-24875 ; Comp. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 février 2009, n°08-11221, Bull. civ. I, n°36.

garde<sup>590</sup>. De nouveau, la sanction n'est pas clairement établie puisque la Haute juridiction a tranché tour à tour que le dol commis par le créancier engageait sa responsabilité contractuelle<sup>591</sup> puis récemment que le manquement au devoir de mise en garde ne signifiait pas nécessairement que le créancier ait commis un dol<sup>592</sup>. Or, « rien n'est moins sûr que le caractère persuasif d'une mise en garde »<sup>593</sup>. Ce devoir assez contraignant pour le créancier est incertain en droit français ce qui participe à son excessivité, toujours néfaste pour les sûretés qui ont besoin de sécurité juridique. Par ailleurs, cela encourage les juristes à se détourner du cautionnement pour une garantie plus souple comme la garantie autonome. Cela est regrettable pour le cautionnement car en s'adaptant à la dette garantie, ce que n'a pas la garantie autonome, il permet une certaine flexibilité de la dette. Par ailleurs, si le devoir de mise en garde est utilisé pour lutter contre le surendettement<sup>594</sup> il faudrait le mettre en œuvre de façon cohérente<sup>595</sup>. La loi du 17 mars 2014, malgré ces nombreux défauts, a néanmoins clarifié la notion de consommateur qui est nécessairement une personne physique, avertie ou non<sup>596</sup>. En lien avec l'article L.330-1 du Code de la consommation relatif au surendettement, la question d'une distinction entre personne physique et personne morale, ou entre consommateur et non professionnel

<sup>590</sup> *Contra* Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 4 juin 2014, n° 13-10975, obs. C. LE GALLOU, « Mise en garde du banquier : l'emprunteur doit prouver », *RLDC*, 2014, n°118, n°5517.

<sup>591</sup> « Vu l'article 1147 du code civil ; Attendu que le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter ; Attendu que pour condamner la caisse à payer à Mme Y... une indemnité égale au montant de la dette, l'arrêt retient que le préjudice découlant du manquement de la caisse à son devoir de mise en garde envers Mme Y... consiste pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du prêt consenti à Mme X... à concurrence du montant de son engagement » Cass. Com. 20 oct. 2009, n°08-20274, Bull civil IV, n°127.

<sup>592</sup> Cass. Com. 9 février 2016, n°14-23210.

<sup>593</sup> M. BOURASSIN, V. BREMONT, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°261.

<sup>594</sup> Article L.330-1 Code de la consommation alinéa 1 : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale et que la valeur estimée de celle-ci à la date du dépôt du dossier de surendettement soit égale ou supérieure au montant de l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée. »

<sup>595</sup> Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement : le mythe de Sisyphe », *op. cit.*, p. 843 et s.

<sup>596</sup> Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation JORF n°0065 du 18 mars 2014 page 5400 « Avant le livre Ier du code de la consommation, il est ajouté un article préliminaire ainsi rédigé : « Art. préliminaire. Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. »

depuis l'ordonnance du 14 mars 2016<sup>597</sup>, pourrait être une solution claire et durable à la lutte contre le surendettement sans empiéter sur l'effectivité des garanties<sup>598</sup>.

87. Pour conclure, « *la protection ne vaut que dans la mesure où elle est au service de la finalité de la sûreté ; mieux vaut l'accointance des parties qu'une loyauté solidaire* »<sup>599</sup>. Or, en établissant, particulièrement en droit français, des règles visant à protéger la confiance portée dans le cocontractant, les trois modèles dénaturent les sûretés et concourent indirectement au développement de nouvelles formes de garanties. Cela est moins le cas en matière de sûretés réelles, certainement parce que ces dernières ne sont pas considérées comme constitutives d'endettement<sup>600</sup>. Elles en sont même d'ailleurs « *souvent la condition* »<sup>601</sup> tant que la protection du logement est assurée<sup>602</sup>. Les législateurs nationaux sont ainsi peu intervenus en matière de sûretés réelles, seulement par le biais de la publicité<sup>603</sup>, qui joue davantage un rôle de garantie de l'ordre public que d'équilibrage de la loyauté entre les parties.

## Section II. La régulation des sûretés réelles par les formalités de publicité

88. Dans les trois modèles, la régulation des sûretés réelles passe par l'instauration de formalités de publicité. La publicité permet d'assurer une cohérence procédurale<sup>604</sup> entre les parties et vis-à-vis des tiers. Elle est ainsi indispensable pour garantir au créancier que

<sup>597</sup> L'article préliminaire du Code de la consommation dispose depuis l'ordonnance du 14 mars 2016 (Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation JO 16 mars 2016) qu'est un « consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ».

<sup>598</sup> L'appel pour une clarté sur les bénéficiaires d'une protection du cautionnement avait déjà été lancé : v. A. CERLES, M. SEJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p.273-289, spéc. p. 281-285.

<sup>599</sup> D. HOUTCIEFF, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? » in V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires Actes, Dalloz, 2008, p. 95, n°28.

<sup>600</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit., n°532.

<sup>601</sup> M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les garanties de financement*, t. 47, LGDJ, 1998, p. 155.

<sup>602</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., p. 6, n°7.

<sup>603</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op. cit., p. 446, n°470.

<sup>604</sup> D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en droit privé*, PUAM, 2001 ; H. MUIR-WATT, « Rapport de synthèse », in M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris Economica, 2001, p. 178.

le constituant n'a pas déjà conclu d'autres sûretés sur un même bien ou qu'il est bien propriétaire du bien qu'il envisage de grever. La publicité peut jouer un double rôle<sup>605</sup>. Pour certaines sûretés et dans certains modèles, elle peut être constitutive et sera alors sanctionnée en cas de défaut par la nullité de la sûreté conclue (§I). Elle peut aussi constituer un moyen d'opposabilité de la sûreté aux tiers. En cas de défaut, celle-ci ne sera pas opposable aux tiers, ce qui prive la sûreté de toute efficacité (§II).

### **§I. La publicité constitutive sanctionnée par la nullité**

89. Dans les modèles, deux formes de publicité existent pour constituer une sûreté. Il s'agit d'une part de la publicité foncière (A) et d'autre part de la publicité factuelle (B).

#### **A. La publicité foncière**

90. *En droit allemand et anglais, la publicité foncière est constitutive et vaut opposabilité.* « Publier veut dire porter à la connaissance du public (...) telle est la finalité de tout système de publicité, instrument d'information et de protection »<sup>606</sup>. La publicité foncière joue pleinement ce rôle en étant une des conditions d'efficacité de l'hypothèque, ainsi que de la *Grundschild* allemande et du *mortgage* en droit anglais. Dans le système britannique et allemand, la constitution ne peut s'établir qu'avec la publicité<sup>607</sup>. Il y a alors une confusion des deux écrits de constitution et d'opposabilité, et la protection des cocontractants est associée à l'information des tiers<sup>608</sup>. En France, cela n'est pas le cas car la publicité foncière est seulement déclarative et non constitutive<sup>609</sup> ce qui explique notamment que ce ne soit pas des magistrats qui tiennent le registre des hypothèques mais

---

<sup>605</sup> « il ne faut pas confondre les formes constitutives d'une solennité avec les formalités requises pour une publicité. Celles-ci n'intéressent pas la validité, mais seulement l'opposabilité ; en d'autres termes, le défaut d'une publicité n'a pas pour conséquence la nullité de l'acte, mais son inopposabilité parce qu'une formalité de publicité n'a pas pour objet l'expression du consentement » PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011, n°556. Pour une présentation identique, FR. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2009, n°163, b).

<sup>606</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Les sûretés La publicité foncière*, *op. cit.*, p. 743, n°832.

<sup>607</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 282, n°288 et 289.

<sup>608</sup> V. pour le droit anglais : M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, p. 360, n°541. ; pour le droit allemand : F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°115.

<sup>609</sup> Pour autant, les mentions obligatoires dans l'acte d'enregistrement qui vaut constitution et publicité en droit anglais et allemand et seulement publicité en droit français sont quasiment identiques. Il s'agit davantage d'une politique différente entre les modèles de contrôle des droits acquis : soit ce contrôle s'effectue devant un officier public puis est publié, soit ce contrôle est effectué au moment même de sa publication.

des fonctionnaires<sup>610</sup>. Par ailleurs, en droit français, elle permet d'inscrire le rang du créancier<sup>611</sup>. Que la publicité foncière soit constitutive ou seulement déclarative, elle n'en reste pas moins indispensable car sa sanction est, dans les trois modèles, outre la nullité de l'acte en droit anglais et allemand, l'inopposabilité de l'hypothèque aux tiers. S'il n'y a pas de publicité foncière, alors l'hypothèque ne sera pas opposable aux tiers ce qui prive de tout intérêt la sûreté et fausse les règles de priorité entre un créancier hypothécaire et un créancier chirographaire<sup>612</sup>. Egalement en cas de défaut de publicité foncière, le créancier qui aura valablement conclu et constitué en premier sa sûreté sera prioritaire même sur un créancier antérieur qui n'aurait pas publié l'hypothèque car la règle *prior tempore, potior jure*<sup>613</sup> vaut dans les trois modèles étudiés.

**91. *Inexistence de publicité foncière pour les propriétés garanties dans les trois modèles.***

Les modèles étudiés ont refusé d'imposer des formalités de publicité pour les propriétés garanties alors que ces formalités assurent la sécurité juridique et défendent les éventuelles incohérences procédurales d'une partie. A ce sujet, Monsieur le Professeur Borga explique que « *l'utilité d'une soumission identique au formalisme publicitaire apparaît évidente. D'une part, cela contribuerait en partie à lutter contre le risque de désaffection couru par les sûretés traditionnelles. D'autre part, cela offrirait une meilleure lisibilité de la situation du débiteur, renforçant ainsi la sécurité juridique des tiers* »<sup>614</sup>. Aux critiques relatives aux lourdeurs administratives qu'entraînerait une publicité constitutive pour des propriétés sûretés, il pourrait être répondu en trois points. Tout d'abord, la publicité constitutive protégerait les tiers et les cocontractants et permettrait par exemple d'organiser un rang de paiement transparent. Ensuite, elle pourrait participer au développement du crédit puisqu'en ayant accès à des informations précises sur les biens grevés, les créanciers connaîtraient exactement l'état du patrimoine d'un constituant<sup>615</sup> et pourraient ainsi lui octroyer plus facilement du crédit. Enfin, elle assurerait une clarification de la matière qui ne pourrait être que profitable à l'ensemble

<sup>610</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, p. 294, n°634.

<sup>611</sup> Article 2425 alinéa 1 du Code civil.

<sup>612</sup> V. sur la publicité foncière au Royaume-Uni : M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, *op. cit.*, p. 187 et s., n°292-307.

<sup>613</sup> « *First to register principle* » en droit anglais ; § 1115 du BGB.

<sup>614</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, *op. cit.*, p. 480, n°497.

<sup>615</sup> *Contra* : les « créanciers normalement diligents » ne se fient pas à la simple apparence (trompeuse) de solvabilité d'une entreprise et vérifient non seulement la comptabilité mais également les informations données auprès de la Banque de France. P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, p. 399, n°446, 447 et 452. V. aussi C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, *op. cit.*, n° 261 ; note sous Cass. Com. 11 mai 1982, D. 1983, Jur., p. 271 et s., spéc. p. 274.



des acteurs du crédit<sup>616</sup>. Aux côtés de cette forme de publicité à peine d'inopposabilité existe dans les trois modèles une forme, plus ancienne, de mise à la connaissance des tiers d'une sûreté. Il s'agit de la dépossession, véritable publicité factuelle.

### B. La publicité factuelle

92. **La dépossession, une publicité factuelle dans les trois modèles de moins en moins utilisée.** La règle française de l'alinéa 1 de l'article 2276 du Code civil<sup>617</sup> existe aussi en Allemagne<sup>618</sup> et au Royaume-Uni<sup>619</sup> et elle ne joue pas, naturellement, à l'égard des biens incorporels. Cette règle « *a pour but de remplir, en matière de meubles, la même fonction protectrice du crédit que celle dont le système de l'immatriculation et des livres fonciers se trouve faire l'office lorsqu'il s'agit d'immeubles* »<sup>620</sup>. Dans les trois modèles, la publicité peut ainsi aussi s'opérer par la dépossession, élément concret qui remplace un titre, notamment lors d'un gage avec dépossession ou lors d'un droit de rétention. Mais, plusieurs inconvénients ont atténué la vigueur d'une telle publicité.
93. **La dépossession, une forme de publicité dangereuse dans les trois modèles en raison de la théorie de l'apparence.** La publicité factuelle peut sembler dangereuse. En premier lieu elle est imparfaite<sup>621</sup> puisque les tiers ne peuvent connaître précisément le titre qui justifie la possession. En second lieu, elle relève des sûretés réelles traditionnelles qui connaissent un déclin<sup>622</sup> et est ainsi de moins en moins utilisée même si le gage avec dépossession a été maintenu dans les trois modèles car l'éviction de la publicité par registre est parfois préférable pour le débiteur. Enfin, elle peut être source de conflits lors de sûretés mobiles. Il est en effet possible qu'un tiers de bonne foi conclut une sûreté sur un bien possédé par le débiteur mais dont la propriété a en réalité déjà été cédée au créancier. Cela pourrait être le cas lors d'un gage avec dépossession ou d'un droit de

<sup>616</sup> J. SOINNE, « La publicité des garanties financières de l'entreprise : gage d'efficacité », *Rev. proc. coll.*, mars 2005, n° 1, p. 30 et s., spéc. n° 14 ; P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, op. cit., 405, n°453 envisage les moyens de connaissance par un créancier de la solvabilité d'un éventuel débiteur. Il faut cependant admettre que lorsque le créancier n'est pas un établissement financier, ses démarches sont plus compliquées (ce que l'auteur admet (p. 408, n°455) mais propose toutefois le développement de poste de « crédit manager »).

<sup>617</sup> Article 2276 alinéa 1 du Code civil : « En fait de meubles, la possession vaut titre ». Cette disposition ne vaut pas pour les biens incorporels V. not. Cass. Com. 7 mars 2006, Bull. Civ. IV, n° 62 ; B. MALLET-BRICOURT obs., *D.* 2006, Pan., p. 2363 ; TH. REVET obs., *RTD civ.* 2006, p. 348.

<sup>618</sup> R. SALEILLES, *De la possession des meubles*, Paris, 1907, p. 67.

<sup>619</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 346 n°520-2 pour le gage avec dépossession et n°530 pour le droit de rétention.

<sup>620</sup> R. SALEILLES, *De la possession des meubles*, op. cit., loc., cit.

<sup>621</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., n°509.

<sup>622</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op. cit., p. 52, n°48.

réention. Par exemple, il a été admis que le créancier rétenteur de bonne foi pouvait valablement opposer l'article 2276 du Code civil au titulaire d'une clause de réserve de propriété exerçant une action en revendication<sup>623</sup>. L'absence d'enregistrement de la sûreté empêche de préciser clairement quel créancier est prioritaire sur l'autre. Néanmoins, l'article 1198<sup>624</sup> issu de la réforme française du droit des contrats prend maintenant en compte les conflits entre deux acquéreurs, pour un bien mobilier comme immobilier, ce qui devrait permettre d'éviter certains litiges<sup>625</sup>. Pour remédier aux désavantages issus de la dépossession, les trois modèles avaient mis en place des formalités de publicité permettant d'informer des tiers.

94. ***Une obligation commune de maintien de la valeur.*** Par exemple, pour des biens fongibles, comme dans le cadre d'un gage sur stock<sup>626</sup>, le constituant a une obligation de maintien d'un stock de biens correspondant aux biens grevés, ce qui sous-entend naturellement une obligation de conservation, non précisément des biens grevés, puisqu'il peut en disposer, mais des biens de qualité similaire<sup>627</sup>. Pour des biens soumis à un droit exclusif, que l'exclusivité soit négative ou positive, le constituant a également une obligation de conservation et de maintien puisqu'il devra, si la sûreté se réalise, restituer au créancier soit le droit de propriété sur la chose, soit la chose elle-même que le créancier pourra demander au fiduciaire de vendre afin de récupérer sa créance<sup>628</sup>. Il en est de même pour des biens dont la valeur a fluctué pendant la sûreté indépendamment de la volonté des parties : par exemple, si le bien a péri ou subi des dégradations<sup>629</sup> pendant le temps de la sûreté ou s'il est soumis à un indice de cotation qui lui fait perdre ou

<sup>623</sup> Cass. Com. 28 nov. 1989, n°87-19626, Bull. civ. IV, n° 300, p. 201 ; L. AYNES, obs. *D.* 1990, Somm., p. 387 ; F. ZÉNATI, obs., *RTD civ.* 1991, p. 142.

<sup>624</sup> Art. 1198 du Code civil : « Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble en premier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi. Lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ».

<sup>625</sup> D. MAINGUY, « Section 3 : l'effet translatif du contrat » in D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, op. cit., p. 157, n°88.

<sup>626</sup> Article L. 527-1 du Code de commerce.

<sup>627</sup> V. Cass.req. 10 mars 1915, *D.P.* 1916, I, 241. P. VEAUX-FOURNERIE, *Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial*, in J. HAMEL (dir.), *Le gage commercial*, Dalloz, 1953, p. 135.

<sup>628</sup> V. droit français : L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., p. 402, n°789. V. pour le droit allemand : CL. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », op. cit., p. 65, n°54 (tout dépend si le créancier est titulaire d'un *Aussonderungsrecht* ou d'un *Absonderungsrecht*).

<sup>629</sup> Article 2420 du Code civil.

prendre excessivement de la valeur<sup>630</sup>, les parties vont elles même rééquilibrer leur contrat de sûreté<sup>631</sup>. Elles le feront au titre de la confiance spontanée qu'elles ont toutes deux dans l'instrument de garantie. Aucune des deux parties n'ayant intérêt à diminuer la valeur du bien grevé, une obligation évidente de coopération de maintien de cette valeur s'est imposée, que les Etats ont seulement entérinée. Il semble peu utile de renforcer cette obligation de coopération qui pourrait nuire à l'efficacité des sûretés réelles. Celui qui a le pouvoir sur la chose est tenu de maintenir cette dernière dans l'état où elle se trouvait lors de la constitution ou de proposer un bien de valeur identique. Il est seulement possible d'admettre un droit au créancier de s'octroyer un nouveau bien pour compléter sa sûreté ou en accordant au constituant la possibilité de proposer un complément de sûreté au créancier si la chose perd de la valeur<sup>632</sup>. Si le gage possède de nombreux atouts grâce à la dépossession, cette dernière présente un inconvénient devenu majeur, en ce qu'elle bloque la valeur économique du bien.

95. En somme, il est possible de noter une forme de similitude entre les trois modèles européens en matière de publicité sanctionnée par la nullité. En droit anglais et allemand, la publicité foncière peut être une cause de nullité, de même que la publicité factuelle. La publicité peut aussi jouer le rôle d'information auprès des tiers, dans ce cas elle est sanctionnée par l'inopposabilité, mesure tout aussi importante pour les parties que la nullité.

## §II. La publicité informative sanctionnée par l'inopposabilité

96. Dans le cadre de ce formalisme, il n'est pas question de remettre en cause la validité de l'acte mais son opposabilité aux tiers, si jamais les formalités de publicité n'ont pas été effectuées. La publicité informative est présente dans les trois modèles. Cette sanction s'explique par le fait que la sûreté prend tout son intérêt non en étant valable entre les parties mais en étant opposable aux tiers en cas de conflit ou de procédures collectives. Ce formalisme répond « à des objectifs d'ordre technique visant à une juste détermination de la portée (...). Ces solennités tendent donc à la sécurité juridique de la

---

<sup>630</sup> C'est le cas des sûretés sur instruments financiers. V. S. PRAICHEUX, « Les sûretés sur les marchés financiers », *Banque* 2004, n°493 et s.

<sup>631</sup> Les parties prévoient d'ailleurs généralement dans le contrat une clause de renégociation ou une clause fixant un volume de créances et de crédits ce qui leur permet ainsi de s'adapter aux fluctuations du marché. V. P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », in PH. SIMLER, *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 294, n°7.

<sup>632</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit. loc. cit.*

*sûreté et, au-delà, du crédit en général et non à la protection du donneur de la sûreté* »<sup>633</sup>. En cela, les formalités requises pour une publicité sont entièrement au service du principe de cohérence procédurale puisqu'elles préviennent les éventuels concours entre créanciers et évitent les fraudes sur la portée de l'engagement au moment de la réalisation. Deux aspects paradoxaux de cette publicité doivent être envisagés. Tout d'abord, l'absence volontaire de formalisme à peine d'inopposabilité pour les propriétés-garanties (A) puis le formalisme requis pour les autres techniques de garantie (B).

#### **A. L'absence volontaire de formalisme d'opposabilité pour les propriétés garanties**

97. *Dans les trois modèles, seul l'écrit permet l'opposabilité.* Il ne faut pas oublier que « *le principe est l'opposabilité et l'inopposabilité l'exception* »<sup>634</sup> et que de ce fait, « *tout droit, quel qu'il soit, est, par principe, opposable aux tiers* »<sup>635</sup>. Cela signifie que dans le silence de la loi, l'opposabilité s'applique à l'égard des tiers. Il semble que ce soit le credo retenu dans les trois modèles en matière de propriété-garanties. La propriété garantie n'est ainsi pas soumise à publicité<sup>636</sup>. L'article 2019 alinéa 2 du Code civil français ne peut être considéré comme une exception puisque s'il est vrai que des fiducies-sûretés nommées portant sur des biens ont leur mutation soumise à publicité, ce n'est qu'un transfert de publicité puisque ce n'est pas la garantie qui prévoit la publicité mais le bien, et plus spécifiquement sa mutation, qui entraîne une obligation de publicité. Ainsi, dans les trois modèles, l'écrit, qu'il soit *ad validitatem* ou *ad probationem* est une condition d'opposabilité à lui seul sans besoin de publicité. « *Les créanciers perdent ainsi en sécurité ce qu'il gagnent en rapidité au stade de la constitution* »<sup>637</sup> et « *la propriété-garantie possède toujours une supériorité par rapport aux sûretés réelles traditionnelles* »<sup>638</sup> ce qui explique l'engouement à son égard des juristes. Cependant, une réserve s'impose quant aux propriétés garanties portant sur un bien immeuble.

<sup>633</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit., n°594.

<sup>634</sup> J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, t. 171, 1981, p. 41, n°42.

<sup>635</sup> P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, p. 286, n°331.

<sup>636</sup> Sauf en France pour les fiducies-sûretés portant sur des immeubles. V. not. CH. ALBIGES, « La constitution de la fiducie », *Droit et patr.* juin 2008, p. 46. Pour le droit allemand : V. PINTO HANIA, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, 2012, disponible en ligne archives-ouvertes.fr (consulté le 23 août 2014), p. 158, n°259. Pour le droit anglais : A. HUSTON, *Equity and Trusts*, Routledge, 7<sup>ème</sup> éd., p. 242.

<sup>637</sup> L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, op. cit., p. 255, n°294.

<sup>638</sup> P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, op. cit., p. 306, n°351.

98. ***La délicate question des propriétés garanties sur biens immobiliers.*** Qu'en est-il des situations, très fréquentes en pratique, relatives à un acquéreur d'un bien immobilier mis en fiducie ou grevé d'une clause de réserve de propriété qui a cru, en toute bonne foi, que le constituant-débiteur était bien le propriétaire du bien en raison de la possession de ce dernier ? Les trois systèmes ayant une publicité foncière en matière immobilière, - qu'elle soit seulement déclarative ou acquisitive de droit -, il apparaît dommageable de ne pas soumettre à publicité une clause de réserve de propriété ou une fiducie portant sur un immeuble puisque cela ne protège pas le créancier du tiers acquéreur de bonne foi ni celui-ci du créancier chirographaire. S'il existe en droit français par la règle de l'article 2019 alinéa 2 du Code civil un enregistrement de la fiducie portant sur un bien immobilier, celui-ci ne sert que pour les administrations et non pour les tiers<sup>639</sup>. Dans le cadre cependant d'une clause de réserve de propriété immobilière, par l'application de l'article de l'article 28, 1°, a du décret du 4 novembre 1955 qui prévoit une publicité en cas de restriction « au droit de disposer », il apparaît par conséquent que cette dernière doit être publiée<sup>640</sup>. Ces formes de publicité sont soit incomplètes<sup>641</sup> soit indirectes ce qui nuit à l'accessibilité et l'efficacité des propriétés sûretés en matière immobilière. Cette situation entraîne des hésitations de la part des Etats quant à cette absence de publicité.
99. ***Une publicité des propriétés garanties par un enregistrement.*** Les rapports quant à la publicité des sûretés varient. S'il y a quelques décennies, l'Allemagne<sup>642</sup> et le Royaume-Uni<sup>643</sup> se satisfaisaient de l'occultisme de certaines sûretés, alors que déjà la France y

<sup>639</sup> Ce que certains auteurs ont reproché, proposant une inscription au Registre du Commerce et des Sociétés. R. DAMMANN, « Fiducie. Les nouvelles opportunités », Table ronde, *JCP éd. E, Cah. dr. entr.*, n° 3, mai-juin 2007, p. 9 et s., spéc. p. 16. Les remarques quant à la difficulté d'une absence de publicité de la fiducie portant sur un bien immeuble en faveur des tiers avaient déjà été soulevées. P. CROCQ, *Propriété et Garantie*, *op. cit.*, n°350.

<sup>640</sup> PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 931 et s.

<sup>641</sup> Pour clarifier dans sa globalité la clause de réserve de propriété, la Commission Grimaldi avait proposé de publier la clause de réserve de propriété mobilière afin d'exclure le mécanisme de l'article 2279 du Code civil. V. article 2382 de l'avant projet de réforme du droit des sûretés.

<sup>642</sup> « Qu'une sûreté réelle puisse voir le jour entre les parties sans qu'une condition de forme spécifique ne doive être respectée, nul ne s'en étonnera. En revanche, que les sûretés soient opposables aux tiers en l'absence de tout système de publicité est de nature à frapper un observateur étranger. En Allemagne, praticiens et théoriciens s'accommodent fort bien de la discrétion qui entoure la constitution des sûretés. » CL. WITZ, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p. 53, n°34. »

<sup>643</sup> Certains auteurs ont considéré que le développement des inscriptions des sûretés en droit anglais remettait complètement en question la distinction entre droits de *common law* et d'*equity law* et que les droits devraient plutôt être distingués entre droits devant être inscrits sous peine d'inopposabilité et droits non soumis à inscription. MEGARRY, WADE, *The law of real property*, Sweet and Maxwell, 2012, 8<sup>ème</sup> éd., § 4-061 et § 5-121.

était hostile<sup>644</sup>, de récentes réformes semblent indiquer la voie d'une réflexion dans ces modèles pour assurer davantage de transparence<sup>645</sup>. Les trois modèles ont instauré des moyens d'enregistrement afin de pouvoir permettre aux tiers d'avoir connaissance de la sûreté et éventuellement de s'y opposer.

## B. Le formalisme similaire requis pour les autres techniques de sûretés

**100. Spécificité française, une publicité supplémentaire à l'enregistrement mais de valeur seulement déclarative.** Contrairement au droit anglais et allemand, la publicité foncière en France<sup>646</sup> n'est pas constitutive mais seulement déclarative ou confortative<sup>647</sup>. Elle ne joue ainsi aucun rôle dans le transfert de propriété ni dans l'établissement de la propriété<sup>648</sup>. Mal aimée<sup>649</sup>, elle est cependant d'une importance certaine puisqu'elle entérine un enregistrement valide d'une hypothèque qui doit préalablement se faire devant notaire<sup>650</sup>. Cette double étape française se justifie par la protection du constituant, souhaitée par le législateur français, car en hypothéquant son bien immobilier ce dernier commettrait un acte plus grave qu'une simple vente<sup>651</sup>. Le passage devant notaire assure alors un devoir de conseil et une vérification de la validité de l'acte en raison de la qualité d'officier public de celui-ci. Cependant, cette double procédure rallonge aussi les délais d'enregistrement, double les frais et ne favorise pas le recours au crédit hypothécaire. Que ce soit par le biais d'un enregistrement comme en France, ou directement sur l'acte qui vaut constitution et publicité comme au Royaume-Uni et en Allemagne, les mentions obligatoires à respecter sont identiques. Il est par exemple nécessaire d'indiquer si une convention de recharge est adjointe ou pas, ainsi que le montant et la durée de la créance<sup>652</sup>.

<sup>644</sup> R. HOUIN, « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, RJ com. fév. 1982, numéro spécial, p. 7 et s., spéc. p. 10.

<sup>645</sup> CL. WITZ et F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations*, op. cit., ; A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, *La réforme du droit anglais des sûretés*, op. cit.

<sup>646</sup> Sur l'évolution historique de la publicité foncière, V. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 199 et s.

<sup>647</sup> F. BURSAUX, *L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale*, op. cit., n°2 et s.

<sup>648</sup> M. DAGOT, *La publicité foncière*, PUF, coll. Thémis, 1981, p. 88.

<sup>649</sup> M. GOBERT, « La publicité foncière, cette mal-aimée », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 207.

<sup>650</sup> Article 2416 du Code civil.

<sup>651</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, op. cit., n°661.

<sup>652</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, op. cit., p. 266 n°268 ; MEGARRY, WADE, *The law of real property*, op. cit., 19-014 et s. ; B. S. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, op. cit., p. 161 et s.

**101. Déclarative ou constitutive, le principe de spécialité du bien et de la créance est présent dans les trois modèles.** Il a été noté parfois un isolement de la France au sujet du principe de spécialité<sup>653</sup>. « Aussi, alors que la reconnaissance du principe de spécialité quant à la créance garantie passait pour un principe archaïque, le principe de spécialité quant au montant permet au droit français de se positionner à l'égal des droits étrangers en permettant, notamment dans les relations professionnelles, de constituer une hypothèque pour garantir un flux de créances. Le principe de spécialité n'est plus la cause du discrédit du droit français en droit hypothécaire. Il l'est d'autant moins que le principe de spécialité quant à l'assiette permet d'introduire de nombreux assouplissements et de justifier de modification de l'assiette. D'ailleurs, à l'étranger, même dans les pays qui ne connaissent pas le principe de spécialité quant à la constitution, le principe de spécialité quant à l'inscription est toujours requis »<sup>654</sup>. Au Royaume-Uni, les réformes récentes de 2002 confirment l'existence d'un principe de spécialité du bien<sup>655</sup>. Même avant, le principe de spécialité était déjà présent pour le gage<sup>656</sup>, l'hypothèque sur des biens immobiliers<sup>657</sup> et l'hypothèque sur des biens meubles incorporels<sup>658</sup>, les biens meubles corporels pouvant faire échapper au principe de spécialité<sup>659</sup>. Le *Grundbuch* allemand exige aussi un principe de spécialité du bien, lequel doit apparaître dans le *Bestandsverzeichnis*, index de la fiche unique de chaque immeuble. Le principe de spécialité de la créance doit aussi être mentionné dans les trois dernières sections de cette fiche, appelée *Abteilung*<sup>660</sup>. Dans les trois modèles, des mentions similaires sont requises au regard du principe de spécialité de la créance. Il s'agit de la capacité des parties, du fondement juridique du droit de propriété du propriétaire et de la nature de la créance garantie.

**102. La publicité est présente dans les trois modèles pour les sûretés réelles.** Plus généralement, dans les trois modèles, les sûretés réelles mobilières ou immobilières sont

<sup>653</sup> Article 2413 du Code civil et s. Plus spéc. v. article 2418 et 2426 (2). V. aussi le BOFIP – Sûretés et garanties du recouvrement – Hypothèque disponible sur [bofip.impôts.gouv.fr](http://bofip.impôts.gouv.fr). P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », Dr. et patr., 2001, p. 58.

<sup>654</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, op. cit., p. 261, n°261.

<sup>655</sup> Article 27 (2) du Land Registration Act de 2002.

<sup>656</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 345.

<sup>657</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 359.

<sup>658</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, op. cit., p. 381.

<sup>659</sup> M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, op. cit., loc. cit.

<sup>660</sup> G.-S. HOK, *The third real estate forum : mortgage lending in Europe, Law of land registration and mortgages in Germany*, in <http://www.hypotheca-europae.net/Bericht-Deutschland.htm> (consulté le 10 décembre 2015).

toutes enregistrées<sup>661</sup>. Les clauses plus secondaires tendent même à ne devenir opposables que lorsqu'elles font l'objet d'une mention expresse dans la publication de l'acte, confirmant ainsi l'essor et le besoin de publicité pour éviter une mauvaise foi<sup>662</sup>. De la cession de créances<sup>663</sup> aux biens meubles incorporels en passant par le gage sans dépossession, il existe dans les trois modèles une multitude de registres pour enregistrer chaque sûreté conclue<sup>664</sup>. Quelques menues différences apparaissent entre les trois systèmes juridiques (comme la possibilité par exemple d'enregistrer par voie électronique) mais qui ne sont nullement de nature à remettre en cause la similitude entre l'Allemagne, le Royaume-Uni et la France. En protégeant le constituant, le principe de spécialité permet d'assurer une cohérence procédurale entre l'acte signé, souvent une hypothèque, et les effets de celle-ci vis-à-vis des tiers. En outre, comme il ne nuit pas à l'obtention aisée d'un crédit hypothécaire, il conjugue une protection efficace avec une constitution relativement aisée, quoiqu'en France les étapes d'enregistrement et de publicité soient distinctes ce qui rajoute des lourdeurs administratives. La nécessité que les tiers soient informés des sûretés conclues est une évidence dans les trois systèmes juridiques et ouvre la voie à un registre européen des sûretés. En effet, si la publicité à peine d'inopposabilité existe dans les modèles étudiés, elle est confrontée aux mêmes difficultés dans chacun d'eux, à savoir la multitude de registres correspondant à la multitude de sûretés réelles mobilières comme immobilières pouvant exister. Cette « *hétérogénéité de la publicité* »<sup>665</sup> est clairement nuisible à une lisibilité des sûretés et ainsi à leur efficacité.

**103. La publicité des sûretés personnelles n'existe dans aucun des trois modèles.** Face à l'absence de toute publicité des sûretés personnelles, la question pourrait se poser d'une opportunité de celle-ci. Pour le cautionnement, rajouter un formalisme serait absolument inopportun car cela alourdirait considérablement cette sûreté. Par ailleurs, cela ne serait

<sup>661</sup> J.-L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, Lamy Axes Droit, 2010, p. 124.

<sup>662</sup> Et ce, afin de contrer la mauvaise foi possible. Cass., Civ. 3<sup>ème</sup> 15 oct. 2015, 14-20.400, Bull. n°1103 ; A. POSEZ, « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », *D.* 2015, n°44, 2609. V. en droit allemand C. DAUCHEZ, n°282 ; M.-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens, op. cit.*, p. 194, n°302.

<sup>663</sup> Sur la spécificité de la propriété des créances et le rapport à la publicité, V. Y. EMMERICH, *La propriété des créances : Approche comparative*, LGDJ, t. 469, 2007, p.170, n°296-302.

<sup>664</sup> V. Pour le droit anglais not. GOODE, *Legal problems of Credit and Security*, Sweet & Maxwell, 4ème éd., 2009, v. aussi les nouvelles sections 859A-859Q du Companies Act de 2006, amendé par la réforme de 2013 entrée en vigueur le 6 avril 2013 ( à ce sujet, v. A. –M. TOLEDO-WOLFSOHN, « La réforme du droit anglais des sûretés », *RLDC*, 2014, n°120). Pour le droit français v. Lamy, *Droit des sûretés*, 2015.

<sup>665</sup> M. GRIMALDI, « Rapport français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Les Garanties de financement, op. cit.*, p. 161.



d'aucune utilité puisque la caution s'engage au regard de ses revenus et de ses biens dans lesquels sont pris en compte les possibles cautionnements antérieurement passés, et cela est apprécié au jour de la constitution et de l'appel de la caution. Monsieur le Professeur Borga précise en plus que si une publicité devait être mise en place pour les sûretés personnelles, il faudrait alors que celle-ci « *touche toutes les garanties personnelles et non pas seulement le cautionnement* »<sup>666</sup>, sinon cela défavoriserait encore plus cette sûreté au profit des nouvelles garanties, pourtant moins protectrices. Cependant, les nouvelles formes de sûreté personnelle ne semblent pas avoir besoin de publicité puisqu'étant autonomes, elles n'ont pas besoin d'être portées à la connaissance des tiers.

---

<sup>666</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op. cit., p.456.



## Conclusion du Chapitre

**104.** En conclusion de cette approche comparative de la réglementation des sûretés en Allemagne, au Royaume-Uni et en France, quelques points de convergence et de divergence éclosent. En matière de sûretés personnelles, et notamment au sujet du cautionnement seule sûreté personnelle accessoire, la France a une position distincte des deux autres modèles. La jurisprudence française impose de nombreux devoirs pour réguler le lien de confiance entre un créancier et son garant au détriment de l'efficacité de cette dernière. Ces devoirs ne sont pas strictement délimités et leur appréciation *in concreto* nuit à la clarté du cautionnement. Par ailleurs, la confusion qui règne autour de la détermination d'une partie faible préjudicie à l'efficacité de cette sûreté. Le Royaume-Uni et l'Allemagne semblent enclins à une interprétation spécifique favorable au garant mais seulement dans les cas précis où le garant est une personne faible. En matière de sûretés réelles, une réglementation similaire entre les trois modèles s'observe, *via* la publicité. Celle-ci se porte non seulement sur les mêmes sûretés dans les trois modèles mais exige aussi des mentions semblables. Enfin, le degré de protection des cocontractants est variable. Dans ce domaine, la France semble parfois un peu excessive, étouffant alors les techniques de garantie par des règles foisonnantes et aux contours souvent incertains. Pour conclure, il semble ainsi qu'il y ait, entre les trois modèles, une analogie des moyens de régulation, au moins au sujet des sûretés réelles.



## **Conclusion du Titre**

**105.** En conclusion, une approche comparative des grands modèles de droits européens, choisis pour leur tradition juridique distincte, permet de constater deux mouvements majeurs entre les droits nationaux. D'une part, en raison de besoins identiques d'exclusivité et d'assouplissement du principe de l'accessoire, les juristes des trois modèles délaissent les sûretés traditionnelles et recherchent des sûretés nouvelles, qui répondent à ces exigences. Un mouvement de convergence existe ainsi au regard des techniques de garanties utilisées. Mais d'autre part, les législations étudiées règlementent de façon variable leur droit des sûretés, en fonction de l'importance accordée à la protection du cocontractant. Si en matière de sûreté réelle un rapprochement peut être opéré, cela semble moins certain en matière de sûreté personnelle entre la France d'une part, et le Royaume-Uni et l'Allemagne d'autre part. A l'issue de cette approche, il est possible d'imaginer que le législateur européen, souvent prolifique en matière de règles relatives à l'économie, a pris en compte ces points de convergence et la nécessité de circulation des sûretés dans chaque Etat membre afin de développer le crédit transfrontière. Un état des lieux du droit des sûretés en droit européen permet de constater que cela ne semble curieusement pas être le cas, alors que d'autres regroupements d'Etats ont instauré un droit commun, global ou sectoriel.



## TITRE II – ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES D'UN DROIT DES SÛRETÉS EN DROIT EUROPÉEN

106. Positionner les sûretés dans les droits européens invite à rechercher l'influence des droits européens sur le droit des sûretés. Dans un premier temps, une certaine proximité entre les droits nationaux des sûretés dans l'espace européen a pu être remarquée. Cette contiguïté, associée à la fonction des sûretés qui est d'assurer la protection du paiement de la créance à terme, entraîne alors une interrogation. Dans la mesure où le crédit est de plus en plus transfrontière et où les droits des Etats membres dans l'espace européen sont similaires, il est permis de se demander comment le législateur européen, et particulièrement celui de l'Union européenne, laquelle est construite sur la volonté d'un socle économique commun<sup>667</sup>, a pris en compte le droit des sûretés. Spontanément, il ne semble pas possible de répondre à cette question, tant le législateur européen s'est peu préoccupé des sûretés. « *Cette réserve d'un législateur ordinairement prolifique est d'autant plus étonnante que le crédit et les sûretés font partie intégrante de l'activité économique que le traité de Rome posait en fondement de la CEE et que l'Union économique et monétaire met aujourd'hui au premier plan des objectifs communautaires* »<sup>668</sup>. Cette absence de prise en compte *prima facie* oblige à davantage approfondir ce constat initial. Cela nécessite alors d'effectuer un état des lieux du droit des sûretés existant en droit européen (Chapitre I). Cet inventaire semble révéler une présence minimale des sûretés dans l'espace européen, ce qui tranche avec l'édiction de droits communs des sûretés globaux ou sectoriels, de d'autres regroupements d'Etats. Ces exemples extra européens constituent des laboratoires d'essai pour le droit européen. Selon leur mise en œuvre, un droit commun des sûretés dans un espace régional harmonisé similaire à celui de l'espace européen peut apporter pour la région des bénéfices tant économiques que politiques. Ces regroupements extra européens constitueront ainsi des perspectives pour un droit des sûretés en droit européen (Chapitre II).

<sup>667</sup> D. BLACHE, « La régulation des banques de l'Union européenne face à la crise », *Revue Banque*, 2009, p.18, n°2.

<sup>668</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 13, n°10.





## CHAPITRE I. État des lieux du droit des sûretés en droit européen

107. Le terme « européen » est vaste et ne peut être limité à un seul ordre juridique. De textes issus d'organisations internationales qui produisent des effets dans l'espace européen, aux normes issues du droit de l'Union européenne, en passant par la jurisprudence de la Cour EDH, le droit européen se nourrit de divers textes venant « *d'ailleurs* » et de « *nulle part* »<sup>669</sup>. De façon surprenante, cette diversité normative n'est pour autant pas synonyme d'une prise en compte variée et complète des sûretés. Bien au contraire, il semblerait même que quelle que soit la source de droit, qu'elle soit d'origine européenne ou qu'elle ait des conséquences européennes, le droit des sûretés n'est jamais pris en compte. Celui-ci n'est pourtant pas une matière réservée, qui relèverait de la souveraineté des Etats membres, ni une matière sensible, dont l'harmonisation pourrait causer des crises politiques majeures au sein de l'espace européen. Le droit des sûretés est ainsi le grand oublié du droit européen. Cela tranche avec les buts initiaux qui ont commandé la création de l'Union européenne, au premier rang desquels figure la coopération économique, à laquelle les sûretés sont indispensables. L'Union européenne se distingue d'autant plus lors de cet état des lieux qu'elle est, à l'heure actuelle en droit européen, l'association politico-économique *sui generis* la plus aboutie de l'espace européen. Sa production normative assez importante, associée à son essence économique, impose de commencer par rechercher la prise en compte des sûretés dans l'ordre juridique de l'Union européenne (Section 1). Les autres sources de droit, issues du Conseil de l'Europe ou d'organisations internationales, et qui ont des conséquences dans l'espace européen, sont moins abondantes en matière de sûretés. Peu nombreuses, certaines sont toutefois assez approfondies. L'état des lieux les concernant s'opèrera dans un second temps, ce qui permettra de prendre en compte l'ensemble des sûretés dans l'ordre juridique international ayant des conséquences en droit européen (Section 2).

### Section I. Les sûretés dans l'ordre juridique de l'Union européenne

108. La notion de sûreté s'identifie par la réunion de trois critères, la finalité, l'effet et une technique de sûreté. Au regard de ces critères, il est possible d'affirmer qu'il n'existe pas une législation de l'Union européenne spécifique aux sûretés. Des principes généraux de

---

<sup>669</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 48.

droit européen des sûretés ont été proposés par des universitaires<sup>670</sup>, mais le législateur de l'Union européenne n'a jamais précisément édicté de règles propres aux sûretés. En conséquence, ce sont des règles générales qui trouvent parfois à s'appliquer aux sûretés. Ces règles générales sont mises en œuvre par l'intermédiaire de deux compétences de l'Union européenne. En premier lieu, la coopération judiciaire en matière civile, qui a permis l'introduction en droit européen d'instruments généraux de résolution de conflit de lois et de juridictions, et d'autres instruments facilitant le recouvrement de la créance. Les premiers instruments, en raison de leur généralité, se prêtent malhabilement à la mise en œuvre spécifique d'une sûreté dès lors qu'un litige est transfrontière. Quant aux seconds, ils organisent « *l'extinction totale ou partielle, directe ou indirecte de la créance* ». Pour autant, ils n'attribuent pas au créancier un avantage spécifique autre que son droit de gage général. Ils ont ainsi un effet indirect, presque involontaire sur les sûretés, par l'extinction de la créance. La coopération judiciaire ne prend donc en compte le droit des sûretés que de façon très indirecte (§I). En second lieu, au sein du marché intérieur, quelques instruments épars et très spécifiques ont permis un rapprochement des législations en matière de sûretés, mais sans grande effectivité. Dans ce domaine, le droit des sûretés est ainsi présent mais limité (§II).

### **§I. La coopération judiciaire, vecteur d'une présence indirecte des sûretés en droit européen**

109. L'article 81 du traité FUE prévoit que « l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres. » En soumettant l'ensemble des mesures relatives à la coopération judiciaire en matière civile à la procédure législative ordinaire, le traité de Lisbonne a définitivement entériné une dynamique européenne. Celle-ci s'est traduite par l'adoption de plusieurs instruments instituant des règles procédures civiles européennes<sup>671</sup>. Ces instruments ont des portées variables. Certains instruments règlent les conflits de juridictions et de lois et organisent la reconnaissance et l'exécution des

---

<sup>670</sup> V. U. DROBNIG, « Principles of European law : Personal security », in U. DROBNIG (dir.), *Proprietary security in movable assets*, O. Böger, Oxford 2015. V. aussi : U. DROBNIG, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, pp. 315 et s.

<sup>671</sup> L'expression procédure civile est prise dans son ensemble telle que définie par L. CADIET, « Procédure civile », in D. ALLAND, S. RIALS, (ss dir.) *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1227-1230.

décisions judiciaires. Leur caractère général permet d'y recourir pour régler un litige transfrontière impliquant une sûreté, mais ce même atout devient un inconvénient lors de situations spécifiques, auxquels ils ne peuvent répondre. D'autres, en revanche, ont été mis en place pour créer une procédure civile d'exécution européenne ou régler une insolvabilité européenne en raison d'éléments transfrontières. Si les règlements relatifs à la procédure civile d'exécution européenne permettent de faciliter le recouvrement d'une créance, ils ne sont pour autant qu'une mise en œuvre du droit de gage général et ne procurent aucun avantage au créancier. Etrangers aux sûretés, ces « *contentieux de deuxième génération* »<sup>672</sup> sont toutefois intéressants par leurs modalités d'extinction de la créance, ferments d'un éventuel droit européen des sûretés. Quant aux règlements relatifs à l'insolvabilité européenne, même s'ils organisent le traitement des entreprises en difficulté ils s'intéressent encore très peu aux sûretés. L'adage *specialia generalibus derogant* impose d'envisager en premier lieu les instruments qui concernent spécifiquement la défaillance mais qui sont assez étrangers aux sûretés (A) et en second lieu les instruments plus généraux, qui, en prenant en compte tous les litiges, s'intéressent mais de façon indirecte, aux sûretés (B).

### **A. Les sûretés dans les procédures européennes aménageant la défaillance**

**110.** Les procédures européennes qui aménagent la défaillance d'un débiteur sont de deux ordres. Certaines relèvent de la procédure civile d'exécution européenne (1), tandis que d'autres relèvent de la procédure d'insolvabilité européenne (2).

#### **1. Les sûretés dans les procédures civiles d'exécution européenne**

**111.** La procédure civile d'exécution européenne comprend trois instruments permettant de faciliter le recouvrement d'une créance détenue par un créancier chirographaire et s'inscrivant dans un litige transfrontière. Ces procédures sont intéressantes indépendamment de l'efficacité de l'exécution de la décision car elles ont des conséquences précises pour le droit des sûretés, à savoir le paiement effectif, total ou partiel de la dette. Aussi, même si elles ne prennent pas en compte le créancier titulaire d'une sûreté (a), elles posent néanmoins des jalons nécessaires à l'élaboration d'un droit européen des sûretés (b).

---

<sup>672</sup> V. CJUE, 13 juin 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH*, C-144/12 ; C. NOURISSAT, « Le contentieux de la 2ème génération en matière de coopération judiciaire civile : le cas « Goldbet Sportwetten » », publié au gdr-elsj.eu le 3 juillet 2013, (consulté le 02/03/2014).

a. Les procédures civiles d'exécution européenne, étrangères au créancier titulaire d'une sûreté

**112. La prise en compte de l'importance du recouvrement des créances transfrontières.**

L'idée originelle de création de ces procédures européennes s'inscrit parfaitement dans l'un des premiers objectifs de la Communauté européenne<sup>673</sup> bien qu'elle ne soit véritablement concrétisée qu'avec l'article 29 du Traité sur l'Union européenne<sup>674</sup>. Avec un Livre vert sur la création d'une saisie des avoirs bancaires<sup>675</sup> et un second en 2008, relatif à la transparence du patrimoine du débiteur<sup>676</sup>, la Commission prend en compte les rapports entre un créancier et son débiteur dans l'espace européen. Suite à ces deux Livres verts, le Parlement présente des résolutions pour améliorer l'exécution qui doit devenir une « *priorité sur le marché intérieur et combler le degrés de succès (...) remarquablement faible* » du recouvrement actuel des créances transfrontalières. Les conséquences négatives issues d'un mauvais recouvrement ou d'une absence de recouvrement des créances transfrontières sur la performance économique de l'Union européenne<sup>677</sup> sont alors prises en compte. Il est possible dès 2011 d'entrevoir « *les premières manifestations de l'émergence d'un droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale* »<sup>678</sup> et cette impression se confirmera par l'adoption, le 15 mai 2014, du règlement n°655/2014 qui, bien que n'étant pas encore entré en vigueur « *constitue d'ores et déjà un événement puisqu'il est le premier règlement européen dont l'objet porte sur le droit de l'exécution au sens du droit interne.* »<sup>679</sup>. Ainsi, il existe des

<sup>673</sup> Article 2 du Traité de Rome signé le 25 mars 1957 « *La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit.* ».

<sup>674</sup> Article 29 Traité sur l'Union européenne tel que modifié par le Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 JO C 191 du 29.7.1992 : « *Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (...) - à une coopération plus étroite entre les autorités judiciaires et autres autorités compétentes des États membres, conformément à l'article 31, points a) à d), et à l'article 32* ».

<sup>675</sup> Livre vert « sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires », COM (2006) 618 final, 24 oct. 2006.

<sup>676</sup> Livre vert sur l'« exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs », COM (2008) 128 final, 6 mars 2008.

<sup>677</sup> Parlement européen (Rapp. d'initiative, 10 mai 2011).

<sup>678</sup> G. PAYAN, « Saisie européenne des avoirs bancaires et transparence patrimoniale : les jalons posés par le Parlement européen », *LPA*, 1-2 sept. 2011, pp. 8-14, spéc. n°5.

<sup>679</sup> E. GUINCHARD, « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD Eur.* 2014, p. 922.

procédures civiles d'exécution européennes qui facilitent le recouvrement de créances transfrontières et permettent l'extinction de la créance.

- 113. Des procédures constituant le droit européen de l'exécution, à l'extinction d'une créance.** Il existe – actuellement – en droit européen trois règlements qui prévoient une harmonisation européenne des règles de procédure civile lors de trois relations possibles entre un créancier et son débiteur. Il s'agit tout d'abord du règlement (CE) n°1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer<sup>680</sup>, ci-après dénommé le règlement injonction de payer ; du règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées<sup>681</sup>, ci-après dénommé le règlement titre exécutoire européen et du règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges<sup>682</sup>, ci-après dénommé le règlement petits litiges. Les règlements petits litiges et injonction de payer seront étudiés selon leurs dispositions prospectives qui entreront en vigueur le 14 juillet 2017 par le règlement (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015<sup>683</sup> puisque ce règlement a été signé et publié. Le règlement (UE) n°655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires sera également pris en compte dans la mesure où ce texte a été signé et publié et où il entrera en vigueur le 18 janvier 2017<sup>684</sup>. Ces règlements permettent l'extinction d'une créance dans certains cas, variables selon la procédure utilisée. D'une manière générale, le créancier chirographaire peut, si sa créance entre dans l'objet et le champ d'applicabilité des procédures, exiger le recouvrement de celle-ci. La créance du créancier chirographaire doit être *pécuniaire* pour l'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires et plus spécifiquement *pécuniaire* et de nature

<sup>680</sup> PE et Cons. UE, règl. n°1896/2006, 12 déc. 2006, JOUE n° L. 399, 30 déc. 2006, p. 1–32.

<sup>681</sup> PE et Cons. UE, règl. n°805/2004, 21 avr. 2004, JOUE n° L. 143, 30 avr. 2004, p. 15–39.

<sup>682</sup> PE et Cons. UE, règl. n°861/2007, 11 juill. 2007, JOUE n° L. 199, 31 juill. 2007, p. 1–22.

<sup>683</sup> Règlement (UE) 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n°861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n°1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer JOUE n° L. 341, 24.12.2015, p. 1–13.

<sup>684</sup> Règlement (UE) n°655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale JOUE n° L. 189, 27.6.2014, p. 59–92.

exclusivement contractuelle pour le règlement injonction de payer<sup>685</sup> tandis que le règlement petit litige n'exige pas certains critères pour la créance. Naturellement, la créance doit être aussi *incontestée* pour le règlement relatif à l'injonction de payer<sup>686</sup>. Par ailleurs, la créance doit être *chiffrée* pour le règlement petits litiges et ne peut dépasser la somme de 5000€<sup>687</sup> alors que le règlement injonction de payer et l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des avoirs bancaires ne la soumettent à aucune somme. Enfin, la créance doit être *liquide et exigible* mais seulement pour le règlement injonction de payer puisque l'injonction porte sur une créance qui, ensuite, peut faire l'objet d'un recours devant le juge compétent<sup>688</sup>. Si la créance correspond aux conditions d'applicabilité de la procédure européenne choisie, le créancier va ensuite pouvoir enclencher le mécanisme de recouvrement de la créance tel que prévu par le texte.

- 114. *Le recouvrement de la créance est la conséquence de la mise en œuvre du droit de gage général.*** L'effet d'une sûreté se caractérise par « l'extinction totale ou partielle, directe ou indirecte de la créance ». En permettant un recouvrement de créance et ainsi une extinction, il est possible de considérer que les procédures civiles d'exécution européenne ont une conséquence sur un des critères de la sûreté, son effet. Toutefois, ces instruments n'éteignent pas la créance par la mise en œuvre de la sûreté qui lui est accessoire, mais facilitent seulement l'extinction de la créance initiale. Le droit européen de l'exécution est ainsi étranger au créancier titulaire d'une sûreté puisqu'il n'offre qu'une possibilité de recouvrement de la créance principale, sans prendre en compte l'adjonction au droit de créance d'une sûreté. Il ne s'applique alors qu'au créancier chirographaire en lui facilitant les démarches souvent difficiles en cas de litiges transfrontières ou d'insolvabilité européenne. Pour autant, les moyens mis en œuvre par le législateur européen au profit du créancier chirographaire pour faciliter le recouvrement des créances sont autant de jalons nécessaires à l'instauration d'un droit européen des sûretés.

---

<sup>685</sup> A moins « qu'elles aient fait l'objet d'un accord entre les parties ou qu'il y ait eu une reconnaissance de dette; ou ii) qu'elles concernent des dettes liquides découlant de la propriété conjointe d'un bien ». Article 2 point 2, i du règlement n°1896/2006 instituant une injonction de payer, *précité*.

<sup>686</sup> Article 1 a) du règlement n°1896/2006 instituant une injonction de payer, *précité*.

<sup>687</sup> Article 1 point 1 Règlement (UE) 2015/2421 modifiant le règlement (CE) n°861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n°1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, *précité*.

<sup>688</sup> Article 4 du règlement n°1896/2006 instituant une injonction de payer, *précité*.

b. Les procédures civiles d'exécutions européenne, ferment d'un droit européen des sûretés

- 115. *Les procédures civiles d'exécution européenne ont initié en droit européen des règles permettant de faciliter les litiges transfrontières relatifs au recouvrement d'une créance.*** Quand bien même elles ne s'intéressent pas au créancier titulaire d'une sûreté, la mise en œuvre de certains moyens procéduraux en la matière pourrait bénéficier à un futur droit européen des sûretés, comme en témoigne notamment le développement de la déjudiciarisation.
- 116. *La déjudiciarisation permet une rapidité d'action qui pourrait être efficace lors de sûretés fondées sur la propriété, réservée ou cédée.*** La déjudiciarisation est un des desseins de ces nouvelles procédures puisque le juge n'apparaît plus comme l'élément indispensable de toute action en recherche de paiement. En effet, l'injonction de payer et l'ordonnance européenne de saisie conservatoire peuvent être prises par « toute autorité compétente » et sans nécessairement un jugement rendu sur le fond du litige. Le règlement petit litige doit quant à lui être soumis à une « juridiction »<sup>689</sup>, laquelle n'est pas pour autant définie. Madame le Professeur Amrani-Mekki précise, au sujet de l'injonction de payer, mais cela vaut également pour l'ordonnance de saisie conservatoire, qu'en Suède, un service public du recouvrement s'occupe des demandes d'injonction de payer, tandis qu'en Autriche, ce sont les greffiers qui sont en charge de ces procédures<sup>690</sup>. L'ouverture de la compétence pour prendre une décision à des acteurs judiciaires compétents autres que le juge, permet au créancier d'obtenir plus rapidement une décision sans avoir à souffrir des délais de procédure<sup>691</sup>. Par ailleurs, cela s'inscrirait dans le mouvement d'une pratique récente, « *inspirée par la nécessité d'une solution rapide et économique, ce qui permet dans une certaine mesure la déjudiciarisation des relations contractuelles* »<sup>692</sup>. Accessoirement, l'approche extensive retenue de la notion de juridiction permet à ces règlements, pris sur le fondement de l'article 81 du traité FUE, de

<sup>689</sup> « quelle que soit la nature de la juridiction », sans autre précision v. article 2 point 1 du règlement petits litiges n°861/2007 précité.

<sup>690</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer », in L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI (ss dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Droit et Professionnels, LexisNexis, 2011, p. 256, n°693. En France, l'article 1406 du Code de procédure civile dispose que « *la demande est portée, selon le cas, devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité ou devant le tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce (...)* », soit devant des magistrats professionnels comme non professionnels.

<sup>691</sup> X. LAGARDE, « Réformer l'injonction de payer – Défense d'une proposition », *JCP* 2008, I, p. 165.

<sup>692</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », in *La réforme du droit des contrats : projets et perspectives*, R.D.C. 2006, n°1, p. 256.

ne pas soulever un débat relatif à l'indépendance des magistrats<sup>693</sup>. Mise dans la perspective d'un droit européen des sûretés, la déjudiciarisation pourrait être intéressante pour le créancier titulaire d'une sûreté fondée sur la propriété, qu'elle soit réservée ou cédée. Il a été vu que les Etats membres de l'Union européenne ont une conception similaire des sûretés propriétés et ne se distinguent qu'au regard de l'étendue de ces dernières, sans préjudice du fonctionnement même de celles-ci. Dans le cas de sûretés fondées sur la propriété, créancier et débiteur sont d'accord pour transférer la propriété du bien au créancier, soit en la lui réservant, c'est-à-dire en ne la transférant pas au débiteur malgré la remise de chose, soit en la lui cédant à la condition que les biens dont le créancier se retrouve le propriétaire intègre un patrimoine distinct du sien. L'intérêt de ces sûretés est de satisfaire le créancier dès la défaillance du débiteur sans avoir à demander une saisie ou une vente du bien. Dans la mesure où le créancier bénéficie avec ces sûretés d'un droit exclusif de paiement, et sous condition de publicité, laquelle semble indispensable dans un litige transfrontière, il est possible d'envisager que « toute autorité compétente » dans un Etat membre puisse trancher d'un litige transfrontière impliquant une propriété sûreté. Si le rôle du juge pouvait être assoupli lors de litiges relatifs à une sûreté fondée sur la propriété réservée ou cédée, il n'en est pas de même des établissements de banque et crédit, lesquels devraient être soumis à un régime identique afin de garantir au créancier la réalisation de sa sûreté.

- 117. *L'aide obligatoire des banques initiée par l'ordonnance de saisie conservatoire des avoirs bancaires, un soutien au créancier chirographaire comme au créancier titulaire d'une sûreté.*** Des prompts agissements des banques dépendent la bonne réalisation de la procédure de saisie conservatoire des avoirs bancaires, et, par voie de conséquence, l'extinction de la créance du créancier, en l'espèce chirographaire, mais qui pourrait aussi être titulaire d'une sûreté. En effet, si les banques tardent à saisir le ou les comptes nécessaires au recouvrement de la créance, alors le créancier voit ses chances de paiement diminuer puisque le débiteur gagne davantage de temps pour organiser son insolvabilité. Les articles 24 et 25 du règlement relatif à l'ordonnance de saisie conservatoire sont très

<sup>693</sup> En ce sens, voir : première application, CJCE 30 juin 1966, *Vaassen Gobbels*, aff. 61/65, explicitée ensuite par la jurisprudence : CJCE 17 sept. 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96. Plus récemment, voir : CJCE, 14 mai 2008, C-109/07 et CJUE, Ord., 13 févr. 2014, *Merck Canada c/ Accord Healthcare Ltd.*, C-555/13; CEDH, *Moulin c/ France* 23/11/2010 ; CEDH, arrêt de grande chambre, 29/03/2010, *Medvedyev c/ France*. Il conviendrait néanmoins de tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 21 octobre 2011 QPC du 21/10/2011 JORF n°0176 du 31 juillet 2013. Pour autant, la CJUE n'a pas pris la peine d'examiner la nature de cette instance lors de la première question préjudicielle que le Conseil constitutionnel a posée à la CJUE v. CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F*, C-168/13.



descriptifs et clairs sur ce rôle attribué aux établissements bancaires en les enjoignant notamment de mettre « en œuvre sans tarder » l'ordonnance de saisie ou les instructions issues de la décision prise au fond<sup>694</sup> dans les conditions prévues aux articles précités. Pour la première fois, les banques ont été associées au processus européen de recouvrement de créances et les décisions de saisie, sur le fond comme conservatoires, prises en l'occurrence dans le cadre de l'ordonnance européenne sont directement contraignantes pour elles. Elles ne pourront se soustraire à leurs obligations sauf à engager leur responsabilité<sup>695</sup>. L'Union européenne prend enfin en compte le rôle déterminant des banques dans le recouvrement d'une créance. Si, en l'espèce, cela ne s'adresse pas à un créancier titulaire d'une sûreté, dans le cas d'un texte élaborant un droit européen des sûretés, il serait indispensable de faire de nouveau peser une responsabilité sur les banques. En effet, dans le cadre par exemple d'une fiducie européenne ou d'une eurohypothèque, il pourrait être envisagé un rôle des banques dans l'information des parties à une sûreté, lequel serait sanctionné par l'engagement de leur responsabilité, cette fois prévue et détaillée dans la norme européenne<sup>696</sup>. Outre la déjudiciarisation et l'aide des banques, d'autres moyens procéduraux issus des procédures civiles d'exécution européenne peuvent intéresser le créancier titulaire de sûretés, bien que ces dernières ne soient visées qu'indirectement.

**118. *Les autres moyens procéduraux initiés par le droit européen de l'exécution, évincés par le règlement 1215/2012.*** Parmi les moyens procéduraux que le droit européen de l'exécution a mis en place et qui pourraient intéresser un créancier titulaire d'une sûreté figure la technique du contentieux inversé. Dans ce cas, l'*imperium* est acquis avant la *jurisdictio*, ce qui consiste d'abord à faire appliquer une décision pour ensuite permettre un accès au juge pour contester sur le fond cette décision<sup>697</sup>. Il peut être soulevé que « *les raisons économiques sont ici préférées à la situation du débiteur qui subira les effets*

<sup>694</sup> Article 24 point 1 du règlement (UE) n°655/2014 relatif à une procédure européenne d'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires, *précité*.

<sup>695</sup> Article 26 du règlement (UE) n°655/2014 relatif à une procédure européenne d'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires, *précité*.

<sup>696</sup> En effet, le règlement relatif à une procédure européenne d'ordonnance de saisie conservatoire ne traite pas la responsabilité des banques et renvoie au droit interne. Nécessairement, cela crée des disparités et des doutes quant à la réelle mise en œuvre de la responsabilité des banques.

<sup>697</sup> « (...) le mandat ou ordonnance du juge est délivré sur la base de l'unique affirmation du créancier, sans que celui-ci soit obligé de produire un document justificatif. », J-P. CORREA DELCASSO, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *RIDC*, Vol. 53 n°1, Janvier-mars 2001. n°2, p. 63 ; G. DE LEVAL, « Les ressources de l'inversion du contentieux », in M.-T. CAUPAIN, G. DE LEVAL (dir.) ; *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 83 et s.

*d'une procédure non contradictoire à son encontre* »<sup>698</sup>. Le recours au juge apparaît alors davantage comme une arme du débiteur qui souhaiterait contre-attaquer par le biais d'une opposition ou d'une demande de réexamen<sup>699</sup>. Cependant, les droits de la défense sont préservés puisque d'une part le débiteur peut toujours contester les décisions rendues à son encontre et que d'autre part les créances à recouvrer sont toujours consignées lorsqu'il n'y a pas eu de décision sur le fond. Pour le créancier, l'apport du contentieux inversé est indiscutable puisqu'il peut se prémunir, grâce à l'effet de surprise octroyé contre l'organisation potentielle par le débiteur de son insolvabilité. Cet effet de surprise est accessible aussi à l'heure actuelle au créancier muni d'une sûreté et agissant sur le fondement de l'article 35 du règlement 1215/2012. Celui-ci est de portée générale et octroie au créancier la possibilité de demander une mesure conservatoire ou provisoire « même si un autre tribunal d'un autre Etat est compétent sur le fond » pour les actions intentées à compter du 10 janvier 2015, date de son entrée en vigueur. Le recours à l'article 35 du règlement Bruxelles I Bis est de ce fait plus intéressant car le créancier n'aura pas à démontrer que sa créance et la sûreté qui la garantit entrent dans le champ d'application d'une procédure ni à vérifier la compétence du juge pour le litige sur le fond. En conséquence, s'il est certain que la technique du contentieux inversé initiée par le droit européen de l'exécution a permis d'ouvrir le recours aux mesures provisoires et conservatoires du règlement 1215/2012, celui-ci, par son caractère généraliste reste plus adéquat pour un créancier titulaire d'une sûreté. Le constat est le même en matière de suppression d'*exequatur*. L'absence d'*exequatur* permet au créancier comme au débiteur de ne pas avoir à demander la reconnaissance d'une décision obtenue dans un autre Etat membre que celui de l'exécution de la décision<sup>700</sup>. Cette absence d'*exequatur* a pu interpellier car cela revient à laisser circuler ou faire exécuter sans contrôle, des décisions qui sont prises parfois par des « autorités compétentes » qui ne sont pas des magistrats

<sup>698</sup> S. AMRANI-MEKKI, « Règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer », in L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI (ss dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, op. cit., p. 250.

<sup>699</sup> Il s'agit de la force majeure ou des circonstances extraordinaires, du non-respect manifeste du règlement ou de circonstances exceptionnelles ou enfin lorsque la notification n'est pas assortie de la preuve de la réception. V. Article 20 du règlement injonction de payer n°1896/2006, *précité* ; Article 18 du règlement petits litiges n°861/2007, *précité*.

<sup>700</sup> A l'exception d'une demande d'exécution dans le Danemark, qui bénéficie d'un accord d'extension tel que prévu par le Règlement n°44/2001 et qui soumet la certification et les décisions obtenues à un *exequatur* préalable. V. pour les autres états membres autres que le Danemark : le considérant 25 du règlement titre exécutoire européen pour les créances incontestées n°861/2007, *précité* ; le considérant 32 du règlement injonction de payer n°1896/2006, *précité* ; le considérant 38 du règlement petits litiges n°861/2007, *précité*.

professionnels<sup>701</sup>. Elle a par ailleurs été vivement critiquée par certains spécialistes<sup>702</sup> qui ont fait valoir l'inutilité de ces dispositions, dans la mesure où les titres et décisions pouvaient déjà être reconnus dans des Etats membres différents de celui dont ils provenaient<sup>703</sup>. En effet, l'ordre public, qui était le dernier obstacle pouvant empêcher la reconnaissance d'un titre ou d'une décision émis depuis un Etat membre distinct de celui du lieu d'exécution, a été supprimé par le règlement titre exécutoire européen ce qui a entraîné une circulation sans obstacle des titres et décisions dans les Etats membres de l'Union européenne. Dans le cadre du droit européen de l'exécution, le certificat de règlement des petits litiges et la décision européenne de saisie conservatoire sont exécutoires dès leur émission. En revanche, le délai est de trente jours à compter du lendemain de sa notification pour l'injonction de payer européenne ainsi que pour la saisie conservatoire lorsque celle-ci a été prise suite à une ordonnance rendue sans jugement sur le fond. Le règlement 1215/2012 entérine pour la matière civile et commerciale la suppression de l'*exequatur* et protège davantage les droits de la défense en permettant de s'opposer à la reconnaissance d'une décision dans l'Etat membre d'origine comme dans l'Etat membre où la décision doit être exécutée, tant que la contestation est fondée sur l'un des motifs prévus par le règlement<sup>704</sup>. Ainsi, en quelques années, le « *principe émergent* »<sup>705</sup> d'une absence d'*exequatur* est devenue une règle incontestable<sup>706</sup>, fondée sur la confiance réciproque<sup>707</sup> entre les Etats membres dans

<sup>701</sup> Le cas français est assez illustratif. L'ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires n'est pas conditionnée à la saisie d'un juge et l'article L511-2 du Code français des procédures civiles d'exécution ne nécessite pas sa saisine non plus. Une décision peut ainsi être prise en France et circuler dans l'espace européen sans avoir été examinée par un juge. E. GUINCHARD, « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD Eur.* 2014, p. 922.

<sup>702</sup> M. LOPEZ DE TEJADA, L. D'AVOUT, « Les non dits de la procédure européenne d'injonction de payer, Règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 717.

<sup>703</sup> CJCE, *Denilauler*, 21 mai 1980, aff. 125/79. V. aussi Livre vert sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne COM (2006) 618 final, 24 oct. 2006. V. not. le règlement 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale JO L 351, 20.12.2012, p. 1–32 qui l'intègre directement. E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis, Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2014, spéc. n° 26.

<sup>704</sup> Cons. 29 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>705</sup> N. FRICERO, « La libre exécution des jugements dans l'espace européen : un principe émergent ? », in Etudes offertes à J. NORMAND, Litec, 2003, p. 173 ; E. JEULAND, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », in Travaux du Comité 2008-2010, p. 55 ; A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000.

<sup>706</sup> Particulièrement au regard des dernières jurisprudences de la CJUE en la matière. V. CJUE, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD*, 16 juillet 2015, C-681/13 ; CJUE, *P. c. Q.*, 19 nov. 2015, C-455/15 ;

l'espace européen avec l'entrée en vigueur du règlement 1215/2012. Outre les procédures civiles d'exécution européenne qui permettent de recouvrer une créance mais seulement pour un créancier chirographaire, un autre domaine proche des sûretés a aussi été pris en compte par le droit de l'Union européenne, il s'agit du droit de l'insolvabilité.

## 2. Les sûretés dans les procédures relatives au droit de l'insolvabilité

119. Le législateur de l'Union européenne commence à appréhender le droit des entreprises<sup>708</sup>, et plus spécifiquement celui des entreprises en difficulté. Le règlement n°1346/2000<sup>709</sup>, premier règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité en est l'exemple. Celui-ci « a été une étape décisive tant sur le plan pratique que sous l'angle de la construction du droit européen »<sup>710</sup>. Il a été récemment refondu pour prendre en compte l'évolution jurisprudentielle des cours nationales et de la CJUE suite à son application. Le nouveau règlement n°2015/848<sup>711</sup>, qui entrera en vigueur pour les procédures ouvertes à compter du 26 juin 2017<sup>712</sup>, prend en compte les procédures préventives et élargit le champ d'action du droit européen. Cela était nécessaire au regard des derniers chiffres présentés par la Commission européenne<sup>713</sup> qui font état de 200.000 entreprises frappées d'une

---

CJUE, *Rudolfs Meroni*, 25 mai 2016, C-559/14 ; CJUE, *Emmanuel Lebek c. Janusz Domino*, 7 juillet 2016, C-70/15.

<sup>707</sup> Cons. 26 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>708</sup> La directive 2012/17/UE (Directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés JO L 156, 16.6.2012, p. 1–9) instaure un système d'interconnexion des registres du commerce et des sociétés (European Business Register) qui est déjà disponible. Certaines données sont encore manquantes, à l'instar de celles de la France. V. ebr.org (consulté le 1<sup>er</sup> août 2016).

<sup>709</sup> Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160, 30.6.2000, p. 1–18.

<sup>710</sup> L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Propos introductifs », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, Société de Législation Comparée, Coll. Trans Europe Experts, vol. 12, p. 16.

<sup>711</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JO L 141, 5.6.2015, p. 19–72.

<sup>712</sup> Le règlement, qui « apparaît entre tradition – le texte nouveau reprenant les principales règles de son prédécesseur – et modernité – de nouvelles règles ou pratiques étant créées » L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Propos introductifs », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, *op. cit.*, s'inscrit dans la continuité du précédent règlement n°1346/2000. La poursuite d'une même voie, comportant seulement un champ d'application plus large et ainsi des règles nouvelles, justifie que le règlement n°1346/2000 ne soit pas davantage approfondi. Ses dispositions principales se retrouvent dans le nouveau règlement insolvabilité.

<sup>713</sup> Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, COM (2012) 743 final, p. 17. V. aussi M. DI MARTINO, « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Revue française de comptabilité*, sept. 2015, n°490, p. 12.

procédure d'insolvabilité chaque année, ce qui représente environ 1,7 million d'emplois, dont un quart d'entre elles comporte un élément transfrontière. Le droit de l'insolvabilité organise, voire anticipe, la défaillance du débiteur. Les conséquences d'une telle législation ne se cantonnent pas alors qu'aux procédures collectives mais peuvent également avoir des conséquences en matière de sûretés. « *En effet, même à l'égard de sûretés similaires dans différents droits nationaux, l'efficacité dépend d'autres paramètres que la seule loi nationale applicable* »<sup>714</sup>, ces paramètres étant ceux de l'application d'une procédure d'insolvabilité dans le cadre d'une défaillance transfrontière. L'arrêt Belvédère<sup>715</sup> en est une illustration célèbre. Le droit de l'insolvabilité est ainsi inévitablement lié au droit des sûretés. L'absence de prise en compte particulière par le législateur européen de celui-ci apparaît alors comme un désavantage pour le droit de l'insolvabilité (a). Toutefois, les avancées en matière de droit européen de l'insolvabilité pourraient faire de ce dernier un véritable droit précurseur pour les sûretés (b).

a. L'absence de prise en compte des sûretés, un désavantage pour le droit européen de l'insolvabilité

**120. Les sûretés, sources d'exceptions contraires à la cohérence recherchée.** Le nouveau règlement insolvabilité prévoit, à titre de règle générale, que le juge compétent est celui du territoire sur lequel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur et que la loi applicable est celle de l'Etat membre sur lequel la procédure s'est ouverte (*lex fori concursus*). Cette règle générale subit naturellement des exceptions, lesquelles sont souvent justifiées en raison des sûretés que peuvent avoir conclues les créanciers. En l'absence d'une véritable prise en compte du droit des sûretés en droit européen, l'adaptation des règles des procédures d'insolvabilité aux conflits que peuvent engendrer les sûretés crée un handicap pour l'efficacité du nouveau règlement 2015/848. Dès le départ, le règlement précise que la portée universelle souhaitée du règlement n'est pas possible en raison des « divergences considérables qui existent entre les droits matériels (...) Cela vaut, par exemple, pour les lois nationales sur les sûretés qui présentent d'importantes divergences selon les États membres. Par ailleurs, les droits préférentiels dont jouissent certains créanciers dans les procédures d'insolvabilité sont,

<sup>714</sup> M. MENJUCQ, « L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières », *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2009, étude 12.

<sup>715</sup> Cass. Com. 15 déc. 2009, n° 08-14949, *D.* 2010, act. jurispr. p. 86, obs. A. LIÉNARD (refus d'appliquer la *lex fori concursus* et application de la loi source de la créance).

dans certains cas, conçus de manière très différente »<sup>716</sup>. En conséquence, des exceptions aux règles générales édictées sont nécessaires. L'article 8 point 1, ancien article 5 du règlement 1346/2000<sup>717</sup>, dispose en ce sens que « l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre »<sup>718</sup>. Cette disposition avait déjà été vivement critiquée, en raison du fait qu'elle nuisait à l'universalité recherchée des règles<sup>719</sup>. Le fait que le législateur européen ait repris les mêmes précautions à l'égard des biens situés dans un autre Etat membre est l'illustration que les sûretés, en n'ayant pas été harmonisées, continuent de soulever des difficultés particulièrement lorsque le bien constitue l'élément transfrontière. Il en est de même pour l'article 10, ancien article 7 du règlement 1346/2000, qui en plus d'empêcher le bon déroulement de la procédure d'insolvabilité<sup>720</sup> lorsque des vendeurs se prévalent d'une clause de réserve de propriété<sup>721</sup>, n'éclaircit pas non plus la loi applicable à la réserve de propriété. Celle-ci reste toujours confrontée à la *lex contractus* ou la *lex rei sitae*. Ces conflits sont alors résolus par des instruments généraux de règle de conflit de lois, qui ne permettent pas de prendre en compte la spécificité d'une clause de réserve de propriété, dont la finalité va au-delà de celle d'un simple contrat classique. En définitive, « *comme pour l'article 8, la révision du Règlement a renouvelé les interrogations sur la pertinence du maintien de cette disposition* »<sup>172</sup>, qui s'appuient, d'une part, sur son caractère fortement dérogatoire

<sup>716</sup> Cons. 22, règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), précité.

<sup>717</sup> Quelques modifications ont eu lieu entre le nouvel article 8 et l'ancien article 5 du règlement, notamment le critère de situation des biens qui remplace l'expression « où se trouvent les biens » et la liste des biens pouvant faire l'objet de cette exception a été élargie afin de prendre en compte certains biens incorporels. V. G. JAZOTTES, « Article 8 Droits réels des tiers », L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, op. cit., p. 90.

<sup>718</sup> Art. 8 point 1 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), précité.

<sup>719</sup> « Ces solutions élaborées dans un souci de compromis, compte tenu de la diversité actuelle des droits nationaux en matière de sûretés et de propriété réservée, vont à l'encontre du principe de l'universalité de la faillite » M. MENJUCQ, « L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières », op. cit., étude 12.

<sup>720</sup> L.-C. HENRY, « L'articulation entre la procédure principale et la procédure secondaire », in D. ROBINE, F. JAULT-SESEKE, (dir.) *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, coll. « Grands colloques », Montchrestien Lextenso éditions, 2013, p. 52, note 46.

<sup>721</sup> G. JAZOTTES, « Article 8 Droits réels des tiers », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, op. cit., p. 110-111.

qui perturbe la bonne gestion de la procédure principale en introduisant « une territorialisation de la procédure collective principale » et, d'autre part, sur son résultat contraire à la cohérence et à la prévisibilité »<sup>722</sup>. Enfin, un dernier cas d'intervention des sûretés défavorable au droit de l'insolvabilité peut être relevé avec l'article 17. Cette disposition prévoit que « lorsque, par un acte conclu après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, un débiteur dispose à titre onéreux : a) d'un bien immobilier ; b) d'un navire ou d'un aéronef soumis à inscription dans un registre public ; ou c) de valeurs mobilières dont l'existence nécessite une inscription dans un registre prévu par la loi, la validité de cet acte est régie par la loi de l'État sur le territoire duquel ce bien immobilier est situé, ou sous l'autorité duquel ce registre est tenu »<sup>723</sup>. Dans la mesure où l'article 17 évoque des actes à titre onéreux, il est possible d'inclure dans cette exception des sûretés réelles, tant qu'elles portent sur l'un des biens prévus. Cet article renvoie à la question délicate du tiers acquéreur de bonne foi qui est confronté au créancier qui possède un droit sur la chose, et cela après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Ce renvoi soulève deux difficultés, l'une fondée sur l'appréciation de la bonne ou mauvaise foi du tiers acquéreur et l'autre sur la question de la loi applicable, notamment lorsque le bien est situé sur le territoire d'un Etat non membre de l'Union européenne<sup>724</sup>. Les sûretés jouent ainsi un rôle perturbateur pour le droit européen de l'insolvabilité. En ne s'intéressant pas aux sûretés, le législateur de l'Union européenne restreint sa propre action. La refonte du règlement insolvabilité de 2000 est certes plus enrichie des jurisprudences, possède un champ d'application plus important, mais contient toujours des exceptions, en raison du jeu des sûretés, qui nuisent à son objectif de cohérence et d'universalité. Pourtant, certains articles du nouveau règlement insolvabilité pourraient être précurseurs d'un futur droit européen des sûretés, ce qui permettrait une alliance de deux droits naturellement complémentaires.

b. Le droit de l'insolvabilité, précurseur d'un droit européen des sûretés

**121. L'idée timide d'un registre européen, futur modèle pour un droit européen des sûretés ?** A l'image de l'*European Business Register*, qui permet d'accéder au registre du

<sup>722</sup> G. JAZOTTES, « Article 8 Droits réels des tiers », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, op. cit., p. 111.

<sup>723</sup> Art. 17 point 1 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), précité.

<sup>724</sup> S. BENILSI, « Article 17. Protection du tiers acquéreur », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, op. cit., p. 144 et s.

commerce et des sociétés des Etats membres ayant accepté de communiquer de mettre en ligne leurs registres, le nouveau règlement insolvabilité prévoit la mise en ligne, au plus tard le 26 juin 2018, d'un registre européen de l'insolvabilité<sup>725</sup>, et d'une interconnexion de tous les registres au 26 juin de l'année suivante<sup>726</sup>. Ces initiatives souffrent de nombreux défauts. Il est vrai qu'aucun délai de publicité après l'ouverture d'une procédure n'est fixé par le législateur, ce qui peut entraîner des situations de connexité entre certains Etats membres. De même, rien n'est précisé sur le temps de conservation des données sur le registre, ou encore sur l'appréciation de la valeur probante des informations publiées<sup>727</sup>. Néanmoins, la constitution d'une liste d'éléments obligatoires communs aux Etats membres constitue déjà un début d'harmonisation et de facilitation de l'accès à la justice, qui sont deux éléments importants dans la construction de l'Union européenne. Ces éléments pourront toujours par la suite être perfectionnés, enrichis et précisés, le plus important étant qu'ils soient reconnus une première fois dans un acte législatif européen. Les considérants 76 et 77 adoptent à l'égard de ce registre une flexibilité, en envisageant un accès à tous, *via* la plateforme eJustice, et une identification en fonction de la profession, peut-être plus simple qu'un numéro RCS. L'idée d'un registre européen en matière d'insolvabilité pourrait être le socle d'une proposition pour un droit européen des sûretés possédant une publicité commune. Les principales difficultés en la matière apparaissent dès lors que le bien n'est pas « tracé », c'est-à-dire, dès lors que la sûreté réelle n'a pas été enregistrée ou lorsque le bien s'est déplacé sur le territoire de l'Union européenne. Un registre européen de publicité des sûretés pourrait ainsi être le premier pas vers l'édification d'un droit des relations économiques cohérent et universel<sup>728</sup>.

- 122.** En résumé, les procédures civiles d'exécution européenne ne créent pas directement un droit des sûretés en droit européen puisqu'elles ne s'adressent qu'au créancier chirographaire. Elles organisent seulement le recouvrement d'une créance dans le cadre

<sup>725</sup> Art. 24 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *précité*.

<sup>726</sup> Art. 25 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *précité*.

<sup>727</sup> V. LEGRAND, « Article 24. Création de registres d'insolvabilité », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, *op. cit.*, p. 184 et s.

<sup>728</sup> « La nécessité de mesures de publicité est incontestable pour assurer un degré de cohérence dans le traitement de la situation du débiteur. Elle s'impose encore davantage dans un contexte international » V. LEGRAND, « Article 24. Création de registres d'insolvabilité », in L. SAUTONIE-LAGUIONIE, C. LISANTI (dir.), *Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité Commentaire articles par articles*, *op. cit.*, p. 189.



de la mise en œuvre du droit de gage général. Les procédures européennes d'organisation de l'insolvabilité sont également hermétiques au droit des sûretés, qui n'interviennent qu'à titre d'exceptions. Néanmoins, les techniques juridiques usitées en matière de procédures civiles d'exécution européenne ou d'insolvabilité européenne ont un impact positif sur le droit des sûretés. D'une part, elles démontrent que le législateur européen se préoccupe de l'organisation et des moyens de recouvrement de créances transfrontières. D'autre part, elles constituent le socle possible d'une élaboration d'un droit des sûretés de droit européen. Dans le cadre de la coopération judiciaire, le législateur européen est aussi intervenu de façon générale par l'instauration d'instruments afin de régler les conflits de juridiction et de lois, ce dont les sûretés ont bénéficié.

### **B. Les sûretés dans les instruments généraux de règlement de conflit de juridictions et de lois**

- 123.** Le droit des sûretés ne fait pas l'objet d'une législation spécifique en droit européen. De ce fait, le créancier titulaire d'une sûreté et impliqué dans un litige transfrontière doit recourir aux instruments généraux de règlement de conflits de juridictions et de lois pour mettre en œuvre sa sûreté. Les sûretés relèvent ainsi du règlement 1215/2012 en matière de conflit de juridiction et du règlement 593/2008 en matière de conflit de lois. Lors d'un litige concernant une sûreté, une certaine uniformité dans le règlement des conflits de lois et de juridiction apparaît (A), mais les lois de police nationales atténuent cet effet (B).

#### **1. Apparition d'une forme d'uniformité**

- 124.** Même si les règles de conflit de lois et de juridictions varient d'une sûreté à l'autre selon la nature du bien grevé, les instruments généraux mis en place par l'Union européenne permettent de déterminer à l'avance le juge compétent et la loi applicable. A défaut d'un régime propre aux sûretés, la sécurité juridique du règlement des litiges est cependant assurée.
- 125. *Les sûretés réelles immobilières traditionnelles : forum et lex rei sitae.*** Le bien immobilier, quelle que soit la nature du contrat conclu, à l'exception toutefois d'un bail de moins de six mois, oblige les cocontractants à soumettre leur litige devant le juge du lieu de situation de l'immeuble. Cette règle s'applique lorsque l'action relative au bien

immobilier est directement liée à celui-ci<sup>729</sup> ou même lorsqu'il ne s'agit que d'une contestation sur un bien immobilier mais accessoire à une action contractuelle principale qui ne porterait pas sur un bien immobilier<sup>730</sup>. Il est possible alors qu'une hypothèque ou un gage immobilier relève de cette procédure de règlement du conflit de juridictions. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser que les actions relatives à un « droit réel immobilier » sont celles qui « *tendent à déterminer l'étendue, la consistance, la propriété, la possession d'un bien immobilier ou l'existence d'autres droits réels sur ces biens et à assurer au titulaire de ces droits la protection des prérogatives qui sont attachées à leur titre* »<sup>731</sup>. La Cour de justice a confirmé par la suite sa décision<sup>732</sup>, précisant qu'il faut que « *l'action soit fondée sur un droit réel* »<sup>733</sup>. En cas d'élément d'extranéité, le créancier titulaire d'une sûreté portant sur un bien immobilier sera ainsi soumis aux règles européennes exclusives<sup>734</sup>. Par ailleurs, la loi applicable aux actions concernant des droits réels immobiliers est aussi prévue par le règlement 593/2008. Ce dernier prévoit à l'article 4-1 c) que la *lex rei sitae* s'applique. Ces rattachements tant pour la compétence du juge que pour la loi applicable au lieu de situation de l'immeuble concourent à l'anticipation des règles applicables à un litige portant sur une sûreté relative à un bien immobilier dans un litige transfrontière. Cette anticipation a deux vertus. La première est qu'elle favorise la constitution de sûretés immobilières, puisqu'en connaissant à l'avance les règles applicables en cas de litiges, constituant et créancier sont plus enclins à conclure une sûreté. La seconde vertu est le corollaire de la première. Lors de la réalisation de la sûreté et en cas de litige, les contractants pourront saisir immédiatement le juge du lieu de l'immeuble qui sera compétent, lequel appliquera sa loi interne.

<sup>729</sup> Art. 24 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>730</sup> Art. 8 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>731</sup> CJCE, *Reichert I*, 10 janvier 1990, aff. 115-88, point 11. Pour une application interne de cette définition : Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 31 oct. 2012, n°11-16304, *Maison de la poésie*, D. 2013, p. 53, note L. d'AVOUT et B. MALLET-BRICOURT et sur renvoi CA Paris, 18 sept. 2014, D. 2014, p. 1874, obs. L. ANDREU. V. aussi Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 28 janv. 2015, n°14-10013, D. 2015, p. 599 B. MALLET-BRICOURT.

<sup>732</sup> CJCE, *George Lawrence Webb contre Lawrence Desmond Webb* 17 mai 1994, aff. C-294/92 ; CJCE, *Norbert Lieber v Willi S. Göbel and Siegrid Göbel*, 9 juin 1994, aff. C-292/93.

<sup>733</sup> CJCE, *George Lawrence Webb contre Lawrence Desmond Webb* 17 mai 1994, *précité*, point 14.

<sup>734</sup> En matière de droit réel immobilier, ces règles exclusives s'expliquent au regard du « *caractère le plus souvent impératif des dispositions législatives applicables (...), la nécessité de la proximité du juge pour connaître utilement du procès (...), et enfin le fait que le jugement sera nécessairement exécuté au lieu de situation de l'immeuble.* » H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 110, n°101.

126. *Les sûretés personnelles ayant un caractère accessoire : loi du contrat principal ou, à défaut, celle présentant les liens les plus étroits.* La sûreté traditionnelle personnelle par excellence est sans nul doute le cautionnement. Le cautionnement est un contrat, accessoire au contrat initial existant entre un débiteur et son créancier. De ce fait, la question a été soulevée de savoir si le cautionnement devait être envisagé comme accessoire au contrat principal et bénéficier des mêmes règles de conflit de juridictions et de lois que le principal ou s'il avait, pour son régime, une certaine autonomie. Pour déterminer le juge compétent, il convient de se référer à l'article 4 du règlement Bruxelles I Bis qui prévoit qu'est compétent le juge du lieu du défendeur, en l'occurrence la caution. La détermination du juge compétent ne soulève pas de difficultés particulières en matière de cautionnement. En revanche, pour déterminer la loi applicable, certaines difficultés apparaissent. En effet, le cautionnement est-il un contrat purement indépendant du contrat initial ou accessoire à ce dernier ? Le principe posé à l'article 4-1 du règlement 593/2008 est de soumettre le contrat à la « loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits », lequel est déterminé au regard du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, en l'espèce la caution. Or, l'article 4-5 du règlement Rome I propose d'appliquer une autre loi lorsqu'il « résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »<sup>735</sup>. Ces circonstances ne doivent pas être interprétées qu'au regard du caractère accessoire du cautionnement<sup>736</sup>, ni qu'en fonction de la qualité de la caution<sup>737</sup>. Ce caractère accessoire n'est qu'un « élément, parmi d'autres, qui peut conduire le juge à appliquer une autre loi que celle du pays de résidence habituelle de la caution »<sup>738</sup>. En ce sens, la Cour de cassation a récemment reconnu que le seul fait que la caution réside en France ne suffisait pas à faire appliquer la loi française puisque l'ensemble des circonstances démontrait que le contrat présentait des liens plus étroits avec un autre Etat membre, en l'espèce l'Italie<sup>739</sup>. Ainsi, en cas de litige sur la loi applicable à une sûreté personnelle accessoire, deux rattachements sont possibles. La loi du contrat principal sera compétente en raison

<sup>735</sup> Art. 4-5 du Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) JO L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

<sup>736</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 12 oct. 2011, n°10-19517 (inédit), JDI 2012, p. 1335, note V. PARISOT.

<sup>737</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 1981, JDI 1982.148, note BOUREL Rev. Crit. DIP 1982. 336, note P. LAGARDE. V. aussi P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, LGDJ Domat, 11<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 534, n°759 « Ainsi une caution consentie par un particulier sera régie par la loi du contrat dont elle est l'accessoire ; en revanche si la caution est une banque, le caractère accessoire ne suffira pas à contrebalancer la tendance à faire prévaloir la loi de la banque ».

<sup>738</sup> P. BERLIOZ, « Cautionnement international : un arrêt qui mérite plus qu'une mention », *Sem. Jur. Ed G.*, n°44, 26 oct. 2015, pp. 2002-2005.

<sup>739</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 16 sept. 2015, n°14-10373, jurisdata n°2015-020553.

du caractère accessoire de la sûreté, sauf si cette dernière, malgré ce lien d'accessoire, présente des liens plus étroits avec un autre Etat.

**127. *Les sûretés personnelles n'ayant pas un caractère accessoire : loi d'autonomie ou loi du lieu de la prestation caractéristique fournie.*** Les principes et règles de conflit de juridictions et de lois sont identiques à ceux applicables aux sûretés personnelles accessoires. Cependant, dans le cadre d'un conflit de lois, le caractère non accessoire empêche de revenir à la loi du contrat principal puisque les sûretés conclues sont autonomes par rapport au contrat initial entre le débiteur et son créancier. Les sûretés personnelles non accessoires doivent ainsi être appréhendées comme des contrats classiques, sans prendre en compte le contrat initial. De ce fait, deux possibilités existent dans le cadre d'une sûreté non accessoire mise en œuvre dans un litige transfrontière. Soit les parties ont choisi une loi d'autonomie, celle-ci s'appliquera en vertu du principe posé à l'article 3-1 du règlement Rome I, soit les parties n'en ont choisi aucune et dans ce cas, l'article 4-2 prévaudra et ce sera alors la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle, soit en l'occurrence le garant. De nouveau, les garanties non accessoires présentent un avantage car elles évitent des « raisonnements tortueux »<sup>740</sup>, ce qui n'est pas le cas des sûretés réelles mobilières, confrontées aux difficultés de la loi réelle, particulièrement lorsqu'elles sont déplacées.

**128. *Les sûretés réelles mobilières : des difficultés concernant la loi applicable, loi d'autonomie ou lex rei sitae.*** Dans le cas d'un litige transfrontière impliquant une sûreté réelle mobilière, le juge compétent sera déterminé par les règles générales du règlement 1215/2012. Ainsi, l'article 4 permet de donner compétence au juge du lieu du défendeur sauf s'il s'agit d'une vente de marchandises, auquel cas le juge du lieu de livraison pourrait être compétent selon l'article 7 1 b) du règlement. En matière de conflit de lois, dans la mesure où la sûreté est un accessoire du contrat principal, caractérisé par l'adjonction d'un droit d'agir au droit de créance général d'un créancier chirographaire, la règle *accessorium sequitur principale* s'applique. En effet, « *les deux choses sont indissociables (...) et c'est le cas lorsqu'un acte juridique, spécialement un testament ou un contrat, intervient, créant, par exemple, des droits réels démembés (...) ou accessoires (gage, antichrèse, hypothèque) ou organisant la pluralité de titulaires d'un*

---

<sup>740</sup> M. MIGNOT, « La loi applicable au cautionnement », *Gaz. Pal.*, G., 8 oct. 2015, n°280, pp. 9-10 au sujet de l'arrêt Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 16 sept. 2015, n°14-10373.

*même droit (...)*<sup>741</sup>. Dès lors et par principe, le règlement Rome I renvoie, sauf en cas de loi d'autonomie, à la *lex rei sitae*. Quelques remarques peuvent toutefois être soulevées. Tout d'abord, lorsque le bien est incorporel. Celui-ci sera rattaché au bien corporel qui l'accueille, ainsi en est-il par exemple en cas de nantissement d'un fonds de commerce. L'identification du lieu de situation du fonds de commerce sera regardée par rapport à la loi du lieu de l'entreprise ou de la succursale. « *La loi réelle jouera le même rôle à l'égard du fonds qu'à l'égard des biens corporels.* »<sup>742</sup>. Ensuite, une interrogation peut être soulevée quand le bien circule dans l'espace européen<sup>743</sup>. Dans ce cas, il convient de distinguer deux fondements de litiges possibles. Si le litige porte sur l'acquisition du bien, la loi applicable sera celle du lieu où l'acquisition a eu lieu ; tandis que si le litige porte sur la détermination du contenu du droit, alors la loi du lieu où est situé le bien s'appliquera. Le principe reste la *lex rei sitae*, adaptée seulement au lieu où le bien était lorsque le litige est né. Néanmoins, ce principe rencontre des difficultés d'application dans certains cas<sup>744</sup>. C'est le cas notamment de la règle de l'article 2276 du Code civil qui permet à un possesseur de bonne foi ayant acquis un meuble *a non domino* de se voir reconnaître en France la propriété de ce meuble. C'est également le cas lorsque la loi où est situé le bien s'applique à un litige relatif à l'acquisition du bien en raison de son caractère impératif. Dans ce cas, la loi de police du pays sur lequel le bien est situé au moment du litige s'appliquera, quand bien même ce serait à la loi d'un autre pays de s'appliquer en raison par exemple de la loi d'autonomie. Les juges du pays sur lequel est situé le bien décideront alors s'il est question de faire prévaloir les dispositions impératives protégeant actuellement le détenteur du bien ou s'il faut respecter la loi du lieu où l'acquisition du bien s'est faite, ou celle du contrat conclu. La Cour de cassation française a déjà opté pour reconnaître une loi de police française lorsqu'un bien était sur le territoire français alors même que le litige relevait de l'acquisition du bien et non du contenu du droit, et ce au détriment, en l'espèce, du créancier<sup>745</sup>.

**129. La propriété sûreté : difficulté quant au for compétent. Application de la loi d'autonomie et à défaut la *lex rei sitae*.** La propriété sûreté n'a pas été réellement

<sup>741</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 482, n°680.

<sup>742</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n°669, p. 476.

<sup>743</sup> V. C. LE GALLOU, « Clause de réserve de propriété et droit international privé », RLDC, 2016, n°2776.

<sup>744</sup> L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, p. 499.

<sup>745</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 8 juillet 1969, JCP 1970. II. 16 182, note GAUDEMET-TALLON JDI 1970. 916, note DERRUPÉ rev. Crit. DIP 1971. 75, note FOUCHARD GA n°48. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 3 mai 1973, rev. Crit. DIP 1974. 100, note MEZGER, JDI 1975. 74, note FOUCHARD.

appréhendée par les instruments européens de règlement de conflit de lois et de juridiction. En matière de propriété cédée, seule l'institution du *trust* a été prise en compte par le règlement 1215/2012. La fiducie, en qualité de contrat, relève ainsi des règles générales de détermination de compétence et de loi applicable aux contrats. Pour le *trust*, l'article 7 6) donne compétence aux juridictions de l'Etat membre sur le territoire le *trust* a son domicile. Ce dernier s'entend au regard des règles de droit international privé propres au juge saisi<sup>746</sup>. Cela soulève plusieurs interrogations.

En premier lieu, si les tribunaux saisis ne connaissent pas dans leur droit international privé interne l'institution du *trust*, il leur sera délicat de vérifier leur compétence par rapport à leur propre droit. Cependant, il leur est possible de recourir à la Convention de la Haye de 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance<sup>747</sup>. Mais, et en second lieu, cela amène à d'autres interrogations sous-jacentes comme l'exhaustivité des critères pour déterminer le domicile du *trust*. Si la Convention de la Haye en cite quelques uns, certains Etats en ont identifié d'autres. La détermination du domicile du *trust* peut ainsi être réalisée selon l'article 7 de la Convention de la Haye au regard du lieu d'administration du *trust*, ou de lieu de situation des biens ou encore en fonction du lieu de résidence ou d'établissement du *trustee*. En Grande Bretagne, la détermination du domicile du *trust* peut de surcroît se faire en prenant en compte le domicile ou le lieu de résidence du constituant ou du bénéficiaire du *trust*<sup>748</sup>. Les critères ne sont pas précisément déterminés dans l'espace européen ce qui concourt à une insécurité juridique quant à la détermination du juge compétent<sup>749</sup>. Par ailleurs, si tous les éléments de détermination du domicile du *trust* renvoient aux tribunaux d'un Etat membre qui ne connaît pas l'institution du *trust*, celui-ci sera-t-il vraiment le mieux placé pour traiter d'un litige relevant du *trust*? Il est possible d'en douter. Une harmonisation de cette technique de sûreté dans l'espace européen est vivement souhaitée ou *a minima*, une ratification par l'Union européenne de la Convention de la Haye afin que celle-ci soit

---

<sup>746</sup> Art. 63 § 3 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>747</sup> V. *infra* § 162.

<sup>748</sup> J.-P. BERAUDO, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1992, n°387.

<sup>749</sup> Ainsi qu'accessoirement quant à la gestion du registre des trusts puisqu'en France depuis le décret du 10 mai 2016 (D. n°2016-567, 10 mai 2016, JO 11 mai 2016), toute personne dotée d'un identifiant fiscal français peut connaître les trusts conclus en France ou à l'étranger, par une personne, de nationalité française ou étrangère, tant que le bénéficiaire est domicilié fiscalement en France. L'insécurité juridique de la domiciliation du *trust* influe ainsi aussi sur la protection des données personnelles. A ce sujet, v. QPC CE, ord. 22 juill. 2016, n°400913 CE, communiqué, 22 juill. 2016, au sujet de laquelle le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé.

applicable dans l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne puisque ces derniers ne l'ont pas tous ratifiée. Enfin, et en troisième lieu, pour déterminer le domicile d'un *trust*, il faut avant toute chose déterminer ce qu'est un *trust* pouvant être soumis aux instruments européens. Or en la matière, l'article 7 6) du règlement 1215/2012 ne prend en compte que l' « action engagée à l'encontre d'un fondateur, d'un trustee ou d'un bénéficiaire d'un trust » pour les *trusts* légaux ou express. Cela signifie que seules « *les relations internes au trust soumises au droit propre de celui-ci* »<sup>750</sup> relèvent du règlement 1215/2012 et non les relations qu'un des protagonistes du *trust* peut entretenir avec les tiers qui, elles, relèveront des compétences générales prévues par le règlement aux articles 4 à 6 sauf compétences exclusives. En matière de propriété réservée, la question de la juridiction compétente n'est pas expressément prévue par le règlement 1215/2012. En effet, soit la règle générale posée à l'article 4 point 1 du règlement s'applique et sera compétent le juge du lieu du domicile du défendeur, soit il s'agira de « la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande », à savoir pour « la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées » tel que cela est admis par l'article 7 point 1 b) du règlement 1215/2012. L'article 4 point 1 ne s'applique que si le litige entre dans la matière contractuelle, laquelle ne soulève pas de difficultés depuis que la Cour de justice de l'Union européenne a retenu une conception autonome de celle-ci dans l'arrêt *Martin Peters* du 22 mars 1983<sup>751</sup> et l'a ensuite définie comme « l'engagement librement assumé d'une partie envers une autre »<sup>752</sup>. En revanche, l'option de compétence laissée aux parties dès lors qu'il y a une vente de marchandises entraîne des difficultés d'application dans le cadre d'une clause de réserve de propriété<sup>753</sup>. Il faut alors rechercher le lieu de la prestation caractéristique du contrat<sup>754</sup>. Toutefois, cela n'empêche pas des litiges si les marchandises ont changé de lieu par rapport à celui où elles ont été livrées ou s'il n'est pas question de livraison. Dans ces cas, l'option de compétence oblige à distinguer entre l'obligation de paiement et l'obligation caractéristique du contrat, lesquelles dans une clause de réserve de propriété sont distinctes. Cela entraîne alors nécessairement une

<sup>750</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, op. cit., p. 310, n°238.

<sup>751</sup> CJCE, *Martin Peters*, 22 mars 1983, aff. 34-82, point 10.

<sup>752</sup> CJCE, *Jacob Handte*, 17 juin 1992, C-26/91 point 15 ; CJCE, *La Réunion européenne*, 27 oct. 1998, C-51/97 point 19. Plus récemment, CJUE, *Harald Kolassa c. Barclays Bank plc*, 28 janv. 2015, C-375/13, point 39.

<sup>753</sup> M.-L. NIBOYET, « La révision de la Convention de Bruxelles par le règlement du 22 déc. 2000 », *Gaz Pal.*, 10-12 juin 2001, spéc. 12 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, op. cit., p. 200, n°174 et 174-1.

<sup>754</sup> M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2000, n°449.

multiplication des fors compétents, ce qui est toujours préjudiciable à la sécurité juridique des sûretés conclues<sup>755</sup>. Pour remédier à cela, plusieurs propositions avaient été faites dont notamment la suppression de cette option de compétence, jugée plus nuisible qu'avantageuse pour les parties. Pour autant, le législateur européen a conservé le même texte ou presque que celui du règlement 44/2001, ainsi que, par voie de conséquence, les mêmes complications.

Ces difficultés sont allégées en matière de conflit de lois pour les propriétés sûretés. En effet, la loi réelle est compétente, sauf lorsque les parties ont choisi une loi. Cette *lex rei sitae* s'applique pour la constitution de la sûreté comme pour l'effet de la sûreté, quand bien même en cas de clause de réserve de propriété le bien aurait changé de lieu. La seule limite à la loi d'autonomie ou à défaut à la loi réelle est l'intervention de la loi réelle mais en tant que loi de police. Les lois de police, non harmonisées au sein de l'espace judiciaire européen, concourent à un éclatement des règles applicables et déjouent la sécurité juridique prévue par les parties lors de la conclusion de sûretés.

## 2. Atténuation de l'harmonisation par les lois de police

**130.** L'harmonisation des règles applicables et du for compétent telle que prévue par les instruments généraux de règlement de conflit de lois et de juridiction s'atténue lors de la mise en place de lois de police. Si le fonctionnement général des lois de police soulève rarement des difficultés (a), cela est moins le cas dès lors qu'il s'agit de lois de police relatives aux mesures de publicité (b).

### a. Fonctionnement général des lois de police en matière de sûretés

**131. *Les lois de police.*** « Les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays »<sup>756</sup> ou plus précisément, les dispositions impératives « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application,

---

<sup>755</sup> V. HEUZÉ, « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 », *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 623, note 12.

<sup>756</sup> Rép. Dalloz droit international, 1<sup>ère</sup> éd., v° Conflit de lois, n°137. Comp. F. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Coll. Panthéon Assas, réimpression, 2002, §349 : lois qui « revêtent un caractère politique, de police ou d'économie politique ».



quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat »<sup>757</sup> sont propres à chaque Etat membre. Ces lois de police sont d'application impérative et priment sur la loi désignée par la règle de conflit de lois. Par ailleurs, elles ne sont pas expressément désignées par les législateurs nationaux comme loi de police et sont ainsi qualifiées suite à un examen in concreto de chaque disposition, ce qui encourage le risque d'arbitraire<sup>758</sup>. En raison de leur caractère abstrait et impératif, elles constituent un danger lors de l'application d'une loi dans le cadre d'un litige transfrontière et créent un éclatement de l'uniformité organisée par les règles de conflit de lois et de juridiction, sauf dans un cas, lorsqu'elles concernent un consommateur.

- 132. L'exception à l'atténuation de l'harmonisation lorsqu'une sûreté implique un consommateur.** Le consommateur<sup>759</sup> bénéficie de règles exclusives qui permettent au créancier souhaitant mettre en œuvre une sûreté de connaître à l'avance le juge compétent et la loi applicable. En matière de conflit de juridictions, le consommateur défendeur ne peut être attiré que devant les tribunaux de l'Etat membre où il est domicilié<sup>760</sup> tandis que lorsque le consommateur est demandeur, il possède depuis le règlement 1215/2012, le choix d'attirer son cocontractant devant les tribunaux de l'Etat membre où ce dernier est domicilié<sup>761</sup> ou devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel il a son domicile. De la même façon, la loi applicable est favorable au consommateur. En effet, à défaut d'un choix exprès ou certain d'une loi entre le consommateur et son cocontractant, la loi de l'Etat dans lequel le consommateur réside s'appliquera. Plus précisément, les dispositions protectrices impératives de la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ne peuvent être écartées. Ce sont des lois de police qui s'imposent au cocontractant. Mis en perspective avec le droit des sûretés, les règles exclusives permettent non seulement une concordance entre le juge compétent et la loi applicable mais également une anticipation des règles applicables en cas de litiges. Ainsi, dans la

<sup>757</sup> Art. 9 point 1 du règlement n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *précité*.

<sup>758</sup> Y. LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, Rec. Acad. La Haye, 1973, II, p. 328-329.

<sup>759</sup> Le consommateur est entendu dans le règlement n°1215/2012 Bruxelles I bis (art. 17 point 1) et dans le règlement n°593/2008 Rome I (art. 6 point 1) comme une personne qui a conclu un contrat « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

<sup>760</sup> Article 18 §2 du règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *précité*.

<sup>761</sup> Le domicile du cocontractant du consommateur est entendu, par le règlement n°1215/2012, dans son sens large. Il s'agit du domicile privé lorsque le cocontractant est une personne physique (art. 18§1) ou du lieu de la succursale lorsque le défendeur est une personne morale domiciliée dans un autre Etat membre que celui du consommateur ou dans un Etat tiers (art. 17 §2). L'arrêt *Shearson Lehman Hutton* de la CJCE du 19 janvier 1993, aff. C-89/91 indique que la notion de succursale doit être entendue au sens strict.

mesure où les lois de police relatives aux consommateurs protègent un intérêt général insufflé par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>762</sup> et partagé par les Etats membres<sup>763</sup> et qui n'est pas seulement catégoriel<sup>764</sup>, elles créent une certaine forme d'harmonisation. Elles sont en cela la seule exception à l'éclatement des règles qu'engendrent généralement les lois de police.

- 133. La loi de police du for.** Lorsque le juge national se heurte à une loi de police de son ordre juridique, il semble aisé pour lui de l'appliquer immédiatement. Néanmoins, cela signifie qu'il l'a préalablement identifiée et qu'il a déterminé son champ d'application. La question s'est posée récemment pour les sûretés personnelles. Un arrêt du 16 septembre 2015 rendu par la Cour de cassation a ainsi permis à la première chambre civile de se prononcer sur la qualité de lois de police des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation<sup>765</sup> alors que le but poursuivi était « une meilleure protection de la personne qui s'engage »<sup>766</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation n'a pas donné un statut de loi de police aux articles précités suite à un examen concret sur l'apport de ce formalisme dans la protection de l'engagement de la caution. Il était ici aisé de ne pas reconnaître la qualité de loi de police aux anciens articles L. 341-2 et L. 341-3 pour des raisons – notamment<sup>767</sup> – pratiques, « *tous les cautionnement seraient alors soumis à ce formalisme vétilleux et largement inutile sous peine de nullité, quelle que soit la loi applicable au*

<sup>762</sup> V. not. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 (conflit avec une loi de police dans une perspective « européen-centrée » c'est-à-dire dans un litige opposant les règles de droit d'un Etat membre et d'un Etat tiers), v. aussi CJUE, 3ème Chambre, 17 octobre 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, Aff. C-184/12 (conflit intra-européen). V. à ce sujet not. C. NOURISSAT, « Le statut en droit international privé de la loi nationale de transposition d'une directive européenne : discussion autour des conclusions de l'AG dans l'affaire « Unamar », gdr-elsj.eu (consulté le 12 janvier 2014).

<sup>763</sup> Normalement, les lois de police doivent s'appliquer sur un territoire déterminé pour un intérêt déterminé (Cass. 3<sup>ème</sup> Civ. 25 fév. 2009, n°07-20096) *Contra* : Cass., Com, 13 juill. 2010, n°10-12154. En matière de protection des consommateurs, les lois de police sont d'ordre communautaire et sont reconnues dans tout le territoire de l'Union européenne. Cette harmonisation est l'exception à l'éclatement qu'engendrent généralement les lois de police.

<sup>764</sup> « *la simple protection d'un intérêt catégoriel n'est pas suffisante. Il faut qu'elle soit sous-tendue par un intérêt général* » P. Berlioz, « Cautionnement international : un arrêt qui mérite plus qu'une mention », *JCP G.*, 26 oct. 2005, pp. 2002-2005.

<sup>765</sup> Ces articles correspondent aux nouveaux articles L. 331-1 et L. 331-2 du Code de la consommation tels qu'issus de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016.

<sup>766</sup> Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 16 sept. 2015, n°14-10373. V. aussi Cass., 1<sup>ère</sup> Civ., 8 janv. 1991, n°89-16741 (la loi du 25 janv. 1985 n'est pas une loi de police mais s'applique en l'espèce à la clause de réserve de propriété au détriment de la loi allemande car en cas de redressement judiciaire de l'acheteur, c'est la loi de la procédure collective qui s'applique et non celle de la validité et de l'opposabilité de la clause en général). Cette solution a maintenant été érigée en solution de principe par le règlement *Insolvabilité v. E. FABRIES-LECEA, Le règlement "insolvabilité": Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, thèses, 2013, n°111.

<sup>767</sup> M. MIGNOT, « La loi applicable au cautionnement », *op. cit.*, n°280, p.11 ; P. BERLIOZ, « Cautionnement international : un arrêt qui mérite plus qu'une mention », *op. cit.*, pp. 2002-2005.

*cautionnement* »<sup>768</sup>. Cependant, la solution inverse retenue par les juges du fond dans cette espèce<sup>769</sup> illustre les difficultés d'identification d'une loi de police et les conséquences qu'entraîne leur application ou leur non application dans un litige transfrontière. Par ailleurs, les juges nationaux ne sont pas à l'abri d'une suppression de la qualification de loi de police par la Cour de justice. En effet, cette dernière s'estime compétente<sup>770</sup> pour vérifier si la loi de police appliquée par le juge du for poursuit un but d'intérêt général légitime et ne soumet pas les parties à une contrainte disproportionnée par rapport à cet objectif<sup>771</sup>. Les difficultés sont identiques lorsque le juge national doit appliquer une directive ou un règlement qu'il considère comme une loi de police. Le législateur européen ne précise pas explicitement au sein d'une norme européenne les dispositions qui peuvent être qualifiées de lois de police. De ce fait, c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui se prononce sur l'identification de la loi de police ainsi que sur son champ d'application<sup>772</sup>. Pour autant, les juges nationaux ont déjà démontré qu'ils ne se sentaient pas liés par la décision prise<sup>773</sup>. Cela entraîne une insécurité juridique, préjudiciable aux parties à une sûreté, que seule une harmonisation des dispositions considérées comme impératives pourrait éviter.

**134. La loi de police étrangère.** Celle-ci ne soulève aucune difficulté à être appliquée lorsque la règle de conflit de lois renvoie à la loi étrangère, laquelle est alors une loi de police. Dans ce cas, la loi désignée compétente s'applique grâce aux mécanismes de désignation de la loi applicable et la loi de police est respectée. Le problème qui peut se poser intervient plutôt lorsque les règles de conflit de lois ne désignent pas la loi étrangère mais que cette dernière est toutefois une loi de police. Il faut alors savoir si le juge est obligé d'appliquer une loi de police étrangère même si cette dernière n'est pas désignée par la règle de conflit de lois. La Cour de cassation a répondu plusieurs fois de façon positive<sup>774</sup>,

<sup>768</sup> M. MIGNOT, « La loi applicable au cautionnement », *op. cit.*, n°280, p.11.

<sup>769</sup> CA Besançon, 10 avril 2013.

<sup>770</sup> Ce qui est vivement contesté : P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 103, n°130.

<sup>771</sup> CJCE, *Arblade*, 23 nov. 1999, C-369/96 et C-376/96, note M. FALLON, *Rev. Crit. DIP*, 2000, p. 710 ; CJCE, 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05 ; CJCE, 18 déc. 2007, *Laval*, C-341/05 ; note P. CHAUMETTE, *Dr. Soc.*, 2008, p. 210 (note sous les deux arrêts).

<sup>772</sup> V. not. CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar GB Ltd*, précité, note JACQUET, *JDI*, 2001, p.511 ; CJUE, *Unamar c. Navigation Maritime Bulgare*, 17 oct. 2013, précité.

<sup>773</sup> Cass., Com., 28 nov. 2000, *Allium*, n°98-11335.

<sup>774</sup> Cass., Soc., 31 mai 1972, n°71-40424, Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N. 388 P. 354, note P. LAGARDE, *Rev. Crit. DIP*, 1973, p. 683 ; Cass. Com., 16 mars, n°08-21511, Bull. 2010, IV, n° 54, note D. BUREAU, L. D'AVOUT, *JCP*, 2010, p. 996.

après un examen de la légitimité de l'application de la loi de police<sup>775</sup>. Cette position va dans le sens de l'article 9 point 3 du règlement Rome I qui dispose qu'« il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application ». Le juge national doit ainsi d'abord vérifier l'impact de la loi de police étrangère sur le contrat et si cette dernière rend celui-ci illégal, il convient alors de l'appliquer. Le juge national ne pouvant connaître toutes les lois de police, ce sera aux parties de les soulever. Il faut remarquer toutefois que la marge d'application de l'article 9 du règlement 593/2008 est étroite, puisque la loi de police étrangère ne doit s'appliquer que si elle rend le contrat illégal. Cela va à l'encontre de la construction européenne pour une harmonie des solutions et un respect des politiques jugées cruciales pour un Etat. Plus largement, ces difficultés d'appréciation mettent en exergue les limites de la construction européenne puisqu'à se cantonner à une coopération judiciaire entre les Etats membres, des disparités nationales résistent et entraînent une insécurité juridique.

b. Conflit de lois de police lors des mesures de publicité

**135. *Intervention de la loi du lieu de situation du bien comme loi de police lors des mesures de publicité relatives à l'acquisition d'un bien.*** En matière de publicité permettant de reconnaître l'acquisition d'un bien, la loi réelle peut jouer comme loi de police. Deux situations doivent être distinguées. La première est relative aux sûretés constituées en dehors de tout acte ou fait juridique, c'est-à-dire de source légale. Ces dernières sont ainsi soumises à la *lex rei sitae* pour les mesures de publicité. La seconde intervient lorsque les formalités de publicité sont exigées pour la validité de la sûreté. Dans ce cas, la *lex rei sitae* s'appliquera même si la *lex loci actus* ou la loi source ne prévoit pas de publicité. Le recours à la *lex rei sitae* a parfois été contesté et l'application de la jurisprudence Lizardi<sup>776</sup>, qui soumet la validité du contrat au fait de traiter « sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi » a été proposée<sup>777</sup>. Il semble que le recours à la bonne foi

<sup>775</sup> L'examen de la légitimité de la loi de police s'effectue aussi dans le cas extrêmement rare d'un conflit de lois de police.

<sup>776</sup> Cass., Ch des Req., *Lizardi*, 6 janv. 1861.

<sup>777</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé : Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ Paris, t. 178, 1984, n°282 ; B.

soit compliqué et incertain dans le cadre d'une mesure de publicité pour une sûreté ayant une incidence transfrontière. La *lex rei sitae* paraît plus appropriée car elle permet de réaliser un contrôle objectif de la réalisation de l'obligation de publicité ou non. Toutefois, il est vrai qu'il est parfois délicat de connaître toutes les mesures de publicité d'un bien situé dans un Etat membre. Cette situation encourage le développement de réseaux d'informations entre Etats membres notamment sur la publicité acquisitive. Quelle que soit la situation, si la sûreté n'a pas fait l'objet d'une publicité alors que cela est exigé par la loi réelle, la sûreté ne sera pas valable. « *En conséquence, le gage sans dépossession, soumis au droit allemand, d'un meuble situé en France, n'est pas valable s'il appartient à une des catégories de meubles pour lesquels le droit français exige la dépossession* »<sup>778</sup>.

**136. Intervention de la loi du lieu de situation du bien comme loi de police lors des mesures de publicité relatives à l'opposabilité d'une sûreté aux tiers.** Si, en revanche, la publicité ne sert qu'à l'opposabilité aux tiers du droit acquis et que le pays où le bien est situé ne prévoit pas de mesures de publicité, alors la publicité n'est pas indispensable. En effet, cela ne remet pas en cause la validité de la sûreté mais seulement son opposabilité aux tiers, laquelle est une mesure de protection qui ne concerne que l'Etat sur lequel le bien se situe. A contrario, si la loi réelle impose une mesure de publicité pour l'opposabilité, cette dernière devra être respectée même si la loi source ne le prévoit pas. Par ailleurs, lorsque la loi réelle trouve à s'appliquer pour imposer une formalité de publicité, elle est seule compétente pour définir le moment d'acquisition.

**137. Intervention de la loi réelle comme loi de police lors des mesures de publicité relatives au contenu d'un bien.** La loi réelle intervient comme loi de police dans certains cas précis. Ainsi, la *lex rei sitae* joue comme loi de police pour empêcher « la création d'un type de démembrement de la propriété ou de sûreté ne figurant pas dans la liste limitative arrêtée par la loi réelle », ou pour éviter qu'un « droit de préférence prévu par une sûreté (ait) un rang supérieur à ce que prévoit la loi réelle »<sup>779</sup>. La loi réelle en tant que loi de

---

FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J.-B. RACINE, *European Contract Law : Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée, p.179.

<sup>778</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 481, n°677.

<sup>779</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., p. 483, n°681.

police peut aussi bloquer la mise en œuvre d'un droit de suite ou l'inaliénabilité du bien – même si celle-ci est admise par la *lex loci actus*, si cela est contraire à la *lex rei sitae*<sup>780</sup>.

138. ***Conflit entre la loi réelle intervenant comme loi de police imposant une mesure de publicité et un bien situé dans un Etat ne prévoyant pas de registres de publicité.*** La question qui se pose ici est de savoir s'il est possible de reconnaître une sûreté dont la loi d'autonomie prévoit une formalité de publicité mais dont la *lex rei sitae* n'en impose pas et n'a pas à ce titre de registres de publicité prévus pour le bien. La Cour de cassation a reconnu, dans un arrêt du 11 mai 1982, au sujet d'un crédit-bail, que « les articles 1 et 3 du décret du 4 juillet 1972 imposant de publier le contrat de crédit-bail au greffe du siège social de l'établissement du client de l'entreprise de crédit-bail ne peuvent être rendus applicables à un contrat de crédit-bail conclu entre deux sociétés allemandes par la seule circonstance que le client a donné le matériel en sous location à une société française »<sup>781</sup>. Cette règle semble aussi pouvoir s'appliquer en sens inverse, c'est-à-dire si la loi étrangère impose une mesure de publicité mais que le bien est situé en France et que la loi réelle n'en impose pas. Dans une autre perspective, un conflit peut se présenter également lorsque la loi réelle prévoit une mesure de publicité laquelle est toutefois différente de celle de la loi d'autonomie. Une assimilation des deux systèmes de publicité va pouvoir être faite dans ce cas.
139. En résumé, au regard de la coopération judiciaire, il est impossible d'affirmer qu'il existe un droit des sûretés en droit européen. Tout au mieux est-il constaté que le législateur commence à s'intéresser au recouvrement de créances dans les litiges transfrontières, comme en témoigne l'essor de la procédure civile d'exécution européenne. Le constat est sensiblement identique au regard des instruments généraux relatifs à la détermination du juge compétent et de la loi applicable dans les litiges transfrontières. Ces derniers, de par leur généralité, prennent en compte les sûretés de façon globale mais incomplète. Les lois de police de chaque Etat membre viennent perturber la bonne constitution et réalisation des sûretés en droit européen, empêchant d'affirmer qu'il existe un droit européen des sûretés. Si la coopération judiciaire est donc le vecteur d'une présence très indirecte des sûretés en droit européen, il en est fâcheusement de même au sein du marché intérieur puisque le législateur européen a sensiblement restreint le champ d'application de celles-ci dans l'espace européen.

---

<sup>780</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, p. 483, n°681.

<sup>781</sup> Cass., Com., 11 mai 1982, n°80-13025, note KHAIRALLAH, *Rev. Crit. DIP*, 1983, p. 450.

## §II. Le marché intérieur, vecteur d'une présence restreinte du droit des sûretés en droit européen

140. Le marché intérieur<sup>782</sup>, « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités »<sup>783</sup> est un espace inexploité par le législateur européen pour introduire un droit des sûretés en droit européen. Cela est d'autant plus dommageable que les sûretés relèvent directement des quatre libertés assurées par le marché intérieur et plus spécifiquement de la liberté de circulation des capitaux, comme l'a jugé dans plusieurs affaires la Cour de justice de l'Union européenne<sup>784</sup>. Pour autant, le législateur de l'Union européenne n'a jamais édicté de règles générales relatives aux sûretés, voire semble tout faire pour ne jamais s'y confronter. Au mieux ce dernier légifère à leur sujet mais de façon extrêmement restreinte et spécifique, à certaines catégories de personnes ou de biens. Deux exemples peuvent illustrer ce constat. D'une part, les règles relatives aux sûretés issues du marché intérieur sont souvent sectorielles et ne s'appliquent qu'à certains biens issus du secteur financier, à l'instar de la directive 2002/47/CE (A). D'autre part, le marché intérieur est souvent détourné au profit d'une logique consumériste, comme en témoigne notamment les directives 2008/48/CE et 2014/17/UE (B).

### A. Les garanties financières, un instrument sectoriel

141. La directive 2002/47/CE<sup>785</sup> est relative aux contrats de garanties financières. Réservée à une catégorie d'acteurs et pour des garanties sous forme d'espèces ou d'instruments financiers, ce droit dérivé de l'Union européenne est ainsi sectoriel (1). Par ailleurs, outre le champ d'application étroit, la portée de ces instruments est limitée (2).

---

<sup>782</sup> Les notions de « marché commun », « marché unique » et « marché intérieur » sont souvent employées indistinctement malgré une nuance entre chacune d'elles (v. à ce sujet J.-F. PONS, « Marché commun, Marché unique et politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007 », in *50 ans après le Traité de Rome, Revue d'économie financière*, n°88, 2007, p. 171). Le marché commun est une étape du processus d'intégration multinationale (CJCE, *Gaston Schul Douane-expéditeur b.v. et Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, 05 mai 1982, aff. C-15/81). Le traité de Lisbonne n'évoque que le « marché intérieur », considéré comme le résultat final du processus d'intégration commencé lors du marché commun.

<sup>783</sup> Article 26 du traité sur le fonctionnement de l'UE, *précité*.

<sup>784</sup> L'hypothèque relève de la liberté de circulation des capitaux (CJCE, *Trummer et Mayer*, 16 mars 1999, C-222/97, p. I-1661, point 24), tout comme les cautionnements accordés par des non-résidents à des résidents ou par des résidents à des non-résidents (CJCE, 7 février 2002, *Comm. c/ Italie*, C-279/00, I, p. 1425, point 36).

<sup>785</sup> Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, JO L 168 du 27.6.2002, p. 43–50.

### 1. Un champ d'application étroit

142. **La garantie financière, une garantie peu probablement paneuropéenne.** Les garanties financières sont si spécifiques qu'un doute peut être permis quant à leur qualification de sûretés. Néanmoins, Monsieur Praïcheux maintient qu'elles pourraient s'apparenter à la sûreté paneuropéenne tant attendue. « *D'une institution juridique pourquoi ne pourrions-nous pas dire qu'elle est « parfaite » ? C'est cette perfection que les praticiens cherchent à obtenir d'une sûreté paneuropéenne : ils se sont mis à rêver d'une sûreté unique, opposable partout en Europe, simple dans sa constitution, peu onéreuse, aisée dans sa réalisation, échappant à la faillite. Dans cette quête du Graal, ils ont rencontré la directive européenne du 6 juin 2002 relative aux contrats de garantie financière* »<sup>786</sup>. Celle-ci est en effet une technique de garantie particulièrement efficace en matière d'opérations de marché. La garantie financière permet à une personne qui va emprunter sur les marchés financiers, de mettre en garantie des biens, en l'occurrence des biens liquides, souvent des titres, à la destination d'un prêteur pour que ce dernier se prémunisse d'une éventuelle défaillance financière de la part de l'emprunteur. Le caractère accessoire de la garantie financière n'est pas automatique. Ce critère pourrait ainsi la distinguer de la sûreté s'il est considéré que la sûreté est nécessairement accessoire. Cela semble, au regard des dernières techniques de sûreté, contestable. Une autre remarque, fondée sur le contexte, a été faite pour réfuter l'idée que la garantie financière soit une sûreté. Il a été mentionné que les garanties financières n'étant pas liées au crédit, elles ne sont qu'un élément pour le « *déroulement correct de l'activité du professionnel* »<sup>787</sup>. Il est vrai que la directive 2002/47/CE n'évoque pas les relations de crédit, - ce qui est regrettable car cette directive aurait pu avoir davantage d'ampleur en les prenant en compte -, mais pour autant elle ne les exclut pas. Dans ce silence, il est possible d'affirmer que les garanties financières ne sont pas des sûretés mais bien des garanties, ce qui accrédite l'observation que le droit européen ne connaît pas véritablement des sûretés. Les garanties financières sont ainsi une forme de garanties, souvent réelles, parfois personnelles lorsqu'un engagement peut être couvert par une

---

<sup>786</sup> S. PRAÏCHEUX, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *RDBF*, n°1, Janvier 2010, dossier 6, n°1.

<sup>787</sup> L'auteur affirme cependant que ce sont essentiellement les sûretés personnelles qui sont fortement liées au crédit. S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000, n°49, p. 320, n°425.



garantie financière<sup>788</sup>. Toutefois, il semble compliqué d'admettre qu'elles sont la sûreté paneuropéenne tant attendue au regard de leur champ d'application et de leur portée qui sont limités.

**143. Une constitution facilitée en raison d'un champ d'application très restreint.** La directive 2002/47/CE est restreinte et ainsi sectorielle en raison de son champ d'application *ratione materiae*, qui est limité au secteur financier tant au regard de la dette garantie que de l'objet sur lequel portent les garanties financières. En effet, selon l'article 1 point 4 a) de la directive, « la garantie financière doit être constituée par des espèces ou des instruments financiers ». Les biens qui peuvent faire l'objet des garanties financières sont ainsi nécessairement limités au secteur financier puisqu'il ne peut s'agir de biens immeubles ou de biens meubles corporels. « *Même l'or, qui est ambivalent, ne paraît pas être assimilé aux espèces* » au regard des définitions posées à l'article 2 point e) et f) des « espèces » et des « instruments financiers ». Toutefois, depuis la directive 2009/44/CE, les créances privées sont maintenant incluses dans le champ d'application de la directive 2002/47/CE permettant ainsi une généralisation du recours aux garanties financières pour les créances privées. Les dettes garanties par les garanties financières restent cependant limitées à ce secteur puisqu'elles ne peuvent garantir que les prêts financiers. Egalement, les acteurs de ces garanties financières, emprunteurs comme prêteurs, doivent nécessairement relever de la liste exhaustive prévue par le législateur de l'Union européenne aux articles 2 et 3. « *L'accès aux systèmes de paiement est cependant étroitement limité aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, ainsi qu'à certaines entités publiques* »<sup>789</sup>. Cela s'explique par deux raisons. D'une part, la suppression du formalisme, est une condition nécessaire pour que la garantie soit constituée rapidement mais est dangereuse, ce qui exige que cette insécurité<sup>790</sup> soit limitée au plus faible nombre de bénéficiaires. D'autre part, la restriction *ratione personae* se justifie par le fait que la directive sur les garanties financières est un dôme protecteur pour les acteurs habilités à y recourir, puisqu'elle fait sortir des règles relatives à la faillite les garanties conclues. Elle semble ainsi particulièrement avantageuse pour ces acteurs, ce

<sup>788</sup> Art. 2 de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *précitée*, transposé à l'article L211-36 du Code Monétaire et Financier.

<sup>789</sup> Bull. de la Banque de France, *Etudes*, n°137, Mai 2005, p. 43.

<sup>790</sup> Même si le formalisme a été supprimé, l'article 3§1 de la directive exige une traçabilité écrite de la constitution de la garantie, qui est possible par un enregistrement numérique, pour limiter le contentieux relatif à l'existence de cette dernière.

qui est indispensable afin d'éviter une crise systémique, risque usuel dans les systèmes de paiement.

## 2. Une portée limitée

144. **La réalisation instable des garanties financières.** Dans la mesure où il n'existe pas de véritable droit européen des sûretés, les sûretés sur sommes d'argent ou créances subissent les mêmes incertitudes que les sûretés issues du marché du crédit. Elles sont ainsi soumises aux règles de conflit de juridiction et de lois et rencontrent les mêmes difficultés pour les questions d'opposabilité aux tiers, ce qui nuit à leur pleine efficacité. Or, la qualification de garantie financière est parfois, selon les biens mis en garantie, contestable. Dès lors, seuls les juges nationaux, en appliquant leurs règles de droit international privé interne, vont pouvoir qualifier et appliquer un régime aux sûretés conclues, lequel peut varier d'un Etat membre à l'autre. « *Souligner ici ou là que telle institution ressemble à telle autre ne revient pas à façonner une sûreté réelle : c'est tout au plus mettre en évidence certains traits communs qui peuvent, par raisonnement ou pur hasard, conduire à une solution identique* »<sup>791</sup>. La directive 2002/47/CE est donc limitée puisqu'elle ne définit pas précisément les techniques pouvant relever de son champ d'application. En l'absence de définitions précises des techniques, qui ne seraient possibles que par une uniformisation des règles européennes en matière de garanties, le régime de celles-ci est forcément incertain. De même, la question du rang de la garantie financière n'est pas prise en compte par la directive qui renvoie au droit national de chaque Etat membre. Ainsi, en cas de conflit, il faut aller déterminer dans chaque ordre juridique national intéressé le rang que prend la garantie financière par rapport à d'autres sûretés et notamment des privilèges. En effet, l'article 9 de la directive 2002/47/CE soumet la loi de la garantie financière à la *lex rei sitae* du compte garanti<sup>792</sup>, même si des exceptions existent<sup>793</sup>. Par ailleurs, cela signifie qu'en cas de pluralité de comptes-titres situés dans des Etats membres différents, le régime de la garantie financière va varier en fonction du lieu de situation de chaque titre, ce qui est une source d'instabilité

---

<sup>791</sup> S. PRAÏCHEUX, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *op. cit.*, n°10.

<sup>792</sup> Article 9 point 1 de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *précitée*, « Toute question concernant l'un des éléments énumérés au paragraphe 2 qui se pose au sujet d'une garantie sous forme d'instruments financiers transmissibles par inscription en compte est réglée selon la loi du pays où le compte pertinent est situé. La référence à la loi du pays désigne le droit interne de ce pays, nonobstant toute règle stipulant que la question considérée doit être tranchée selon la loi d'un autre pays ».

<sup>793</sup> Article 8 de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, *précitée*.

dangereuse<sup>794</sup>. L'éviction de cette règle consisterait à conclure une garantie financière pour chaque compte-titre situé dans un pays différent, mais dans cette perspective, la simplicité initiale de la garantie financière semble en pâtir.

145. En conséquence, au moment de la réalisation de la garantie financière, celle-ci semble perdre les avantages issus de sa constitution simple. Certaines sûretés, si elles étaient harmonisées, sembleraient plus avantageuses que les garanties financières. Les sûretés fondées sur la propriété notamment, en ce qu'elles prévoient un effet translatif de propriété dès la défaillance du débiteur, sont plus efficaces que les garanties financières puisqu'elles octroient un droit exclusif au créancier dès lors que la loi du contrat reconnaît cet effet. De plus, cette garantie financière européenne est très spécifique et ne concerne qu'une catégorie minimale d'acteurs de l'Union européenne. Elle intervient davantage pour protéger le système bancaire européen que pour inaugurer un droit européen des sûretés. D'autres instruments du marché intérieur, à portée plus large, concernent de façon restreinte les sûretés en raison de leur finalité consumériste.

### **B. Le crédit hypothécaire, un instrument à finalité consumériste**

146. La directive 2014/17/UE<sup>795</sup> sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel est sans conteste une avancée<sup>796</sup>. Elle représente ainsi « *le point de jonction du droit de la consommation et du droit financier, de deux branches a priori antinomiques, mais dont les aspirations convergent en réalité*

---

<sup>794</sup> Des difficultés semblables se sont présentées lors de l'arrêt CJUE, *ERSTE Bank Hungary Nyrt contre Magyar Állam BCL Trading GmbH*, 5 juillet 2012, aff. C-527/10. En l'espèce, la loi applicable à la garantie financière renvoyait à la loi hongroise alors que la Hongrie n'avait pas encore ratifié le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité et que la garantie pouvait relever du champ d'application de ce règlement (v. point 40).

<sup>795</sup> Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n°1093/2010 JOUE L246 du 23 septembre 2015 p.11. La transposition en droit français s'est opérée par le décret n°2016-607 du 13 mai 2016 JO 15 mai 2016 qui porte application des dispositions de l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016 hormis pour certaines dispositions concernant la publicité, l'information générale, le TAEG et la fiche d'information standardisée européenne (1er octobre 2016) ainsi que la formation des prêteurs et des intermédiaires (selon les dispositions 1er janvier 2017, 21 mars 2017 ou 21 mars 2019).

<sup>796</sup> Pour une présentation v. T. BONNEAU, « La directive « crédit hypothécaire », sa genèse, ses objectifs, son périmètre (biens visés, aux divers intervenants et types de prêts), comparaison par rapport au crédit mobilier », *RD Bancaire et fin.*, n°2, mars 2015, dossier n°21. Pour une critique v. E. MUNIZ ESPADA, « Regard critique depuis l'Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », *RD Bancaire et fin.*, n° 2, mars 2015, p. 24.

*souvent* »<sup>797</sup>. Néanmoins, les aspirations de ces droits n’ont pas été prises en compte de façon identique<sup>798</sup>. La logique du droit de la consommation a largement prévalu sur celle du crédit, comme cela avait déjà été le cas pour la directive 2008/48/CE relative au crédit à la consommation<sup>799</sup>, alors même que le droit des sûretés est un préalable pour avoir accès au crédit. Issue d’une volonté d’harmoniser les garanties sur biens immobiliers, la directive 2014/17/UE<sup>800</sup> était ainsi initialement un instrument de crédit, qui est aujourd’hui défectueux (1). En revanche, au regard du droit de la consommation et notamment de la protection des consommateurs, le texte semble plutôt fructueux (2) puisqu’il a été finalement rédigé en fonction d’une protection du consommateur, mais cela l’a vidé de toute effectivité<sup>801</sup>.

### 1. Un instrument de crédit défectueux

**147. *Des contradictions quant aux bases juridiques choisies.*** Issue de la proposition de directive de 2011, la directive 2014/17/UE a été adoptée très rapidement, bien qu’elle soit réfléchi depuis de longues années. Le Parlement et le Conseil ont légiféré sur la base de l’article 114 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne qui précise que les « mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres (...) ont pour objet l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur. ». Or, l’article 2 point 1 de la directive précise que « La présente directive ne fait pas obstacle au maintien ou à l’adoption par les États membres de dispositions plus strictes visant à protéger les consommateurs, à condition que ces dispositions soient compatibles avec les obligations leur incombant en vertu du droit de l’Union. ». Cette précision, récurrente dans la législation de l’Union européenne,

<sup>797</sup> Y. PICOD, « Observations conclusives », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2015, p. 28, n°2.

<sup>798</sup> « *Il s’agit désormais d’instituer un socle minimal de protection des consommateurs en Europe, sans véritable effet intégrateur* ». A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°10, 5 mars 2015, p. 1114, n°4.

<sup>799</sup> Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil. L’article 2 point 2 exclue l’application de la directive aux hypothèques et sûretés comparables a) ainsi qu’aux sûretés mobilières avec dépossession k). La directive ne se préoccupe des sûretés que pour rappeler que le consommateur doit recevoir une information précontractuelle sur son engagement ainsi qu’un contrat avec des mentions précises dès lors qu’il souscrit un crédit nécessitant une sûreté.

<sup>800</sup> Directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*, dont le délai de transposition s’est achevé le 21 mars 2016, transposée en droit français par quatre arrêtés du 9 juin 2016, publiés au Journal officiel du 11 juin, (V. *JCP E* 2016, act. 290).

<sup>801</sup> « *Une réforme de la technique de l’hypothèque à partir de la protection du consommateur risque de lui faire perdre partiellement la considération de ses aspects les plus techniques, ce qui peut être également le cas dans le cadre d’une harmonisation européenne du crédit hypothécaire* » E. MUNIZ ESPADA, « Regard critique depuis l’Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », *op. cit.*, p. 24, n°5 ; Y. PICOD, « Observations conclusives », *op. cit.*, p. 28, n°2.

soulève ici des interrogations en raison de la base juridique initialement choisie. S'il est question d'une protection du consommateur, pourquoi ne pas plutôt légiférer sur la base de l'article 169 du traité FUE au lieu d'invoquer l'article 114 relatif au marché intérieur dans la mesure où les seules points d'harmonisation maximale de ce texte (article 2 point 2 de la directive) concernent les consommateurs ? De même, il est déduit de l'article 2 point 1 que la directive est d'harmonisation minimale alors qu'il était clairement question dans les travaux préparatoires, antérieurs à la proposition de directive de 2011, de mettre tous les moyens en œuvre pour harmoniser véritablement l'accès au marché immobilier transfrontalier. Cette contradiction se retrouve également dans le considérant 7 de la directive qui affirme la volonté du législateur européen de « créer un véritable marché intérieur » tout en admettant une « spécificité des contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers et des différences » entre les Etats membres justifiant ainsi que ces derniers puissent « maintenir ou (...) introduire des dispositions plus strictes que celles figurant dans la présente directive ». Pour Monsieur Gourio, ce considérant démontre bien qu' « *Il n'y a pas plus clair renoncement à établir une offre harmonisée de crédit immobilier en Europe* »<sup>802</sup>. L'excessif recours à des harmonisations minimales sauf pour ce qui relève directement de l'information contractuelle du consommateur anihile tout effet de « standardisation »<sup>803</sup> du droit du crédit des Etats membres et va à l'encontre de la volonté de créer une Union européenne unie et commune. Néanmoins, il ne faut pas confondre les causes et les effets : la directive est d'harmonisation minimale car le but poursuivi par les institutions européennes en matière de droit du crédit ne tend pas vers une harmonisation, le législateur se souciant manifestement peu du crédit. L'harmonisation minimale de cette directive n'est ainsi qu'un effet et non une cause.

**148. Un texte équivoque.** Outre des contradictions de la part du législateur européen, la directive 2014/17/UE est également un texte équivoque. L'harmonisation se veut pour les contrats de crédit mais elle n'est effective qu'en matière d'information<sup>804</sup> à support textuel accessible aux consommateurs, c'est-à-dire que pour ce qui relève de la loyauté

<sup>802</sup> A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *op. cit.*, p. 1114, n°22. Il convient toutefois de nuancer ce propos : au regard de la loyauté contractuelle et en ne prenant en compte que la finalité consumériste de ce texte, il existe bien une forme d'harmonisation maximale. V. *infra* § 150.

<sup>803</sup> E. MUNIZ ESPADA, « Regard critique depuis l'Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », *op. cit.*, p. 24, n°6.

<sup>804</sup> Sur l'information précontractuelle exigée dans la directive 2014/17/UE, v. V. VALETTE ERCOLE, « La protection précontractuelle du consommateur dans la nouvelle directive sur le crédit hypothécaire », *RD Bancaire et fin.* n° 2, mars 2015, p. 23, n°26.

contractuelle<sup>805</sup>. La loyauté du contractant<sup>806</sup>, quant à elle, est mise à mal car le législateur n'a pas défini de façon précise et équilibrée les obligations tant du prêteur que de l'emprunteur. Si l'emprunteur est toujours protégé, ce qui est louable dans la finalité consumériste qui est celle de cette directive, du point de vue du droit du crédit cela soulève quelques difficultés. Par exemple, l'article 18 de la directive impose au prêteur de n'accorder un crédit qu'après une « évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur » laquelle « prend en compte de manière appropriée, les facteurs pertinents permettant de vérifier la probabilité que le consommateur remplisse ses obligations aux termes du contrat de crédit. »<sup>807</sup>. Cette disposition fait dire à certains auteurs que ce sont des règles de bon sens<sup>808</sup>, ce qui est vrai, puisqu'encore une fois dans une opération de crédit, tous les acteurs ont à gagner à une coopération mutuelle. Si cependant la lecture de cet article est poursuivie, le bon sens disparaît immédiatement : « (...) le prêteur n'annule ou ne modifie pas ultérieurement le contrat de crédit au détriment du consommateur au motif que l'évaluation de la solvabilité a été réalisée de manière incorrecte » précise le point 4 de l'article 18. Or, comment le prêteur doit-il procéder à l'évaluation de la solvabilité ? D'une « manière appropriée », au regard de « facteurs pertinents », permettant de déterminer la « probabilité » que les « obligations découlant du contrat de crédit (soient) vraisemblablement respectées ». Le doute ne profite pas au prêteur. Bien au contraire, ce dernier en cas de doute négatif empêchant d'accorder un crédit à un emprunteur, doit le justifier par des raisons objectives fondées sur les bases de données qui n'auront pas fourni un résultat satisfaisant quant à l'état de solvabilité de l'emprunteur<sup>809</sup>. Le législateur européen demande ainsi au banquier de renoncer à sa liberté contractuelle, voire de supporter les pertes en cas d'insolvabilité future du débiteur et peut-être même d'engager sa responsabilité, s'il ne peut démontrer par des raisons objectives qu'à la conclusion du prêt il n'existait aucun élément permettant d'anticiper la défaillance de l'emprunteur. Or, le prêt est accordé lorsqu'il est

<sup>805</sup> Pour Monsieur le Professeur Yves Picod, « *l'aspect moralisateur est très marqué. Le devoir de loyauté est partout présent* » Y. PICOD, « Observations conclusives », *op. cit.*, p. 28, n°15. Il semble plutôt qu'il faille distinguer entre la loyauté contractuelle, qui est en effet particulièrement développée, et la loyauté du contractant, qui semble n'être qu'en faveur du consommateur et qui est de ce fait imparfaite.

<sup>806</sup> Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 82, n°65-4.

<sup>807</sup> Article 18 point 1 de la directive. Pour autant, la directive ne donne aucun critère d'identification de la solvabilité malgré les orientations données par les considérants 55 et 56. A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *op. cit.*, p. 1114, n°55.

<sup>808</sup> E. MUNIZ ESPADA, « Regard critique depuis l'Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », *op. cit.*, p. 24, n°4.

<sup>809</sup> Article 18, 5 c) de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*.

« vraisemblable<sup>810</sup> » que l'emprunteur remplisse ses obligations. Le contrat doit ainsi être accordé dès lors qu'existe un doute positif de solvabilité mais il ne peut être contesté qu'en cas de présence d'éléments objectifs. Le considérant 57 prolonge cette cacophonie en indiquant dans une première phrase que « la décision du prêteur d'accorder ou non le crédit devrait être compatible avec le résultat de l'évaluation de la solvabilité » confirmant ainsi l'atteinte à la liberté contractuelle du prêteur. Il se termine par une formule équivoque « toutefois, une évaluation de solvabilité débouchant sur un résultat positif ne devrait pas obliger le prêteur à accorder le crédit. ». Le législateur ne veut pas prendre parti, il renvoie alors aux juges le soin de déterminer dans quelle mesure et par quels critères la « probabilité » ou le « doute » lors de la conclusion d'un prêt doivent être appréciés. Subséquemment, ces dispositions ne permettent pas une harmonisation, ont un effet certain de multiplication des litiges et déséquilibrent le contrat de crédit en défaveur du créancier. Or, un contrat de crédit déséquilibré est un futur contrat modifié par les praticiens. Quelle que soit la tradition juridique dans l'Union européenne, les praticiens réagissent de la même façon : au-delà d'un certain déséquilibre, l'institution juridique de crédit est soit abandonnée, soit substantiellement modifiée.

- 149. *L'insertion dangereuse d'un devoir de mise en garde en faveur du consommateur.*** Le devoir de mise en garde consiste à demander à une partie au contrat, nécessairement peu objective, de devenir pendant un temps juge ou tiers désintéressé afin d'aller, si besoin est, jusqu'à décourager le cocontractant de conclure le contrat pour lequel elle a un intérêt. En matière contractuelle, cela ne peut valablement exister. La directive insère ce devoir, de nouveau sans l'assumer pleinement. Ainsi l'article 22 relatif aux services de conseil prévoit-il au point 5 une obligation d'avertir le consommateur dès lors que le contrat présente des risques spécifiques pour lui. Cette obligation n'est pas qu'un simple devoir d'explications<sup>811</sup>, lesquelles, relevant de la loyauté contractuelle, sont clairement

<sup>810</sup> « Cette notion de vraisemblance est importante car elle signifie que le prêteur ne doit pas seulement croire que le prêt pourrait être remboursé mais qu'il a réellement des chances importantes de l'être. L'exigence d'une vraisemblance renforce l'idée d'un consommateur solvable. Or, il est expressément écrit que « le prêteur accorde uniquement le crédit au consommateur si le résultat de l'évaluation de la solvabilité indique que les obligations découlant du contrat de crédit seront vraisemblablement respectées ». Cette formulation permet d'affirmer qu'en cas de doute sur la solvabilité, le prêteur est dans l'obligation de refuser le prêt hypothécaire. En effet, s'il n'est pas fortement probable que le consommateur puisse rembourser, le prêteur n'a d'autre choix que de refuser le prêt. On peut penser que s'il adoptait une position inverse, sa responsabilité pourrait être engagée » V. VALETTE ERCOLE, « La protection précontractuelle du consommateur dans la nouvelle directive sur le crédit hypothécaire », *op. cit.*, p. 23, n°26.

<sup>811</sup> « Il serait erroné de confondre le devoir d'explication avec le devoir de conseil » J. LASSERRE CAPDEVILLE, « L'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et les devoirs d'explication et de mise en

établies et harmonisées par le législateur européen à l'article 16 de la directive. Le point 5 impose un devoir de mise en garde même si le considérant 48 s'en défend. Quel serait l'intérêt de la disposition prévue au point 5 de l'article 22 si ce n'était pas un devoir d'avertissement au regard de l'ensemble des obligations d'information et d'assistance dont doit s'acquitter le prêteur ? En réalité, le législateur européen n'a certes pas introduit un véritable devoir de mise en garde tel qu'existant en droit français<sup>812</sup>, mais il a tout de même, dans un souci de protection du consommateur, lequel est « irréfragablement présumé non averti », alourdi la charge de conseil au point que cette dernière bascule, avec le point 5, dans un véritable devoir d'avertissement<sup>813</sup> assorti de sanctions civiles et pénales en cas de non respect. Contrairement à ce que prétend le considérant 48 de la directive, il existe bien une obligation de « recommandation personnalisée » qui se manifeste par le risque spécifique encouru. Celle-ci, d'une part déséquilibre de nouveau le contrat ce qui permet de douter de l'effectivité à long terme des dispositions de la directive, et d'autre part ne concourt pas à une harmonisation des législations sur le crédit hypothécaire par le renvoi aux Etats membres du choix dans la mise en œuvre des sanctions. Cependant, cette cacophonie et ces contradictions cessent si la directive est appréhendée selon sa réelle finalité. « *Il se confirme donc que l'objectif réel de la directive est l'instauration d'un socle minimum de protection des consommateurs, sans véritable effet sur le marché intérieur* »<sup>814</sup>.

## 2. Un instrument consumériste fructueux

**150. L'apparition d'une cohérence.** L'analyse de la directive par un regard consumériste permet de constater que cet instrument est non seulement cohérent mais également intéressant, éventuellement opportun pour un droit des sûretés en droit européen. La cohérence de la directive se ressent dès le départ dans son champ d'application. Dans la

---

garde à la charge du prêteur », in Dossier spécial *La future réforme du crédit immobilier en France*, *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 10, n°31.

<sup>812</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juillet 2005, n°03-10921, J. LASSERRE CAPDEVILLE, N. BOURDALLÉ, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit* 2006, n°107, p. 17 ; D. LEGAIS, « Droit bancaire: les décisions de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 12 juillet 2005, dix ans plus tard », *RD Bancaire et fin*, n° 5, Septembre 2015, dossier 46 ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Les arrêts Jauleski, Seydoux et Guigan : l'avènement du devoir de mise en garde », *RD Bancaire et fin*, n°5, Septembre 2015, dossier 47.

<sup>813</sup> Le devoir d'avertissement s'entend comme un synonyme du devoir français de mise en garde tout en s'en distinguant puisque la qualité de personne non avertie n'a pas à être démontrée. A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *op. cit.*, p. 1114, n°48.

<sup>814</sup> A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *op. cit.*, p. 1114, n°22.



mesure où elle a pour objectif de protéger le consommateur<sup>815</sup>, il est logique par exemple que ne soient pas incluses dans son champ d'application des sûretés autres que l'hypothèque<sup>816</sup> car ces dernières ne permettraient pas de prendre en compte la solvabilité du consommateur, puisque non seulement elles n'impliquent pas l'octroi d'un crédit mais en plus les paiements vont du prêteur à l'emprunteur<sup>817</sup>. Il en est de même de l'article 4 de la directive qui fait, une fois n'est pas coutume, un réel effort de définitions. La directive se veut clairement accessible aux consommateurs et applicable le plus largement possible puisqu'elle limite très peu les qualités de prêteur, d'emprunteur et d'intermédiaires du crédit<sup>818</sup>. Il en est de même des crédits qui entrent dans le champ d'applicabilité : si le caractère immobilier des garanties associées à l'opération doit être prouvé, la finalité immobilière résidentielle de l'opération doit aussi l'être<sup>819</sup> ce qui exclut les biens immobiliers à caractère professionnel ou commercial et confirme la visée consumériste de la directive.

**151. Une harmonisation maximale en faveur des consommateurs.** La seule harmonisation maximale de ce texte, ne laissant ainsi aucune marge de manœuvre aux Etats, porte sur l'information en faveur des consommateurs *via* la fiche d'information standardisée européenne (FISE) et le calcul du taux annuel effectif global (TAEG)<sup>820</sup>. Il est vrai que « *l'idée de remettre une fiche d'information n'est pas nouvelle* »<sup>821</sup>. Cette FISE sera un

<sup>815</sup> Ce qui n'est d'ailleurs pas surprenant, le communiqué de presse du 31 mars 2011 de la Commission européenne (IP/11/383) indiquait déjà que la proposition de directive servirait à une meilleure information pour les consommateurs.

<sup>816</sup> Ou une sûreté comparable à l'hypothèque. Article 3 point 1 a de la directive. Par ailleurs, cela permet d'adapter la directive 2014/17/UE, précitée, à la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs JOUE 22 mai 2008 n°L133, p. 66.

<sup>817</sup> Cons. 16 de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, précitée.

<sup>818</sup> Article 4 de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, précitée.

<sup>819</sup> Cons. 13 de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, précitée. En cas de double finalité du bien, la directive renvoie à l'appréciation du caractère prédominant (Cons. 12). La question de l'appréciation du caractère prédominant peut soulever quelques interrogations. V. N. ERESEO, « Le champ d'application de la directive européenne sur les crédits immobiliers aux consommateurs », in Dossier spécial *La future réforme du crédit immobilier en France*, *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 6. Si la finalité consumériste est seulement prise en compte, nul doute que ce sera de façon subjective.

<sup>820</sup> L'information aux consommateurs s'inscrit dans les travaux antérieurs des institutions européennes et notamment ceux de la Commission européenne : Recommandation de la Commission du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement Journal officiel n° L 069 du 10/03/2001 p. 0025 – 0029.

<sup>821</sup> N. RZEPECKI, « Les mesures de transposition maximale dans la directive européenne sur le crédit immobilier », in Dossier spécial *La future réforme du crédit immobilier en France*, *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 12.

document venant se superposer à l'offre<sup>822</sup> et permettra au consommateur de posséder des informations claires et précises sur l'offre de crédit de façon à l'aider à choisir celle qui sera le plus adaptée à ses besoins. Il faut reconnaître aussi que l'harmonisation maximale ne concerne que la partie A de l'annexe II<sup>823</sup> et que sont laissées à la marge d'appréciation des Etats les informations pouvant être complétées dans la partie B. Néanmoins, un socle commun existe sans possibilité pour les Etats membres d'y déroger ce qui harmonise incontestablement les informations accessibles aux consommateurs, ce qui n'est pas le cas des obligations imposées aux banques. De même, le TAEG devra être mentionné à plusieurs reprises, dans divers documents. Le consommateur y aura ainsi accès sur plusieurs supports (la publicité d'offre de crédit<sup>824</sup>, les informations générales mises à la disposition du client<sup>825</sup> ou encore dans la FISE<sup>826</sup>). L'assiette du TAEG est également en faveur des consommateurs, puisqu'elle est entendue de façon extensive afin de prendre en compte le « coût total du crédit »<sup>827</sup>. Le TAEG et la FISE, bien qu'existant auparavant, sont les témoins d'une harmonisation développée pour les consommateurs<sup>828</sup> et délaissée pour les créanciers. Or, les sûretés, notamment hypothécaires, nécessitent un équilibre contractuel pour perdurer.

**152. Un consommateur bénéficiant de la concurrence entre prêteurs.** L'absence d'harmonisation au sujet de questions importantes pour un emprunteur, à savoir son délai de réflexion et sa possibilité de rembourser de façon anticipée le crédit contracté<sup>829</sup> sont également des points positifs pour le consommateur. Cela crée sans nul doute une

<sup>822</sup> Article 14 point 2 b) de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée* ; D. LEGAIS, *RTD Com.*, 2014, p. 380.

<sup>823</sup> Article 2 point 2 et article 14 point 1 de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*. V. aussi l'annexe II partie A de la Directive 2014/17/UE.

<sup>824</sup> Article 11 point 2 e) de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*.

<sup>825</sup> Article 13 point 1 g) de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*.

<sup>826</sup> Rubrique 4, partie A de l'annexe II prévue par la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*.

<sup>827</sup> V. not. Article 4 point 3 g), Article 17 et Cons. 50 de la Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*.

<sup>828</sup> Cette harmonisation consumériste aurait pu être davantage développée en édictant des règles précises quant à l'éducation du consommateur. Pourtant prévue à l'article 6 de la directive 2014/17/UE, la mise en œuvre de l'éducation des consommateurs est renvoyée aux Etats membres.

<sup>829</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Deux règles essentielles largement laissées à la liberté des Etats membres : le délai de réflexion et le remboursement anticipé du crédit », in Dossier spécial *La future réforme du crédit immobilier en France*, *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, pp. 15-17.

différence de traitement du consommateur entre les Etats membres, permettant de faire jouer la concurrence entre prêteurs. Ainsi, le mal de cette directive n'est pas d'être équivoque et d'harmonisation très minimale, son défaut réside surtout dans son titre et son fondement qui ne correspondent pas à sa finalité. En cela, le législateur n'a pas assumé que des débats de plusieurs années puissent aboutir uniquement au service de l'information pour les consommateurs.

- 153.** En conclusion, il n'apparaît pas qu'il existe un droit européen des sûretés au regard des sources du droit de l'Union européenne. La coopération judiciaire est un vecteur très indirect de normes relatives aux sûretés dans l'espace européen puisqu'elle ne prend en considération ces techniques juridiques que de façon générale, par les instruments de règlement de conflit de lois et de juridictions. Ceux-ci, de par leur généralité, ne sont pas adaptés aux sûretés, obligeant ainsi les Etats membres à édicter des lois de police pour faire respecter des règles qu'ils jugent nécessaires au bon fonctionnement des sûretés. Quant au marché intérieur, il semblait être l'espace adéquat pour le développement d'un droit européen des sûretés. De plus, au regard de l'objectif de coopération économique et de liberté de circulation, il semblait évident que les sûretés, indispensables au crédit, soient prises en compte. Le législateur ne s'en est emparé que de façon très restreinte, pour certains biens ou certains acteurs. L'état des lieux du droit des sûretés en droit européen au regard des sources de l'Union européenne ne permet donc pas d'affirmer qu'il existe un véritable droit des sûretés dans cet espace. D'autres sources, cependant, extérieures à l'Union européenne mais pouvant avoir des effets dans l'espace européen, existent. Il faut voir si celles-ci créent un droit des sûretés en droit européen.

## **Section II. Les sûretés dans l'ordre juridique international ayant des conséquences en droit européen**

- 154.** Réaliser un état des lieux des sûretés en droit européen implique de prendre en compte toutes les sources de droit pouvant amener à identifier un droit des sûretés dans l'espace européen. Si l'Union européenne produit de nombreuses normes d'une manière générale, il semble que peu d'entre elles concernent réellement les sûretés. De ce fait, il convient de rechercher si d'autres sources de droit, ayant un effet dans l'espace européen, appréhendent un droit commun des sûretés. Si le Conseil de l'Europe, de par sa vocation

originellement politique, a peu souvent été confronté aux sûretés (§I), certaines organisations internationales se sont en revanche davantage saisies de la question (§II).

### **§I. La présence minimale des sûretés dans le droit du Conseil de l'Europe**

155. Le droit du Conseil de l'Europe relève du droit international classique et de la coopération intergouvernementale. Représenté souvent comme « *l'Europe dite humaniste* »<sup>830</sup>, le droit européen s'est toutefois emparé du droit civil sous le prisme de la protection des droits fondamentaux au travers de l'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe et notamment de la Convention européenne des droits de l'Homme que la totalité des Etats membres de l'Union européenne a ratifiée. Aussi, si l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne retarde l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH, l'article 6 du traité UE permet de tempérer ce retard et accorde à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg une valeur juridique. Le droit du Conseil de l'Europe produit ainsi des effets dans l'espace européen<sup>831</sup> mais les sûretés ne sont pas véritablement l'objet de son activité conventionnelle.
156. ***Le droit des sûretés absent de la Convention EDH.*** En matière de sûretés, le Conseil de l'Europe n'adopte aucun texte spécifique. « *En tant que branche du droit européen, il (le droit civil européen) n'est même pas désigné en tant que tel et ne découle d'aucune construction explicite. Il n'est ainsi formulé qu'indirectement : (...) par le droit européen des droits de l'homme dont l'objectif premier est de faire respecter un certain nombre de droits conférés aux individus* »<sup>832</sup>. Il faut ainsi, en vue de vérifier s'il existe un droit des sûretés en droit européen, se reporter aux droits fondamentaux protégés par la Convention EDH et les protocoles qui s'y rattachent. Au sein de la Convention EDH, des articles généraux pourraient s'appliquer à un litige impliquant des sûretés mais sans les prendre spécifiquement en considération. Le fameux article 6 §1 par exemple, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) » permet à un requérant de contester la constitution ou la mise en œuvre d'une sûreté conclue mais dans le cadre d'un accès à la justice et non de l'application d'une règle propre aux sûretés. En

---

<sup>830</sup> S. NADAUD, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008, p. 13, n°3.

<sup>831</sup> Il faut noter cependant que la Suisse et Monaco ont signé mais n'ont pas ratifié le protocole 1.

<sup>832</sup> K. GARCIA, *Le droit civil européen Nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008, p. 29, n°20.

ce sens, l'ordre juridique européen semble en effet être un ordre juridique « humaniste ». Pourtant, par effet d'interprétation extensive, certains aspects des sûretés peuvent se retrouver dans le droit du Conseil de l'Europe. Les sûretés immobilières, notamment, de par leur objet relèvent de l'article 8 de la Convention EDH relative à la protection du domicile. Cependant, cet article, comme l'ensemble de la Convention, suppose une condition d'altérité en ce sens que les droits fondamentaux sont garantis à l'encontre de la puissance publique. La question de la protection du domicile est ainsi entendue comme tout prohibition de « l'ingérence d'une autorité publique » dans l'exercice du « droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »<sup>833</sup> et non entre personnes privées en fonction d'un contrat de sûreté portant sur un bien immeuble, à l'instar d'une hypothèque. La finalité économique du droit des sûretés explique l'absence d'articles au sein de la Convention EDH pouvant s'y rapporter. Il faut alors chercher dans le seul protocole garantissant un droit de caractère économique<sup>834</sup> pour apercevoir une prise en compte, rare, des sûretés.

- 157. *La compétence de la Cour de Strasbourg en matière de sûretés : le protocole relatif à la protection de la propriété et l'interprétation extensive de la mention « respect de ses biens ».*** Le premier protocole additionnel du 20 mars 1952 consacre dans son article premier la protection de la propriété et notamment le fait que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». De nouveau, l'article est rédigé en faveur d'une protection du justiciable contre un abus des pouvoirs publics qui mènerait à une privation de la propriété et non comme une violation du droit de propriété dans le cadre d'une sûreté. Le paragraphe 2 fait état d'exceptions en cas d'intérêt général ou du paiement de l'impôt, c'est-à-dire lorsque l'Etat applique ses prérogatives régaliennes<sup>835</sup>. Cet article 1 du protocole additionnel, textuellement, ne prend pas en compte les sûretés. Cependant, la référence au « respect de ses biens » a permis à la Cour EDH d'élargir la conception initiale de cet article pour lui donner une ampleur privée et ainsi être amenée à trancher des litiges relatifs à des biens grevés d'une sûreté. En effet, les biens visés par la

<sup>833</sup> Art. 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par les Protocoles n° 11 et n° 14, signée à Rome le 04 nov.1950 (ci-après, Convention EDH).

<sup>834</sup> L. CONDORELLI, « Premier protocole additionnel. Article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 972.

<sup>835</sup> Cela s'explique par les travaux préparatoires qui ne souhaitent viser que la confiscation arbitraire des biens. V. Travaux préparatoires de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Conv. EDH, Conseil de l'Europe, 1976, p. 3.

Cour EDH font l'objet d'une conception autonome<sup>836</sup>. Dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique* de 1979, la Cour EDH précise au point 63 « En reconnaissant le droit au respect de ses biens, l'article P1-1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots "biens", "propriété", "usage des biens" en anglais "possessions" et "use of property", le donnent nettement à penser; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque; les rédacteurs n'ont cessé de parler de "droit de propriété" pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article (P1-1). Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ». Par cette référence, la Cour adopte une conception extensive des biens<sup>837</sup> retenus par l'article 1 du protocole additionnel mais également une conception autonome, ce qu'elle n'admettra que plus tard<sup>838</sup>. Grâce à cette interprétation de l'article 1, les biens grevés d'une sûreté peuvent être soumis à la jurisprudence de la Cour EDH. « *Les biens matériels n'ont guère posé de problème d'interprétation à la Cour, elle n'a d'ailleurs pas eu besoin de s'affranchir des qualifications de droit interne pour estimer qu'ils entraient dans la catégorie des biens visés par l'article 1 du protocole n°1* »<sup>839</sup>. Ainsi les biens immobiliers<sup>840</sup> comme mobiliers<sup>841</sup> relèvent de l'article 1 du protocole additionnel, tout comme les droits portant sur ces biens là, qu'ils soient d'origine contractuelle<sup>842</sup> ou en partie légale<sup>843</sup>. Par la suite, la Cour EDH a également reconnu les créances comme étant des biens au sens de l'article premier, celles-ci étant admises dès lors qu'il y a un « intérêt patrimonial »<sup>844</sup>. Or, une sûreté procure un intérêt patrimonial puisqu'en cas de défaillance, le créancier va pouvoir revendiquer le bien grevé, soit par un effet translatif de propriété soit par une demande

<sup>836</sup> La doctrine varie sur la liste des « notions autonomes » dégagées par la Cour EDH. V. F. SUDRE (dir.), « Le recours aux notions autonomes » in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 98. V. aussi J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., Connaissances du droit, 2016.

<sup>837</sup> Pour une conception particulièrement extensive, v. l'arrêt CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 18 juin 2002 requête n°48939/99, note de F. SUDRE (relève du droit de propriété d'un justiciable l'habitation construite sans permis de construire sur un terrain appartenant au Trésor public).

<sup>838</sup> « La Cour rappelle que la notion de « bien » évoquée à la première partie de l'article 1 du Protocole no 1 a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels et qui est indépendante des qualifications formelles du droit interne : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des « droits patrimoniaux » et donc des « biens » aux fins de cette disposition. Dans chaque affaire, il importe d'examiner si les circonstances, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n°1 » CEDH Grande Chambre, *Depalle c. France*, 29 mars 2010, requête 34044/02, point 62.

<sup>839</sup> K. GARCIA, *Le droit civil européen Nouvelle matière, nouveau concept*, op. cit., p. 207, n°250.

<sup>840</sup> CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, requête n°8793/79.

<sup>841</sup> CEDH, *Wiggins c. Royaume-Uni*, 8 février 1978, requête n°7456/76.

<sup>842</sup> Au sujet d'une servitude et de la perception d'une rente annuelle. CEDH, *S. c. Royaume-Uni*, 18 janv. 1978, Requête n°10741/84.

<sup>843</sup> Au sujet d'un bail emphytéotique v. CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, précité ; CEDH, *Mellacher c. Autriche*, 19 déc. 1989, requête n°19.12.1989, requête n°10522/83; 11011/84; 11070/84.

<sup>844</sup> CEDH, *Gasus Dosier Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 février 1995, requête n° 15375/89.

d'attribution ou de saisie du bien. Ainsi, la Cour EDH ne distingue pas entre les biens grevés et le droit issu d'une sûreté et considère que dans la mesure où le bien et/ou le droit atteint un intérêt patrimonial alors la protection du droit de propriété peut être envisagée. Au sujet d'une clause de réserve de propriété, la Cour a ainsi rappelé que « la notion de "biens" (en anglais: possessions) de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1) a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition (P1-1) » et qu'ainsi en l'espèce « il importe dès lors peu de savoir si le droit de Gasus sur la bétonnière doit être considéré comme un droit de propriété ou comme une sûreté réelle. De toute manière, la saisie puis la vente de la machine constituaient une "atteinte" aux droits de la société requérante au "respect" d'un "bien", au sens de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1). »<sup>845</sup>. Elle a entre autres réitéré cette position au sujet d'hypothèques prises par l'Etat<sup>846</sup> en considérant notamment que « le droit d'obtenir le transfert de propriété » relevait du droit de propriété et partant, de l'article 1 du protocole additionnel. Enfin, le critère de l'intérêt patrimonial n'est pas le seul à être pris en compte par la Cour EDH. En vue de considérer qu'un litige relatif à une créance peut relever de la protection du droit de propriété, « l'espérance légitime » de recouvrer une créance est également un cas d'ouverture au protocole n°1<sup>847</sup>. Cela signifie que la prétention doit être non seulement suffisamment fondée au regard du droit interne<sup>848</sup> mais qu'elle doit également exister au moment du litige<sup>849</sup>. En ce sens, les biens futurs ne peuvent être protégés par le droit à la propriété. Ainsi, la Cour EDH fait siens la définition des biens tels que mentionnés dans l'article 1 du protocole additionnel ainsi que le champ d'application de ce même article.

De même, la Cour EDH a élargi le champ d'application de l'article 1 du protocole n°1 au regard de l'article 34 de la Convention EDH. Celui-ci indique que « La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale

<sup>845</sup> CEDH, *Gasus Dosier Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, précité, point 53.

<sup>846</sup> CEDH, *Iatridis c. Grèce*, 19 oct. 2000, n°31107/96, point 54 ; CEDH, *Ceni*, 16 déc. 2014, n°25376/06; CEDH, *Mazelle c. France*, 27 juin 2006, n°5356/04 ; CEDH *Öneryıldız*, 18 janv. 1999, n°48939/99, point 124 ; CEDH, *Hamer*, 27 nov. 2007, n°21861/03, point 75.

<sup>847</sup> CEDH, *Lecarpentier et autre c. France*, 14 février 2006, Requête n°67847/01, point 38 : « Compte tenu de ce qui précède, la Cour considère que les requérants bénéficiaient d'un intérêt patrimonial en l'espèce qui constituait, sinon une créance à l'égard de leur adversaire, du moins une « espérance légitime », de pouvoir obtenir le remboursement de la somme litigieuse, qui avait le caractère d'un « bien » au sens de la première phrase de l'article 1er du Protocole n°1 ». CEDH, *Lecarpentier et autre c. France*, 14 février 2006, Requête n°67847/01.

<sup>848</sup> CEDH, *Lebedinschi c. République de Moldova*, 16 juin 2015, requête 41971/11, point 41.

<sup>849</sup> CEDH, *Lindner et Hammermayer c/ Roumanie*, 3 décembre 2002, requête n°35671/97, point 41.

ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. ». Il s'agit ainsi d'un rapport entre les Etats membres et des personnes privées, individuelles ou collectives. Dans une affaire *X. c. Autriche*<sup>850</sup>, la Cour a considéré qu'un actionnaire peut se prétendre victime de l'atteinte aux biens subie par la société dont il détient des actions, tout comme une société mère peut être une victime de la nationalisation de sa filiale sur le fondement de l'article 1 du protocole n°1<sup>851</sup>. La Cour EDH a admis la possibilité qu'une société bénéficie de la protection des droits fondamentaux suite à une violation de son droit de propriété par une autre personne privée. Le droit des biens tel qu'il est protégé par la Cour EDH permet ainsi à celle-ci de prendre en compte de façon indirecte le droit des sûretés. Par une interprétation extensive de la mention « ses biens » la Cour EDH est venue à interpréter quelques litiges relatifs à des sûretés, mais conclues entre personnes privées et Etat membre dans la très grande majorité des cas<sup>852</sup>. En conséquence, la mise en œuvre de la protection du droit de propriété témoigne d'une prise en compte très infime des sûretés au profit d'un contrôle de l'ingérence de l'Etat dans les droits fondamentaux individuels.

- 158. *La protection par la Cour EDH de la réalisation des sûretés.*** Dans la mesure où le droit de propriété relève des politiques économiques internes aux Etats, ceux-ci « jouissent d'une grande marge d'appréciation pour ce qui concerne les mesures d'utilité publique ainsi que dans la mise en œuvre de politiques économiques et sociales pouvant porter atteinte au droit de propriété »<sup>853</sup>. Il apparaît ainsi que le droit de propriété n'est envisagé qu'au regard d'une violation subie par un particulier du fait de l'Etat. L'éventuelle mise en œuvre des sûretés, lorsqu'un litige se présente, est limitée par les deux autres phrases qui constituent l'article 1 du protocole n°1. Si la première édicte le principe général du respect au droit de propriété, la seconde limite la privation de celui-ci à une « cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » tandis que la troisième autorise la réglementation de l'usage des

<sup>850</sup> CEDH, *X. c. Autriche*, 4 oct. 1966, Recueil des décisions, vol.21.

<sup>851</sup> CEDH, *Yarrow et autres c. Royaume Uni*, 21 janv. 1983, DR 30.

<sup>852</sup> Ainsi, deux personnes privées peuvent s'opposer devant la Cour EDH quant à la violation du respect de leurs biens dès lors que la violation émane d'un acte de l'Etat, comme par exemple en matière de baux emphytéotiques (v. CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni, précité*), ou lorsqu'un tiers personne privée devait bénéficier d'une clause de réserve de propriété, laquelle a été primée par le fisc de l'Etat (CEDH, *Gasus Dossier Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas, précité*).

<sup>853</sup> K. GARCIA, *Le droit civil européen Nouvelle matière, nouveau concept, op. cit.*, p. 205, n°246.



biens « conformément à l'intérêt général<sup>854</sup> ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes »<sup>855</sup>. L'article 1 du protocole n°1 pose ainsi un principe et deux mises en œuvre, l'une relative à la privation et la seconde relative à l'usage des biens. Au sujet de l'usage des biens, la Cour EDH a eu l'occasion d'expliquer qu'elle entendait comme une ingérence proportionnée de l'Etat au regard du respect des biens d'un particulier les mesures prises en application d'une loi ou d'une norme étatique<sup>856</sup>. La source de l'acte à la base de la privation doit ainsi être d'origine étatique. Le contrôle de cette proportionnalité a varié en passant d'un contrôle très faible, laissant une marge de manœuvre aux Etats, à un contrôle plus approfondi. En effet, c'est après l'opinion dissidente du juge Pettiti dans l'affaire Agosi au sujet de pièces d'or confisquées qui n'étaient pas des biens pour les juges de la Cour de Strasbourg que celle-ci a infléchi sa jurisprudence en faveur des particuliers<sup>857</sup>. Elle réalise dorénavant un contrôle de la proportionnalité plus approfondi, comme en témoigne notamment l'affaire X contre France<sup>858</sup> au sujet d'une hypothèque prise par l'administration fiscale sur les biens d'un particulier qui a été reconnue comme une réglementation excessive de l'usage de ses biens au regard de l'intérêt général. Il en était de même aussi dans l'arrêt Gasus, pour une clause de réserve de propriété dont le bénéficiaire était un tiers et qui a été primé par l'Etat<sup>859</sup>. Toutefois, certains arrêts permettent d'affirmer que le droit de propriété est encore laissé majoritairement à l'appréciation des Etats, comme l'arrêt Air Canada qui reconnaît que la confiscation des biens, tant qu'elle est temporaire, reste une réglementation étatique justifiée de l'usage des biens<sup>860</sup>. Quant à la privation des biens, autorisée par la troisième phrase de l'article 1, celle-ci est subordonnée à une cause d'utilité publique. Cette dernière se distingue de l'intérêt général qui justifie une réglementation des biens et a été particulièrement développée par la Cour EDH dans l'arrêt Marckx<sup>861</sup>. La privation intervient dès lors qu'il y a eu un transfert de propriété, ce qui est le cas notamment lors d'une nationalisation ou d'une expropriation de fait. Ce cas

<sup>854</sup> CEDH, *Marckx*, point 65 ; CEDH, *Tre Trakörer Aktiebolag*, point 54 ; CEDH, *Sporrong et Lönnroth*, point 73.

<sup>855</sup> Art. 1 alinéa 2 protocole n°1 additionnel à la Conv. EDH.

<sup>856</sup> CEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, précité, § 46.

<sup>857</sup> CEDH, *Agosi c. Royaume Uni*, 24 oct.1986, Série A n°108, v. l'opinion dissidente de M. le Juge Pettiti, p. 21.

<sup>858</sup> CEDH, *X c. France*, 6 oct.1982, DR 31.

<sup>859</sup> CEDH, *Gasus Dosier Und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, précité.

<sup>860</sup> CEDH, *Air Canada c. Royaume-Uni*, 5 mai 1995, Série A n°316.

<sup>861</sup> CEDH, *Marckx*, précité, point 65. L. SERMET, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété*, Dossiers sur les droits de l'homme n°11, Les éditions du Conseil de l'Europe Strasbourg, 1991, p.24

n'intéresse pas les sûretés car cela relève directement d'une prérogative étatique<sup>862</sup> et non de la privation d'un bien en raison d'une sûreté.

159. En conclusion, s'il est arrivé parfois à la Cour EDH de se prononcer sur des litiges se référant à des sûretés, c'est grâce à une interprétation très extensive de l'article 1 du protocole n°1 relatif à la protection des biens et de la propriété qu'elle a pu reconnaître sa compétence et trancher le litige. Dans la mesure où l'objectif du Conseil de l'Europe est la protection des droits fondamentaux contre des abus de la puissance publique, l'absence de prise en compte de droits économiques dans des rapports purement privés empêche les institutions du Conseil de l'Europe de connaître des sûretés. Il n'en est pas de même d'autres organisations internationales dont le but, davantage axé sur l'harmonisation du droit international privé, leur ont permis de s'intéresser de façon plus conséquente au droit des sûretés.

## **§II. La présence considérable des sûretés dans les textes issus des organisations internationales**

160. Le droit international privé, au sens classique du terme, n'est plus un droit « *d'ailleurs* » mais un droit « *de nulle part* »<sup>863</sup> tant ses sources divergent. Avant toute chose, il convient d'exclure de ces prochains développements la BERD<sup>864</sup>. Même si cette organisation a mis en place en 1994 une loi-type sur les transactions garanties afin de participer à la relance du crédit et des activités économiques des anciens pays qui constituaient le bloc soviétique, celle-ci n'a pas obtenu l'effet escompté au-delà des frontières qui ont fondé sa création. En effet, « *le système de registre unique fait de la zone concernée un monde clos (...)* » et la loi-type « *n'est pas aussi innovante qu'il y paraît quant à la création d'une sûreté uniforme (...)* »<sup>865</sup>. En cela, la loi-type de la BERD ne sera pas développée puisqu'elle n'a été assimilée que dans quelques pays de tradition juridique soviétique, sans avoir de conséquences en droit et dans l'espace européens, et son efficacité apparaît douteuse pour certains auteurs<sup>866</sup>. En droit des sûretés, trois organismes de droit international privé ont véritablement tenté d'élaborer

---

<sup>862</sup> CEDH, *James et autres c/ Royaume-Uni*, précité.

<sup>863</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, op. cit., p. 48.

<sup>864</sup> Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement. Depuis sa création en 1991, la BERD a un rôle essentiellement politique et des missions d'expertise économique.

<sup>865</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Defrénois coll. De thèses, t. 13, 2005, p. 61, n°94 et 95.

<sup>866</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, op. cit., p. 61, n°95.

des règles mondiales communes, matérielles comme conflictuelles, pour faciliter le développement du commerce international *via* les sûretés. Dans la mesure où les Etats membres sont parties à ces organisations internationales, il convient d'étudier, dans cet état des lieux des sûretés en droit européen, les éventuels effets des textes qu'elles produisent dans l'espace européen. L'adoption, en 2011, de textes de coordination<sup>867</sup> entre la CNUDCI<sup>868</sup>, la Conférence de la Haye<sup>869</sup> et Unidroit<sup>870</sup> au sujet de la garantie de certaines opérations démontre une volonté de combiner au mieux les différents textes et projets issus des organisations internationales en matière de sûretés. Si la Conférence de la Haye a peu réussi à élaborer des textes généraux relatifs aux sûretés (A), l'Institut international pour l'unification du droit privé s'est davantage concentré sur des domaines spécifiques nécessitant une harmonisation internationale des opérations garanties (B), tandis que la CNUDCI pourrait véritablement être un modèle au regard des règles générales internationales harmonisées qu'elle a proposées en matière de sûretés (C).

#### **A. Les propositions inopérantes de la Conférence de la Haye**

- 161. *L'échec des conventions sur le droit de la vente prenant en compte les sûretés.*** Divers projets ont été proposés par la Conférence de la Haye, à l'instar de la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels<sup>871</sup>, signée et ratifiée par seulement sept pays au nombre desquels la France, ou encore des deux Conventions du 15 avril 1958 sur la compétence du for contractuel et de la loi applicable en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, ainsi que de la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises lesquelles, ces dernières, ne sont jamais entrées en

---

<sup>867</sup> « Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'Unidroit sur les sûretés : Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties » disponible sur [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) (consulté le 29 juin 2015).

<sup>868</sup> La CNUDCI, ou la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, a été créée le 17 décembre 1966 et est le principal organe juridique du système des Nations Unies pour le commerce international (v. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)).

<sup>869</sup> La Conférence de la Haye de droit international privé est une organisation intergouvernementale mondiale dont la première réunion s'est tenue en 1893. En 1955, l'entrée en vigueur de son Statut fait de la Conférence de la Haye une organisation intergouvernementale permanente (v. [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

<sup>870</sup> L'Unidroit, ou l'Institut international pour l'unification du droit international privé, est une organisation intergouvernementale indépendante, créée en 1926 et reconstituée en 1940, après sa dissolution en même temps que la Société des Nations (v. [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)).

<sup>871</sup> Pour une présentation, voir : Ph. KAHN, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *JDI*, 1966.

vigueur<sup>872</sup>. Ces instruments n'ont pratiquement jamais été utilisés du fait qu'ils ne sont pas entrés en vigueur ou bien qu'ils ont été signés par trop peu de pays n'y recourant de ce fait jamais<sup>873</sup>. Pourtant, malgré des textes généraux, les sûretés étaient parfois prises en compte. La « Convention mort-née »<sup>874</sup> du 15 avril 1958 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels prévoyait ainsi dans son article 4 qu'en cas de « réclamation ou de saisie de biens faisant l'objet d'un privilège ou d'un droit à la possession ou la propriété, notamment en vertu d'une action en résolution ou d'une clause de réserve de propriété, (...) la loi interne du pays où sont situés les objets vendus au moment de la première réclamation ou saisie concernant ces objets » devait s'appliquer. Ainsi, en cas de clause de réserve de propriété, mécanisme de garantie usuel dans chaque système juridique quelle que soit sa tradition, la validité de ces clauses relevait de la loi du contrat<sup>875</sup> tandis que leur mise en œuvre était conditionnée par la *lex rei sitae*. Cette règle avait été reprise à l'article 12 e) de la Convention de 1986 mais cette dernière n'a fait l'objet d'une ratification que par l'Argentine, soumise à des réserves, et n'est jamais entrée en vigueur. Ces instruments ont donc peu, voire pas d'efficacité. Au mieux, ils traduisent un consensus officieux sur la question de loi applicable en cas de biens grevés d'une clause de réserve de propriété qui sont déplacés. En réalité, les Conventions limitées à un secteur d'activité spécifique sont souvent plus facilement ratifiées du fait de la pression des acteurs de ce domaine.

**162. La portée limitée de la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable aux trusts.** La Convention de la Haye<sup>876</sup> a le mérite d'apporter une réglementation sur le *trust* et à ce titre de le définir, d'en expliquer les règles

<sup>872</sup> Sauf en Italie, seul pays qui a ratifié et reconnu une entrée en vigueur de la Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

<sup>873</sup> Cela peut en partie s'expliquer par le fait qu'« *il existe dans le monde un certain nombre d'Etats à constitution fédérative dont le gouvernement n'a pas, ou presque pas, le pouvoir de passer des traités internationaux susceptibles d'engager les Etats membres en matière de droit privé* » G. A. L. DROZ, « La conférence de la Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles », *RIDC*, Vol. 13 n°3, Juillet-septembre 1961, pp. 507- 521. Néanmoins, les raisons politiques sont souvent les principales causes du refus de ratification par les Etats.

<sup>874</sup> P. LAGARDE, « Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une Convention mort-née », in *Sur l'unification progressive du droit international privé, E Pluribus Unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nuhoff Publishers, 1996, p. 151 et s.

<sup>875</sup> Art. 2 de la Convention du 15 avril 1958 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

<sup>876</sup> Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1985), adoptée à la Conférence de la Haye de droit international privé le 1er juillet 1985, signée par la France le 26 novembre 1991 et entrée en vigueur le 1er janvier 1992.

fondamentales et d'en élaborer un régime<sup>877</sup>. La portée très restreinte de ce texte, en raison du peu d'Etats signataires, oblige cependant à minimiser son intérêt. Pourtant, « *cette Convention est une richesse pour les pays ne connaissant pas le trust. En effet, faute de le connaître, un système juridique ne dispose pas de catégorie du for y correspondant ni de règles de conflit de lois régissant directement ce cas* »<sup>878</sup>. Pour permettre aux pays ne connaissant pas cette institution d'adopter la Convention de la Haye, les rédacteurs ont défini le *trust* par ses caractéristiques<sup>879</sup>, pour l'isoler d'autres techniques juridiques pouvant être, à défaut, considérées comme similaires. Par ailleurs, les rédacteurs n'ont également visé que le *trust* exprès afin d'éviter une insécurité juridique quant à la détermination et à la mise en œuvre de *trusts* implicites, courants dans les pays anglo-saxons. Il y a ainsi eu un effort pédagogique qui a été réalisé pour viser à l'unification maximale des lois applicables aux litiges concernant un *trust*. Cet effort apparaît également dans la mise en œuvre de la loi applicable, qui reste l'autonomie de la volonté<sup>880</sup>, chère aux pays de droit civil. A défaut, la loi des « liens les plus étroits » s'appliquera, laquelle est déterminée par la méthode du faisceau d'indices<sup>881</sup>. L'autre point fort de la Convention de 1985 est la reconnaissance du *trust*<sup>882</sup>. Cette reconnaissance s'opère au stade de la qualification, le *trust* devant être reconnu tel qu'il est et non traduit dans chaque système juridique en fonction d'une institution proche<sup>883</sup>. Malgré tous les intérêts présentés, les Etats-Unis, la France et la Chine<sup>884</sup> n'ont pas ratifié la Convention, d'autres Etats ne l'ont même pas signée et n'ont pas pris part à sa préparation. Elle a donc une portée très limitée. Certains arguments, peu convaincants, ont été avancés. La France attendrait d'adopter un mécanisme fonctionnellement

<sup>877</sup> L. THEVENOZ, « Contribution », in A. PRÜM, CL. WITZ (dir.), *Trust et Fiducie, la Convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Actes du Colloque du 11 décembre 2003, Coll. Grands Colloques, p. 35.

<sup>878</sup> F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Bibl. droit de l'entreprise, t. 66, 2004, p. 175, n°221.

<sup>879</sup> Art. 2 de la Convention de la Haye.

<sup>880</sup> Art. 6 Conv. de la Haye.

<sup>881</sup> Art. 7 de la Conv. de la Haye.

<sup>882</sup> Art. 11 de la Conv. de la Haye. Il s'agit du « cœur même de la Convention » pour Monsieur Pelichet. M. PELICHET, « Le trust et les institutions analogues – la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 », in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Cedac 1994, p. 136.

<sup>883</sup> Comme avait tendance à le faire la Cour de cassation française. V. J.-P. BERAUDO, *La Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1985-86, p. 33.

<sup>884</sup> Laquelle a toutefois émis quelques réserves.

équivalent au *trust*<sup>885</sup>, ou encore il a été prédit que le système juridique français ne pouvait comprendre le *trust*<sup>886</sup>, même, l'intérêt d'une unification des règles a été contesté<sup>887</sup>. Ces oppositions n'ont plus lieu d'être et ne justifient pas la réticence de certains Etats à ratifier la Convention. Par ailleurs, une définition par les caractéristiques et non fondée exclusivement sur une notion conceptuelle permet d'englober tous les mécanismes s'apparentant à un *trust*. Or, « *de nombreux systèmes juridiques de pays de droit civil possèdent des mécanismes équivalents au trust* »<sup>888</sup>, la fiducie en premier lieu<sup>889</sup>. Ce refus des trois pays précités d'adopter la Convention de la Haye sur la loi applicable au *trust* nuit à l'unification du droit et ne permet pas de reconnaître véritablement un droit des sûretés qui aurait un effet dans l'espace européen. Tout au mieux est-il possible d'affirmer que la Convention de la Haye clarifie une sûreté, celle de la propriété-sûreté cédée, mais il n'est toujours pas possible de reconnaître l'existence d'un droit des sûretés. Le constat est le même au regard des textes produits par une autre organisation internationale, l'Unidroit, dont l'harmonisation de certaines techniques de sûretés ne s'est faite qu'à l'avantage d'un secteur restreint d'activités.

## B. Les propositions de détail d'Unidroit

163. *Les sûretés issues du domaine de l'aérospatiale, l'aéronautique et du ferroviaire.* Les travaux d'UNIDROIT auraient pu aboutir à une réglementation internationale des sûretés. Toutefois, deux actes manqués n'ont pas permis d'obtenir ce résultat<sup>890</sup> et seules des Conventions applicables à des domaines d'activité très précis ou relatives à des sûretés spécifiques prennent en compte les sûretés. Au titre des domaines d'activité qui ont bénéficié de Conventions UNIDROIT permettant une harmonisation des garanties, les secteurs de l'aérospatiale, l'aéronautique et du ferroviaire sont privilégiés. La Convention

<sup>885</sup> Avant la fiducie v. : doc. Ass Nat. N°2583, p. 2 mais la réponse est sensiblement identique après : Question écrite n° 06210 de M. Philippe Marini publiée dans le JO Sénat du 13/11/2008 - page 2258 / Réponse du Ministère de la Justice publiée dans le JO Sénat du 08/01/2009 - page 74.

<sup>886</sup> M. PELICHET, *Le trust et les institutions analogues – la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985*, in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Cedicac 1994, p. 136.

<sup>887</sup> *Ibid.*

<sup>888</sup> F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p. 186, n°234.

<sup>889</sup> F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, op. cit., p. 187-191.

<sup>890</sup> Il s'agit de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980. Cette convention, contrairement au projet initial (v. à ce sujet *Revue de droit uniforme* 1948, I, p. 149 à 151), exclut du champ d'application les effets du contrat sur la propriété des marchandises (article 4 b). Un projet de loi type sur les sûretés avait également été lancé au début des années 1990 mais a finalement été arrêté pour ne se consacrer qu'à la Convention sur le matériel d'équipement mobile.

dite de Cap Town, adoptée le 16 novembre 2001 et entrée en vigueur dans 71 pays<sup>891</sup>, est relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Elle vise en effet spécifiquement « les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion et les hélicoptères; le matériel roulant ferroviaire; et les biens spatiaux »<sup>892</sup>, tous devant être susceptibles d'individualisation et soumis de façon quasi certaine à un déplacement transfrontière. La Convention est précisée par trois protocoles<sup>893</sup>, concernant chacun les biens spécifiques visés par le texte général de la Convention. Le texte prévoit ainsi qu'une seule garantie internationale existe pour ces biens spécifiques, inscrite sur un seul registre international. Les règles relatives à la constitution et à la mise en œuvre de la garantie sont clairement expliquées aux articles 7 et 8 sans possibilité de dérogation ni d'interprétation possible. Cette Convention est en effet une création unique<sup>894</sup> et est effective dans les domaines qui rentrent dans son champ d'application. Sa spécificité cependant, empêche de la considérer comme un modèle pour un droit européen commun des sûretés et explique son étude assez brève. Dans d'autres domaines, tout aussi particuliers, l'UNIDROIT est venu proposer des Conventions permettant de régler le droit des garanties. Il est possible de citer à cet effet, - notamment -<sup>895</sup>, la Convention sur les biens culturels volés ou illicitement exportés du 24 juin 1995, ou encore la Convention sur l'affacturage international du 28 mai 1988. Outre des biens restrictivement visés, les travaux UNIDROIT ont permis de mettre en place des instruments qui peuvent avoir un effet de garantie, entendu au sens large, lors de transactions spécifiques. Il faut noter par exemple les Conventions relatives aux titres intermédiés ou encore le crédit-bail international.

<sup>891</sup> La République de Sierra Leone constituera bientôt le 72<sup>ème</sup> pays appliquant la Convention de Cap Town puisqu'elle a déposé ses instruments d'adhésion auprès d'UNIDROIT le 26 juillet 2016.

<sup>892</sup> Article 3 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles signée à Cap Town le 16 novembre 2001.

<sup>893</sup> Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ; Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la convention relative aux garanties internationales portant sur des biens d'équipement mobiles ; Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

<sup>894</sup> « *The Cape Town Convention and Aircraft Equipment Protocol represent a major achievement in a field of such complexity. The international interest is a unique creation; so too is the International Registry. The Convention and the Aircraft Equipment Protocol break new ground in laying down a set of substantive rules governing speedy relief pending final determination of a creditor's claim and the priority of competing interests in mobile equipment and competing assignments of such interests* » R. GOODE, « *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment : a Driving Force for International Asset-Based Financing* », *Uniform Law Review*, 2002, 1-15,

<sup>895</sup> v. pour une liste exhaustive les instruments adoptés par UNIDROIT sur [unidroit.org/instruments](http://unidroit.org/instruments).

164. *Des principes UNIDROIT intéressant peu les sûretés.* Les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2010 sont un perfectionnement des précédents principes relatifs au même sujet datant de 1994 et 2004. L'édition de 2010 est ainsi précisée sur certains points, comme sur les questions relatives à la restitution en cas d'annulation du contrat ou son illicéité<sup>896</sup>. Les Principes ne prennent quasiment pas en compte les sûretés, ce qui s'explique par le fait que celles-ci sont un moyen d'assurer le paiement d'une créance et sont généralement accessoires au contrat initial, elles n'interviennent pas lors de la constitution, l'exécution ou l'inexécution de celui-ci. Les Principes de 2010 évoquent ainsi les sûretés dans deux situations possibles. Premièrement, lorsqu'une partie craint la défaillance du cocontractant et attend de ce dernier une assurance de bonne exécution<sup>897</sup>. Cette assurance peut être obtenue par la demande d'une sûreté ou la garantie d'un tiers. Deuxièmement, lorsqu'une dette est cédée, les Principes proposent de distinguer selon que le débiteur est le même<sup>898</sup> ou qu'il y a eu un changement de débiteur<sup>899</sup>. Si dans le premier cas, la sûreté ne subit pas de modifications, il n'en est pas de même dans la seconde situation où l'objet de la sûreté sera modifié en raison du changement de débiteur. Les Principes UNIDROIT prennent ainsi peu en compte les sûretés dans le cadre de contrats issus du commerce international. Ce constat tranche avec la réussite des conventions relatives aux garanties dans certains domaines précis. Les Principes UNIDROIT de 2010 mis en perspective en droit européen doivent davantage être utilisés comme « eye opener »<sup>900</sup> en vue d'un possible droit européen des contrats<sup>901</sup> et des sûretés, à l'instar des propositions faites par la CNUDCI en la matière.

### C. Les propositions modèles de la CNUDCI

165. *CNUDCI : l'harmonisation internationale réussie du droit des sûretés.* La CNUDCI a été créée sur proposition de la Hongrie<sup>902</sup>, en 1964, pour « inverser la tendance en proposant non plus des traités internationaux contenant des règles de conflit de lois, mais plutôt d'unifier le droit international privé lui-même et plus spécialement dans le domaine

<sup>896</sup> Pour une présentation et un accès au texte, v. [www.unidroit.org/fr/presentation-principles-2010](http://www.unidroit.org/fr/presentation-principles-2010).

<sup>897</sup> Article 7.3.4 des Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2010.

<sup>898</sup> Article 9.2.7 des Principes UNIDROIT, *précités*.

<sup>899</sup> Article 9.2.8 des Principes UNIDROIT, *précités*.

<sup>900</sup> S. EBERHARD, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, CEDIDAC, Lausanne, 2005, p.39.

<sup>901</sup> I. RUEDA, *Incidence des règles d'UNIDROIT sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, 2015, t. 559.

<sup>902</sup> A/5728, Mémoire du 9 décembre 1964.



du droit commercial international. »<sup>903</sup>. En effet, face aux difficultés rencontrées par les autres organisations internationales et régionales d'harmonisation du droit, la création d'un organe supplémentaire, spécialisé dans le commerce international, semblait inopportune<sup>904</sup>. Il faut néanmoins reconnaître aujourd'hui qu'en matière de sûretés, l'impulsion dans l'harmonisation des droits, grâce à la CNUDCI, est incontestable<sup>905</sup>. Pourtant, il avait été annoncé en 1980 que « l'unification mondiale du droit des sûretés est vraisemblablement un objectif impossible à atteindre »<sup>906</sup>. Cela n'a pas empêché la CNUDCI de proposer en 1993 un projet d'harmonisation des cessions de créance qui est devenu par la suite la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international adoptée le 12 décembre 2001. Celle-ci s'intéresse à certaines garanties spécifiques, liées au financement du commerce international, pour faciliter les opérations d'affacturage, de forfaitage, la titrisation et le financement de projet. Dans la continuité de ce projet et suite aux sollicitations des praticiens<sup>907</sup>, la CNUDCI s'est penchée sur l'élaboration d'un Guide législatif sur les opérations garanties, adopté le 11 décembre 2008. Le Guide se fixe de « promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti » en proposant des « recommandations législatives sur toutes les questions que doit aborder une loi moderne relative aux sûretés réelles mobilières sur tous types de biens meubles, corporels et incorporels (notamment des biens meubles corporels, du matériel, des stocks, des créances, des lettres de crédit, des comptes bancaires, des documents négociables et des propriétés intellectuelles) »<sup>908</sup>. L'approche fonctionnelle a été privilégiée, permettant un champ d'application large à l'instar de l'article 9 du Uniform Commercial Code<sup>909</sup>. Pour autant, certains aspects de droit civiliste, souvent

<sup>903</sup> G. VIEILLARD, *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international*, thèse disponible en ligne, Université de Bourgogne, 2014, p. 26, n°7 (consulté le 9 octobre 2015).

<sup>904</sup> J. LEMONTEY, « Les débuts de la CNUDCI et l'expérience française », in *La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité*, LPA, 18 décembre 2003, n°252, pp. 19-20.

<sup>905</sup> B. GOLDMAN, « Les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *JDI*, 1979, p. 747.

<sup>906</sup> Report of the Uncitral, 13th session, in *Uncitral Yearbook*, XI (1980), première partie, II, A (A/35/17), p. 7 et 11 qui s'explique suite aux difficultés rencontrées pour l'élaboration de la loi-type sur l'insolvabilité internationale v. [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/security\\_past.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security_past.html) (consulté le 15 octobre 2015).

<sup>907</sup> J.-F. RIFFARD, « L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », in M.-E. ANCEL (dir.), *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, 2005, pp.34-35.

<sup>908</sup> [www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/security/Guide\\_securedtrans.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security/Guide_securedtrans.html) (consulté le 15 mai 2016).

<sup>909</sup> H. SIGMAN, *The security interest in the United States : a unitary functional approach*, in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, ss dir. M.-E. Ancel, LGDJ, 2005, pp.55 et s. Ainsi, le Guide législatif prend en compte toutes les créances et tous les biens sauf si certains ne peuvent être grevés pour des motifs d'ordre public.

d'ailleurs contestés, ont été maintenus et proclamés par le Guide législatif. Il en est ainsi du système de publicité par registre, considéré comme le plus complet parmi la dépossession, le contrôle et l'immatriculation sur registres spéciaux qui sont également reconnus, comme également du principe de l'accessoire, réaffirmé dans le Guide législatif. Cependant, « ce qui fait la force de la CNUDCI constitue également peut-être son talon d'Achille. Son champ de compétence *ratione loci* est si vaste qu'elle doit élaborer des instruments pouvant être adoptés par des Etats du monde entier »<sup>910</sup>. Ces faiblesses sont notamment apparues lors de la propriété sûreté<sup>911</sup>. La question se posait de savoir si elle devait, comme les autres sûretés mobilières, faire l'objet d'une publicité<sup>912</sup>. Après une opposition prévisible entre l'Allemagne et les Etats Unis, le consensus trouvé fut celui d'une assimilation de la clause de réserve de propriété à une sûreté classique tout en reconnaissant un droit de propriété du vendeur garanti en cas de défaillance du débiteur. Il est vrai que « cette position de compromis destinée à ne pas offusquer les délégations de droit civil semble, à l'examen, quelque peu vide de sens »<sup>913</sup>. Il est possible de noter qu'en 2013, lors de l'adoption du guide législatif CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières, les rédacteurs ont rappelé que le système particulier de la clause de réserve de propriété n'a pas été tranché dans le Guide sur les opérations garanties (point 47 et 56). Ils invitent en conséquent le créancier à se conformer, « par précaution, (...) aux conditions requises pour obtenir la priorité spéciale accordée aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions s'il craint que son droit de propriété ne soit requalifié en tant que sûreté en vertu de l'approche fonctionnelle recommandée dans le Guide sur les opérations garanties » (point 50). Le groupe de travail VI relatif au droit des sûretés dans la CNUDCI a sans nul doute effectué un travail précieux par les guides proposés en matière de garanties. Non seulement ces derniers démontrent par leur existence et leur utilisation qu'il est possible d'édifier des règles communes à des pays de traditions juridiques différentes mais également qu'une approche fonctionnelle et téléologique, tout en étant encadrée par des principes généraux, est la mieux adaptée pour proposer un droit commun des sûretés. Aussi, Monsieur Riffard

<sup>910</sup> M. ATTAL, *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Defrénois coll. De thèses, t. 13, 2005, p. 59, n°90.

<sup>911</sup> Sur les points qui ont soulevé des difficultés, v. J.-F. RIFFARD, *Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé* in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss dir. Y. PICOD et P. CROCQ, Coll. Dr et Proc. 2006, pp. 114-120.

<sup>912</sup> V. not. point 9, point 100 et point 185 et s. du guide.

<sup>913</sup> J.-F. RIFFARD, *Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé* in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss dir. Y. PICOD et P. CROCQ, Coll. Dr et Proc. 2006, p. 116, n°181.

posait la question de « l'avenir radieux » du guide et conseillait un « optimisme de rigueur » à ce sujet<sup>914</sup>. Il semble que la réponse, au regard de la dernière session de l'Assemblée générale qui s'est tenue à New-York en février 2016<sup>915</sup>, sur un projet de loi type sur les opérations garanties, soit en effet positive et optimiste.

- 166.** En résumé, il apparaît que les sûretés sont quelques fois prises en compte par l'ordre juridique international, grâce à certaines organisations internationales. En effet, le Conseil de l'Europe, en raison de sa vocation davantage « humaniste », n'a eu que très peu d'occasions d'être confronté à ces instruments de crédit. Les organisations internationales, par une approche extensive et fonctionnelle des sûretés, ont réussi à créer des normes relatives aux sûretés. Néanmoins, celles-ci sont soit spécifiques à certains acteurs, soit généralistes mais sans effet contraignant afin de ne pas imposer de règles aux Etats. De ce fait, il n'existe pas de véritable droit contraignant des sûretés dans l'ordre juridique international, même si le Guide législatif de la CNUDCI reste un exemple de réussite d'uniformisation du droit des sûretés en droit international.

---

<sup>914</sup> J.-F. RIFFARD, « Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé » in Y. PICOD, P. CROCQ (dir.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Coll. Dr et Proc. 2006, p. 127, n°202.

<sup>915</sup> A/CN.9/WG.VI/WP.68.



### **Conclusion du Chapitre**

- 167.** En conclusion, tant dans l'ordre juridique de l'Union européenne que dans celui du Conseil de l'Europe, les sûretés ne sont pas véritablement prises en compte. Dès règles générales, souvent indirectes, permettent de résoudre des conflits de lois ou de juridiction ainsi que de protéger les biens grevés de sûretés, mais aucune ne met en place un droit matériel des sûretés. Or, cette lacune est préjudiciable pour l'économie nationale des Etats membres ainsi que pour l'économie européenne. En effet, en l'absence d'un droit matériel des sûretés, il ne peut y avoir de crédit efficient, ni d'économie forte dans l'espace européen. Cette ignorance du droit des sûretés par le législateur européen est d'autant plus surprenante qu'une convergence des droits des sûretés entre les droits nationaux existe et que d'autres regroupements d'Etats, aux traditions juridiques parfois distinctes à l'instar de la diversité de systèmes présente au sein de l'Union européenne, ont mis en place un droit commun des sûretés, sectoriel ou global, afin de développer l'économie de chaque membre comme du groupe en général. Ces regroupements d'Etats doivent être envisagés pour constituer des perspectives pour un droit européen des sûretés.



## CHAPITRE II. Les expériences extra-européennes, perspectives dynamiques pour un droit des sûretés en droit européen

168. Le constat de l'absence d'un véritable droit des sûretés en droit européen interpelle au regard du rôle indéniable que jouent les sûretés dans le crédit et l'économie moderne. Cela surprend encore davantage lorsqu'en sortant de la sphère purement européenne, il est possible de constater que des regroupements régionaux d'Etats ont mis en place un droit des sûretés commun dans leur espace juridique. Celui-ci est de portée variable. Véritable droit commun pour les pays membres de l'OHADA ou droit plus sectoriel au travers de la création d'une sûreté mobilière unique dans le droit de l'Amérique du Nord, ces regroupements d'Etats démontrent qu'il est possible et même indispensable de se doter d'une législation harmonisée des sûretés. Dans une perspective de proposition d'un droit européen des sûretés, lequel apparaît essentiel pour consolider le marché intérieur et les économies nationales des Etats membres, il convient d'analyser les droits communs des sûretés existant dans d'autres regroupements d'Etats, aux traditions, à la durée d'existence et aux besoins différents. D'un côté, il existe l'OHADA, jeune organisation de regroupements d'Etats africains créée par le Traité portant Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires<sup>916</sup>, (ci-après Traité OHADA), conclu le 17 octobre 1993 à l'île Maurice. Dès sa création, l'OHADA a souhaité créer un véritable ensemble juridique pour consolider les liens existants entre les pays<sup>917</sup> et éviter ainsi des conflits, mais également acquérir une place importante dans le phénomène de la mondialisation<sup>918</sup>. L'OHADA a ainsi mis en place des droits communs de nature économique, à l'instar de l'Acte Uniforme (ci-après AU) des sûretés. Salué par la Banque mondiale dans ses rapports *Doing Business*, le droit global des sûretés de l'OHADA est une réussite. De l'autre côté, il existe l'Amérique du Nord qui possède deux formes distinctes de regroupements d'Etats. Au sein de cet espace, les Etats-Unis, qui constituent un regroupement d'Etats, plus précisément un Etat fédéral depuis le 4 juillet 1776 et qui ont créé un droit sectoriel commun des sûretés afin de développer leur économie. Au

<sup>916</sup> Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), fait à Port Louis, le 17 octobre 1993 tel que modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, publié au Journal Officiel n°4, 1<sup>er</sup> novembre 1997. V. J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUYOUÉ, F. M. SAWADOGO, *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 2014.

<sup>917</sup> Les dix-sept pays africains membres de l'OHADA sont le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, la République démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

<sup>918</sup> J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, Vol. 51 n°3, Juillet-septembre 1999, pp. 544.

Nord de l'Amérique, au Canada, existe la province du Québec. Son droit des sûretés est intéressant dans la perspective d'un droit européen des sûretés. En effet, le Québec a réformé récemment son droit des sûretés pour s'adapter au droit de *common law* présent dans le reste du territoire canadien sans pour autant renier ses origines de droit romano germanique. Entre l'OHADA, jeune organisation, qui a instauré un droit intégral commun des sûretés (Section I) et l'Amérique du Nord, qui continue de développer ces sûretés réelles uniques communes aux regroupements d'Etats (Section II), il existe de multiples raisons, tant politiques que juridiques ou économiques pour établir, dans un espace partagé par plusieurs Etats, un droit des sûretés commun.

### **Section I. Le droit intégral commun des sûretés de l'OHADA**

169. L'OHADA a ainsi fait preuve de témérité et de modernité puisque l'instauration de son droit intégral commun des sûretés est unique dans le monde. Elle a aussi fait preuve de talent puisque ce droit a permis un développement économique des pays qui sont membres de l'organisation. Ces motivations étaient initialement guidées par deux objectifs, que l'espace européen partageait d'ailleurs en 1957. A l'instar de celui-ci, il était question d'une part de créer une union politique (§I), et d'autre part de constituer une force économique sur le plan international (§II).

#### **§I. Une union politique et juridique forte**

170. L'OHADA est une organisation récente, qui a su rapidement faire des choix politiques et juridiques pour devenir un regroupement d'Etats influent dans le phénomène de la mondialisation. Elle s'est construite sur le modèle de l'Union européenne, mais en assumant davantage son rôle fédérateur pour ses Etats membres. Ainsi, même s'il existe des différences de traditions juridiques entre les Etats membres de l'OHADA, celle-ci a tout de même réussi à devenir une véritable union politique (A), ce qui est un prélude et un complément indispensable à l'instauration d'une union juridique (B).



### A. Une union politique possible malgré des traditions juridiques différentes

171. ***Un droit muet éclaté.*** Le droit africain est un « droit muet »<sup>919</sup>, fondé sur la coutume et caractérisé ainsi par une absence de sources écrites. À cela s'ajoute la multitude de systèmes ou de traditions juridiques, « *on compte (ou on comptait) huit mille systèmes juridiques dans le pays* »<sup>920</sup>, et « *en 1974, alors que l'indépendance africaine était encore en devenir, on comptait que chaque Etat africain avait en moyenne trois constitutions* »<sup>921</sup>. Cette diversité a concouru à une impression générale d'éclatement, se traduisant par un sentiment d'impossibilité absolue à regrouper ces îlots juridiques. En réalité, il existe un point commun à ces diverses cultures : traditionnellement acéphale, la société africaine se fonde davantage sur le groupe – la famille généralement hiérarchisée autour d'un *pater familias* – plutôt que sur l'individu. Cette considération, socle commun à la majorité des pays africains, explique par la suite la conception retenue du droit de propriété ainsi que le fonctionnement choisi du droit des sûretés<sup>922</sup>. Cette absence de sources ne se constatait dans l'Union européenne avant qu'elle se construise. Chaque Etat possédait des sources uniques de droit, seulement distinctes les uns des autres en fonction de la tradition juridique choisie. Pour autant, un paradoxe s'installe : malgré des systèmes différents mais individualisés dans chaque Etat, l'Union européenne rencontre des difficultés pour harmoniser son droit. *A contrario*, même si dans chaque état africain il existe une multitude de droits, ces derniers ont réussi à se regrouper, grâce notamment à une réelle volonté politique d'unification non seulement de l'économie, mais aussi et surtout du droit.

172. ***D'un droit empreint de colonialisme, en passant par la recherche d'une culture juridique propre, à la création d'un regroupement d'Etats.*** Ces conceptions autour du groupe ont été quelque peu diluées lors des colonisations. L'Afrique, à l'époque des colons<sup>923</sup>, fut majoritairement soumise aux droits des puissances française et anglaise<sup>924</sup>. Deux traditions juridiques se sont alors affrontées dans cette multitude de droits

<sup>919</sup> R. SACCO, « Le droit muet », *RTD civ*, 1995, p.783

<sup>920</sup> R. SACCO, *Le droit africain Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009, p.73.

<sup>921</sup> R. SACCO, *Le droit africain Anthropologie et droit positif, op. cit.*, p. 220.

<sup>922</sup> R. SACCO, *Le droit africain Anthropologie et droit positif, op. cit.*, p. 97.

<sup>923</sup> A partir des années 1860, l'Afrique commence à être colonisée. L'acte final issu de la conférence de Berlin (nov. 1884 – fév. 1885), en fixant les règles des partages, déclenche alors une course à la colonisation. A. STAMM, *L'Afrique, de la colonisation à l'indépendance*, PUF Paris 2010, 2<sup>ème</sup> éd.

<sup>924</sup> Par exemple, les règles administratives et de droit administratif, quasi inexistantes en Afrique, ont fait l'objet d'un « legal transplant » de la part des Etats colonisateurs. A ce sujet, voir : M. DOUCET, J. VANDERLINDEN, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, 1994, p. 33.

coutumiers, la tradition de common law et celle de droit civil, héritière du droit romain<sup>925</sup>. Le système juridique français s'implanta plus rapidement, grâce à ses nombreux codes qui facilitèrent la tâche des auxiliaires de justice africains. Le droit anglais, constitué essentiellement de jurisprudences, rendait son application délicate pour un juriste n'ayant jamais étudié le droit de la common law et découvrant un nouveau droit<sup>926</sup>. Par la suite, le mouvement de post décolonisation est marqué par une volonté des Etats africains de se réunir pour accéder ensemble à un développement économique, et la première étape de ce mouvement fut la création de l'Union Africaine Malgache<sup>927</sup> le 12 septembre 1961. Elle fut rapidement dissoute en 1964, mais elle donna le signal de la création de nombreuses organisations régionales aux buts divers et au nombre varié d'Etats membres<sup>928</sup>. Cette quête fut de nouveau au cœur même des priorités de certains dirigeants africains au début des années 1990, la crise économique et l'insécurité<sup>929</sup> relançant la nécessité d'une solidarité juridique orientée vers les domaines économiques entre Etats africains<sup>930</sup>. Cependant, cette harmonisation ne se développait que dans certains secteurs et ce n'est qu'avec l'entrée en vigueur du Traité OHADA le 18 septembre 1995 que l'Afrique se dota d'une véritable intégration générale du droit des affaires<sup>931</sup>. De nouveau il est possible de faire un parallèle entre la construction de l'OHADA et l'Union européenne. Cette dernière, tout comme le Conseil de l'Europe, s'est créée au lendemain de la guerre pour promouvoir une unité politique via le développement des relations commerciales. L'insécurité diplomatique et la crise économique étaient également au cœur des

<sup>925</sup> F. ONANA ETOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, Collection Horizons Juridiques Africains, PUAM, Vol. VI, 2013, p. 13-25.

<sup>926</sup> Néanmoins, cette expérience permit aux théoriciens du droit anglais de favoriser une écriture du droit dans les autres pays qui furent par la suite colonisés, comme l'Inde. Plusieurs *Acts* servirent alors de modèles en Asie britannique coloniale et furent ensuite réimplantés en Afrique v. H. E. MORRIS, *The Reception and the Rejection of Indian Law in Indirect Rule and the Search for Justice*, London, 1972, p.109-130.

<sup>927</sup> A.B. TALL, « L'Organisation commune africaine, malgache et mauricienne », *Journal of African Law*, Vol. 16, n°3 (1972), pp. 304-309, spéc. p. 304.

<sup>928</sup> Voir à ce sujet : G.-J. KOUVIBIDILA, *Histoire de la construction de l'Afrique*, L'Harmattan, 2011.

<sup>929</sup> M. KIRSCH, « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Recueil Penant*, n°826, Janv-Avril 1998, p. 130.

<sup>930</sup> En témoigne ainsi notamment la création de la C.I.M.A. (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance) en 1992 et surtout la refonte de l'U.M.O.A. en U.E.M.O.A. le 10 janvier 1994. Cette transformation permet d'inclure l'aspect économique (Union Economique et Monétaire Ouest Africaine) et s'inspire très largement du Traité de Rome et de Maastricht concernant la liberté de circulation de personnes, marchandises, capitaux et services. A cet égard, voir : M. LELART, « Un exemple d'intégration institutionnelle : l'évolution de la zone franc, du Traité de Maastricht au Traité de l'UEMOA », *Revue Tiers Monde*, n°152, oct.-déc. 1997, pp. 897-918.

<sup>931</sup> M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA Comparaisons avec le droit français*, L.G.D.J., 2003, p.3.

préoccupations des pères fondateurs<sup>932</sup> et justifiaient d'ailleurs la création d'une Communauté. Ce qui diffère en revanche avec l'OHADA, c'est l'absence de choix de l'Europe pour parvenir à ses fins. Le législateur européen a commencé par légiférer partiellement, en fonction des besoins économiques attendus. Il n'y a pas (eu) de vision d'ensemble concrète dans l'Union européenne, contrairement à l'OHADA qui a effectué des choix assumés, qui portent à l'heure actuelle leurs fruits.

### B. Un droit commun support d'une réelle union juridique

**173. *Le choix assumé et réussi du modèle romano-germanique pour bâtir l'OHADA.*** Afin de réaliser cette harmonisation du droit des affaires, l'OHADA a opté pour le système juridique romano-germanique. Certains diront qu'il est plus en lien avec l'ancien droit colonial qui régissait les Etats membres fondateurs de l'OHADA<sup>933</sup>, d'autres expliqueront que la création d'une organisation ne peut se faire que par le biais d'une codification, laquelle est souvent rattachée au modèle juridique civiliste<sup>934</sup>. Le modèle latin a permis d'apporter une paix sociale et un socle commun entre les différents pays membres et non membres de l'OHADA<sup>935</sup> grâce à l'établissement de règles précises et uniformes. En conséquence, l'absence de divergences nationales a permis une harmonisation de la vie économique démontrant par la même que le modèle romano-germanique est un modèle efficient, ce qui fut salué par la Banque mondiale dans ses rapports *Doing Business*<sup>936</sup>. L'espace européen, quant à lui, n'a pas précisément choisi. En adoptant des textes fondateurs, applicables seulement à la lumière d'une jurisprudence précise, une solution mitigée a été trouvée. La diffusion du droit est aussi un choix politique, dont l'Union européenne brouille les pistes depuis quelques années avec l'adoption de directives parfois plus invectives que les règlements. Ce choix politique, entre harmonisation et unification, se pose régulièrement à la communauté européenne. En matière de sûretés, et

<sup>932</sup> Discours de Robert Schumann du 9 mai 1945.

<sup>933</sup> PH. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, PUF Que sais-je, 1999, p. 12 ; D. PONSOT, « Le droit de l'OHADA, une source d'inspiration pour les législateurs nationaux ? », OHADA-D-10-20, p. 2.

<sup>934</sup> PH. TIGER, « Introduction générale des travaux », in *OHADA et Union Européenne, Les mécanismes d'harmonisation du droit des affaires*, Association du notariat francophone, déc. 2004, p.28. A comp. S. MANCUSO, *The new African law, Beyond the difference between Common Law and Civil Law*, OHADA D-10-48, p.5.

<sup>935</sup> H. DOSSOU NAKI, Allocation Officielle lors du Colloque *OHADA et Union Européenne, Les mécanismes d'harmonisation du droit des affaires*, du 2 décembre 2004, p. 34 (disponible sur le site OHADA, « Allocution »).

<sup>936</sup> Ce qui n'était absolument pas le cas au début des premiers Rapports puisque la Banque mondiale décriait ce modèle lui préférant sans commune mesure le modèle anglo-saxon. V. not. *Understanding Regulation*, rapport *Doing Business* 2004, p. 33.

plus particulièrement au sujet de l'eurohypothèque, certains auteurs, comme Madame Muñiz Espada, assuraient d'ailleurs que celle-ci ne pourrait exister qu'après avoir effectué ce choix politique<sup>937</sup>. Dans la perspective d'une proposition pour un droit européen des sûretés, la question de ce choix politique devra être abordée afin de mettre en place un droit des sûretés simple et adapté aux Etats membres ainsi qu'aux Etats tiers avec lesquels ceux-ci sont amenés à traiter.

**174. *Un droit harmonisé, simple et moderne des affaires permettant une véritable union politique.*** D'une manière générale, le droit de l'OHADA se veut concret et efficace, par « la mise en place d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises »<sup>938</sup>. Le droit des affaires est ainsi défini à l'article 8 du Traité OHADA comme « l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants » et comprend, selon ce même article, les règles relatives « au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure ». Cette définition non exhaustive du droit des affaires est particulièrement avantageuse<sup>939</sup>. D'une part elle permet au Conseil des Ministres d'y intégrer une nouvelle matière dès que cela est nécessaire<sup>940</sup> et d'autre part elle ne s'attache pas à prendre en compte les différences conceptuelles entre les Etats membres. L'article 8 fait ainsi du droit des affaires de l'OHADA un droit moderne et réactif aux évolutions des règles du droit des entreprises ainsi qu'un droit fonctionnel, ce qui permet une meilleure harmonisation. Epistémologiquement, une critique pourrait être faite quant à l'expression « droit des affaires » qui semble finalement peu appropriée, et qui pourrait être remplacée par le « droit économique »<sup>941</sup> ou le « droit professionnel »<sup>942</sup>, voire le « droit de

<sup>937</sup> E. MUNIZ ESPADA, *L'eurohypothèque*, D. 2007, p.1712.

<sup>938</sup> Quatrième alinéa du Préambule du Traité OHADA, précité.

<sup>939</sup> L. DOBASSY, *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, thèse Toulouse, 2015, p. 12, n°2.

<sup>940</sup> Après décision à l'unanimité.

<sup>941</sup> M. CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial ? », in Mélanges J. Foyer, PUF, 1997, p.329 ; G. FARJAT, *Droit économique*, PUF Thémis, 1982, 2<sup>ème</sup> éd., p. 18 (pour une définition du droit économique). En ce sens, en rapport avec l'OHADA voir : M. KONÉ, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA Comparaisons avec le droit français*, précité, p.50-55.

<sup>942</sup> Pour une première formulation de ce droit v. G. RIPERT, *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant*, Dalloz 1939, p. 607.

l'entreprise »<sup>943</sup>. En réalité, cet article 8 illustre parfaitement la volonté de l'OHADA de s'unir le plus possible autour d'un droit global effectif et de ne pas s'enfermer dans des définitions qui pourraient empêcher la diffusion et l'intégration de ce droit<sup>944</sup>. En ce sens, en 2010, l'OHADA a revu les critères de la commercialité et du statut de commerçant pour élargir l'application de son AUDGC<sup>945</sup> à « l'entrepreneur », notion extrêmement proche du « professionnel » tel que connu en droit français. Dans le même sens que les réflexions de Monsieur le Professeur Le Tourneau<sup>946</sup>, l'article 2 de l'AUDGC définit le commerçant comme « celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession. ». L'utilisation du terme « profession » permet de ne pas limiter la qualité de commerçant, en prenant en compte « toute personne, morale comme physique, qui opère des actes ayant une substance économique »<sup>947</sup>. Cette ouverture du droit des affaires vers le professionnel dans sa globalité et non plus vers le seul commerçant traduit clairement la volonté des Etats membres de l'OHADA de poursuivre un idéal d'unification maximale, sans se limiter aux délicats contours des notions de professionnel et de non professionnel<sup>948</sup> et ainsi d'anticiper les réformes futures en ne restreignant pas le champ d'applicabilité des Actes Uniformes. Contrairement à l'Union européenne qui peine en droit des affaires à mettre en place une législation harmonisée et globale, l'OHADA a fait le pari d'une approche fonctionnelle, laquelle démontre ses effets positifs au regard de la force économique dont bénéficie l'OHADA depuis 1997.

## §II. Un droit commun intégral des sûretés solide

175. L'OHADA se construit progressivement autour d'un droit commun, mis en place par des Actes Uniformes aux définitions fonctionnelles. Le droit des sûretés est un moyen de poursuivre cette finalité et il a été pour cela intégralement pris en compte par l'OHADA. Dès sa création, l'organisation, qui souhaitait mettre en place des règles de nature

<sup>943</sup> M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, LGDJ, 1957.

<sup>944</sup> C'est le cas aussi des définitions choisies (v. en ce sens art. 1-3) du nouvel Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam et entré en vigueur le 24 déc. 2015.

<sup>945</sup> Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général du 17 avril 1997 révisé par le nouvel Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, entré en vigueur le 16 mai 2011.

<sup>946</sup> PH. LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *Rec. Dalloz Sirey*, 1990, p.21-26.

<sup>947</sup> J. DIFFO TCHUNKAM, « Du droit commercial général au droit économique », in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, Vol. VI, 2013, n°10, p. 173

<sup>948</sup> Notions que le droit français vient d'intégrer dans le Code de la consommation alors que l'Union européenne n'y fait pas référence. V. art. prélim. Code de la consommation, ord. n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *précitée*.

économique pour s'assurer une solidarité politique, a édicté un Acte Uniforme en la matière en 1998, qui constitue le prologue d'une association économique (A). Le bénéfice d'un droit des sûretés intégral commun étant avéré au regard de l'évolution positive des économies de chaque Etat membre, l'organisation a adopté en 2010 un nouvel Acte Uniforme des sûretés, qui constitue l'avènement d'une union économique (B).

**A. L'Acte Uniforme des Sûretés de 1998, prologue d'une association économique**

176. *L'AUS de 1998, un droit des sûretés moderne, uniforme et unique pour faire démarrer l'économie du groupe.* Nombre d'Etats membres de l'OHADA avaient hérité du droit français des sûretés, tel qu'issu du Code civil et du Code de commerce essentiellement. L'Afrique se retrouvait alors avec le vieux droit des sûretés français<sup>949</sup>. L'Acte Uniforme des Sûretés (ci-après l'AUS), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998, clarifie certaines sûretés obscures<sup>950</sup> et introduit de nouvelles formes de garanties issues du commerce international, permettant à l'OHADA d'acquérir rapidement une force économique utile aux investissements. « *Il est communément admis que la création d'un droit uniforme des sûretés OHADA par l'adoption d'un Acte uniforme en date du 17 avril 1997 (AUS) a constitué en son temps un progrès considérable et significatif pour les économies des Etats membres* »<sup>951</sup>. Par exemple, dès 1998, le législateur africain a inséré la lettre de garantie à première demande dans la catégorie des sûretés personnelles et a intégré deux nouvelles sûretés mobilières avec dépossession, le droit de rétention et le droit de gage, ainsi que deux nouvelles sûretés mobilières sans dépossession, le nantissement des actions et parts sociales et le nantissement des stocks<sup>952</sup>, qui n'ont été, à titre de comparaison, insérés dans le Code civil français qu'en 2006. Outre cette modernité, il convient de relever que l'AUS commence par donner une définition d'une sûreté, clarification encore absente du Code civil français et absolument inenvisageable en droit européen tant le législateur se préoccupe peu de cette matière. Simple et efficace, la sûreté est envisagée comme : « les moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat partie

---

<sup>949</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Le nouveau droit de garantie de l'OHADA », Communication au 1<sup>er</sup> colloque national de l'association ivoirienne Henri Capitant sur « *Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc. Quel bilan ?* », Abidjan, 2 avril 2001, n°D-02-15, n°2, p.1.

<sup>950</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », D-06-09.

<sup>951</sup> *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. CROCQ (dir.), Lamy Axe Droit, 2012, p. 18.

<sup>952</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Le nouveau droit de garantie de l'OHADA », *op. cit.*, n°7 p.2 (sûretés personnelles) et n°9 p. 3 (sûretés réelles).

ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci». Monsieur le Professeur Issa-Sayegh, dans son commentaire de l'AUS<sup>953</sup>, relève que cette définition permet d'englober les sûretés ayant un caractère civil comme commercial. Il peut être précisé que c'est une définition fonctionnelle qui a été choisie, avec une vision extensive de la notion permettant aussi d'y inclure les garanties. Enfin, pour éviter toute insécurité juridique et créer véritablement un droit des sûretés applicable dans tout l'espace OHADA sans risque de lois de police internes distinctes, l'OHADA a abrogé tous les droits nationaux antérieurs à l'entrée en vigueur de l'AUS de 1998<sup>954</sup>. Le choix de l'hégémonie du droit communautaire des sûretés sur les droits nationaux est une réussite en termes de diffusion du droit et de sécurité juridique. Cependant, rapidement la question d'une réforme de l'AUS se posa afin de le rendre encore plus accessible, les contraintes administratives étant des freins à l'investissement privé<sup>955</sup>. Par la suite, un groupe d'experts, au nombre desquels figurent Messieurs les Professeurs Crocq et Issa-Sayegh a été nommé pour remédier aux faiblesses de l'AUS et proposer des moyens juridiques nécessaires à son amélioration « *de manière ambitieuse et adaptée pour contribuer à rendre la zone OHADA économiquement attractive* »<sup>956</sup>.

### **B. L'Acte Uniforme des Sûretés de 2010, avènement d'une véritable union économique**

177. *L'AUS de 2010, un nouveau droit des sûretés pour perfectionner l'économie de l'OHADA.* Le nouvel AUS entré en vigueur le 16 mai 2011<sup>957</sup> a permis d'apporter non seulement des innovations, mais aussi des aménagements aux sûretés existantes, rendant ainsi le droit des sûretés de l'espace OHADA plus efficace, en vue d'améliorer l'économie du groupe<sup>958</sup>. Quant aux innovations, le droit OHADA s'est doté en 2010 d'un agent des sûretés aux pouvoirs étendus de façon à répondre à la pratique des crédits

<sup>953</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Commentaire de l'acte Uniforme portant Organisation du droit des sûretés », OHADATA D-07-20.

<sup>954</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : exemple des Actes uniformes OHADA », *Rev. Dr. Uniforme*, 1999-1.

<sup>955</sup> v. l'indicateur *Economic Freedom of the World* du *Fraser Institute*, *Index of Economic Freedom* de la *Heritage Foundation* et les bases de données *Enterprise Surveys* et *Doing Business* de la Banque mondiale, disponible sur le site [www.banquemondiale.org](http://www.banquemondiale.org) (consulté 12 déc. 2015).

<sup>956</sup> *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. CROCQ (dir.), *op. cit.*, p. 18.

<sup>957</sup> Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, du 15 décembre 2010, *précité*.

<sup>958</sup> L. YONDO BLACK, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Dr et pat.*, n°197, nov. 2010, p. 48.

syndiqués. S'inspirant de l'agent des sûretés français tel que prévu à l'article 2328-1 du Code civil<sup>959</sup>, mais en lui reconnaissant davantage de pouvoirs, le droit OHADA consacre la possibilité pour « toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation (d') être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin »<sup>960</sup>. Le contrat d'agent des sûretés, tel que prévu par le droit OHADA est véritablement novateur, au point qu'il a été qualifié de « *contrat sui generis* »<sup>961</sup>. Une autre innovation créée par la réforme de l'AUS est la généralisation des inscriptions pour les sûretés réelles sans dépossession. Ces dernières étaient auparavant, à l'instar du droit actuel français des sûretés, soumises à un régime d'inscription propre ce qui conduisait à une multiplication des modes de publicité, et avait été ainsi considéré comme une lourdeur administrative. L'AUS de 2010 crée un registre unique, le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, commun pour toutes les sûretés réelles sans dépossession et faisant office d'opposabilité et de publicité<sup>962</sup>. Avec ce choix d'uniformité, l'OHADA s'est clairement inspirée du *security interest* et du Guide législatif de la CNUDCI pour promouvoir au mieux la sécurité juridique des sûretés conclues. De ce fait, deux modes d'opposabilité existent maintenant en droit OHADA : la dépossession ou la formalité de publicité. Cette simplicité de constitution peut rencontrer une critique<sup>963</sup>, celle relative au constituant qui ne souhaite pas que les tiers soient informés de ses biens grevés. Toutefois, il est possible d'opposer à cet argument le besoin de certitude juridique pour développer le crédit dans l'espace OHADA et vis-à-vis des Etats tiers, et c'est d'ailleurs ce qui a prévalu lors de la réforme de 2010. En matière d'institutions juridiques, le nouvel AUS insère dans le droit OHADA des figures juridiques de sûreté qui ont fait « *la preuve de leur efficacité et de leur intérêt en pratique* »<sup>964</sup>. « *C'est au niveau des sûretés réelles mobilières que de*

<sup>959</sup> L'article 2328-1 est issu de la loi du 19 février 2007. V. D. LEGAIS, *RTD Com.* 2007, 583 ; J. MICHAUD, *Dr. et patr.*, sept.2008, p.52.

<sup>960</sup> Article 5 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, *précité*.

<sup>961</sup> *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. CROCQ (dir.), *op. cit.*, p. 55.

<sup>962</sup> Article 51 à 66 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, *précité*.

<sup>963</sup> Et d'autres aussi, comme la structure des articles 51 et suivants lequel précise en premier lieu les règles d'inscription au RCCM avant d'énumérer les sûretés pouvant bénéficier de cette publicité obligatoire ou encore le fait que ce système est conditionné à un système informatisé qui doit être absolument protégé et en même temps disponible dans chaque Etat membre.

<sup>964</sup> *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. CROCQ (dir.), *op. cit.*, p. 53.



*nombreuses innovations ont été apportées avec l'introduction de nouvelles sûretés* »<sup>965</sup>. Il s'agit notamment en matière de sûreté réelle mobilière incorporelle du nantissement de comptes bancaires qui est assimilé à un nantissement de créance, du nantissement de titres financiers ou encore du nantissement des droits de propriété intellectuelle<sup>966</sup>. En matière de sûreté propriété, l'AUS s'est doté de la réserve de propriété, dont le mécanisme fiable et simple est internationalement reconnu, ainsi que de la cession de créance à titre de garantie d'un crédit, du transfert fiduciaire d'une somme d'argent et de la possibilité d'insérer un pacte comissoire pour tous les nantissements sauf pour le nantissement de fonds de commerce. Enfin en matière immobilière, l'OHADA s'est inspirée du droit français mais pas entièrement. Si elle a consacré l'hypothèque sur les biens futurs<sup>967</sup>, elle n'a pas inséré dans son nouveau droit l'hypothèque rechargeable et a conservé des dispositions très protectrices lorsque l'immeuble est la résidence principale. En effet, la terre ne peut être aliénée facilement. L'article 198 alinéa 2 de l'AUS prévoit ainsi que l'attribution judiciaire n'est pas possible si le bien hypothéqué constitue la résidence principale et que le pacte comissoire n'est autorisé qu'à la double condition que « le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation (...) »<sup>968</sup>. Quant aux aménagements apportés par la réforme de 2010, ils visent essentiellement à clarifier le droit des sûretés pour lui donner une véritable force économique dans les échanges intra communautaires ainsi que vis-à-vis des tiers. Ainsi, si le RCCM a été étendu à toutes les sûretés réelles mobilières sans dépossession, sa cohérence a été améliorée. Egalement, le cautionnement et les garanties autonomes ont été redéfinis pour être davantage attractifs tout comme le droit de rétention dont les conditions d'exercice ont été simplifiées. Le gage, applicable aux seuls meubles corporels, n'est plus un contrat réel et ne nécessite dès lors plus la dépossession comme condition constitutive, à l'instar du droit français des sûretés depuis 2006. Il peut en outre porter sur des choses futures. Certains aménagements n'ont pas eu lieu et il a par exemple été regretté que « le législateur OHADA n'ait pas profité de l'occasion (d'une part) pour donner quelques précisions sur le régime juridique du cautionnement réel

<sup>965</sup> K. M. BROU, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA*, OHADATA 12-09, p. 10.

<sup>966</sup> Art. 136 et s. de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, *précité*.

<sup>967</sup> Art. 203 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, *précité*.

<sup>968</sup> Article 199 de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés, *précité*.

(...)»<sup>969</sup> lequel subit les mêmes méandres que le droit français. D'un point de vue général, il est incontestable que le droit des sûretés de l'OHADA est à l'heure actuelle un droit performant, qui a su trouver sa place dans l'espace OHADA ainsi que dans les échanges économiques internationaux, comme en témoigne l'essor économique de l'organisation relevé par la Banque mondiale.

**178. *L'essor économique attesté de l'OHADA grâce à son AUS.*** Le droit moderne et lisible des sûretés rend ce dernier compétitif et attractif, comme en témoignent les conclusions principales issues du rapport *Doing Business* 2014, dans lesquelles la Banque mondiale précise que « neuf des 20 économies ayant le plus progressé depuis 2009 font partie de l'Afrique Subsaharienne. »<sup>970</sup>. Ce mouvement est confirmé avec le rapport *Doing Business* de 2016 qui reconnaît que cinq des dix économies ayant le plus amélioré leur climat des affaires sont issues du groupe OHADA<sup>971</sup>. Plus précisément encore, la Banque mondiale a publié pour la première fois en 2012 un rapport *Doing Business* exclusivement centré sur les pays membres de l'OHADA<sup>972</sup>. Elle déduit de ses recherches que sur certains points (création d'une entreprise par exemple), les législations des pays membres frôlent la performance des meilleurs pays du classement *Doing Business*. Ce bon point est cependant pondéré par le fait que la marge de manœuvre des pays de l'OHADA est grande et peut être améliorée. Toutefois, au regard des derniers rapports de la Banque mondiale et des prévisions économiques pour le groupe, il semble que l'OHADA améliore ses techniques de sûreté et réduise encore davantage les marges de manœuvre de chaque Etat, permettant de se construire comme une véritable force économique dans la mondialisation.

**179. *Une force économique insatiable.*** Depuis 1993, l'OHADA est « l'une des expériences d'intégration juridique les plus réussies de la fin du 20ème siècle »<sup>973</sup>. Cette intégration juridique est le facteur principal de la réussite économique dont bénéficient l'organisation et ses Etats membres de façon individuelle. Le droit des sûretés est « l'un des vecteurs du

<sup>969</sup> K. M. BROU, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 7.

<sup>970</sup> V. Rapport *Doing Business* 2014 disponible sur [français.doingbusiness.org/reports/regionalreports/ohada](http://français.doingbusiness.org/reports/regionalreports/ohada) Mouvement confirmé avec le rapport *Doing Business* de 2016 qui précise que cinq des dix économies ayant le plus amélioré le climat des affaires sont issues du groupe OHADA (il s'agit du l'Ouganda, le Kenya, la Mauritanie, le Benin et le Sénégal), disponible sur [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org) (consulté le 23 août 2016).

<sup>971</sup> Il s'agit du l'Ouganda, le Kenya, la Mauritanie, le Benin et le Sénégal.

<sup>972</sup> *Doing Business* dans les Etats membres de l'OHADA en 2012, publié le 25 janvier 2012, consultable [français.doingbusiness.org/reports/regionalreports/ohada](http://français.doingbusiness.org/reports/regionalreports/ohada) consulté le 3 mars 2015.

<sup>973</sup> A. MOULOUL, *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, 2<sup>ème</sup> éd., OHADATA D-09-50.

*développement du secteur privé et de stabilité du secteur financier. Plus précisément, les sûretés contribuent au développement du secteur financier* »<sup>974</sup>. La réforme de l'Acte Uniforme des Sûretés de 2010 commence à porter ses fruits dans la région et donne un classement à l'OHADA dans les rapports Doing Business de la Banque Mondiale qui sont de plus en plus avantageux. Le dernier rapport Doing Business relatif à l'OHADA de 2014 note qu'en matière de transfert de propriété, donnée fondamentale pour développer l'accès au crédit notamment immobilier, l'OHADA se situait sur le même rang que l'Union européenne par rapport aux procédures exigées pour transférer la propriété<sup>975</sup>. En revanche, le rapport décrit qu'en matière de temps passé pour transférer la propriété et obtenir un crédit, l'OHADA était plus rapide que l'Union européenne ; de même, que le coût de la procédure était bien inférieur à celui pratiqué dans l'Union européenne<sup>976</sup>. Cela s'explique par le fait que les pays de la zone OHADA ont tous réduit leurs taxes et frais d'enregistrement afin d'encourager l'accès aux crédits et aux investissements<sup>977</sup>. Cette formule, payante, fait que l'OHADA est composée de pays dont la moitié fait partie des économies ayant progressé selon le Rapport *Doing Business* 2016<sup>978</sup>. D'autres membres de l'organisation, comme la Côte d'Ivoire, le Niger, le Togo ou encore le Sénégal, procèdent actuellement à des réformes dans le sens des nouveaux Actes Uniformes de l'OHADA afin de rendre leurs économies plus performantes<sup>979</sup>. L'Acte Uniforme des sûretés continue d'être mis en œuvre au sein des pays membres de l'OHADA et la Banque Mondiale souligne à ce propos le fait qu'en poursuivant la logique d'intégration juridique de l'Acte Uniforme des sûretés de 2010, dans le domaine de l'obtention des prêts, la moitié des pays dans le monde ayant entrepris des réformes fait partie de l'OHADA<sup>980</sup>. L'Acte Uniforme des sûretés a donc permis, en association avec les autres droits issus des Actes Uniformes, de dynamiser économiquement l'OHADA au point d'en faire une puissance mondiale qui commence, en seulement vingt ans, à prendre sa place dans le processus de mondialisation ; il a permis aussi un espace régional de paix politique.

<sup>974</sup> *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, P. CROCC (dir.), *op. cit.*, p. 30, n°14.

<sup>975</sup> Rapport *Doing Business* 2014, précité, p. 38.

<sup>976</sup> Rapport *Doing Business* 2014 p. 39 et p. 40.

<sup>977</sup> Rapport *Doing Business* 2014, précité, p. 41.

<sup>978</sup> *Report, Doing Business* 2016, 13<sup>ème</sup> éd., disponible sur [documents.banquemonddiale.org](http://documents.banquemonddiale.org) (consulté le 22 août 2014), p. 11.

<sup>979</sup> *Report, Doing Business* 2016, précité, p. 40.

<sup>980</sup> *Report, Doing Business* 2016, précité, p. 78 et s.

180. En résumé, l'OHADA s'est construite avec des choix assumés et réfléchis qui lui ont permis de mettre en place un droit global des sûretés harmonisé effectif. Celui-ci est un véritable atout pour le maintien et le développement économique et juridique du droit des affaires en Afrique. L'Union européenne n'est pas aussi harmonisée dans ce domaine. Si pour le moment la force économique de chacun de ses Etats membres lui permet de se faire une place dans les échanges internationaux, une inertie de sa part doublée d'une crise politique au sein de l'espace européen pourrait l'entraîner vers une régression économique, nuisible pour chaque Etat membre. Il est ainsi indispensable que l'Union européenne réfléchisse à harmoniser son droit des sûretés. Néanmoins, il faut reconnaître que l'insertion d'un droit intégral commun des sûretés dans l'Union européenne serait certainement excessive et les Etats membres pourraient le rejeter. L'exemple de l'Amérique du Nord est peut être plus approprié, pour une première étape, au droit européen. De surcroît, la création d'une sûreté mobilière conventionnelle unique, si elle est abordée dans sa fonctionnalité, semble possible au regard des points de convergence en la matière entre les grands modèles de droit européen. De ce fait, l'étude du *security interest* et de l'hypothèque mobilière québécoise devrait permettre de mieux envisager la création d'une sûreté unique en droit européen.

## Section II. Le droit sectoriel commun des sûretés en Amérique du Nord

181. *Le droit sectoriel des sûretés d'Amérique du Nord, une législation imitable par l'Union européenne.* L'Union européenne ne s'est pas construite sur une véritable envie d'être ensemble mais plutôt sur un besoin politique de s'unir économiquement pour éviter de nouveaux conflits<sup>981</sup>. À cette fin, des communautés ont été créées<sup>982</sup> pour mettre en place une économie commune, seul moyen de survie pour les Etats membres. Par la suite, cette idéologie s'est affaïdie. Il a été expliqué que « *par suite des adhésions postérieures à leur fondation, leur extension territoriale, porteuse de différences de traditions politiques et de niveaux économiques, ne manque pas d'opposer à leur approfondissement et à leur développement, des difficultés qui s'aggravaient sans doute encore si cette expansion*

---

<sup>981</sup> A. OLIVI, B. GIACONE, *L'Europe difficile : histoire politique de la construction européenne*, Gallimard, 2007, p. 88 et s.

<sup>982</sup> La CECA (Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, signé le 18 avril 1951, non publié au JO, expiré le 23 juillet 2002), la CEE (Traité instituant la Communauté économique européenne, signé le 25 mars 1957, non publié au JO, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958) et l'Euratom (Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, signé le 25 mars 1957, non publié au JO, délai de transposition dans les Etats membres fixé au 1<sup>er</sup> janvier 1958).

*se poursuivait* »<sup>983</sup>. Pourtant, des regroupements d'Etats ont réussi à dépasser non seulement les différences de traditions politiques qui peuvent exister dans un même espace, c'est le cas du Québec, mais également les différences de niveaux économiques, comme il peut en exister au sein des Etats-Unis. Ce dépassement s'est effectué dans un seul but, accroître les échanges économiques par un droit des sûretés commun, au sein de l'espace comme vis-à-vis des tiers. A cette fin, les Etats Unis comme le Québec ont mis en place un droit des sûretés sectoriel commun, constitué d'une sûreté mobilière unique commune. Ce droit sectoriel commun est intéressant à étudier dans une perspective d'élaboration d'un droit européen des sûretés car il ne nécessite pas la conception d'un droit global qui devrait satisfaire les vingt-huit Etats européens. La mise en place d'une sûreté mobilière unique dans ces deux espaces s'explique de deux façons. Pour les Etats-Unis, espace étendu de cinquante et un Etats, le but était avant toute chose de faciliter et développer les échanges économiques au sein de cet espace (§I). Le Québec quant à lui, de tradition bi juridique, a souhaité unifier son droit des sûretés mobilières en s'inspirant des meilleurs atouts de chaque tradition juridique (§II).

### **§I. L'inauguration américaine remarquée d'un possible droit commun sectoriel des sûretés**

- 182.** Les Etats-Unis ont très rapidement souhaité mettre en place au sein de leur union un droit économique commun, seul moyen d'assurer dans l'espace américain une économie forte. La finalité économique a ainsi toujours guidé les choix juridiques et notamment celui d'un droit commun (A). Ce droit presque uniforme s'est traduit par la création d'une sûreté unique pouvant circuler facilement sur le territoire américain comme avec les partenaires extérieurs (B).

#### **A. Le besoin d'une économie forte, finalité omniprésente dans l'élaboration d'un droit commercial sectoriel commun**

- 183.** *L'UCC, un acte au service de l'économie, comme en témoigne la création du security interest.* Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le besoin de relancer l'économie était indispensable pour chaque regroupement d'Etats, dans l'espace européen comme aux Etats-Unis. L'Union européenne s'intéressa aux relations entre les Etats autour d'accords relatifs au secteur de l'industrie, tandis que les Etats-Unis développèrent les

---

<sup>983</sup> L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, Précis Dalloz, 2013, 1<sup>ère</sup> éd., p.1, n°1.

relations commerciales privées par la création d'un droit commun. Pour ce faire, la rédaction de l'*Uniform Commercial Code* (ci-après l'UCC) a été effectuée par l'*American Law Institute* ainsi que par la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* et fut mis en place en 1952 dans chaque Etat. Divisé en neuf articles<sup>984</sup>, l'UCC concerne essentiellement le contrat de vente de marchandise et plus précisément en son neuvième article, les sûretés réelles mobilières. L'UCC a la structure d'un Code occidental mais la clarté d'un guide pratique<sup>985</sup>, il allie ainsi la cohérence structurelle et la simplicité factuelle, si difficile à mettre en place dans l'Union européenne. De façon à prolonger la cohérence et l'harmonisation de l'application de l'Article 9, consacré aux *secured transactions*, est instauré en 1961 le *Permanent Editorial Board* qui possède une double fonction : la première, celle de contrôler et approuver les éventuels changements de législation par certains Etats, la seconde qui est de proposer des modifications par le biais de nouveaux amendements, pour préserver le soin d'adapter au mieux les sûretés de l'Article 9 aux nécessités économiques. Animé des mêmes motivations actuelles que l'OHADA, les États-Unis ont très rapidement opté pour une vision globale des sûretés, ou du moins d'une des catégories de sûretés, les sûretés réelles mobilières conventionnelles. Révolutionnaire, le *security interest* conçu en 1952 se défait des nombreuses contraintes et poids dont il héritait du passé. L'*American Law Institute* a volontairement choisi de créer une nouvelle sûreté mobilière plutôt que de redéfinir les anciennes méthodes d'assurance de paiement portant sur un bien meuble. Uniforme, cette nouvelle sûreté a un régime unique pouvant circuler dans tous les Etats des Etats-Unis sans avoir à s'adapter au droit local de chaque état. La sûreté a bénéficié du vent de réforme et d'unification de l'*Uniform Commercial Code*<sup>986</sup> pour s'imposer dans le paysage des garanties juridiques américaines. Efficace, cette sûreté a apporté une transparence et par conséquent une sécurité juridique aux relations économiques dans l'espace américain ainsi que dans ses relations avec les pays tiers. Actuellement, le *security interest* issu de l'Article 9 de l'*Uniform Commercial Code* est un des modèles les plus repris de sûreté réelle mobilière

---

<sup>984</sup>Les Articles correspondent aux Livres d'un Code.

<sup>985</sup>Alliance due notamment à Karl Llewellyn, juriste d'origine américaine mais ayant l'expérience des droits civilistes, ou du moins occidentaux, ce qui lui a permis d'élaborer « *un texte semi-permanent, un code fonctionnel qui soit droit et source de droit* » J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ, 1996, p. 127, n°357.

<sup>986</sup>J.-F. RIFFARD, « Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du droit français », *op. cit.*, p. 128, n°358.

conventionnelle unifiée<sup>987</sup>. L'efficacité de cette sûreté suppose avant toute chose une uniformisation indispensable afin de pouvoir circuler au mieux dans le maximum d'Etats.

**184. *La finalité économique du security interest justifie l'uniformisation.*** Le besoin d'une uniformisation du droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles était devenu une priorité, tant la division des sûretés mobilières dans l'espace américain était nuisible au crédit. Le Professeur Gilmore exprimait à ce sujet en 1952 que « *toute nouvelle loi ayant pour objet l'unification du droit des sûretés mobilières ne peut que paraître suspecte et inutile à moins que le système qu'elle vise à remplacer ne soit totalement ingérable* »<sup>988</sup>. A l'image du soin apporté à l'organisation de l'UCC, l'Article 9 est organisé de façon fonctionnelle, en envisageant en premier lieu la finalité de l'opération puis sa forme. Cette conception fait suite aux diverses lois qui ont anticipé l'Article 9 et traduit la volonté de clarté et de simplicité qui a animé les rédacteurs de l'UCC. D'après les rédacteurs, la finalité était d'unifier tous les moyens de paiement assurés par une sûreté sur un bien mobilier ou un immeuble par destination. En effet, la première idée des rédacteurs de l'Article 9 fut de faire du financement le point d'unification de la réforme : ainsi, pour chaque moyen différent de financement de la dette, une sûreté était appliquée, ce qui amenait à six le nombre de lois différentes. En raison du fait que ce nombre s'éloignait du but d'uniformisation que s'étaient fixé les rédacteurs et impliquait que le financement tombait précisément dans une de ces catégories pour être régi par la loi commune, ce projet fut abandonné. L'exhaustivité d'une sûreté pour un type de financement fut ainsi délaissée au profit de l'uniformisation afin d'assurer la mise en place d'une sûreté unique. De ce fait, l'article 9-109 b) organise l'insertion dans l'espace américain du *security interest*. Les sûretés conclues avant l'entrée en vigueur du *security interest* dans chaque Etat restent valables si elles correspondent aux exigences requises par l'Article 9 pour leur constitution ou leur réalisation. Il s'agit ainsi d'une uniformisation à droit constant puisque les rédacteurs n'ont pas souhaité abolir toute référence aux anciens systèmes nationaux, seulement anticiper un conflit juridique entre une loi ancienne et une loi nouvelle pour un bien déjà grevé. Ce choix est intéressant à étudier car s'il devait être transposé dans l'Union européenne, il permettrait aux praticiens

<sup>987</sup> v. par expl. : le *Personal Property Security Act* du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle Zélande, ainsi que l'hypothèque mobilière du Québec. Le *security interest* a également servi de modèle pour la *soft law*, particulièrement pour l'élaboration du Guide législatif de la CNUDCI.

<sup>988</sup> G. GILMORE, *The secured transactions article of the Commercial Code, Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, 1952, n°27.

de conserver leurs sûretés nationales conclues avant la création d'une sûreté européenne, puis, à la date de l'entrée en vigueur de celle-ci, d'unifier l'ensemble des sûretés conventionnelles mobilières. Cela serait d'autant plus intéressant qu'il a été vu qu'il existe des points de convergence et de similitude entre les grands modèles européens. En vue de l'instauration d'une telle sûreté, il faudrait s'inspirer de ce qui a fait sa force et son développement, à savoir sa simplicité et sa fonctionnalité.

### **B. Le *security interest*, sûreté modèle pérenne**

**185. Une définition fonctionnelle de la sûreté mobilière conventionnelle.** Le *security interest* possède un attrait intéressant qui réside dans sa définition. Celle-ci est restée la plus large et la plus complète possible afin de prendre en compte les quatre-vingt possibilités de sûretés, pour englober toutes les garanties pouvant porter sur un bien mobilier. Ainsi, l'article 1-102 44) définit, entre autres, les biens pouvant faire l'objet d'un *interest*<sup>989</sup> comme toute chose mobilière grevée d'un *security interest*<sup>990</sup>, lequel est lui-même défini plus loin, à l'article 1-201 35) comme toute sûreté portant sur des biens personnels mobiliers ou immobiliers par destination qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation. A la lecture de ces deux articles combinés, le champ d'application de l'Article 9 de l'*Uniform Commercial Code* semble très étendu, ce qui est conforme à l'idée d'universalité des rédacteurs de l'UCC. Les deux principaux termes, - les biens envisagés par l'Article 9 et la sûreté qui y est accrochée -, sont définis en fonction du but poursuivi ce qui explique leur simplicité. La forme n'est pas prise en compte dans le système Outre-Atlantique, seule compte l'utilité de l'opération, ce qui explique cette approche fonctionnelle et, plus précisément, téléologique. Néanmoins, les dernières réformes ont précisé que n'entrent pas dans le champ de l'Article 9 quelques biens spécifiques<sup>991</sup>, dont certains parfois surprennent, à l'instar de la lettre de crédit, qui a pourtant progressivement acquis une valeur internationale. Outre une fonctionnalité recherchée, les rédacteurs de l'UCC ont souhaité conserver le plus possible la liberté contractuelle des

---

<sup>989</sup> Article 1-102 (44) du Uniform Commercial Code : "Goods" means all things that are movable when a security interest attaches.

<sup>990</sup> Article 1-201 (35) : (35) "Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation.

<sup>991</sup> Article 1-102 (44) : « The term does not include a computer program embedded in goods that consist solely of the medium in which the program is embedded. The term also does not include accounts, chattel paper, commercial tort claims, deposit accounts, documents, general intangibles, instruments, investment property, letter-of-credit rights, letters of credit, money, or oil, gas, or other minerals before extraction. ». La majorité d'entre eux sont exclus du *security interest* en raison de leur origine fédérale ou de leur nature même, lorsque ce sont des privilèges (source légale).



parties. Celles-ci, par exemple, peuvent décider du moment éventuel de la défaillance du débiteur. En effet, les parties choisissent, lors de la constitution de la sûreté, le moment à partir duquel le débiteur qui n'aura pas accompli ses obligations sera considéré comme défaillant. Même si des parties malveillantes peuvent en abuser, ce système reflète toutefois l'état d'esprit du législateur américain, qui encadre sans tout régir. Cette liberté, associée à la définition fonctionnelle du *security interest*, a participé à son développement dans d'autres systèmes que le droit des Etats-Unis. Cependant, ce n'est pas le seul atout que présente cette sûreté. En effet, de constitution simple et de réalisation certaine, le *security interest* est une sûreté taillée sur-mesure aux besoins de la pratique.

**186. Une constitution simple.** Pour exister, le *security interest* requiert trois conditions : un accord contractuel entre les parties, une contrepartie de la part du créancier et le maintien de droits du débiteur sur le bien grevé. Le bon sens inspire ces trois conditions, et en particulier la première d'entre elles, l'exigence d'un contrat. En effet, le *security interest* consistant en une sûreté réelle mobilière conventionnelle, il est commun d'affirmer qu'il est nécessaire que le contrat soit valide. Pour ce faire, ce dernier doit être nécessairement écrit sauf si le créancier exige la possession immédiate du bien : dans ce derniers cas, « possession vaut titre » puisqu'un simple accord oral suffit, le créancier étant protégé par le bien qu'il possède. En cas de non dépossession, l'écrit doit mentionner à peine de nullité une description du bien grevé et de la créance garantie. Les deux descriptions doivent être précises, et si celle de la créance garantie pose en général peu de problèmes, celle concernant le bien grevé a soulevé quelques difficultés. Pour un bien présent et déterminable lors de la constitution de la sûreté, la description doit être raisonnablement précise, ce qui entraîne deux conséquences. La première est que l'appréciation de cette précision « raisonnable » sera opérée *in concreto* par les juges ; la seconde est que les parties peuvent se mettre d'accord pour effectuer une description par catégorie de biens mais ne peuvent faire de description générique<sup>992</sup>, c'est-à-dire une description englobant l'ensemble des biens du débiteur. Concernant les obligations réciproques que se doivent mutuellement le débiteur et le créancier, il s'agit tout simplement, pour le créancier, d'assurer à son débiteur l'existence de sa créance, même si la créance préexistait déjà à la sûreté<sup>993</sup>. C'est ainsi une application étendue du concept de *consideration* qui existe dans la *common law*, à la différence près que la *consideration* anglaise doit être fournie lors de

<sup>992</sup> La description générique est ainsi interdite à l'article 9-108 (c).

<sup>993</sup> Article 9-203 (b).

la constitution de la sûreté et tandis qu'en droit américain la *consideration* peut être fournie après la constitution. Pour sa part, le débiteur doit avoir des droits sur le bien, puisqu'il ne peut grever un bien qui ne lui appartient pas. Cependant, cette notion de titulaire de droits s'entend dans le sens anglo-saxon de titulaire de droits transférables<sup>994</sup>. En effet, il importe peu que le débiteur soit titulaire de droits sur un bien s'il ne peut les transférer car quelqu'un d'autre en a la possession et la gestion.

**187. La publicité et l'opposabilité facilitées du security interest.** La *perfection* est un mécanisme double pour les créanciers, qui leur permet non seulement de rendre publique auprès des tiers la sûreté contractée mais également de conditionner leur rang de priorité en cas de situation de conflit avec d'autres créanciers. Le choix laissé au créancier pour choisir sa *perfection*, c'est-à-dire son mode de publicité et ainsi l'opposabilité de sa sûreté, est assez maigre. Cela s'explique par l'objectif de simplicité des créateurs du *security interest* qui préfèrent éviter les multiplications de modes de publicité de la sûreté. De ce fait, il est possible de distinguer entre les modes d'opposabilité qui concernent des biens spécifiques, exhaustivement prévus par l'Article 9 de UCC et ceux concernant les biens plus courants. Pour les biens courants, l'opposabilité par enregistrement reste la *perfection* la plus simple à effectuer. Elle consiste tout simplement en l'enregistrement *a priori*, soit avant que les conditions de l'*attachment* de la sûreté soient remplies, d'une publicité. Simple de constitution, son enregistrement ne précise que les mentions principales. *A contrario*, il est vrai que cela peut concourir à son désavantage puisqu'il n'y a aucun contrôle de la sûreté avant son enregistrement, certaines sûretés pouvant ainsi être fallacieuses. L'opposabilité automatique, quant à elle, n'est en réalité qu'une exception au principe de l'enregistrement et ne vaut que pour certaines sûretés dont la spécificité autorise le recours à un enregistrement de droit, dès que l'*attachment* de la sûreté est constitué. Il s'agit des sûretés de faible valeur, portant essentiellement sur des biens de consommation, voir parfois dans certains cas de transferts partiels de créances ou de *trust*, dans des cas bien déterminés par l'Article 9. Pour certains biens spécifiques, il existe d'autres modes de perfection. La *possession*<sup>995</sup> ou le *control*<sup>996</sup> par exemple, ne valent que pour les sommes d'argent pour la première ou les comptes bancaires pour la seconde. De façon tout aussi caractéristique, mais compréhensible, il est renvoyé à la loi

<sup>994</sup> Article 9-203 (c) « transférable rights ».

<sup>995</sup> Article 9-312 (b). Ce mode de perfection est devenu une perfection secondaire.

<sup>996</sup> Article 9-107. Le contrôle peut aussi jouer comme perfection secondaire pour d'autres sûretés. Il permet au créancier de gérer, faire gérer ou de contrôler à distance le bien grevé.

nationale pour la perfection des sûretés légales. Il existe enfin deux possibilités d'obtention d'une opposabilité automatique mais temporaire. En effet, l'Article 9 prévoit l'inscription d'une mention sur titres<sup>997</sup> dès lors que la sûreté porte sur des effets négociables, des documents commerciaux ou encore lorsque le créancier possède un *security interest* constitué sur des marchandises en possession chez un dépositaire. L'opposabilité automatique joue pendant les vingt premiers jours, afin que le créancier ait le temps soit d'effectuer les formalités liées à la publicité dans le cas des effets négociables, soit de récupérer les biens du débiteur chez le dépositaire ou de faire enregistrer sa sûreté afin de conserver un rang prioritaire<sup>998</sup>. Enfin, l'opposabilité automatique temporaire peut également être demandée lorsqu'une sûreté porte sur des produits, utilisés par le débiteur à l'insu du créancier. Pour éviter que ce dernier ne perde son rang de priorité en raison de l'utilisation du produit par le débiteur, il bénéficie, depuis la révision de 2001, de vingt jours de sursis sur des produits similaires identifiables<sup>999</sup>. Ainsi, la *perfection* du *security interest* permet une publicité et une opposabilité facilitées, lesquelles renforcent la protection des droits du créancier. Ces droits sont également maintenus et protégés lors de la réalisation de la sûreté.

**188. *La réalisation security interest, un principe simple.*** « Le créancier titulaire d'un *security interest* parfait va, par définition primer l'ensemble des créanciers chirographaires de son débiteur, ainsi que les créanciers titulaires de sûretés non parfaites »<sup>1000</sup>. L'article 9-322 (a)<sup>1001</sup> consacre en effet cette règle<sup>1002</sup> et rappelle que hormis certaines exceptions, la règle prior tempore potior jure s'applique au sein de chaque catégorie de créanciers pour déterminer celui qui primera. Le principe peut alors être résumé par l'expression « first in time, first in right ». Il est vrai que la liste des exceptions ne cesse de croître au fur et à mesure des réformes de l'UCC. Celui-ci a été

<sup>997</sup> Article 9-312 (e) et (f).

<sup>998</sup> Article 9 – 312 (f) et (g).

<sup>999</sup> Article 9 -312 (e).

<sup>1000</sup> J.-F. RIFFARD, p. 142, n°103.

<sup>1001</sup> Art. 9-322 (a) : « Except as otherwise provided in this section, priority among conflicting security interests and agricultural liens in the same collateral is determined according to the following rules: (1) Conflicting perfected security interests and agricultural liens rank according to priority in time of filing or perfection. Priority dates from the earlier of the time a filing covering the collateral is first made or the security interest or agricultural lien is first perfected, if there is no period thereafter when there is neither filing nor perfection. (2) A perfected security interest or agricultural lien has priority over a conflicting unperfected security interest or agricultural lien. (3) The first security interest or agricultural lien to attach or become effective has priority if conflicting security interests and agricultural liens are unperfected ».

<sup>1002</sup> D'autres dispositions de l'article 9 rappelle également cette règle comme l'article 9-201 (a) qui reconnaît qu'un créancier d'un *security interest* imparfait primera toujours les créanciers chirographaires.

révisé trois fois depuis 1952. Une première révision générale du Uniform Commercial Code a été opérée en 1972 afin de remédier aux évolutions non prises en compte en 1952. Les modifications se sont donc inscrites dans l'esprit de la création du *security interest* en 1952, et tout comme l'OHADA celles-ci ont conservé un objectif de clarté et d'unification. Il n'en a pas été de même par la suite, ce qui commence à porter préjudice au *security interest*. En effet, une seconde révision commença en 1993, suite à la décision du Permanent Editorial Board de prendre en compte les évolutions jurisprudentielles effectuées depuis 1972 par les Cours de chaque Etat ainsi que les nouvelles technologies, (logiciels, instruments financiers) pouvant être grevés. En 1999, l'Article 9 du Review Committee fut promulgué et appliqué uniformément aux Etats-Unis dès le 1<sup>er</sup> juillet 2001. Cette révision de 2001 permet d'adapter le droit des sûretés réelles mobilières aux attentes des marchés modernes. Cependant, en prenant en compte les variations jurisprudentielles qui existent entre chaque Etat, la réforme de 2001 s'est réalisée au détriment de la clarté et de la simplicité du texte originel. Avec la révision de 2001, soixante-dix neuf articles ont été ajoutés afin de préciser au mieux les règles applicables à chaque situation, ce qui revenait en réalité à mettre en place des systèmes d'exceptions à l'exception, conduisant à une instabilité juridique. Or, les sûretés ont besoin de stabilité juridique pour être réalisées de façon certaine. La lisibilité et l'uniformisation ont alors laissé place à des précisions conceptuelles pour harmoniser les différentes situations nées des jurisprudences des Etats américains<sup>1003</sup>. Cette réforme a rapidement démontré ses faiblesses puisqu'en 2010 une nouvelle révision de l'Article 9 a été envisagée et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Cette dernière révision a servi à préciser de nouveau certaines dispositions issues de la précédente réforme et il reste toujours possible de « souligner le fait que le travail d'unification et d'harmonisation des rédacteurs du Livre 9 a permis de simplifier grandement le règlement de ces divers conflits »<sup>1004</sup>. Ainsi, malgré quelques exceptions, la réalisation du *security interest* reste encore un mode de clarification des conflits entre créanciers.

- 189. Les exceptions justifiées au principe de réalisation du *security interest*.** Certaines exceptions à la règle de l'article 9-322 (a) existent, mais sont justifiées par des considérations d'ordre juridique ou pratique et sont similaires à celles prévalant dans d'autres systèmes juridiques, y compris de tradition civiliste. Par exemple, le créancier

<sup>1003</sup> J. W. BURNS, « New article 9 of the UCC, the Good, the Bad and the Ugly », *University of Illinois, Law Review*, Vol. 2002, 29 et s.

<sup>1004</sup> J.-F. RIFFARD, *Lamy, Droit des sûretés*, 2015, 525-118.

chirographaire peut primer un créancier parfait ou imparfait lorsque celui-ci a conclu une sûreté sans contrepartie (application alors de l'*Uniform Fraudulent Transfer Act*). Egalement, le créancier titulaire d'un *perfect security interest* prime les créanciers imparfaits et chirographaires<sup>1005</sup>, ce qui est déjà plus protecteur que la règle de conflit de droit français qui fait toujours primer le créancier privilégié. Deux autres exceptions parmi les plus importantes peuvent également intervenir lorsqu'un créancier possède un *security interest* parfait sur un compte, mais cela ne pose difficultés que dans des situations et domaines précis<sup>1006</sup>. Le principe de la primauté du créancier parfait sur le créancier imparfait lequel prime le créancier chirographaire reste ainsi un principe souffrant quelques exceptions, qui sont dans l'ensemble minimales. Le créancier titulaire d'un *security interest*, parfait, outre son rang généralement favorable, détient un droit de suite sur les biens du débiteur, comme le prévoit l'article 9-315 (a) de l'UCC. Ce principe et ces exceptions sont toutefois bouleversés dans un cas, qui fait la spécificité du droit américain, il s'agit du créancier superprivilegié, titulaire d'une sûreté en garantie du prix d'achat.

**190. La spécificité de l'UCC, le purchase money security interest.** « Le PMSI est une « sûreté pour prix d'achat » : « une sûreté : (a) prise ou retenue par le vendeur des biens grevés en garantie de tout ou partie de leur prix ; ou (b) prise par une personne qui, en effectuant des avances ou en encourant une obligation, fournit une contrepartie financière permettant au débiteur d'acquérir des droits sur les biens grevés ou leur usage, dans la mesure où cette contrepartie financière est bien utilisée dans un tel but »<sup>1007</sup>. Cette sûreté porte essentiellement sur les biens de consommation grevés, et sert à protéger le débiteur d'un créancier titulaire d'un *security interest* parfait qui refuserait d'octroyer de nouvelles avances à ce dernier<sup>1008</sup>. Cette règle peut trouver justification lors d'une clause d'after

<sup>1005</sup> Article 9-317 (a) (2).

<sup>1006</sup> L'article 9-322 prévoit que le créancier titulaire d'une sûreté sur les produits du compte prime le créancier titulaire d'une sûreté sur le compte. Les articles 9-328 et 9-329 prévoient également des contournements de la règle principale lorsque les sûretés sont conclues sur des titres ou des lettres de crédit.

<sup>1007</sup> A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°238, citée par C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles*, *op. cit.*, p. 324, n°333. V. article 9-324 (a) de l'UCC : « Except as otherwise provided in subsection (g), a perfected purchase-money security interest in goods other than inventory or livestock has priority over a conflicting security interest in the same goods, and, except as otherwise provided in Section 9-327, a perfected security interest in its identifiable proceeds also has priority, if the purchase-money security interest is perfected when the debtor receives possession of the collateral or within 20 days thereafter ».

<sup>1008</sup> Cette règle s'apparente au privilège de prêteur de deniers et à la clause de réserve de propriété de droit français. H. R. SACHSE, « Purchase money security interest in Common Law and the French system of civil law », *Mc Gill Law Journal*, Vol. 15, 1968, p. 73-82, spéc. p.77.

acquired property<sup>1009</sup> où « le créancier titulaire d'un *security interest* sur tous les biens présents et à venir risque alors de se trouver en concurrence avec le créancier vendeur »<sup>1010</sup>. Dans ce cas, il est dérogé au principe initial et la règle « second in time, first in right » s'applique.

- 191.** Le droit des sûretés américain, grâce au *security interest*, a su être un moyen fiable pour développer l'économie des pays composant les Etats-Unis. Plus encore, cette technique de sûreté, en raison de sa constitution aisée et de sa réalisation certaine, représente un modèle pour les réformes étrangères du droit des sûretés. En effet, le *security interest* est l'exemple qu'il est possible d'unifier des règles de droit du crédit autour d'une seule technique, commune à plusieurs Etats. Cette expérience extra-européenne pourrait être un modèle pour l'Union européenne mais certains pourraient opposer le fait que les Etats-Unis constituent une union d'Etats partageant une tradition juridique commune, ce qui explique la réussite de cette institution juridique. Le Québec, nation de tradition civiliste, existant au sein d'un Etat de tradition de *common law*, confirme par sa réforme de l'hypothèque, l'un des enseignements qui se dégagent des perspectives extra-européennes de droit commun des sûretés, à savoir que la différence de traditions juridiques n'empêche pas l'édiction d'un droit commun des sûretés.

## **§II. Le droit québécois des sûretés**

- 192.** Dans le cadre de l'étude des perspectives existantes pour développer le droit des sûretés en droit européen, le droit québécois fournit un exemple assez intéressant pour l'espace juridique européen. En effet, le droit québécois concilie des traditions juridiques différentes (A) et, lors de la réforme du droit des sûretés, le législateur a su adapter l'hypothèque aux exigences contemporaines des nouvelles formes de crédit (B).

### **A. L'alliance accomplie de deux traditions juridiques différentes**

- 193.** *Le bi juridisme*<sup>1011</sup>, *exemple d'une cohabitation de deux traditions juridiques*. Le 24 novembre 2006, la Chambre des Communes du Canada reconnaissait que « les Québécois

---

<sup>1009</sup> Article 9-204 du UCC.

<sup>1010</sup> J.-F. RIFFARD, *Lamy Droit des sûretés*, op. cit., n°525-142.

<sup>1011</sup> D.D. BOCCARA, *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law : théorie générale d'une convergence asymptotique*, Lyon, 1993, p. 33.

forment une nation au sein d'un Canada uni »<sup>1012</sup>, prouvant ainsi que le bi juridisme peut survivre dans un espace fédéral<sup>1013</sup>. Le droit privé<sup>1014</sup> est ainsi hérité du droit français<sup>1015</sup>, ce qui se traduit par la création d'un Code civil, le premier étant entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 1866 sous l'appellation Code civil du Bas Québec (ci-après le CcBQ), tandis que le droit public relève de la *common law*. L'évolution du droit et des attentes socio-économiques amène le Québec à revoir son Code civil et dès 1955 une loi de révision du Code civil est votée<sup>1016</sup>. Le 20 juin 1978, le premier Rapport sur la révision du Code civil<sup>1017</sup> est remis au gouvernement, lequel décide de le faire examiner par un Comité d'experts, tandis que l'adoption d'un Livre sur la famille est insérée dans le nouveau code civil en 1980. Le Québec se retrouve, à ce moment-là, avec non seulement un bi juridisme mais également un « bi-Code », le nouveau Code civil contenant seulement des dispositions relatives au droit de la famille, et le Code civil du Bas Québec, regroupant les autres lois relatives aux différents domaines du droit civil. En 1988, un avant-projet concernant les sûretés réelles et la publicité des droits est proposé mais l'insertion sectorielle dans le nouveau Code civil semblait risquée selon les différents gouvernements. C'est pourquoi le Québec a attendu d'examiner un projet entier de réforme du Code au lieu de réformer progressivement certains domaines trop liés entre eux pour ne pas être affectés par la dualité de Code. C'est ainsi que le 18 décembre 1990 est proposé devant le Parlement un projet de réforme globale du CcBQ, qui fut ensuite adopté un an après, le 18 décembre 1991 pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994.

<sup>1012</sup> Publication-Hansard du 24 novembre 2006, Parlement du Canada Chambre des Communes, 39<sup>ème</sup> législature, 1ère session, n°086, vol. 141.

<sup>1013</sup> J. TOUCHETTE, « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels », *Revue Générale du Droit*, 2002, n°32, pp. 117-130.

<sup>1014</sup> L. BAUDOUIN, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec : droit civil, droit commercial, procédure civile*, Dalloz, 1967, p. 48 et s.

<sup>1015</sup> Ce dont se félicitaient les juristes québécois du début du XX<sup>ème</sup> siècle qui exhortaient ainsi les juristes français à prendre soin des relations juridiques avec le Québec afin de maintenir une tradition romano-germanique Outre Atlantique. Doit-on voir dans l'influence de plus en plus grandissante de la *common law* dans le droit québécois un échec des Français dans le maintien de la culture civiliste ? Pour une vision « annonciatrice » lors du centenaire du Code civil français, voir : E. FABRE-SURVEYER, *La province de Québec et le Code civil français*, *La Revue Légale*, 1906, n°12, pp. 12-17.

<sup>1016</sup> Le Code civil se veut être le « reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui » P-A. CREPEAU, *Préface au Rapport sur le code civil du Québec*, Edition officielle du Québec, 1978, vol. 1, XXVII.

<sup>1017</sup> P-A. CREPEAU, « La réforme du Code civil du Québec », *RIDC*, Vol. 31 n°2, Avril-juin 1979, pp. 270-283.

## B. L'adaptation réussie de l'hypothèque aux exigences contemporaines du crédit

194. *La réforme de l'hypothèque empreinte de fonctionnalité.* En matière de sûreté<sup>1018</sup>, le Québec a décidé d'emprunter de nombreuses techniques à des droits étrangers ou au droit international faisant de son Code civil une « *œuvre de réflexion collective (...), œuvre de patience (...), œuvre de droit comparé (...)* »<sup>1019</sup>. C'est d'ailleurs en matière de sûretés, principalement, que le Québec se détache de l'influence française et se rapproche davantage de la *common law*. Pour certains auteurs<sup>1020</sup>, le droit des sûretés donne en particulier au Code civil québécois une impression de modernité grâce aux nombreux changements en profondeur qui ont eu lieu avec la réforme de 1994, comme l'apparition de l'hypothèque mobilière sans dépossession<sup>1021</sup>. Cette réforme, qui n'est autre que l'intégration dans le Code civil de la « présomption d'hypothèque » telle que souhaitée dans le Projet de réforme de 1990, permet – maintenant<sup>1022</sup> – à tous les débiteurs d'être traités de la même façon quelle que soit la forme de la sûreté qu'ils ont contractée. Ainsi, même si le législateur n'a pas réformé toutes les étapes de l'hypothèque, il a cependant accepté pour l'exercice des droits hypothécaires une réforme d'application générale<sup>1023</sup>, c'est-à-dire applicable à tous les créanciers concernés, sans renvois à d'autres dispositions afin « *de simplifier le droit et d'unifier les solutions à des problèmes identiques ou semblables surgissant dans des secteurs voisins* »<sup>1024</sup>. Cette façon de réformer et d'harmoniser est très empreinte de la logique globale fonctionnelle du *security interest* des Etats Unis d'Amérique. A ce titre, doit être souligné ici l'excellent et l'audacieux mélange des styles qu'opère le législateur, entre le souci de rénover tout en conservant ses traditions, entre le maintien d'un Code si souvent décrié et l'enrichissement du droit par une ouverture aux droits étrangers, ce qui pourrait être imité en France<sup>1025</sup> et plus

<sup>1018</sup> A.-F. BISSON, *Dualité de systèmes et codification civiliste*, in *Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, éd. Blais, 1991, p. 39 et s.

<sup>1019</sup> P.-A. CREPEAU, « La réforme du Code civil du Québec », *op. cit.*, p. 269.

<sup>1020</sup> P.-G. JOBIN, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? », *RIDC*, Vol. 52 n°1, Janvier-mars 2000, p. 51. Plus loin, l'auteur conclue cependant en précisant que c'est également dans les domaines les plus réformés que les critiques sont les plus nombreuses (p.75).

<sup>1021</sup> Laquelle fut réellement achevée avec une loi de 1998 relative à la vente à tempérament et du crédit-bail (L.Q. 1998, c.5).

<sup>1022</sup> En effet, lors de l'insertion dans le Code civil de cette disposition, le législateur n'a fait aucun renvoi de celle-ci aux débiteurs d'un crédit-bail ou d'une vente mobilière à tempérament.

<sup>1023</sup> Article 2748 du Code civil québécois et s.

<sup>1024</sup> P.-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.* 1993, p. 911.

<sup>1025</sup> R. CABRILLAC, « Le nouveau Code civil du Québec », *D.*1993, p.297, n°14.



généralement dans l'Union européenne. « *Il faut cependant reconnaître que ce temps de latence (entre le projet de réforme de 1990 et son entrée en vigueur pleine et entière en 1994) pendant cinq ans a été particulièrement dangereux pour les tiers, lesquels ne pouvaient inscrire au registre leurs créances que si elles résultaient d'une hypothèque mobilière sans dépossession, dans les autres cas, la simple création d'un droit mobilier le rendait opposable...sans aucune forme de publicité* »<sup>1026</sup>. Ainsi apparaît avec le Code civil de 1994 une unification des hypothèques existantes. Le législateur n'a conservé que deux formes d'hypothèques : l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque légale (laquelle englobe l'hypothèque judiciaire). Certains privilèges subsistent sous l'appellation de priorités, mais ont été volontairement réduits<sup>1027</sup>. Si certains critiqueront cette apparente unification<sup>1028</sup>, il en ressort cependant que même si les dispositions légales n'ont pas exactement suivi les recommandations de l'Office de révision du Code civil, le régime de l'hypothèque est grandement clarifié et simplifié, et beaucoup plus efficace que sous le régime antérieur. Ainsi, les hypothèques légales sont strictement définies à l'article 2724 du Code civil ; tandis que l'hypothèque conventionnelle comprend l'hypothèque mobilière, immobilière et ouverte. Les deux grands changements en matière de sûretés sont l'hypothèque mobilière avec et sans dépossession, qui apporte une simplicité nécessaire à la matière et l'hypothèque ouverte, qui innove dans un système encore très empreint de l'influence romano germanique.

**195. *L'hypothèque mobilière avec et sans dépossession protège le consommateur tout en facilitant le crédit aux personnes exploitant une entreprise.*** L'hypothèque mobilière se veut simple et accessible, qu'elle soit avec ou sans dépossession, et ne se distingue, selon l'article 2660 du Code civil québécois, de l'hypothèque immobilière qu'au regard du bien sur lequel elle peut porter<sup>1029</sup>. Au sujet de l'hypothèque mobilière avec dépossession, les articles 2702 à 2709 n'apportent rien de nouveau par rapport à l'ancien régime appelé gage. La constitution de cette forme d'hypothèque se fait par la détention, laquelle peut être effectuée soit par la remise de la chose au moment de la constitution de la sûreté, soit avant si le créancier est déjà possesseur de la chose<sup>1030</sup>. Dans tous les cas, l'inscription au

<sup>1026</sup> P-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », *op. cit.*, p. 747 et s.

<sup>1027</sup> Ils sont énoncés et régis aux articles 2650 à 2659 du Code civil.

<sup>1028</sup> Notons que ce même auteur reconnaît toutefois qu'« *en cette matière la réforme constitue une révolution* » P-G. JOBIN, « Chronique de droit civil québécois », *op. cit.*, p. 911.

<sup>1029</sup> Pour une présentation du Projet d'hypothèque mobilière v. L. PAYETTE, « La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau Code civil du Québec », *Revue Générale de Droit*, 1992, n°23, pp 373-384.

<sup>1030</sup> Article 2702 du Code civil québécois.

registre est indispensable pour respecter les formes de publicité et d'opposabilité aux tiers. Cette inscription peut être effectuée postérieurement à la constitution tant que la sûreté n'est pas éteinte<sup>1031</sup>. Le tiers peut jouer un rôle important dans l'hypothèque mobilière avec dépossession : s'il détient le bien grevé, le créancier peut le lui revendiquer sauf si, bien évidemment, le tiers est déjà titulaire d'une hypothèque sur ce bien là. Le tiers peut également détenir le bien après accord du créancier et du débiteur mais une preuve écrite est exigée<sup>1032</sup>. Quant à l'hypothèque mobilière sans dépossession, elle est peut-être la sûreté la plus succincte du Code civil québécois dans sa description. Si le législateur insiste sur l'exigence d'un écrit, suffisamment détaillé quant au bien grevé, qu'il soit isolé ou en universalité (l'universalité doit alors être assez précise) sous peine de nullité absolue, il ne précise rien de plus quant aux droits de préférence et de suite. Cette hypothèque mobilière sans dépossession est ainsi extrêmement proche du *security interest* des Etats Unis d'Amérique. L'exemple le plus frappant est l'article 2697 du Code civil québécois qui prend en compte, à propos d'une hypothèque sur une universalité de meubles, l'évolution jurisprudentielle et légale du *security interest* imparfait, en exigeant que les biens soient identifiables au regard de la nature de l'universalité<sup>1033</sup>. Enfin, l'article 2683 du Code civil québécois a une approche moderne de l'hypothèque mobilière sans dépossession en distinguant selon les biens qui sont grevés d'hypothèque afin de protéger le consommateur. En effet, il dispose qu'« à moins qu'elle n'exploite une entreprise et que l'hypothèque ne greve les biens de l'entreprise, une personne physique ne peut consentir une hypothèque mobilière sans dépossession que dans les conditions et sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement. L'acte constitutif de l'hypothèque est, s'il s'agit d'un acte accessoire à un contrat de consommation, assujéti aux règles de forme et de contenu prévues par le présent livre ou par règlement ». Cette distinction évite les méandres que connaissent certains droits nationaux européens quant à la qualification du consommateur ou du non professionnel. En cela, l'hypothèque mobilière du Québec fait preuve d'une réelle modernité et d'une adaptation aux attentes actuelles des praticiens.

---

<sup>1031</sup> Article 2707 du Code civil québécois.

<sup>1032</sup> Articles 2705 et 2706 du Code civil québécois.

<sup>1033</sup> Article 2697 du Code civil québécois : « L'acte constitutif d'une hypothèque mobilière doit contenir une description suffisante du bien qui en est l'objet ou, s'il s'agit d'une universalité de meubles, l'indication de la nature de cette universalité ».

196. *L'hypothèque mobilière et « la personne qui exploite son entreprise », preuve de modernité et de fonctionnalité.* L'article 2683 dispose qu'une hypothèque mobilière sans dépossession ne peut être effectuée que par une personne exploitant une entreprise et sur les biens de l'entreprise, la personne physique non exploitante d'entreprise ne pouvant contracter une hypothèque mobilière sans dépossession que sur certains biens meubles précis. De même, selon l'article 2684, la constitution d'une hypothèque sur une universalité de biens meubles ou immeubles, présents ou à venir, corporels ou incorporels n'est réservée qu'à la seule personne, la société ou le fiduciaire qui « exploite une entreprise »<sup>1034</sup>. Cette expression est volontairement large et se veut fonctionnelle pour rendre accessible l'hypothèque sans dépossession sur une universalité de biens. La définition de « personne qui exploite une entreprise » n'est pas prévue dans le Livre VI mais le législateur a donné une définition de « l'exploitation d'une entreprise » à l'article 1525 alinéa 3<sup>1035</sup>, présent dans le Livre IV des Obligations, comme pour rappeler que le droit des obligations, matière extrêmement civiliste et d'origine romano germanique et le droit des sûretés, matière influencée par le droit de *common law* depuis le nouveau Code civil étaient naturellement liés. Sur cet article, deux remarques extensives doivent être précisées. Premièrement, la notion d'entreprise doit être entendue au sens large, le législateur a pertinemment souhaité la détacher de la commercialité pour lui donner une entité économique<sup>1036</sup>. En cela, cet allègement de l'entreprise perçue non plus sous l'angle de la commercialité mais sous l'angle du droit économique rend les dispositions du Code civil relatives à cette notion modernes et dynamiques. Deuxièmement, cette nouvelle définition permet d'englober droit civil et droit commercial, faisant du Code civil le droit commun en matière civile et commerciale<sup>1037</sup>, ce qui va dans la logique de simplicité qui était recherchée.

197. *L'hypothèque mobilière et la personne n'exploitant pas une entreprise, adaptation du Québec aux autres provinces canadiennes.* L'hypothèque mobilière sans dépossession a été ouverte aux personnes n'exploitant pas une entreprise pour des biens meubles

<sup>1034</sup> Article 2684 du Code civil.

<sup>1035</sup> Article 1525 alinéa 3 du Code civil : « Constitue l'exploitation d'une entreprise l'exercice, par une ou plusieurs personnes, d'une activité économique organisée, qu'elle soit ou non à caractère commercial, consistant dans la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ».

<sup>1036</sup> A. BENADIBA, « Le droit de rétention en France et au Québec : une sûreté mobilière fonctionnelle », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 54, n°1, mars 2013, p. 115-143.

<sup>1037</sup> M. CANTIN-CUMY, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 46, n° 1-2, Mars - Juin 2005, p. 463-479.

déterminés par une liste. Cette liste a évolué, notamment à la suite de jurisprudences importantes, dont la plus connue est sans nul doute l'arrêt Val-Brillant. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un titre non négociable pouvait faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession par une personne physique n'exploitant pas une entreprise<sup>1038</sup>. A la suite de cela, en 2008, avec la loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>1039</sup>, le législateur est venu entériner la solution et préciser les contours des biens pouvant faire l'objet d'une hypothèque avec dépossession par une personne n'exploitant pas une entreprise. Si l'article 2702<sup>1040</sup> pose que par principe il est nécessaire d'avoir une remise matérielle du bien et semble alors mettre un terme à la jurisprudence Val-Brillant, l'article 2714 point 1 admet l'exception à la remise matérielle lors de valeurs mobilières ou de titres intermédiés. Cette exception était nécessaire pour harmoniser le Québec avec les autres provinces canadiennes mais elle a suscité de nombreux débats relatifs à la protection du consommateur et au risque de complexification du régime des sûretés<sup>1041</sup>.

**198. *L'hypothèque ouverte, adaptation civiliste de la floating charge de common law, réservée aux seules « personnes exploitant une entreprise » aux seuls « biens de l'entreprise ».*** L'hypothèque ouverte est codifiée aux articles 2715 à 2723 du Code civil québécois et est définie comme « celle dont certains des effets sont suspendus jusqu'au moment où, le débiteur ou le constituant ayant manqué à ses obligations, le créancier provoque la clôture de l'hypothèque en leur signifiant un avis dénonçant le défaut et la clôture de l'hypothèque »<sup>1042</sup>. La traduction anglaise de l'article 2715 utilise l'expression *floating hypothec* qui renvoie naturellement à la *floating charge de common law* et

<sup>1038</sup> Cour Suprême du Canada, *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant contre Blouin*, 2003, R.C.S. 666, 2003 CSC 3. V. L. LEBEL, P-L. LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », *Les Cahiers de Droit*, Vol 47, n°2, juin 2006, p. 179-238.

<sup>1039</sup> Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés (L.R.Q., c. T-11.002), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Cette loi modifie l'article 15.02 du Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers incluant les biens précieux dans la liste des biens pouvant faire l'objet d'une hypothèque sans dépossession par des personnes physiques n'exploitant pas une entreprise ainsi que les universalités de valeurs mobilières ou de titres intermédiés. Elle s'insère aux articles 2714.1 à 2714.7 du Code civil québécois.

<sup>1040</sup> Article 2702 : « L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise matérielle du bien ou du titre au créancier ou, si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention matérielle, du consentement du constituant, afin de garantir sa créance ».

<sup>1041</sup> Débats concernant l'intention du législateur en 1994 : aurait-il souhaité cet élargissement ? A ce sujet, voir : P. CIOTOLA, A. LEDUC, « Arrêt Val-Brillant : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession en droit civil québécois ? », in *Mélanges offerts au Professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 7 et pp.45-46.

<sup>1042</sup> Art. 2715 al. 1 du Code civil québécois. L'alinéa 2 précise qu'elle doit être expresse « Le caractère ouvert de l'hypothèque doit être expressément stipulé dans l'acte ».

fonctionne sensiblement de la même façon. Le créancier peut décider de faire porter l'hypothèque ouverte sur un ensemble de biens appartenant au débiteur et dont ce dernier garde la possession, tant qu'elle est publiée pour les biens mobiliers et inscrite au registre pour les biens immobiliers<sup>1043</sup>. Son opposabilité s'effectue lors de l'inscription de l'avis de clôture, ce qui octroie à cet instant-là au créancier les mêmes droits qu'une hypothèque classique immobilière ou mobilière mais seulement sur les biens dont dispose encore le constituant, qu'ils aient été acquis pendant la constitution de l'hypothèque ouverte ou bien après la clôture<sup>1044</sup>. Les droits de suite et de préférence du créancier s'exercent alors dès l'inscription de l'avis de clôture, par classement établi en fonction du moment d'inscription de l'hypothèque<sup>1045</sup>. Ainsi, les formalités de publicité s'effectuent au moment de l'inscription pour déterminer le rang des créanciers ainsi qu'au moment de la réalisation de l'hypothèque ouverte, lorsque le créancier demande un avis de clôture. Si l'hypothèque ouverte ressemble fortement à la floating charge de common law, le législateur québécois a cependant tenu à rajouter une précision, et non des moindres, concernant son applicabilité : elle ne peut être constituée que par une personne exploitant une entreprise (ou le fiduciaire) et sur les biens de l'entreprise<sup>1046</sup>. La raison de cette précision est naturellement guidée par des considérations consuméristes, lesquelles sont certainement les plus représentatives de la modernité du Code civil québécois. Si, bien sûr, Outre-Atlantique les débats sur l'excès ou non de la protection du consommateur sont aussi vifs qu'en France, le législateur a ici opté pour une protection a priori, empêchant une personne physique ne détenant pas d'entreprise de constituer une hypothèque ouverte. Une double protection a en réalité été posée par l'article 2386 puisque l'hypothèque ouverte ne peut être constituée que sur les biens de l'entreprise, protégeant en plus, les biens propres du débiteur.

---

<sup>1043</sup> Article 2716 du Code civil.

<sup>1044</sup> Article 2719 du Code civil.

<sup>1045</sup> Article 2721 du Code civil.

<sup>1046</sup> Article 2386 du Code civil.

## Conclusion du Chapitre

**199.** En définitive, les expériences extra-européennes étudiées permettent d'affirmer que le droit des sûretés peut être commun à plusieurs Etats, regroupés au sein d'une organisation juridique à la nature et aux buts variables. La mise en commun d'un droit des sûretés par différents Etats ne nécessite donc pas une forme de regroupement précise. Ces expériences extra-européennes ont permis d'entrevoir les bénéfices tirés d'un droit commun des sûretés, qu'il soit sectoriel en ne concernant qu'une seule forme de sûreté, ou bien intégral, régissant l'ensemble des sûretés. Les avantages d'un tel droit des sûretés sont multiples. Si un droit commun resserre indéniablement les liens économiques entre les Etats d'un même regroupement, il permet également de les rapprocher autour d'une politique sociale, économique et diplomatique commune et robuste. Accessoirement, le fait qu'il soit indispensable dans la vie économique quotidienne oblige les Etats à proposer des législations modernes, attirantes. Un droit commun des sûretés est alors aussi un ferment pour dynamiser un regroupement d'Etats et le rendre plus attractif, il est le reflet de la finalité de ce dernier. Les Etats membres situés dans l'espace européen ne semblent pas réellement partager par le biais de celui-ci un droit commun des sûretés. Les expériences extra-européennes, si elles indiquent les avantages d'un droit commun des sûretés, éclairent également sur les écueils à éviter afin de mettre en place un droit commun des sûretés le plus efficace possible. Il est ainsi possible de noter que les regroupements d'Etats ont opté pour des définitions fonctionnelles des sûretés usitées, voire pour une absence de définition. La finalité de l'acte harmonisé prévaut ainsi sur sa qualification juridique afin de concilier toutes les traditions juridiques différentes pouvant exister au sein d'une même organisation régionale. Cette fonctionnalité des définitions est un objectif qui doit être permanent dans l'esprit du législateur. S'il l'oublie, comme a pu le faire le législateur américain, alors le droit des sûretés commun se transforme en un droit moins clair, qui de ce fait n'apporte pas tous les avantages précités. S'il conserve cette finalité, le droit des sûretés devient un véritable propulseur pour une meilleure économie, à l'instar de l'OHADA. Par ailleurs, un point commun ressort de ces expériences extra-européennes. Tous les regroupements ont mis en place un système d'enregistrement des sûretés unique et accessible à tous. La transparence des sûretés semble être un des garants de leur bon fonctionnement. Les expériences extra-européennes constituent ainsi de véritables perspectives dynamiques pour un droit des sûretés de droit européen.

## Conclusion du Titre

200. A l'heure de la célébration des trente ans<sup>1047</sup> de l'Acte unique européen<sup>1048</sup>, qui prévoyait la création d'un marché intérieur<sup>1049</sup>, l'état des lieux du droit des sûretés en droit européen, mis en perspective avec les expériences extra-européennes en la matière révèle un paradoxe. Il est en effet possible de relever que l'Union européenne semble ne s'être emparée que de façon très indirecte du droit des sûretés, alors même que ce domaine est le socle d'une économie robuste, objectif visé par les pères fondateurs de l'Union. Cette prise en compte indirecte s'opère soit par des instruments spéciaux, dont le domaine d'application ne relève pas des sûretés mais s'en rapproche, soit par des instruments généraux, qui ne s'adaptent alors pas aux spécificités que requièrent les sûretés. Le constat est sensiblement identique au regard d'autres sources de droit existant dans l'espace européen. Le Conseil de l'Europe, en raison de sa vocation davantage politique, juge rarement des sûretés par l'intermédiaire de sa Cour, sauf lorsque celles-ci mettent en jeu le respect des droits prévus par l'article 1 du Protocole additionnel n°1. Les organisations internationales ayant des conséquences juridiques en droit européen sont également peu nombreuses à s'intéresser au droit des sûretés. A l'exception de la CNUDCI, les sûretés ne sont harmonisées que dans des domaines très spécifiques. Toutefois, le droit de la CNUDCI étant un droit mou, les recommandations de cette dernière ne peuvent être que des conseils sans aucune valeur contraignante. L'état des lieux du droit des sûretés apporte ainsi une certaine déception, teintée d'une incompréhension. La matière aurait-elle si peu d'intérêt pour le droit européen ? La réponse semble négative au regard des expériences extra-européennes de regroupements d'Etats partageant un droit des sûretés commun, qu'il soit intégral ou sectoriel. Quelle que soit la tradition juridique du regroupement d'Etats, la date de sa création ou encore la force de son économie, les avantages d'un droit commun des sûretés apparaissent de façon concrète. Entre une consolidation des relations politiques entre Etats membres et un accroissement des bénéfices économiques, pour chaque Etat comme pour le groupe, un droit commun des sûretés semble être le socle d'un regroupement pérenne.

<sup>1047</sup> Pour ce trentième anniversaire, le droit est mis à l'honneur (*30 ans de l'Acte Unique Européen : Bilan et perspectives : Faire du droit l'avenir de l'Union Européenne*, Table ronde organisée par le Conseil national des Barreaux et le Barreau de Paris le 10 mars 2016). Une réflexion est menée sur la création d'un Code européen de droit des affaires, qui apparaît de plus en plus indispensable.

<sup>1048</sup> L'Acte Unique européen a été signé à Luxembourg le 17 février 1986 (JO L 169 du 29.6.1987).

<sup>1049</sup> Article 8A de l'Acte unique européen : «espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité».





## Conclusion de la Partie I

201. En conclusion, il peut être observé que *les sûretés en droits européens* manifestent une certaine contradiction. Deux approches, pourtant complémentaires, dévoilent une relation presque antonymique entre les sûretés et les droits européens. Lorsque les droits européens sont entendus comme l'ensemble des droits internes faisant partie du droit européen, les droits des sûretés de chaque système, même s'ils sont de tradition juridique différente, révèlent une certaine convergence. En effet, il apparaît que les techniques traditionnelles internes de sûretés sont similaires en raison de leur origine gréco-romaine commune et que les nouvelles techniques de sûretés sont analogues en raison d'une recherche de finalité identique. Quelques différences peuvent être remarquées au niveau de la régulation des sûretés. Selon les politiques économiques et sociales internes qui sont menées, le droit des sûretés de chaque pays est plus ou moins encadré. Cette régulation n'est pour autant pas de nature à affecter le mouvement de convergence entre les droits internes européens. Face à ce constat, il serait possible d'en déduire qu'une prise en compte du droit des sûretés a été effectuée par le législateur européen, mais que ce dernier a laissé une marge de manœuvre aux Etats membres, ce qui expliquerait les quelques dissemblances. Il n'en est rien. Le législateur européen, aux visages multiples, n'a édicté que peu de règles relatives aux sûretés. Les rares législations en la matière ont été prises sur un autre fondement, affectant alors les sûretés que de façon indirecte, ou pour des domaines très spécifiques. Pourtant, à première vue, l'utilité d'un droit des sûretés commun au sein d'un même espace juridique, particulièrement lorsque celui-ci est dénué de frontières, semble évidente. Ce sentiment est confirmé par les résultats probants obtenus par d'autres regroupements d'Etats. Que le droit commun des sûretés soit sectoriel et regroupé autour d'un unique instrument, ou global autour d'un droit général commun des sûretés, les conséquences qui en résultent sont positives, particulièrement en matière d'économie et de solidarité politique. Ces expériences étrangères encouragent, obligerait même, à revoir la relation qu'entretiennent les sûretés avec les droits européens. Insérées dans les droits européens, les sûretés pourraient non seulement y trouver une place, mais en plus enrichir ces derniers.



## PARTIE II – SÛRETÉS DE DROITS EUROPÉENS

202. Le droit des sûretés entretient avec les droits européens une relation complexe, oscillant entre un mouvement spontané de rapprochement entre les droits des sûretés nationaux européens et une absence persistante de prise en compte par le législateur européen. Pourtant, l'instauration d'un droit des sûretés harmonisé dans un regroupement d'Etats possède de nombreux avantages, avant tout économiques et politiques, qui pourraient ainsi profiter à l'espace européen. En raison des bénéfices qu'un droit européen des sûretés procurerait à l'espace européen, il semble intéressant, même opportun en cette période de crise économique et politique que traverse l'Europe, de proposer un droit européen des sûretés, afin de (re)vitaliser le projet initial des Pères fondateurs. Un droit européen des sûretés permettrait ainsi une intégration juridique<sup>1050</sup> de certaines règles du crédit européen, ce qui renforcerait la sécurité juridique des transactions transfrontières conclues et, partant, de développer le commerce intra européen. Le resserrement des liens commerciaux entre Etats membres, outre les apports économiques pour chaque Etat, aurait des conséquences politiques favorables sur l'espace européen en poursuivant une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Néanmoins, proposer un droit européen des sûretés aurait aussi des impacts autres que ceux précités. Selon les bases juridiques choisies, une substitution du droit européen au droit national entraînerait une obligation pour les Etats membres de modifier leur législation interne. S'il ne s'agit pas d'une substitution, mais d'un rapprochement des législations en proposant des règles complémentaires aux droits nationaux des sûretés, l'effet pourrait tout aussi être le même, mais de façon plus indirecte. En effet, l'insertion dans un droit interne de règles juridiques européanisées laissant une marge de manœuvre pourrait motiver ou contraindre certains Etats à revoir leur législation en matière de sûretés afin de la rendre plus moderne, plus attractive ou plus lisible. En droit français, ces objectifs sont régulièrement au centre de toutes les réformes juridiques entreprises depuis une dizaine d'années. Le droit français des sûretés, bien que réformé en 2006, souffre encore sur certains aspects d'incompréhensibilité. Une proposition pour un droit européen des sûretés ne pourrait qu'engendrer une réflexion sur une possible amélioration du droit français des sûretés,

<sup>1050</sup> Cette expression, considérée comme une « locution valise » par Monsieur Bussani, renvoie de façon générale aux méthodes d'unification, d'uniformisation, d'harmonisation et d'initiatives qui organisent un rapprochement entre les droits, v. M. BUSSANI, « Rapport Général La propriété-sûreté » in Association Henri Capitant, *La propriété*, Journées Vietnamiennes, Tome LIII, 2003, p. 318 renvoie de façon générale aux méthodes d'unification, d'uniformisation, d'harmonisation et d'initiatives qui organisent un rapprochement entre les droits.

afin que celui-ci soit non seulement cohérent avec les autres droits nationaux européens mais également avec un éventuel droit européen des sûretés. C'est pourquoi, envisager les sûretés de droits européens conduit d'une part à proposer un droit européen des sûretés (Titre I), ce qui aura pour conséquence d'autre part d'amener à repenser le droit interne des sûretés, à la lumière des droits européens (Titre II).

## TITRE I – PROPOSITIONS POUR UN DROIT EUROPÉEN DES SÛRETÉS

203. Proposer un droit européen des sûretés semble de premier abord difficile puisqu'il n'existe pas spécifiquement de droit européen mais plutôt des droits européens. Ceux-ci sont multiples. Lorsqu'ils ne sont pas entendus comme l'ensemble des diverses sources nationales des Etats membres de l'espace européen, les droits européens résultent principalement de l'action normative du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Ces deux organisations internationales, aux logiques complémentaires, sont pourtant bien distinctes. Si le Conseil de l'Europe a une vocation originellement politique, l'Union européenne dispose d'un domaine d'action plus vaste et d'instruments juridiques plus contraignants. En effet, depuis le traité de Lisbonne, l'Union européenne possède des compétences propres, qui lui sont exclusives, des compétences qu'elle partage avec les Etats membres et enfin des compétences complémentaires, de coordination, fondées sur les deux piliers inter gouvernementaux. Le Conseil de l'Europe possède peu de moyens pour élaborer un droit européen des sûretés. De ce fait, l'ordre juridique de l'Union européenne semble plus adéquat pour envisager l'élaboration d'un droit européen des sûretés. Pour autant, même si le droit de l'Union européenne apparaît être le réceptacle approprié pour un droit européen des sûretés, ce dernier devra respecter le droit du Conseil de l'Europe. En effet, l'article 6 point 3 du traité UE impose de mener des actions dans le respect des « droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres » et les jurisprudences des cours des deux ordres reconnaissent toutes deux une présomption d'équivalence entre ces derniers<sup>1051</sup>. Cette présomption d'équivalence, rappelée encore récemment par la Cour EDH<sup>1052</sup> malgré l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1053</sup>, justifie que le droit des sûretés qui sera proposé respecte les droits et

<sup>1051</sup> CEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande [GC]*, 30 juin 2005, n°45036/98. CJUE, (Gr. Ch.) 26 février 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11 ; CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV. C. Simiramida-04 EOOD*, précité ; v. E. BONIFAY, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'exequatur des décisions judiciaires », *D.* 2016, p. 1636

<sup>1052</sup> CEDH, Gde Ch., *Avotins c. Lettonie*, 26 mai 2016, req. n°17502/07. V. L. MILANO, « Protection des droits fondamentaux et mécanismes de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne », *JCP E*, 2016, n°30-35, p.898 ; E. GUINCHARD, *Grande Chambre de la CEDH dans Avotins c. Lettonie*, in [justicecivileuropeenne.wordpress.com](http://justicecivileuropeenne.wordpress.com) (consulté le 2 août 2016), J.-S. BERGÉ, *Avotins ou le calme qui couve la tempête*, in [gdr-elsj.eu](http://gdr-elsj.eu) (consulté le 2 août 2016).

<sup>1053</sup> Avis CJUE Ass. Plén., n°2/13 du 18 déc. 2014, précité.

devoirs prévus par les deux ordres juridiques. Cela explique aussi le recours à l'expression « droit européen des sûretés », qui permettra d'appréhender et de respecter les obligations des deux ordres juridiques qui composent l'espace européen. Si l'Union européenne est ainsi l'ordre juridique retenu pour proposer un droit européen des sûretés, cette perspective ne peut se réaliser qu'à certaines conditions. En effet, elle doit être non seulement compétente pour agir dans ce domaine mais également ne devra pas outrepasser le domaine de compétence éventuellement imparti. Si ces conditions sont remplies, il sera alors possible de proposer un droit des sûretés de droit européen, respectueux des deux ordres et ayant une finalité utile pour les membres de l'espace européen. A cette fin, il importe de vérifier en premier lieu le cadre juridique possible pour un droit européen des sûretés (Chapitre I) puis de mettre en place des mécanismes effectifs dans le cadre d'une approche prospective (Chapitre II).

## CHAPITRE I. Cadre juridique nécessaire pour un droit européen des sûretés

204. Si l'Union européenne est l'ordre juridique qui semble le plus perfectionné pour proposer un droit européen des sûretés, la mise en place d'une telle législation nécessite au préalable de vérifier que l'Union européenne est bien compétente et dans quelles conditions. Pour cela, il est nécessaire de préciser l'objet qui permettra de fonder, ou non la compétence de l'Union européenne afin que les compétences de l'Union soient appréciées *in concreto*. Il s'agit en l'espèce d'un droit européen des sûretés. Comme cela a pu être proclamé au sujet de l'Europe, il pourrait être dit à propos d'un possible futur droit européen des sûretés, qu'il « *se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait* »<sup>1054</sup>. Mais quelles peuvent être les réalisations concrètes que pourrait apporter un droit européen des sûretés ? Le crédit hypothécaire est déjà défaillant, alors qu'il vient juste d'entrer en vigueur, en raison de l'absence de prise en compte des moyens de garanties de paiement. Pourtant, et le législateur européen le reconnaît, une harmonisation du crédit hypothécaire européen aurait des retombées économiques intéressantes pour les professionnels du secteur comme pour les consommateurs. Ensuite, la confrontation des différentes mesures de publicité entraîne des conflits de lois, particulièrement lors de la circulation d'un bien meuble corporel dans l'espace européen. Cette diversité dommageable pourrait être résolue par une action à l'échelle européenne. Enfin, le recours de plus en plus fréquent aux propriétés-garanties imposerait d'envisager une harmonisation de celles-ci. Néanmoins, des bases juridiques existent déjà mais dans la mesure où ce sont des obstacles politiques qui empêchent leur mise en œuvre, elles ne seront pas évoquées<sup>1055</sup>. Au regard de ces réalisations concrètes recherchées pour commencer à créer un contexte juridique européen des sûretés, il est possible d'exclure la mise en place d'un droit commun intégral des sûretés, encore trop prématuré<sup>1056</sup>. La compétence de l'Union européenne devra donc être appréciée de façon sectorielle, en fonction de chaque objectif précité. Ces desseins ayant été formulés, il convient alors de vérifier, au regard de ceux-ci, la compétence de l'Union européenne en

<sup>1054</sup> Extrait du discours prononcé le 9 mai 1950 par Robert Schuman et qui est à l'origine du traité CECA signé à Paris le 18 avril 1951 et entré en vigueur le 23 juillet 1952 pour une période de cinquante ans.

<sup>1055</sup> V. *infra* § 210.

<sup>1056</sup> Toutefois, cela n'est pas réhibitoire à plus long terme puisque Monsieur le Professeur Drobnig a démontré qu'il était possible d'élaborer des sûretés réelles communes aux droits européens, v. U. DROBNIG, « Principles of European law : Personal security », in U. DROBNIG (dir.), *Proprietary security in movable assets*, O. Böger, Oxford 2015.

matière d'édiction d'un droit européen des sûretés (Section 1) puis la mise en œuvre des bases juridiques éventuellement retenues (Section 2).

## **Section I. Compétence de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés**

205. La compétence de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés se vérifie de deux façons. Premièrement, au regard des principes directeurs de l'action de l'Union européenne, qui permettront aussi de préciser l'objet de l'action de l'Union (§I), mais aussi deuxièmement, une fois l'objet identifié en fonction des conditions d'applicabilité des bases juridiques qui seront le support de l'action (§II).

### **§I. Les principes directeurs relatifs aux compétences de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés**

206. L'article 5 § 1 du traité UE évoque les principes directeurs relatifs aux compétences de l'Union européenne. Il dispose à cet effet que « le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union » tandis que « les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences ». En vue d'étudier la compétence de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés, il convient de respecter le découpage prévu par l'article 5 § 1 du traité UE et d'envisager dans un premier temps la délimitation des compétences de l'Union par le principe d'attribution (A) puis l'exercice de ces compétences conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité (B).

#### **A. La délimitation des compétences de l'Union par le principe d'attribution**

207. Délimiter les compétences de l'Union européenne par le prisme du principe d'attribution appliqué aux sûretés, impose de vérifier en premier lieu si l'Union européenne pourrait être compétente (1). Une fois la compétence générale de l'Union européenne établie, il conviendra de déterminer quelles sont les bases juridiques qui fondent sa compétence (2).

##### **1. Recherche d'une compétence de l'Union européenne en matière de droit des sûretés**

208. *Les sûretés, matière littéralement étrangère au principe d'attribution.* Le principe d'attribution est défini dans le traité UE à l'article 5 § 2 comme étant le fait que « l'Union



n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres ». Les compétences attribuées à l'Union européenne varient ainsi en fonction des objectifs que les traités prévoient. Ces objectifs sont prévus à l'article 3 du traité FUE, au sein desquels se trouvent notamment la promotion de la paix, des valeurs de l'Union européenne et des peuples (§1 et §5), l'organisation d'un espace de liberté, de sécurité, de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes (§2) ou encore l'établissement d'un marché intérieur afin d'assurer une croissance économique équilibrée (§3). A la lecture de l'article 3 du traité UE, il ne ressort pas que les traités aient prévu d'instaurer un droit européen des sûretés comme un des objectifs fondant la compétence de l'Union européenne. Littéralement, l'Union européenne ne semble pas compétente en matière de sûretés. Toutefois, dans la mesure où toutes les compétences de l'Union européenne ne peuvent être prévues au moment de la rédaction des traités, et puisque l'Union européenne s'est construite sur une logique de compromis entre deux philosophies, (les tenants du fédéralisme d'une part et leurs opposants d'autre part), la Cour de justice de l'Union européenne a élaboré une théorie permettant de dépasser la lettre des traités. La théorie des compétences implicites permet ainsi, sous certaines conditions, de reconnaître l'Union européenne compétente même pour une matière non prévue par les traités. Or, le droit des sûretés n'est pas directement prévu par les traités de l'Union européenne. Quelques apparitions, indirectes *via* la coopération judiciaire en matière civile qui découle de l'espace liberté, sécurité, justice, ou très restreintes *via* le marché intérieur, laissent penser qu'il pourrait être possible de reconnaître à l'Union européenne une compétence d'édiction en matière de sûretés. Néanmoins, cette compétence doit être fondée sur des bases juridiques avérées afin de ne pas être contestée. Cela oblige à soumettre les sûretés au test de la compétence implicite de l'Union européenne, afin de rattacher de façon certaine les sûretés à une compétence de l'Union européenne.

- 209. *La théorie des compétences implicites appliquée aux sûretés pour vérifier la compétence de l'Union européenne en la matière.*** La théorie des compétences implicites a été élaborée par la Cour de justice qui exige, sur le fondement de l'article 5 du traité UE, la réunion de deux critères. Selon la Cour, lorsque la matière n'est pas précisément citée dans les traités, la base juridique à laquelle celle-ci pourrait être rattachée et qui pourrait fonder la compétence de l'Union européenne doit être déterminée « en fonction

du contenu et de l'objet principal d'un acte »<sup>1057</sup> et doit obéir à « des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel »<sup>1058</sup>.

**210. Détermination du contenu et de l'objet principal des actes proposés.** L'état des lieux d'une présence du droit des sûretés en droit européen a révélé que cette matière n'était pas ou que très peu prise en compte par le législateur européen. Les expériences extra européennes dévoilent deux formes de droit commun des sûretés. Il est possible, comme dans le cadre de l'OHADA, d'édicter un droit commun intégral des sûretés. Il est également possible de mettre en place un droit commun, au travers d'une réglementation commune aux Etats constituant le regroupement mais de façon plus sectorielle, en n'harmonisant que certaines formes de sûretés, les plus usitées ou les plus similaires d'un Etat à l'autre. Comme il s'agit de proposer des réalisations concrètes en matière de sûretés, la création d'un droit commun intégral ne semble pas concevable car cela reviendrait à donner compétence à l'Union européenne pour véritablement créer un nouveau droit européen, sans aucun précédent contextuel. Cela se heurterait alors aux réticences des Etats membres et apparaît donc prématuré. Il convient alors de vérifier la compétence de l'Union européenne en fonction d'une action plus précise, c'est-à-dire d'une harmonisation davantage sectorielle. A l'instar d'autres regroupements d'Etats, deux critères pour sélectionner les actes nécessaires en matière des sûretés peuvent être repris en droit européen. Pour constituer des réalisations concrètes, comme le souhaitait Robert Schuman, la nouvelle législation devra répondre d'une part à un besoin européen d'harmonisation et d'autre part, elle devra pouvoir être réalisée par l'ensemble des pays membres de l'Union européenne tout en respectant les droits et devoirs de la Convention EDH. Le Professeur Albigès rappelle que « *la mobilité des sujets de droit ne cesse de se développer, non seulement à des fins personnelles ou privées, mais aussi professionnelles ou commerciales, ce qui peut être illustré par les investissements en France assurés par des étrangers ou à l'étranger par des Français. Le droit des sûretés en général et la pratique notariale en particulier sont nécessairement affectés par ce mouvement, favorable aux activités transfrontalières et nécessitant le financement d'opérations et la constitution de garanties* »<sup>1059</sup>. L'auteur poursuit en mettant en exergue le fait qu'en

<sup>1057</sup> CJCE, 2 mai 2006, *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, aff. C-436/03 ; CJCE, 17 mars 1993, *Commission c. Conseil*, aff. C-155/91.

<sup>1058</sup> CJCE, 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, aff. C-45/86, point 11.

<sup>1059</sup> CH. ALBIGÈS, « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Dr. et Pat.* 2006, n°150, p. 74.

matière de sûreté mobilière, le bien grevé peut circuler d'un Etat membre à l'autre « *avec ou sans le consentement des parties* »<sup>1060</sup> et qu'en matière immobilière, une eurohypothèque permettrait de moderniser cette sûreté. Ces deux considérations pourraient être le fondement des premières législations sectorielles que pourrait adopter l'Union européenne en matière de sûretés. Elles nécessitent toutes deux un besoin européen d'harmonisation et peuvent être transposées dans chaque Etat membre en raison de la proximité existante entre les systèmes juridiques s'agissant des sûretés. Une eurohypothèque permettrait ainsi de dynamiser de nouveau cette sûreté commune aux Etats membres, ce qui accroîtrait réellement le crédit hypothécaire dans l'Union européenne et favoriserait la liberté de circulation des personnes, plus enclines à se déplacer dans l'Union européenne lorsqu'elles ont un accès facilité à un crédit immobilier. L'encadrement du consentement des parties lors de la mobilité d'un bien mobilier grevé d'une sûreté pourrait être réalisé par le biais d'un registre interconnecté européen, ce qui permettrait aussi de mieux organiser les règles relatives à l'opposabilité d'un bien déplacé. D'autres domaines des sûretés pourraient-ils faire l'objet d'une harmonisation par le droit européen ? Les sûretés personnelles autonomes ou indemnitaires, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention, font déjà l'objet d'une similitude dans l'Union européenne en raison du fait que ces pratiques d'origine anglo-saxonne ont été utilisées par les juristes européens puis encadrées par les législateurs nationaux de façon sobre, sans rajouter de règles supplémentaires aux mécanismes initiaux. Une intervention du législateur européen semble ainsi peu utile puisque s'il existe une proximité des notions dans chaque Etat membre, il n'apparaît donc pas qu'il y ait un besoin européen d'harmonisation, celle-ci ayant déjà eu lieu de façon spontanée. La reine des sûretés personnelles, à savoir le cautionnement, pourrait aussi, comme l'hypothèque, favoriser l'accroissement des relations commerciales et même des relations privées transfrontières. Toutefois, ce constat peut être atténué. D'une part, le cautionnement dans tous les Etats membres est davantage protecteur de la caution que les sûretés personnelles non accessoires, ce qui explique que ces dernières se substituent souvent à lui dans les opérations transfrontières en raison de la souplesse qu'elles permettent. En ce sens, il n'existe pas pour l'heure un besoin européen d'harmonisation du cautionnement. D'autre part, cette sûreté personnelle est l'une des sûretés aux visages les plus différents d'un Etat membre à l'autre. Elle constitue d'ailleurs le point majeur de

---

<sup>1060</sup> CH. ALBIGÈS, « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *op.cit.*, p. 81.

divergence des droits des sûretés entre les droits européens en raison des degrés variables des moyens mis en œuvre pour réguler son équilibre. L'absence de proximité entre les systèmes juridiques européens en matière de cautionnement empêche pour le moment de proposer une législation européenne de cette institution. Enfin, la question d'une législation européenne des propriétés-garanties pourrait se poser. Certaines institutions, comme la propriété cédée, sont assez proches et la clause de réserve de propriété possède aussi des caractéristiques communes dans les droits européens. Toutefois, il existe déjà des moyens européens pour harmoniser les droits des Etats membres en matière de propriété-garantie. La Convention de la Haye de 1985 relative au *trust* ainsi que le règlement 2015/848 relatif à la procédure d'insolvabilité transfrontière organisent des règles communes pour ces institutions juridiques. Dès lors, le besoin européen d'harmoniser n'est pas établi ce qui ne justifie pas de vérifier la compétence de l'Union européenne. Tout au mieux une réflexion sur une meilleure efficacité de ces instruments pourra être envisagée postérieurement à l'étude d'un droit européen des sûretés. En résumé, au regard du besoin européen d'harmoniser et de la proximité juridique de certaines institutions entre les droits européens, le contenu et l'objet principal des actes proposés et soumis à la vérification de la compétence de l'Union européenne sont de deux ordres. Il s'agit d'envisager la compétence implicite de l'Union d'une part pour une eurohypothèque et d'autre part, pour un registre interconnecté européen des sûretés réelles, immobilières comme surtout mobilières.

**211. *Vérification avérée de la compétence de l'Union européenne au regard du contenu et de l'objet principal des actes proposés.*** La création d'une eurohypothèque et d'un registre interconnecté engendrerait sans nul doute le développement des activités de crédit transfrontière. Cela aurait pour conséquence de participer à la libre circulation des personnes, des marchandises et surtout des capitaux. Egalement, des sûretés transfrontières seraient davantage conclues ce qui favoriserait la coopération judiciaire en matière civile puisque des instruments communs seraient utilisés. Cela s'inscrirait alors dans la dynamique du dernier Conseil européen tenu le 27 juin 2014 lors duquel le Conseil a rappelé la réalisation indispensable d'un espace judiciaire européen par le biais d'une coopération judiciaire renforcée entre les pays de l'Union européenne<sup>1061</sup>. Le programme voté des cinq années suivantes, soit jusqu'en 2019 implique de suivre un objectif d'élaboration et d'application des instruments européens en matière de

<sup>1061</sup> Conclusions du Conseil européen, EUCO 79/14, Bruxelles, 26 et 27 juin 2014.

coopération judiciaire. Un bilan à mi-parcours, en 2017, pourrait être l'occasion de proposer des législations sectorielles en matière de sûretés afin de relancer l'économie transfrontière, socle d'une solidarité durable. Au regard du contenu et de l'objet principal des actes proposés, les législations envisagées entrent dans les domaines du marché intérieur et de l'espace liberté, sécurité et justice. Sur le fondement de ces deux compétences, que l'Union européenne partage avec les Etats membres<sup>1062</sup>, elle pourrait édicter un droit européen sectoriel des sûretés. Toutefois, la compétence de l'Union européenne ne peut être fondée sur deux bases cumulatives. En effet, en cas de concours entre deux bases juridiques<sup>1063</sup> en raison du fait qu'un acte poursuit une double finalité, ce qui est le cas en l'espèce, la Cour de justice a précisé que la détermination de la base juridique adéquate s'effectuait au regard de la finalité principale de l'acte<sup>1064</sup>. Dans le cas où aucune des finalités ne pourrait primer, alors les différentes bases juridiques pourront être exceptionnellement invoquées<sup>1065</sup>, si toutefois elles ne sont pas incompatibles, ce qui empêcherait un cumul de bases juridiques<sup>1066</sup>. Il convient cependant d'éviter cette situation en précisant, au regard de la finalité principale de chaque acte, son appartenance au domaine de compétence de l'Union européenne.

## 2. Détermination des compétences de l'Union européenne en matière de droit des sûretés

**212. Détermination du domaine de compétence de l'Union européenne au regard de la finalité principale de chaque acte.** La finalité principale des actes proposés permet de contrôler que les mesures envisagées entrent véritablement dans le champ de compétence de l'Union européenne. L'eurohypothèque, comme la mise en place d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles, auront un effet bénéfique pour les échanges économiques et faciliteront l'accès à la justice. Ces deux propositions de législations relèvent ainsi de l'espace liberté, sécurité, justice mais aussi du marché intérieur, compétences reconnues à l'Union européenne. Plus précisément, la finalité principale de la création d'une eurohypothèque serait de développer le crédit hypothécaire

<sup>1062</sup> Art. 4 point 2 a) pour le marché intérieur et j) pour l'espace liberté, sécurité et justice du traité FUE.

<sup>1063</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Parlement européen*, C-338/01, point 54 à 57.

<sup>1064</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Parlement européen*, précité, point 54 (v. en ce sens, not., v. CJCE, 17 mars 1993, *Commission c. Conseil*, C-155/91, Rec. p. I-939, points 19 et 21 ; CJCE, 30 janv. 2001, *Espagne c. Conseil*, C-36/98, Rec. p. I-779, point 59).

<sup>1065</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Parlement européen*, précité, point 55 (v. aussi not. CJCE, 19 sept. 2002, *Huber*, C-336/00, Rec. p. I-7699, point 31 ; CJCE, 12 déc. 2002, *Commission c. Conseil*, C-281/01, Rec. p. I-12049, point 35 ; CJCE, 6 déc. 2001, *Avis 2/00*, Rec. p. I-9713, point 23).

<sup>1066</sup> CJCE, 29 avril 2004, *Commission c. Parlement européen*, précité, point 56 et CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, arrêt dit *Dioxyde de titane*, C-300/89, Rec. p. I-02867, point 17 à 21.

en permettant de conclure une hypothèque de constitution et d'effets similaires dans chaque Etat membre. Cette uniformité permettrait de mettre en concurrence les acteurs du crédit immobilier pour une meilleure offre de choix pour les consommateurs. Par ailleurs, cela faciliterait les démarches relatives à une sûreté hypothécaire et lors de la réalisation de celle-ci, les décisions prises circuleraient plus facilement. Le registre interconnecté européen de publicité a, quant à lui, une finalité principale quelque peu différente. Par la mise en place d'un registre interconnecté, la finalité serait d'assurer la transparence des biens grevés d'une sûreté afin que leur déplacement au sein de l'espace européen ne crée pas de situations juridiques indéterminées, qui iraient à l'encontre des droits des tiers et des parties. En étant assuré de voir la sûreté conclue enregistrée et ainsi opposable à tous tiers dans l'espace européen, il serait plus aisé de conclure des prêts assortis de sûretés. Cela aurait pour conséquence d'accroître les relations financières entre les acteurs du crédit européen et d'amplifier les relations commerciales transfrontières entre Etats membres, incluant la circulation des marchandises grevées.

Les deux domaines généraux de compétence de l'Union européenne qui semblent pouvoir accueillir ces propositions sont le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Il convient maintenant de les confronter au regard de la finalité principale décrite des actes afin de déterminer précisément sur quel fondement l'Union européenne peut être compétente. A ce sujet, l'article 67 du traité FUE dispose qu'en matière d'espace de liberté, de sécurité et de justice, l'Union européenne vise à assurer « l'absence de contrôle des personnes aux frontières intérieures », à développer « une politique commune en matière d'asile, d'immigration, et de contrôle des frontières extérieures », à « assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que la lutte contre ceux-ci » et à faciliter « l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière civile »<sup>1067</sup>. Si les premières dispositions sont plutôt étrangères aux actes proposés pour un droit européen des sûretés, cela n'est pas le cas du dernier paragraphe de l'article 67 du traité FUE. L'accès à la justice comprend le droit au recours juridictionnel, une aide juridique, une aide d'accès au droit et une aide juridictionnelle. L'eurohypothèque, en ayant pour finalité principale de faciliter la naissance et la reconnaissance de situations juridiques nées dans un autre Etat membre semble répondre à l'objectif fixé par le paragraphe 4 de l'article 67 du traité FUE. Si elle intéresse aussi

---

<sup>1067</sup> Art. 67 §2, 3 et 4 du traité FUE.

par effet indirect le marché intérieur, il semblerait que sa finalité principale relève davantage de la coopération judiciaire en matière civile et ainsi de l'espace liberté, sécurité et justice. En revanche, la mise en place d'un registre interconnecté européen de publicité semble suivre une démarche inverse. Si de nouveau, de façon indirecte, ce registre va nécessairement être bénéfique pour l'accès à la justice, sa finalité principale reste la libre circulation des marchandises, des capitaux, des services et des personnes. Or, ces quatre libertés sont assurées par le marché intérieur, tel que prévu aux articles 3 point 3 du traité UE et 26 du traité FUE. La finalité principale d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés s'inscrit entièrement dans au moins trois des quatre objectifs fixés par la Commission européenne lors de sa communication relative à l'Acte pour le marché unique II. La commission appelle en effet à « créer des réseaux pleinement intégrés dans le marché unique ; 2. favoriser la mobilité transfrontière des citoyens et des entreprises ; 3. soutenir l'économie numérique dans l'ensemble de l'Europe; 4. renforcer l'entrepreneuriat social, la cohésion et la confiance des consommateurs »<sup>1068</sup>. En conséquence, si l'eurohypothèque a une finalité principale qui relève de la coopération judiciaire en matière civile telle que protégée et assurée par l'espace liberté, sécurité et justice, le registre interconnecté européen de publicité relève de la politique du marché intérieur. Ces deux domaines, qui relèvent des compétences partagées de l'Union européenne, sont fondés sur des bases juridiques différentes. Si la coopération judiciaire en matière civile, prévue par l'espace liberté, sécurité et justice est prévue par une seule base juridique, à savoir l'article 81 du traité FUE, qui la contraint à la procédure législative ordinaire, il n'en est pas de même du marché intérieur. Pour fonder la compétence de l'Union européenne, il convient de rappeler que « le choix de la base juridique ne peut pas dépendre seulement d'une conviction (...) mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel »<sup>1069</sup>.

**213. Détermination de la compétence de l'Union européenne au regard « des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel ».** Le marché intérieur est réalisé par l'adoption de mesures, prises « conformément aux dispositions pertinentes des traités »<sup>1070</sup>. Le Titre VII Chapitre III du traité FUE traite des règles relatives au

<sup>1068</sup> Article 2 de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, L'Acte pour le marché unique II Ensemble pour une nouvelle croissance /\* COM/2012/0573 final \*/.

<sup>1069</sup> CJCE, 26 mars 1987, *Commission c. Conseil*, précité, point 11.

<sup>1070</sup> Art. 26 point 1 du traité FUE.

rapprochement des législations, qui est autorisé lorsque la compétence de l'Union européenne est une compétence partagée, comme l'est le marché intérieur. Le marché intérieur peut ainsi relever des dispositions prévues par le Chapitre III du traité FUE. Au sein du Chapitre III, plusieurs bases juridiques pourraient permettre de fonder la compétence de l'Union européenne en vue de l'édition d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles. Les articles 114 et 115 donnent compétence à l'Union pour légiférer en vue de rapprocher les législations relatives au marché intérieur sous certaines conditions, presque similaires mais néanmoins distinctes. Les articles 116 et 117, relatifs à une distorsion des conditions de concurrence sur le marché intérieur, prévoient un rôle d'avertisseur attribué à la Commission européenne. Ces articles ne concernent ainsi pas le marché intérieur et sont des bases juridiques à exclure pour fonder la compétence de l'Union européenne en matière de registre de publicité. Également, l'article 118 donne compétence au législateur européen pour rapprocher des mesures relatives à la création d'un titre européen pour assurer une protection uniforme des droits de propriété intellectuelle dans l'Union européenne. Logiquement, il est possible d'exclure cette base juridique puisque le domaine concerné n'est pas celui du marché intérieur. De ce fait, l'Union européenne pourrait exercer sa compétence en matière de registre interconnecté européen de publicité sur le fondement des articles 114 et 115 du traité FUE. Ces deux articles prévoient des dispositions très proches. L'une des principales différences, toutefois, réside dans la souplesse que permet l'article 114 en reconnaissant la possibilité de prendre des « mesures » tandis que l'article 115 impose le recours à des « directives ». Il peut être opposé que l'article 114 est souvent mis en œuvre par le biais de directives, ce qui revient alors à reconnaître aux deux articles le recours aux mêmes instruments juridiques. Deux arguments cependant permettent de choisir la base juridique la plus adéquate entre ces deux articles. Le premier argument est d'ordre politique. L'article 115 oblige à recourir à la procédure législative spéciale, laquelle restreint de façon considérable le rôle du Parlement européen, ce qui ôte inévitablement une part de légitimité au projet normatif proposé. Le Parlement, qui est l'une des institutions représentatives de la démocratie européenne, serait exclu du processus d'élaboration du registre interconnecté européen s'il était recouru à l'article 115 du traité FUE, tandis que l'article 114, en prévoyant le recours à la procédure législative ordinaire, inclut le Parlement dans la rédaction de l'acte. Un second argument, d'ordre plus pratique, est de reconnaître que l'article 115 n'est jamais utilisé par le législateur de



l'Union européenne. La directive 2014/17/UE relative au crédit hypothécaire en est un exemple. L'absence d'utilisation de l'ex-article 96 du traité CE, repris à l'actuel article 115 du traité FUE avait créé un sentiment de surprise dans la doctrine européeniste lorsque le traité de Lisbonne n'y a pas mis fin. Certains expliquent cela par le besoin de conserver un article « de secours » en cas d'abus dans l'utilisation de l'article 114, d'autres le justifient par une simple explication pratique, le législateur de Lisbonne ayant souhaité reprendre intégralement le traité CE et ne l'améliorer que lorsque cela était nécessaire sans prendre la peine de supprimer les articles non utilisés. En raison de ces deux arguments, l'article 114 du traité FUE semble être la base juridique la plus adéquate pour fonder la compétence de l'Union européenne en matière d'édition d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles.

- 214. Exclusion des autres bases juridiques possibles pour fonder la compétence de l'Union européenne.** Fonder la compétence du législateur européen sur les articles 81 et 114 du traité FUE, exclut la possibilité de recourir à l'article 352 du traité FUE, qui n'octroie compétence à l'Union européenne que de façon subsidiaire, lorsqu'aucune base juridique n'est prévue et que l'action est nécessaire<sup>1071</sup>. Egalement, au regard de la finalité des deux propositions et de la compétence vérifiée de l'Union européenne en la matière, il est possible d'exclure le recours à l'article 329 du traité FUE qui fonde la méthode ouverte de coordination<sup>1072</sup>. En effet, cette méthode est du droit dit souple, qui favorise les relations politiques intergouvernementales en matière notamment d'emploi, de protection sociale, d'inclusion sociale, d'éducation, de jeunesse ou encore de formation professionnelle. Eventuellement, si des résistances étatiques empêchent l'aboutissement d'une eurohypothèque ou d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés

<sup>1071</sup> Art. 352 point 1 première phrase du traité FUE : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées ».

<sup>1072</sup> Art. 329 §1 du traité FUE : « Les États membres qui souhaitent instaurer entre eux une coopération renforcée dans l'un des domaines visés par les traités, (...) adressent une demande à la Commission en précisant le champ d'application et les objectifs poursuivis par la coopération renforcée envisagée. La Commission peut soumettre au Conseil une proposition en ce sens. Si elle ne soumet pas de proposition, la Commission en communique les raisons aux États membres concernés. L'autorisation de procéder à une coopération renforcée visée au premier alinéa est accordée par le Conseil, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen ».

réelles, alors cet article pourrait être intéressant pour certains Etats membres souhaitant développer des relations renforcées relatives aux sûretés<sup>1073</sup>.

215. En résumé, l'examen du principe d'attribution à la lumière des projets en matière de droit européen des sûretés a permis non seulement de reconnaître une compétence partagée à l'Union européenne en la matière, mais également de fonder cette compétence sur l'article 114 du traité FUE pour l'instauration d'un registre interconnecté européen de publicité et 81 du traité FUE pour la création d'une eurohypothèque. D'autres principes directeurs gouvernent l'action de l'Union européenne, comme les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

### **B. L'exercice des compétences par les principes de subsidiarité et de proportionnalité**

216. L'article 5 du traité UE prévoit, au titre des principes directeurs régissant les compétences de l'Union européenne, que celle-ci doit les exercer en respectant deux principes majeurs, complémentaires, celui de subsidiarité (1) et celui de proportionnalité (2).

#### **1. Le principe de subsidiarité appliqué à un droit européen des sûretés**

217. *Le principe de subsidiarité, encadrement de l'action de l'Union européenne lors de compétences partagées.* Le principe de subsidiarité est rappelé à l'article 5 § 3 du traité UE, dont le second alinéa renvoie au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>1074</sup>. Ce protocole, qui existe depuis le traité de Maastricht, a été précisé lors du traité de Lisbonne car les Etats membres craignaient que l'Union européenne n'outrepasse ses compétences. Le principe de subsidiarité sert ainsi à équilibrer les relations entre l'Union européenne et ses membres. Cela signifie, que « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »<sup>1075</sup>. Le protocole prévoit à cet égard la

---

<sup>1073</sup> v. G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 760, n°435 et p. 770, n°443. L'auteur retient ce fondement de façon subsidiaire pour l'harmonisation des législations nationales relatives à la publicité des mesures d'exécution et de « préparation ».

<sup>1074</sup> Protocole additionnel n°2 JO C 83 du 30.3.2010, p. 1-388.

<sup>1075</sup> Art. 5 § 3 du traité UE.

soumission de l'Union européenne à la réunion de trois critères et offre également la possibilité à certains acteurs de contester son action, en amont comme en aval de ses propositions législatives de l'Union européenne.

**218. *Soumission du droit européen des sûretés aux trois critères requis par le principe de subsidiarité.*** Le protocole fixe les trois critères suivants pour vérifier que l'action de l'Union européenne n'excède pas les compétences partagées qu'elle s'est octroyée. Il s'agit de vérifier que l'action a des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés par les pays de l'Union européenne, qu'une action nationale ou l'absence d'action seraient contraires aux exigences du traité, et enfin que l'action au niveau de l'Union européenne présente des avantages manifestes<sup>1076</sup>. Au regard des actes proposés relatifs aux sûretés, domaine où l'Union européenne n'a qu'une compétence partagée, il apparaît que ces derniers ont des aspects transnationaux puisque c'est cette particularité qui nécessite justement une action de l'Union européenne. Cette action ne semble pas pouvoir être réglée par les pays de l'Union européenne, à moins de conclure des accords bilatéraux qui seront différents entre les Etats membres, ce qui engendrera une illisibilité juridique contraire au but recherché. Par ailleurs, tant la création d'un registre interconnecté européen que la mise en place d'une eurohypothèque ne peuvent être mises en œuvre par une action nationale. Il est indispensable d'obtenir un acte européen commun à tous pour pouvoir faire appliquer les mêmes dispositions dans les actuels vingt-huit Etats membres. La question de l'absence d'action peut se poser puisqu'aucun acte n'a jamais véritablement été pris par l'Union européenne en matière de sûretés. Au regard de ce vide juridique, il ne semble pas que l'absence d'action soit contraire aux exigences des traités. Pourtant, si l'absence d'action de l'Union européenne n'apparaît pas contraire, elle ne va pas non plus dans le sens des orientations générales de celle-ci. En effet, le Conseil européen a eu l'occasion de rappeler lors de sa dernière réunion le 27 juin 2014 à Bruxelles que l'Union européenne devait aller dans le sens d'une économie plus robuste et du développement d'un espace de libertés qui inspire la confiance<sup>1077</sup>. Les propositions pour un droit européen des sûretés pourraient permettre de mettre en œuvre ces objectifs. De ce fait, au regard de ces derniers objectifs, l'inertie pourrait être contraire aux exigences des traités telles qu'interprétées et souhaitées par le Conseil européen. Enfin, il apparaît de façon plutôt évidente que l'action de l'Union européenne aurait des avantages

<sup>1076</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV%3Aai0017>.

<sup>1077</sup> Conclusions du Conseil européen, EUCO 79/14, Bruxelles, 26 et 27 juin 2014.

certain. En effet, la création d'une eurohypothèque permettrait l'accroissement du crédit hypothécaire transfrontière. Par voie de conséquence, cela développerait la compétition entre les prêteurs afin de proposer un choix d'offres de prêt plus large ou à un coût moins élevé, ce qui bénéficierait aux consommateurs. Le registre de publicité de sûretés permettrait de garantir la confiance entre les parties et vis-à-vis des tiers. Sachant que leurs droits sont protégés, les parties à une sûreté accepteraient plus facilement que le bien puisse se déplacer sur le territoire de l'Union européenne, ce qui sera favorable aux quatre libertés que défend le marché intérieur. Les avantages certains d'une action de l'Union européenne semblent avérés mais ils devront faire l'objet, si l'idée devait aboutir, d'un projet d'acte législatif, lequel constitue la garantie matérielle du respect du principe de subsidiarité par chaque acteur du processus législatif.

**219. *Le principe de subsidiarité, garant d'un équilibre entre les acteurs de la législation de l'Union européenne.*** Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité prévoit qu'avant d'envisager l'édiction d'un acte, la Commission européenne doit procéder à de nombreuses consultations. Ces consultations, souvent connues sous le nom de Livre vert, peuvent ensuite faire l'objet d'un projet d'acte législatif. Celui-ci constitue « les propositions de la Commission, les initiatives d'un groupe d'États membres, les initiatives du Parlement européen, les demandes de la Cour de justice, les recommandations de la Banque centrale européenne et les demandes de la Banque européenne d'investissement, visant à l'adoption d'un acte législatif »<sup>1078</sup>. Ce projet d'acte législatif, qui doit être particulièrement motivé<sup>1079</sup>, est ensuite envoyé au législateur de l'Union ainsi que, depuis le traité de Lisbonne, aux parlements nationaux et au Comité des régions<sup>1080</sup>. Un échange est ensuite possible entre les parlements nationaux et chaque institution de l'Union européenne<sup>1081</sup> et si l'acte aboutit mais qu'un des

<sup>1078</sup> Art. 3 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

<sup>1079</sup> V. les exigences requises prévues à l'article 5 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

<sup>1080</sup> Cette procédure est souvent connue sous le nom de « carton jaune ». Elle a été appliquée pour la première fois par les Parlements nationaux lors d'un projet de règlement (Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM (2012) 130 final du 21/03/2012) pour encadrer le droit de grève. En septembre 2012, la Commission européenne a retiré son projet d'acte législatif. Récemment, en mai 2016, la Commission s'est de nouveau heurtée aux parlements nationaux lors d'une proposition de directive relative aux droits des travailleurs détachés (Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services COM 2016/0128). V. le website ipex.eu.

<sup>1081</sup> Articles 6 et 7 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

membres estime que le principe de subsidiarité n'est pas respecté, il pourra former un recours pour une éventuelle violation devant la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1082</sup>. Les propositions faites en matière de droit des sûretés devront ainsi, en sus de remplir les trois critères préalables, faire l'objet de cette procédure qui permet de garantir au mieux le principe de subsidiarité.

## 2. Le principe de proportionnalité appliqué à un droit européen des sûretés

**220.** Le principe de proportionnalité est le corollaire du principe de subsidiarité. Prévu à l'article 5 § 4 du traité UE, il vise à assurer que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ». « *Dans la doctrine et la jurisprudence, il est convenu que le principe de proportionnalité implique un contrôle portant sur trois aspects : l'utilité (...), la nécessité (...) et l'absence d'effet excessif* »<sup>1083</sup>. Le droit européen des sûretés proposé doit être confronté à ces trois critères pour vérifier s'il n'est pas disproportionné, ce qui empêcherait alors toute édicition d'un droit européen. Le registre interconnecté européen de publicité des sûretés comme l'eurohypothèque répondent à deux objectifs majeurs prévus par les traités, à savoir un espace de liberté, sécurité et justice grâce à un instrument commun permettant d'accéder facilement à un prêt hypothécaire et le développement du marché intérieur par une facilitation de la circulation des personnes, marchandises, services et capitaux que permet un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles. Le critère de l'utilité semble ainsi rempli au regard des actes proposés. Le second critère renvoie au fait que les mesures ne peuvent être atteintes différemment et n'entravent pas une valeur à protéger. En cela, il convient de préciser que l'eurohypothèque pourrait être bénéfique pour les consommateurs et n'entraverait alors pas ce statut très protégé par le législateur de l'Union européenne. Pour autant, il peut être soulevé le fait que l'eurohypothèque aurait pu aboutir par une autre mesure, rendant cette proposition non nécessaire, et de ce fait, non proportionnée. En effet, la directive 2014/17/UE, entrée en vigueur le 21 mars 2016, concernant les contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage personnel pourrait prendre en compte des dispositions proches de l'eurohypothèque proposée. Néanmoins,

<sup>1082</sup> Article 8 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais celle-ci, en raison de la dimension politique de la procédure, n'exerce qu'un contrôle minimum afin de ne pas interférer dans la fonction législative : CJCE, 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c. Conseil*, aff. C-84/94, Rec. I-5755 ; CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-233/94, Rec. I-2405 ; CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, Rec. I-4999.

<sup>1083</sup> A. MASSON, P. NIHOUL, *Droit de l'Union européenne Droit institutionnel et Droit matériel*, Manuels Larcier, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 54.

celle-ci vise prioritairement à éduquer et protéger le consommateur européen lors d'un achat immobilier transfrontière plus qu'à lui proposer une protection législative en cas de prêt hypothécaire. Dès lors, il peut être déduit que d'une part l'eurohypothèque ne peut, à l'heure actuelle, être obtenue par une autre mesure, et que d'autre part, en s'engageant sur la voie d'une harmonisation des contrats de crédit relatifs aux biens immobiliers à usage personnel, le législateur de l'Union européenne ne ferme pas l'accès à cette proposition. Concernant le registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles, celui-ci est d'une nécessité avérée pour le crédit européen car il permettrait d'éviter la survenance de conflits liés à des applications de lois de police ou à la recherche de lois applicables. Egalement, il permettrait d'éviter la confrontation entre des tiers acquéreurs de bonne foi et des créanciers situés tous deux sur des territoires d'Etats membres distincts. Enfin, aucune mesure propre aux sûretés n'a été prise ou n'est actuellement en cours de préparation. Pourtant, le droit de l'Union européenne n'est pas fermé aux registres européens, comme en témoigne notamment le registre interconnecté européen en matière de brevet, ou encore le futur registre interconnecté européen du commerce et des sociétés<sup>1084</sup>. Le registre interconnecté européen des sûretés semble ainsi satisfaire au critère de la nécessité. Enfin, les mesures proposées ne doivent pas produire un « effet négatif allant au-delà de ce qui est souhaitable »<sup>1085</sup> sur d'autres valeurs à protéger. Les deux propositions ne semblent pas avoir d'effets négatifs sur des valeurs de l'Union européenne, elles contribueraient même plutôt à la protection de certaines valeurs essentielles pour le législateur de l'Union européenne comme la protection du consommateur et des tiers de bonne foi. De nouveau, comme pour le principe de subsidiarité, la Cour de justice de l'Union européenne reste compétente pour apprécier le respect du principe de proportionnalité. Mais, de même, elle n'effectue qu'un contrôle minimum pour éviter d'interférer dans des situations à caractère politique. Pour ce faire, elle renvoie régulièrement l'appréciation de la proportionnalité au juge national, estimant que ce dernier est souvent mieux placé<sup>1086</sup>.

---

<sup>1084</sup> L'*European Business Register* devrait commencer à fonctionner à partir du 8 juin 2017. Il a été créé par la Directive 2012/17/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés.

<sup>1085</sup> CJCE, 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, Rec. 1990 p. I-4023, point 90. V. aussi CJCE, 18 nov. 1987, *Maizena e.a.*, C-137/85, Rec. 1987 p. 4587, point 15.

<sup>1086</sup> . MASSON, P. NIHOUL, *Droit de l'Union européenne Droit institutionnel et droit matériel*, op.cit., p. 55. Les auteurs tempèrent toutefois cette situation au regard de l'arrêt CJCE, 28 sept. 2006, *Ahokainen et Leppik*, C-434/04, Rec. 2006 p. I-9171, points 31 et s.

221. En somme, il semblerait qu'en vertu du principe d'attribution, l'Union européenne soit compétente pour édicter un droit européen des sûretés, qui pourrait prendre forme par l'élaboration d'une eurohypothèque et d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles. Ces deux projets n'apparaissent pas excéder, au regard du principe de subsidiarité et de proportionnalité, les compétences que l'Union européenne partage avec les Etats membres dans cette matière. Néanmoins, cet encadrement de la compétence de l'Union européenne sera également soumis aux critères relatifs à l'applicabilité des bases juridiques choisies.

## **§II. Applicabilité des bases juridiques choisies**

222. Avant d'émettre des propositions substantielles pour un droit européen sectoriel des sûretés, le cadre juridique nécessaire à celles-ci doit être déterminé. Si la création d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés impose une substitution du droit européen aux droits nationaux pour garantir son effectivité, il n'en est pas de même de la mise en place d'une eurohypothèque qui peut se satisfaire d'une superposition des droits nationaux et du droit européen. Ainsi, tant l'article 81 du traité FUE (A), qui permet la création d'une eurohypothèque, que l'article 114 du traité FUE (B), fondement adéquat pour un registre de publicité européen, répondent à des critères d'applicabilité précis, qui constituent un cadre juridique pour l'Union européenne afin qu'elle n'excède pas les compétences qui lui sont attribuées.

### **A. Les conditions d'applicabilité de l'article 81 du traité FUE pour l'élaboration d'une eurohypothèque**

223. L'article 81 point 1 du traité FUE dispose que « l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». Aux fins d'instaurer une eurohypothèque sur ce fondement, des conditions indispensables (1) et d'autres plus subsidiaires doivent être remplies (2).

## 1. Les conditions indispensables à l'utilisation de l'article 81 du traité FUE

224. L'article 81 délimite le champ d'action des institutions européennes pour la coopération judiciaire en matière civile. Deux conditions obligatoires qui résultent du point 1 de l'article 81 doivent être cumulativement vérifiées pour que le législateur européen puisse édicter une eurohypothèque sur cette base juridique. Il faut en premier lieu que la coopération judiciaire en matière civile ait une incidence transfrontière (a) et en second lieu qu'elle soit fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires (b).

a. Une coopération judiciaire en matière civile ayant une incidence transfrontière

225. **Détermination de « l'incidence transfrontière ».** Certains auteurs, à l'instar de Monsieur Payan, considèrent que l'incidence transfrontière, au regard des interprétations de la Commission européenne lors de propositions d'instrument et en raison de l'incertitude du texte, doit être assimilée aux litiges transfrontières<sup>1087</sup>. Le litige transfrontière peut être défini, selon la définition donnée dans deux instruments récents adoptés par l'Union européenne, comme « le litige dans lequel au moins une des parties a son domicile ou sa résidence<sup>1088</sup> habituelle dans un État membre autre que l'État membre de la juridiction saisie »<sup>1089</sup>. Cette définition renvoie ainsi au lieu d'établissement d'une personne et non d'un bien ce qui peut soulever des difficultés dans le cadre d'une eurohypothèque. Par ailleurs, cette définition pose la question de l'étendue des litiges et de la prise en compte des situations purement internes.

226. **La question des litiges purement internes.** La doctrine européeniste prêche régulièrement en faveur de normes européennes susceptibles de régler un litige<sup>1090</sup>, ayant une incidence

---

<sup>1087</sup> G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 591, n°329.

<sup>1088</sup> Le domicile et la résidence sont définis selon la loi du juge saisi (art. 62 et 63 du règlement 1215/2012). En France, la Cour de cassation considère le domicile (défini à l'article 102 du Code civil) des personnes physiques comme étant le lieu de résidence et d'installation durable (Cass., Req., 21 nov. 1905) et pour les personnes morales le lieu du siège social des statuts (Cass., 2<sup>ème</sup> civ., 19 mars 1956 (« à moins qu'il ne soit établi que ce siège est une fiction et qu'en réalité les opérations de la société se font toujours ou généralement dans un autre lieu »)) éléments de fait dont seuls les juges du fond sont compétents pour le déterminer (Cass., Req., 21 nov. 1905).

<sup>1089</sup> PE et Cons. UE, règl. n°1896/2006, précité ; PE et Cons. UE, règl. n°805/2004, précité ; PE et Cons. UE, règl. n°861/2007, précité.

<sup>1090</sup> G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 396, n°205. M. DOUCHY-LOUDOT, « Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen », in Mélanges Pierre Julien, *La justice civile au vingt et unième siècle*, Editions Edilax- Annales des Loyers, 2003, p. 161. V. ég. L. CADIEU, E. JEULAND, S. AMARANI-MEKKI (dir), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, précité, p. 250. M. STORME, *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union*, p. 28.



transfrontière ou interne, seul moyen d'uniformiser au mieux les règles de droit de chaque Etat membre. C'est aussi une position suivie par la Commission européenne qui estime que conserver deux procédures en fonction du champ d'application de chacune d'elles – interne ou transfrontière – est « contre-productif »<sup>1091</sup> et que cela pourrait, à terme, « devenir incohérent(e) avec l'objectif d'un espace unique de justice pour tous et pourrait soulever des questions de discrimination (...) »<sup>1092</sup>. Si le Parlement européen a souvent été plus nuancé dans sa position sur le champ d'application de l'article 81, et plus précisément sur l'incidence transfrontière, ce n'est pas le cas du Conseil de l'Union européenne qui s'est toujours opposé à une substitution d'un droit européen à un droit national. Le Conseil a ainsi en conséquence toujours refusé une quelconque application de l'article 81 du traité FUE<sup>1093</sup> aux litiges purement internes. Cette confusion ne permet pas de définir précisément le champ d'application du litige transfrontière mais met en lumière la difficulté politique dans laquelle se trouve l'Union en matière d'espace judiciaire européen : faut-il superposer le droit européen au droit national ou substituer complètement le premier au second ? Faut-il rester une Union d'Etats, fidèle à la conception respectée des Pères de l'Europe ou devenir un Etat fédéral et franchir un cap, en se construisant comme des Etats-Unis d'Europe ?<sup>1094</sup> Une proposition pour une eurohypothèque ne permet pas de répondre à cette question. Tout au mieux invite-elle à réfléchir sur l'avenir politique de l'Union européenne. Par souci de réalisme, afin que l'eurohypothèque aboutisse, il faut admettre une superposition du droit européen et des droits nationaux. De ce fait, il est préférable d'exclure les situations purement internes du champ d'applicabilité de la norme européenne instituant l'eurohypothèque. En effet, les justiciables bénéficieraient d'une procédure européenne qui assurerait une efficacité similaire dans chaque Etat membre (objectif de l'ELSJ) tout en respectant les procédures internes qui seraient toujours à la disposition du justiciable s'il souhaitait les appliquer. Politiquement, cela permettrait d'intéresser le plus grand nombre d'Etats membres tout en

<sup>1091</sup> Point 2.2.2 des motifs de la proposition de règlement injonction de payer du Parlement européen et du Conseil du 25 mars 2004 et point 2.2.1. pour la proposition de règlement relatif aux petits litiges du 15 mars 2005.

<sup>1092</sup> Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations*, COM (2004) 401 final, 2 juin 2004, point 2.7.

<sup>1093</sup> Le Conseil de l'Union européenne s'est opposé à cet élargissement de la conception de l'incidence transfrontière lorsqu'il a pu se prononcer dessus, soit lors des travaux préparatoires des règlements injonction de payer, règlement petit litige et titre exécutoire européen. A ce moment, l'article 65 du traité CE remplaçait l'article 81 du traité FUE.

<sup>1094</sup> « dans quel sens veut-on que l'Europe progresse. (...) Si l'on veut vraiment une unité forte en Europe, il nous faudra bien un jour une eurohypothèque, ce n'est qu'une question de temps » E. MUNIZ ESPADA, « L'eurohypothèque », Recueil Dalloz 2007, p. 1712.

ne contrariant pas les intérêts divers des institutions européennes. Finalement, les situations purement internes, outre la question politique d'une unification des règles dans l'espace européen au lieu d'une harmonisation, ne soulèvent pas de complications pour le créancier ou le constituant puisqu'elles sont régies par les procédures internes, lesquelles sont globalement efficaces. En outre, le champ spatial de la situation purement interne peut être plus ou moins étendu, selon l'élément permettant de déterminer si le litige est transfrontière.

227. ***Le lieu de situation des biens, critère pour fonder « l'incidence transfrontière » et délimiter les situations purement internes.*** Dans la perspective de l'élaboration d'une eurohypothèque fondée sur l'article 81, il serait opportun de retenir la même conception du litige transfrontière que celle du règlement ordonnance européenne de saisie conservatoire qui entrera en vigueur le 18 janvier 2017. Dans ce texte, le champ d'applicabilité des litiges transfrontières est délimité notamment par le lieu des biens incorporels ou corporels, immobiliers ou mobiliers, qui doit être différent de celui du lieu de domiciliation du créancier ou de l'Etat du for saisi. Il semble souhaitable que ce critère soit le même dans le cadre d'une eurohypothèque. Cela aurait deux effets qui apparaissent positifs. D'une part, la situation purement interne s'entendrait au regard du lieu de situation de l'immeuble et non en fonction du lieu du domicile du défendeur. Cette interprétation permettrait alors de prendre en compte les situations, souvent fréquentes, de résidence secondaire acquise dans un pays frontalier mais garantie par une hypothèque conclue avec un établissement bancaire proche du lieu du domicile du constituant. Avec ce critère, seules les véritables situations purement internes seraient exclues du champ d'applicabilité de la norme européenne. Autrement dit, l'eurohypothèque ne pourrait être possible lorsque tous les éléments principaux sont situés sur le même territoire, c'est-à-dire lorsque le demandeur, le défendeur et le bien sont localisés sur le même Etat membre. D'autre part, le critère des biens permettrait de respecter les règles de conflit de juridictions et de lois de droit international privé qui renvoient toutes au for du lieu de situation de l'immeuble ainsi qu'à la *lex rei sitae*. En conséquence, dans le cadre de l'élaboration d'une eurohypothèque, le critère de la localisation du bien pour déterminer l'incidence transfrontière semble le plus cohérent. Outre une incidence transfrontière nécessaire, la norme élaborée sur le fondement de l'article 81 doit aussi respecter le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra judiciaires.

b. La coopération fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires

**228. *Le rapprochement des droits nationaux tel que proposé par une eurohypothèque, mesure favorable au principe de reconnaissance mutuelle des décisions.*** La reconnaissance mutuelle était présente dans le droit de l'Union européenne avant le traité de Lisbonne. La Cour de justice des Communautés européennes avait en effet, depuis l'arrêt *Costa contre Enel* du 15 juillet 1964<sup>1095</sup>, régulièrement cité le principe de reconnaissance mutuelle, comme dans l'arrêt *Cassis de Dijon* au sujet des diplômes<sup>1096</sup>, ou encore lors de l'arrêt *Tchernobyl* du 22 mai 1990<sup>1097</sup> ou plus récemment dans l'arrêt *Apostolides*<sup>1098</sup> de 2009. Le Conseil européen de Tampere avait même reconnu que ce principe constituait « la pierre angulaire de la coopération judiciaire »<sup>1099</sup> et un programme de mesures avait été adopté en janvier 2001 pour développer sa mise en œuvre. Néanmoins, la fonction de ce principe restait encore assez incertaine puisque certains auteurs considéraient que la reconnaissance mutuelle permettait de préserver les diversités nationales<sup>1100</sup>. Avec le traité de Lisbonne, le principe de reconnaissance mutuelle est inclus dans le droit primaire au Titre V relatif à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice, tant dans les dispositions générales<sup>1101</sup> que dans les Chapitres relatifs à la coopération judiciaire en matière civile (article 81) ou pénale (article 82). L'article 81 du traité FUE fait explicitement référence à ce principe comme une condition d'applicabilité de cette base juridique. Depuis, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de rappeler l'importance de ce principe<sup>1102</sup> notamment pour la première fois en 2015 pour la matière civile et commerciale, au sujet d'un litige relatif à la reconnaissance d'une décision judiciaire ayant force de chose jugée prise dans un Etat membre et contestée dans un autre Etat membre<sup>1103</sup>. Dans cet arrêt, *Diageo Brands*, la

<sup>1095</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c./Enel*, aff. 6/64, Rec. 1141, N. CATALANO, « Portée des traités instituant les Communautés Européennes et limites des pouvoirs souverains des États membres », *Le droit et les affaires*, 1964, n°49, doc. LXXXVI ; J. VIROLE, *RTD eur*, 1965, p. 369.

<sup>1096</sup> CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral* dit « *Cassis de Dijon* », aff. 120/78, Rec. p. 649.

<sup>1097</sup> CJCE, 22 mai 1990, *Règlement Post-Tchernobyl*, aff. 70/88, Rec. p. I-2041.

<sup>1098</sup> CJCE, 28 avril 2009, *Apostolide*, aff. 420/07, Rec. p. I-3571, §2 à 10.

<sup>1099</sup> Conseil européen de Tampere, Conclusions de la présidence, 15 et 16 octobre 1999, disponible sur le site du Parlement européen, spéc. §1.

<sup>1100</sup> A. MATTERA, « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2002, p. 217 cité par G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 380, n°194.

<sup>1101</sup> Articles 67 et 70 du traité FUE.

<sup>1102</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD*, précité, point 49 (la Cour se fonde sur sa jurisprudence *Apostolides* de 2009).

<sup>1103</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD*, précité, point 40.

Cour de justice a inauguré une nouvelle ligne jurisprudentielle au sujet du principe de reconnaissance mutuelle, en reconnaissant que « le règlement n° 44/2001 doit être interprété en ce sens qu'il repose sur l'idée fondamentale que les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine (...) sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine »<sup>1104</sup>. La Cour de justice a confirmé cette position plus souple de la reconnaissance des décisions judiciaires lors de son arrêt *P. c. Q.*<sup>1105</sup> quelques mois plus tard, et l'a véritablement entérinée par les arrêts *Meroni* du 25 mai 2016<sup>1106</sup> et *Lebek* du 7 juillet 2016<sup>1107</sup>. Les faits sont sensiblement identiques dans chaque affaire : une des parties à un litige en cours n'a pas pu se défendre en raison d'une impossibilité matérielle (domicile dans un Etat membre différent de celui qui a rendu la décision sans notification de la décision) ce qui lors de l'exécution de cette décision dans un autre Etat membre, empêche la partie lésée de contester ou faire reconnaître la décision. Les juges de Luxembourg créent alors « ce qui semble bien devenir une exigence supplémentaire et absolue en termes de vérification pesant sur le juge de l'exequatur »<sup>1108</sup>. Ces jurisprudences vont dans le sens d'un accès encore plus facilité à la justice dans l'espace européen puisque le justiciable, en cas de « circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'Etat membre d'origine »<sup>1109</sup>, pourra recourir à la clause d'ordre international public de l'Etat dans lequel il souhaite faire reconnaître ses droits fondamentaux. Si cette jurisprudence est véritablement maintenue, cela signifierait que le principe de reconnaissance mutuelle n'est plus un préalable au rapprochement des droits nationaux.

- 229.** Le principe de reconnaissance mutuelle servirait ainsi à perfectionner le rapprochement des droits nationaux. « Il est donc permis de considérer que le rapprochement des droits nationaux peut être réalisé dans le but de permettre la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle »<sup>1110</sup>. En conséquence, dans la mesure où l'élaboration d'une eurohypothèque a pour objectif de rapprocher les droits nationaux, cette dernière participe

<sup>1104</sup> CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD*, C-681/13, point 64.

<sup>1105</sup> CJUE, 19 nov. 2015, *P. c. Q.*, précité.

<sup>1106</sup> CJUE, 25 mai 2016, *Rudolfs Meroni*, précité.

<sup>1107</sup> CJUE, 7 juillet 2016, *Emmanuel Lebek c. Janusz Domino*, précité.

<sup>1108</sup> C. NOURISSAT, « Jeu de l'exception d'ordre public en matière d'exécution transfrontière dans l'espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l'arrêt Meroni ? », *gdr-elsj.eu*, 5 juin 2016 ; E. BONIFAY, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'exequatur des décisions judiciaires », *op.cit.*

<sup>1109</sup> CJUE, 25 mai 2016, *Rudolfs Meroni*, précité, point 48.

<sup>1110</sup> G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 382, n°195.

à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Outre les conditions posées au point 1 de l'article 81, le point 2 du même article évoque d'autres conditions, qui semblent plus subsidiaires mais néanmoins indispensables à respecter pour mettre en œuvre l'article 81. Ces conditions orientent le législateur européen quant au but qu'il poursuit lorsqu'il utilise la procédure prévue en matière de coopération judiciaire civile.

**2. Les conditions subsidiaires à l'article 81 du traité FUE au regard du but poursuivi**

**230. *Interprétation des deux conditions subsidiaires.*** L'article 81 prévoit dans son point 2 la faculté que la procédure soit « notamment nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » et que le législateur européen prenne des mesures « visant à assurer » l'un des huit objectifs décrits. Si le législateur européen avait souhaité imposer ces conditions comme indispensables pour recourir à l'article 81 il aurait certainement utilisé les termes « devant être nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » et des mesures prises « assurant » l'un des objectifs prévus. Cette latitude de langage, qui se retrouve d'ailleurs dans les autres traductions possibles du traité FUE, permet de considérer ces deux conditions comme subsidiaires<sup>1111</sup>. Les deux conditions subsidiaires de l'article 81 ont deux orientations différentes. L'adoption de mesures « notamment » nécessaires au bon fonctionnement du marché intérieur trahit une obligation négative, c'est-à-dire que les mesures peuvent être indépendantes du marché intérieur, dans l'idéal nécessaire à ce dernier mais ne semblent pas pouvoir lui être contraires **(1)**. En revanche, les mesures « visant » à assurer traduisent une action positive, le législateur doit s'efforcer de rechercher un des buts décrits en suivant<sup>1112</sup>. Si le législateur avait souhaité laisser libre orientation, il aurait très certainement utilisé le verbe « pouvoir », en énonçant ainsi la fin du point 2 : « des mesures pouvant viser à assurer ». Ce n'est pas le cas en l'espèce, ce qui traduit une condition positive **(2)**.

a. La condition négative : ne pas nuire au marché intérieur en assurant « notamment » son bon fonctionnement

**231. *L'eurohypothèque fondée sur l'article 81 ne peut pas nuire au marché intérieur.*** Instaurer une eurohypothèque sur le fondement de l'article 81 du traité FUE ne peut pas

---

<sup>1111</sup> Ce qui se confirme avec la version anglaise de l'article 81 « shall adopt » ce qui traduit la flexibilité au regard du marché intérieur. Les mesures peuvent permettre, mais ne doivent pas absolument permettre le bon fonctionnement du marché intérieur. Contra v. G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p.601 qui en fait une condition de l'utilisation de l'article 81.

<sup>1112</sup> Ce qui se confirme avec la version anglaise « aimed at ensuring » de l'article 81 du traité FUE.

nuire au marché intérieur car cela permet de réduire les discriminations de traitement dans un litige relatif à une sûreté d'un Etat membre à l'autre. Les institutions européennes ont développé depuis les premiers règlements pris sur le fondement de l'article 65 du traité CE (ex-article 81 du traité FUE), une corrélation entre le marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en expliquant que le bon fonctionnement du marché intérieur est observé dès lors qu'une procédure européenne permet d'améliorer et d'équilibrer le recours à la justice en cas de litige transfrontière. Le Parlement européen et le Conseil rappellent cette corrélation dans leur proposition de règlement portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires<sup>1113</sup>. Ils indiquent à ce sujet que « le programme de Stockholm de 2009 qui vise à offrir justice, liberté et sécurité aux citoyens insiste sur le fait que l'espace judiciaire européen doit contribuer à soutenir l'activité économique dans le cadre du marché unique »<sup>1114</sup> et que « la présente proposition a pour objectifs généraux de contribuer au développement du marché intérieur de l'UE tel que décrit dans la stratégie Europe 2020 pour la croissance et à créer un véritable espace européen de justice civile dans le domaine des procédures d'exécution »<sup>1115</sup>. Le Parlement européen et le Conseil associent ainsi le développement de l'espace judiciaire européen, et dès lors la coopération judiciaire en matière civile, au développement du marché intérieur, faisant de l'un vis-à-vis de l'autre un élément indispensable à son accroissement. De ce fait, la condition du bon fonctionnement du marché intérieur est naturellement remplie dès lors qu'il y a une procédure européenne puisque celle-ci ne peut, selon les positions du Parlement européen et du Conseil, que perfectionner le marché intérieur.

**232. *L'eurohypothèque est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.*** Le rapporteur de la commission des affaires économiques et monétaires, Madame Elena Băsescu, analyse dans l'avis rendu par la commission<sup>1116</sup> au sujet de l'ordonnance

<sup>1113</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale /\* COM/2011/0445 final - 2011/0204 (COD) \*/ texte n°52011PC0445.

<sup>1114</sup> Point 1. 1 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, *précitée*.

<sup>1115</sup> Point 1.2 de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, *précitée*.

<sup>1116</sup> Avis n°2011/0204(COD) de la commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission des affaires juridiques sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale (COM(2011)0445 – C7-0211/2011 – 2011/0204(COD)).

européenne de saisie conservatoire des avoirs bancaires, l'impact positif pour le marché intérieur d'un recours à l'article 81 du traité FUE pour créer une procédure transnationale. Selon elle, une meilleure efficacité dans le recouvrement des créances transfrontières, qui passe par une procédure fonctionnelle et peu coûteuse, accroîtra la compétitivité dans le marché unique et concrétisera le principe d'égalité, indispensable dans le marché intérieur. En conséquence, la condition subsidiaire négative, de ne pas nuire au marché intérieur en assurant « notamment » son bon fonctionnement est dès lors remplie à partir du moment où le but poursuivi sert à réduire les différences de traitement entre les justiciables de l'Union européenne en raison d'un litige transfrontière. Or, l'article 81 ne pouvant être utilisé que lors d'un litige transfrontière, cette dernière condition est par essence même remplie à la lumière des avantages tant économiques que juridiques que présenterait la création d'une procédure européenne en matière d'hypothèque.

b. La condition positive de moyens « visant » à assurer l'un des objectifs décrits

**233. *Les huit objectifs de l'article 81 sont généraux.*** Les huit objectifs cités dans l'article 81<sup>1117</sup> font tous référence, de façon différente, à l'amélioration et au perfectionnement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ces objectifs donnés sont assez larges. Pour élaborer une eurohypothèque, il faut définir plus précisément les objectifs précités, au regard notamment de la dernière utilisation faite de cet article en matière de procédure transnationale. Certains de ces huit objectifs ont été précisés lors de l'adoption de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire laquelle constituera une illustration.

**234. *Les huit objectifs doivent être interprétés à la lumière des normes édictées par le législateur européen.*** L'ordonnance de saisie conservatoire vise directement, dans le préambule, les points a), e) et f) de l'article 81 § 2. Plus précisément, dans le second considérant<sup>1118</sup>, le législateur européen détaille et explique certains points mentionnés, ce

<sup>1117</sup> Article 81 du traité FUE : « a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires, et leur exécution; b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires; c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence; d) la coopération en matière d'obtention des preuves; e) un accès effectif à la justice; f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres; g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges; h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice ».

<sup>1118</sup> Considérant n°2 du Règlement (UE) n°655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création l'ordonnance européenne de saisie conservatoire : « Conformément à l'article 81, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ces mesures peuvent comprendre des mesures visant à assurer, entre autres, la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et leur exécution, un accès effectif à la justice et l'élimination des obstacles au bon déroulement

qui permet de comprendre à quoi les objectifs visés par l'article 81 font référence. Le point a), relatif à la reconnaissance mutuelle, n'est pas rappelé ensuite par le législateur européen. Cette lacune n'est pas à dénoncer, elle démontre plutôt que le législateur en fait une condition indispensable et préalable à l'utilisation de l'article 81 et qu'en conséquent son rappel et son développement dans le règlement européen n'ont pas lieu d'être. Le point e), relatif à l'accès effectif à la justice est détaillé au considérant n°30 et au considérant n°47 mais seulement pour rappeler la base juridique équivalente existante dans la Charte des droits fondamentaux (article 47). Le considérant n°30 explique ainsi comment une ordonnance européenne de saisie conservatoire permet de concourir à un accès effectif à la justice en protégeant le droit du débiteur en lui permettant « eu égard à la nature non contradictoire de la procédure de délivrance de l'ordonnance de saisie conservatoire, (...) de contester l'ordonnance ou son exécution pour les motifs prévus dans le présent règlement immédiatement après la mise en œuvre de l'ordonnance ». L'accès effectif, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice, en l'espèce dans le cadre d'une saisie hypothécaire<sup>1119</sup>, est assuré si les mesures prises en vertu de l'article 81 respectent l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux mais également si le débiteur peut contester, « immédiatement après » l'ordonnance, la saisie effectuée. L'expression « immédiatement après » traduit le fait que la procédure de contestation doit déjà être mise en œuvre par les Etats membres afin que le justiciable puisse contester l'instrument européen dans les plus brefs délais. Dans le cadre d'un droit européen des sûretés, afin de respecter notamment l'objectif d'accès effectif à la justice tel que prévu par le e) de l'article 81 du traité FUE, il faudra s'assurer d'une possibilité de contester rapidement et de façon effective une décision, particulièrement si celle-ci a été prise sans contradictoire. Enfin le point f), cité par le paragraphe 2 de l'article 81 et rappelé dans le considérant n°2 du règlement OESC, est relatif à l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles en favorisant leur compatibilité. Le législateur expose en premier lieu

---

des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres. »

<sup>1119</sup> CJUE, 1<sup>ère</sup> Chambre, 17 juillet 2014, *Morcillo et García contre Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, n°C-169/14. « L'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lu en combinaison avec l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à un système de voies d'exécution, tel que celui en cause au principal, prévoyant qu'une procédure de saisie hypothécaire n'est pas susceptible d'être suspendue par le juge du fond, celui-ci pouvant, dans sa décision finale, tout au plus accorder une indemnité compensatoire du préjudice subi par le consommateur, dans la mesure où ce dernier, en tant que débiteur saisi, ne peut pas faire appel de la décision rejetant son opposition à cette exécution, alors que le professionnel, créancier saisissant, peut exercer cette voie de recours contre la décision ordonnant de mettre fin à la procédure ou déclarant une clause abusive inapplicable ».



les obstacles qui se présentent sans ce règlement, des procédures qui « varient considérablement » d'un Etat à l'autre, un recours « lourd » pour le créancier particulièrement quand il souhaite saisir des comptes dans plusieurs Etats membres. En second lieu les effets du règlement « en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres », pour reprendre le point f) de l'article 81 sont exposés, démontrant que cela permettrait de « procéder, de manière efficace et rapide, à la saisie conservatoire de fonds détenus sur des comptes bancaires » ce qui est dès lors « nécessaire et opportun »<sup>1120</sup>. Pour une procédure européenne relative aux sûretés, il faudra alors non pas, comme pour l'accès effectif, encadrer les procédures dans un temps imparti, mais plutôt expliquer, avant même leur application, l'effet qu'elles apporteront. En conséquence, les orientations données dans l'article 81 pour l'intervention du législateur sont des objectifs mais dont il résulte une certaine liberté pour les mettre en œuvre de façon effective. Cela ne semble donc pas faire obstacle à l'établissement d'une procédure transnationale de règlement des litiges liés aux sûretés qui aurait très certainement le même cadre et les mêmes objectifs que le règlement relatif à une ordonnance européenne de saisie conservatoire.

**235. *En résumé, l'élaboration d'une eurohypothèque pourrait respecter les conditions de l'article 81.*** L'article 81, seul article permettant de mettre en œuvre une réglementation en matière de coopération judiciaire civile possède deux conditions indispensables et préalables et deux conditions subsidiaires, dont la première est négative, comportant une obligation de « ne pas faire » alors que la seconde prescrit l'obligation de « mettre en œuvre ». Dans le cadre des conditions indispensables, le litige transfrontière est une condition déterminante pour utiliser l'article 81. Cette condition doit être caractérisée par le lieu de situation du bien et non de domiciliation des parties. Egalement, le principe de reconnaissance mutuelle devra être respecté, ce qui ne soulève pas de difficultés en raison de son ancrage déjà reconnu dans le droit de l'Union européenne. Ce principe apparaît en effet maintenant davantage comme une évidence plutôt que comme une condition à respecter. Enfin, subsidiairement, le bon fonctionnement du marché intérieur et les objectifs de l'article 81 ne sont pas en contrariété avec la mise en place d'une eurohypothèque. En conséquence, toutes les conditions sont remplies pour réaliser sur le fondement de l'article 81 du traité FUE la mise en place d'une eurohypothèque. Il

---

<sup>1120</sup> Considérant n°5 du Règlement (UE) n°655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création l'ordonnance européenne de saisie conservatoire.

conviendra par la suite d'envisager une mise en œuvre de cet article au regard de la procédure requise pour prendre une disposition sur le fondement de l'article 81 et de s'intéresser à la nature de l'acte le plus adéquat. Avant cela, il apparaît indispensable de s'intéresser à la possibilité d'harmoniser le régime des publicités. A cet effet, la superposition des droits nationaux et du droit européen ne peut être envisagée. En effet, cela priverait de toute efficacité l'instauration d'un registre interconnecté européen puisque le créancier et le constituant se verraient confrontés à un choix entre le registre national et le registre interconnecté européen pour inscrire une sûreté ; de même, le futur créancier qui recherche les sûretés conclues par un éventuel constituant serait obligé de vérifier les registres internes et européens. Une superposition des droits rajouterait une complication au système déjà en place, ce qui justifie l'instauration d'un registre interconnecté européen par substitution aux droits nationaux.

**B. Les conditions d'applicabilité de l'article 114 du traité FUE pour l'élaboration d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles**

236. Le marché intérieur, « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités » est défini à l'article 26 point 2 du traité FUE. L'article 114 du traité FUE prévoit la possibilité de procéder à un rapprochement des législations en vue de réaliser les objectifs prévus à l'article 26. Le point 1 de l'article 114 propose à cet effet de recourir à des « mesures » et précise qu'elles peuvent être utilisées pour rapprocher des législations de nature diverse, réglementaires, législatives ou encore administratives<sup>1121</sup>. Même si le point 2 prévoit l'impossibilité de prendre une mesure sur le fondement de l'article 114 si la matière rentre dans le cas des exclusions visées (A), le recours fréquent à cet article par le législateur européen dès que celui-ci souhaite rapprocher des législations nationales témoigne d'une mise en œuvre relativement aisée (B).

---

<sup>1121</sup> Art. 26 du traité FUE : « 1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

## 1. Les exclusions de l'article 114 du traité FUE

237. **Restriction du champ d'application par le point 2 de l'article 114 du traité FUE.** En effet, il ne peut s'appliquer « aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés ». La restriction quant à la libre circulation des personnes peut inquiéter en vue d'une harmonisation des mesures de publicité car elle a « *vocation à s'inscrire dans le domaine de la coopération judiciaire civile lequel domaine est historiquement lié à l'exercice de la liberté de circulation des personnes* »<sup>1122</sup>. Cette restriction est à relativiser. En effet, elle ne concerne que « certains aspects sensibles »<sup>1123</sup> de cette liberté de circulation. Par exemple, Monsieur Payan explique que la directive 2011/7/UE relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, ne fait pas obstacle à la libre circulation des personnes et a été fondée sur l'article 114. Plus récemment, la directive 2014/17/UE relative aux contrats de crédit aux consommateurs pour des biens immobiliers a également été adoptée sur le fondement de l'article 114 du traité FUE. Si une lecture littérale de cet article pouvait éventuellement amener à une exclusion de cette base juridique, son interprétation en revanche permet d'élargir son champ d'applicabilité. Dès lors, l'article 114 apparaît propice pour fonder un registre interconnecté européen de publicité des sûretés. Il reste toutefois à vérifier que le but poursuivi, c'est-à-dire la création d'un droit matériel harmonisé des sûretés, est conforme à « l'établissement et (au) fonctionnement du marché intérieur », pour que cette base juridique soit applicable.

## 2. Le recours à l'article 114 du traité FUE doit être justifié par le but poursuivi

238. **Le but poursuivi, validé par la Commission européenne.** La meilleure justification d'un lien entre le droit des sûretés et le marché intérieur a été produite par la Commission européenne lors de l'édition de la directive n°2014/17/UE concernant les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel prise aussi sur la base de l'article 114 du traité FUE. Dans les premiers considérants, la Commission affirme comme étant « fondamental » le développement d'un « marché du crédit plus performant et plus transparent ». En cause, les divergences nationales qui « restreignent le

<sup>1122</sup> G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 764, n°438.

<sup>1123</sup> PH.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen, De Rome à Nice*, p. 264, n°280 cité par G. PAYAN, p. 764, n°439. V. ég. I. PINGEL, *De Rome à Lisbonne, commentaire article par article des traités UE et CE*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.

niveau de l'activité transfrontière (...) » et « limitent la concurrence »<sup>1124</sup>. Elle soutient par la suite que la directive va permettre « d'améliorer les conditions de fonctionnement du marché intérieur en rapprochant les législations des Etats membres »<sup>1125</sup>, les différences nationales et régionales étant un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur. Or, malgré une certaine convergence, des divergences nationales existent encore entre des grands modèles de l'Union européenne. Celles-ci nuisent au bon fonctionnement du marché intérieur. Par ailleurs, aucune norme de droit de l'Union européenne n'est actuellement en cours de rédaction pour pallier ce manque. En conséquence, il faut améliorer le marché européen du crédit pour perfectionner le marché intérieur. Cela se traduit par une prise en compte des sûretés et plus spécifiquement par l'instauration d'un système de publicité, afin de certifier aux contractants une garantie de paiement même si un élément transfrontière intervient pendant l'exécution de la sûreté. Il apparaît dès lors que l'absence d'un droit matériel harmonisé des sûretés dans l'espace européen entrave de façon indirecte le marché intérieur. Cette lacune n'empêche pas la réalisation du marché intérieur mais ne permet pas son bon fonctionnement et le prive d'une efficacité qui pourrait lui revenir si les divergences nationales en matière de publicité de sûretés étaient réduites.

- 239.** En résumé, les conditions d'applicabilité des bases juridiques choisies ne semblent pas s'opposer à la création d'institutions relatives aux sûretés de droit européen. D'une part, l'instauration d'une eurohypothèque apparaît possible sur le fondement de l'article 81 du traité FUE. Les conditions indispensables et subsidiaires de ce dernier ne font pas obstacle à l'élaboration d'une procédure européenne de l'hypothèque. D'autre part, il semble permis d'affirmer que la mise en place en droit européen d'un système interconnecté de publicité des sûretés, loin de nuire au marché intérieur, permettrait à celui-ci de s'améliorer et de renforcer, au sein du marché intérieur, le marché européen du crédit. Les articles 81 et 114 peuvent ainsi être des fondements à l'apparition d'un droit européen des sûretés. Leur mise en œuvre, tant procédurale que matérielle, répond à des caractéristiques particulières.

---

<sup>1124</sup> Considérant n°2 Directive n°2014/17/UE, précitée.

<sup>1125</sup> Considérant n°8 Directive n°2014/17/UE, précitée.

## Section II. Mise en œuvre des bases juridiques choisies

240. Le législateur de l'Union européenne, lors du traité de Lisbonne, a souhaité retenir principalement le recours à une procédure législative ordinaire pour le droit dérivé postérieur à ce dernier. L'utilisation de l'article 81 et de l'article 114 requiert ainsi la même procédure, la procédure législative ordinaire, qui sera envisagée pour les deux bases juridiques (§I). En revanche, en raison de leurs buts distincts, les supports normatifs peuvent varier. C'est pourquoi, dans un second temps, il conviendra d'envisager séparément la mise en œuvre matérielle de chacun des deux articles (§II).

### §I. La mise en œuvre procédurale

241. La procédure législative ordinaire est prévue pour les deux bases juridiques qui fondent la compétence de l'Union européenne en matière de sûretés. Le fonctionnement de celle-ci doit d'abord être présenté (A) puis les éventuelles dérogations nationales qu'elle propose pourront être écartées (B).

#### A. L'utilisation de la procédure législative ordinaire

242. *Application dérogatoire de la procédure législative ordinaire pour l'article 81.* L'article 81 prévoit dans son paragraphe 2<sup>1126</sup> le recours à la procédure législative ordinaire, qui correspond à l'ancienne méthode communautaire. Par dérogation, le recours à la procédure législative spéciale est prévu au paragraphe 3 en cas de mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière. En l'espèce, l'instauration d'une eurohypothèque n'aurait que très peu d'impact, et éventuellement que de façon très indirecte, sur le droit de la famille. Dès lors, il y a lieu de considérer qu'en vue de proposer un droit européen des sûretés en recourant à l'article 81 du traité FUE, la procédure législative ordinaire s'applique sans considération de la procédure législative spéciale.

243. *Application obligatoire de la procédure législative ordinaire pour l'article 114.* L'article 114 du traité FUE est plus clair puisqu'il ne propose que la procédure législative ordinaire pour pouvoir être utilisé « le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à

---

<sup>1126</sup> Article 81 paragraphe 2 du traité FUE : « Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer : (...) ».

la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur »<sup>1127</sup>. Il ne souffre aucune interprétation différente.

**244. *Fonctionnement de la procédure législative ordinaire.*** L'article 289 paragraphe 1 du traité FUE donne la définition de la procédure législative ordinaire comme consistant en « l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. »<sup>1128</sup>. Cette même disposition renvoie ensuite à l'article 294 du traité FUE. Cet article<sup>1129</sup> permet au

<sup>1127</sup> Article 114 § 1 du traité FUE.

<sup>1128</sup> Article 289 paragraphe 1 du traité FUE : « La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294. »

<sup>1129</sup> Article 294 (ex-article 251 TCE) du traité FUE : « 1. Lorsque, dans les traités, il est fait référence à la procédure législative ordinaire pour l'adoption d'un acte, la procédure suivante est applicable. 2. La Commission présente une proposition au Parlement européen et au Conseil. Première lecture 3. Le Parlement européen arrête sa position en première lecture et la transmet au Conseil. 4. Si le Conseil approuve la position du Parlement européen, l'acte concerné est adopté dans la formulation qui correspond à la position du Parlement européen. 5. Si le Conseil n'approuve pas la position du Parlement européen, il adopte sa position en première lecture et la transmet au Parlement européen. 6. Le Conseil informe pleinement le Parlement européen des raisons qui l'ont conduit à adopter sa position en première lecture. La Commission informe pleinement le Parlement européen de sa position. Deuxième lecture 7. Si, dans un délai de trois mois après cette transmission, le Parlement européen: a) approuve la position du Conseil en première lecture ou ne s'est pas prononcé, l'acte concerné est réputé adopté dans la formulation qui correspond à la position du Conseil; b) rejette, à la majorité des membres qui le composent, la position du Conseil en première lecture, l'acte proposé est réputé non adopté; c) propose, à la majorité des membres qui le composent, des amendements à la position du Conseil en première lecture, le texte ainsi amendé est transmis au Conseil et à la Commission, qui émet un avis sur ces amendements. 8. Si, dans un délai de trois mois après réception des amendements du Parlement européen, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée: a) approuve tous ces amendements, l'acte concerné est réputé adopté; b) n'approuve pas tous les amendements, le président du Conseil, en accord avec le président du Parlement européen, convoque le comité de conciliation dans un délai de six semaines. 9. Le Conseil statue à l'unanimité sur les amendements ayant fait l'objet d'un avis négatif de la Commission. Conciliation 10. Le comité de conciliation, qui réunit les membres du Conseil ou leurs représentants et autant de membres représentant le Parlement européen, a pour mission d'aboutir à un accord sur un projet commun à la majorité qualifiée des membres du Conseil ou de leurs représentants et à la majorité des membres représentant le Parlement européen dans un délai de six semaines à partir de sa convocation, sur la base des positions du Parlement européen et du Conseil en deuxième lecture. 11. La Commission participe aux travaux du comité de conciliation et prend toute initiative nécessaire en vue de promouvoir un rapprochement des positions du Parlement européen et du Conseil. 12. Si, dans un délai de six semaines après sa convocation, le comité de conciliation n'approuve pas de projet commun, l'acte proposé est réputé non adopté. Troisième lecture 13. Si, dans ce délai, le comité de conciliation approuve un projet commun, le Parlement européen et le Conseil disposent chacun d'un délai de six semaines à compter de cette approbation pour adopter l'acte concerné conformément à ce projet, le Parlement européen statuant à la majorité des suffrages exprimés et le Conseil à la majorité qualifiée. À défaut, l'acte proposé est réputé non adopté. 14. Les délais de trois mois et de six semaines visés au présent article sont prolongés respectivement d'un mois et de deux semaines au maximum à l'initiative du Parlement européen ou du Conseil. Dispositions particulières 15. Lorsque, dans les cas prévus par les traités, un acte législatif est soumis à la procédure législative ordinaire sur initiative d'un groupe d'États membres, sur recommandation de la Banque centrale européenne ou sur demande de la Cour de justice, le paragraphe 2, le paragraphe 6, deuxième phrase, et le paragraphe 9 ne sont pas applicables. Dans ces cas, le Parlement européen et le Conseil transmettent à la Commission le projet d'acte ainsi que

Parlement européen et au Conseil d'être sur un pied d'égalité pour préparer les textes et octroier à la Commission européenne la faculté d'impulser de nouvelles politiques en formulant une proposition. En effet, la Commission propose un projet au Parlement européen lequel arrête sa position et la transmet ensuite au Conseil. Si le Conseil approuve la position du Parlement, celle-ci est adoptée dans les termes retenus par le Parlement. Si, au contraire, le Conseil la rejette, il doit alors motiver les raisons de son rejet et transmettre sa position au Parlement européen. En parallèle de cette communication, la Commission européenne peut également transmettre sa position quant à la décision du Conseil. Par la suite, le Parlement européen peut approuver le texte du Conseil ou le rejeter. Ces deux décisions font cesser, positivement ou négativement l'évolution du texte. Le Parlement peut également, à ce stade, proposer des amendements, lesquels devront être transmis à la Commission européenne ainsi qu'au Conseil. A ce sujet, la Commission rend un avis et le Conseil reste seul compétent pour approuver ou non les amendements. En cas de rejet, un comité de conciliation réunissant des membres du Parlement et du Conseil peut être mis en place et la décision prise par le comité est définitive quant à l'acte voté. Dans le cadre d'un droit européen des sûretés, tant pour une procédure transfrontière que pour une harmonisation de la matière, le recours à cette procédure s'inscrit entièrement dans le cadre de la démarche poursuivie dans cette étude. La discussion entre les institutions, - du Conseil représentant les Etats membres de l'Union européenne<sup>1130</sup> qui seront impliqués pour mettre en place, dans leurs systèmes juridiques, ces actes législatifs, au Parlement représentant les citoyens européens qui vont être les bénéficiaires de ces simplifications, en passant par la Commission représentant l'intérêt général de l'Union européenne -, est nécessaire pour l'instauration d'une nouvelle branche de droit afin que le texte élaboré soit le plus partagé et approuvé possible. Le dialogue instauré par la procédure législative ordinaire entre ces trois institutions majeures dans le processus législatif permet de confirmer la position prise de ne pas recourir à une méthode ouverte de coordination. Si les articles 81 et 114 du traité FUE prévoient le recours à la procédure législative ordinaire, laquelle peut être utilisée

---

leurs positions en première et deuxième lectures. Le Parlement européen ou le Conseil peut demander l'avis de la Commission tout au long de la procédure, avis que la Commission peut également émettre de sa propre initiative. Elle peut également, si elle l'estime nécessaire, participer au comité de conciliation conformément au paragraphe 11. ».

<sup>1130</sup> Plus particulièrement, ce sont les Ministres des Etats membres en lien avec les ordres du jour proposés qui y siègent.

pour un droit européen des sûretés, ils l'encadrent néanmoins dans son application par certaines dérogations justifiées par des raisons nationales.

### **B. Les dérogations nationales éventuelles à écarter**

245. L'article 81 comme l'article 114 du traité FUE prévoient tous deux des dérogations nationales autorisant certains Etats membres qui le justifient à ne pas appliquer un acte législatif de l'Union européenne issu de cette procédure. Cependant, dans les deux cas, ces dérogations ne semblent pas avoir à s'appliquer dans le cadre d'un droit européen sectoriel des sûretés.
246. *Les dérogations possibles pour certains Etats de ne pas appliquer des mesures relevant de l'article 81 sont peu mises en œuvre par les Etats concernés.* Concernant le titre V du traité FUE, et dès lors plus particulièrement l'article 81 du traité FUE, certains Etats membres ont négocié lors de leur adhésion à l'Union européenne un statut spécial leur permettant de ne pas participer « à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Il s'agit du Royaume-Uni et de l'Irlande, dont le Protocole n°21 du traité FUE prévoit cette dérogation<sup>1131</sup> mais également du Royaume du Danemark, dont les dérogations sont prévues au Protocole n°22<sup>1132</sup> du traité FUE. Cependant, en pratique, il est observé que le Royaume-Uni et l'Irlande, sous l'égide de l'ancien article 65 du traité CE, actuel article 81 du traité FUE, ont participé à l'élaboration de nombreux instruments européens en matière de coopération judiciaire dans le cadre de l'espace liberté sécurité et justice, notamment, des règlements relatifs aux procédures européenne pour les petits litiges, d'injonction de payer, ou encore du règlement portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées<sup>1133</sup>. Le Royaume du Danemark a conclu de nombreux accords avec l'Union européenne pour intégrer et appliquer sur son territoire certains règlements fondamentaux en matière de coopération judiciaire comme le règlement n°44/2001 ou encore le règlement n°1393/2007 relatif à la signification et la

---

<sup>1131</sup> Article premier du Protocole n°21 « sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'Espace de liberté, sécurité et de justice » JOUE n° C 83, 30 mars 2010, p. 285 : « Sous réserve de l'article 3, le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

<sup>1132</sup> Article premier du Protocole n°22 « sur la position du Danemark » JOUE n° C 83, 30 mars 2010, p. 299 : « Le Danemark ne participe pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées relevant de la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

<sup>1133</sup> Règlement (CE) n° 861/2007, *précité* ; Règlement (CE) n° 1896/2006, *précité* ; Règlement (CE) n° 805/2004, *précité*.



notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale<sup>1134</sup>. Ces exceptions nationales sont ainsi de très faible ampleur pratique puisqu'elles ne sont pas exclusives de toute participation a posteriori à la procédure européenne créée. Par ailleurs, l'évolution européenne démontre une implication croissante de ces Etats dans l'adoption des procédures prises sur le fondement du titre V du traité FUE relatif à la coopération judiciaire. Ces dérogations prévues pour adopter des mesures prises sur le fondement de l'article 81 sont aussi peu souvent mises en œuvre par les Etats membres concernés que la clause de sauvegarde, prévue à l'article 114, qui bénéficie à tous les Etats membres.

**247. Possibilité pour tous les Etats de ne pas appliquer des mesures relevant de l'article 114 par le biais de la clause de sauvegarde.** Concernant l'article 114, même si ce dernier ne permet que le recours à la procédure législative ordinaire, il le soumet néanmoins, dans ses paragraphes 3<sup>1135</sup>, 4<sup>1136</sup> et 5<sup>1137</sup>, ainsi qu'au paragraphe 10<sup>1138</sup> à certaines conditions. Les Etats membres ont en effet la possibilité de conserver leurs mesures nationales, lorsque celles-ci pour des raisons de protection de l'environnement, du milieu du travail, des consommateurs ou bien sur les motifs prévus à l'article 36 du traité FUE<sup>1139</sup> sont plus

<sup>1134</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale («signification ou notification des actes»), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil.

<sup>1135</sup> Article 114 paragraphe 3 du traité FUE : « La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif. »

<sup>1136</sup> Article 114 Paragraphe 4 du traité FUE : « Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien. »

<sup>1137</sup> Article 114 Paragraphe 5 du traité FUE : « En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption. »

<sup>1138</sup> Article 114 paragraphe 10 du traité FUE : 10. Les mesures d'harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union.

<sup>1139</sup> Article 36 du traité FUE : « Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou

protectrices des personnes ou des biens à protéger. Ces dérogations ne devraient pas ici tenir en échec la procédure législative ordinaire puisqu'un droit européen des sûretés ne semble pas recouvrir un cas d'ouverture de dérogation. L'atteinte aux droits des consommateurs pourrait être redoutée dans le cadre d'une harmonisation de certains aspects des sûretés, notamment au regard de la publicité. Mais d'une part, la coordination du droit des sûretés avec le droit de la consommation est indispensable et il serait contre productif d'aller à l'encontre des droits des consommateurs. D'autre part, la mise en place d'un registre interconnecté européen de publicité permettra aux consommateurs d'être prémunis contre les éventuels conflits liés à une situation transfrontière, ce qui participera au développement de la confiance dans le crédit européen et à l'amplification de ce dernier. Dès lors, l'intérêt pratique pour un Etat membre de déroger aux dispositions fondées sur l'article 114 en raison d'une meilleure protection d'une partie faible par son droit national semble peu pertinent. L'Etat membre qui ferait ce choix désavantagerait ses consommateurs nationaux.

248. En conséquence, la procédure législative ordinaire permet un procédé démocratique dans l'élaboration d'un droit européen des sûretés. Par ailleurs, si d'éventuelles dérogations nationales existent déjà dans des matières autres que le droit des sûretés, leur admission dans cette matière est soit injustifiée, au regard de l'article 81 du traité FUE, soit incongrue, au regard des avantages d'une législation fondée sur l'article 114 du traité FUE.

## **§II. La mise en œuvre matérielle**

249. L'article 289 paragraphe 3 du traité FUE souligne que « les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs ». Ces actes législatifs ont des spécificités propres à chacun d'eux notamment au regard de leur transposition dans les droits nationaux. Le choix du support normatif pour les deux institutions envisagées devra donc être pertinent en fonction du but poursuivi : superposition de la législation européen à la législation nationale pour l'eurohypothèque) ou substitution de la législation européenne à la législation nationale (registre interconnecté européen de publicité des sûretés).

---

archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. »

**250. *Les actes normatifs possibles.*** Les articles 81 et 114 du traité FUE proposent, par le recours à la procédure législative ordinaire, de prendre des « mesures » relatives au rapprochement des législations afin de permettre le bon fonctionnement du marché intérieur pour l'article 114 ou de développer la coopération judiciaire civile pour l'article 81. Parmi les différentes mesures existantes dans l'arsenal législatif de l'Union européenne, l'article 288<sup>1140</sup> paragraphe 1 du traité FUE dispose que « pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des recommandations et des avis. ». Ce même article poursuit en rappelant au paragraphe 5 que « les recommandations et les avis ne lient pas » et, au paragraphe 2 que « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » tandis que le paragraphe 3 rappelle que, « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. ». Le choix d'une mesure parmi celles évoquées ne peut se faire qu'en fonction du but poursuivi, seul critère à même de justifier le recours à un instrument en particulier.

**251. *La recherche d'un équilibre en fonction du but poursuivi.*** Il faut vraiment trouver « *un juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de mettre à la disposition des créanciers, dans les différents Etats membres, des outils procéduraux ayant une efficacité comparable et, d'autre part, l'exigence de heurter le moins possible l'intégrité des systèmes juridiques nationaux en maintenant « au strict minimum l'immixtion dans le droit national »*<sup>1141</sup>. La création d'une procédure transnationale sur le fondement de l'article 81 du traité FUE répond à un objectif de rapprochement des législations par superposition, ce qui permettrait ainsi de laisser un choix au justiciable entre d'une part les procédures nationales classiques et la procédure transnationale européenne proposée. Ce choix laissé ne peut être réalisé que si chaque Etat membre adopte dans son droit national la même procédure européenne, laquelle n'est possible qu'en édictant une norme directement applicable dans chaque Etat membre (A). En revanche, le rapprochement des législations par substitution, tel que cela est envisagé pour la création d'un droit matériel

<sup>1140</sup> Article 288 du traité FUE : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas. »

<sup>1141</sup> G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, op. cit., p. 615, n°344.

harmonisé européen en matière de publicité de sûretés, substitue intégralement dans un domaine délimité par l'acte lui-même, le droit européen au droit national existant. Une telle intrusion dans le droit national de chaque Etat membre doit être pratiquée avec une certaine marge de manœuvre quant au résultat à atteindre (B).

**A. Le choix du règlement pour un rapprochement des législations par superposition fondé sur l'article 81**

252. *Exclusions de la décision et de la directive comme supports normatifs.* Il convient d'expliquer brièvement l'exclusion des décisions, qui sont pourtant, au regard de l'article 288, obligatoires. Ces dernières ne semblent pas avoir de portée *erga omnes* puisque lorsqu'elles désignent des destinataires, elles ne sont obligatoires que pour ceux-ci ce qui est assez restrictif dans le cadre d'un droit européen des sûretés. Le choix de la directive doit être également exclu en raison du fait que cet instrument laisse une marge de manœuvre dans la transposition qui en est faite par chaque Etat membre. Dans le cadre d'une procédure transnationale de superposition, qui laisse donc un choix aux justiciables entre une procédure nationale et la procédure européenne, cette dernière se doit nécessairement d'être la même dans chaque Etat de l'Union européenne afin de ne pas créer de patchwork législatif, d'une part, ce qui d'autre part et par voie de conséquence, irait à l'encontre de l'objectif poursuivi de clarté et de création d'un droit européen sectoriel des sûretés caractérisé par une eurohypothèque.

253. *Choix justifié du règlement.* Le règlement, comme le prévoit l'article 288 paragraphe 2, a une portée générale. Dans l'objectif de réaliser un véritable espace judiciaire européen par une coopération judiciaire renforcée en matière civile, la portée générale affirmée d'un instrument est indispensable pour que celui-ci soit applicable dans chaque Etat membre. Par ailleurs, la pratique en matière de coopération judiciaire en matière civile prouve qu'il est toujours recouru à un règlement<sup>1142</sup>. Cela s'explique par la portée générale du règlement ainsi que par son caractère obligatoire et directement applicable pour et dans chaque Etat membre. Par l'utilisation de l'article 81 du traité FUE pour mettre en place une procédure transnationale européenne en matière de droit des sûretés, comme l'eurohypothèque, le choix de l'instrument, en raison de la superposition nécessaire, ne peut être que celui du règlement. Cela garantira une uniformité d'application tout en

---

<sup>1142</sup> La seule exception est le *Réseau Judiciaire Européen* qui a été créé (Décision 2001/470/CE) et modifié (Décision 568/2009/CE) par des décisions car il ne s'applique qu'aux points de contact, aux magistrats de liaison et aux associations professionnelles qui représentent les avocats.

laissant aux justiciables une flexibilité dans l'introduction d'une action en justice grâce à l'option laissée entre la procédure nationale et la procédure européenne. Cependant, lorsqu'il s'agit de substitution d'une législation européenne à une législation nationale, un autre choix de support normatif s'impose.

**B. Le choix de la directive pour un rapprochement des législations par substitution fondé sur l'article 114**

254. Tout comme l'article 81 du traité FUE, l'article 114 ne prévoit que l'utilisation de « mesures » laissant ainsi au législateur européen la liberté de définir le support normatif le plus adéquat. Dans le cadre de l'utilisation de l'article 114 du traité FUE et en vue de mettre en place une publicité des sûretés commune par le biais d'un registre européen, le choix de l'instrument adéquat se pose en des termes différents. En effet, il n'est pas question ici d'imposer une procédure ni de superposer des droits. Pour que le registre interconnecté européen de publicité des sûretés fonctionne efficacement et rapidement, les Etats membres doivent avoir une obligation de conformer leurs législations nationales au droit de l'Union européenne tout en bénéficiant d'une marge de manœuvre, délimitée, dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Il convient de ce fait d'exclure les instruments juridiques qui n'ont aucune force contraignante.
255. *Exclusions des actes non contraignants comme support normatif.* L'équilibre doit être aussi recherché ici. Pour ce faire, les actes législatifs non contraignants ne sont pas recommandables dans cette situation car les Etats membres risqueraient de ne pas se plier aux propositions du législateur européen, particulièrement dans un domaine qui n'a jamais été, ou que très partiellement, harmonisé. Aussi, les recommandations et les avis doivent être exclus comme choix de support normatif possible car cela mettrait en péril l'effectivité d'un registre interconnecté européen de publicité.
256. *Exclusion du règlement et de la décision et choix justifié de la directive.* Les instruments de l'Union européenne contraignants sont au nombre de trois : le règlement, la directive et la décision. Si le règlement impose une norme européenne directement dans le droit de l'Etat membre puisqu'il ne laisse pas de marge d'appréciation aux Etats membres pour le transposer, il serait dans le cadre d'une procédure de substitution, qui est déjà très intrusive dans le droit des Etats membres, excessif. En effet, dans un domaine peu européenisé, les Etats membres verraient leur droit national disparaître au profit d'un

droit matériel unifié européen et sans aucune indépendance quant à la transposition de ce droit. Une telle intrusion pourrait vouer à l'échec l'élaboration d'un registre interconnecté européen des publicités puisque le Conseil de l'Union européenne, qui représente les Etats membres, s'opposerait à un tel acte. Il apparaît dès lors clairement, qu'en application du principe de proportionnalité et au regard de la coutume législative de l'Union européenne, le règlement serait non seulement outrancier mais également exorbitant de la puissance du droit de l'Union européenne. Quant aux décisions, leur portée restreinte à des destinataires visés fait d'elles des instruments beaucoup trop incertains dans la mise en œuvre d'un droit harmonisé des sûretés. Par ailleurs, la pratique législative de l'Union européenne atteste du recours fréquent en cas de rapprochement des législations par substitution aux directives et non aux décisions. Le choix de la directive comme support normatif pour un rapprochement des législations par substitution découle des objectifs visés par cette harmonisation, qui oscille entre une souplesse laissée aux Etats membres et une indispensable mise en place d'un droit commun. Ces objectifs basculent cependant davantage d'un côté ou de l'autre en fonction du degré choisi de convergence des législations nationales : s'agira-t-il d'une harmonisation maximale ou minimale ?

**257. *Le degré d'harmonisation.*** De nouveau, une proportionnalité doit être recherchée et celle-ci apparaît à l'aune des précédentes difficultés qui ont retardé l'avènement d'une harmonisation. Les blocages à l'instauration d'un droit des sûretés étaient essentiellement d'ordre politique, les raisons intrinsèques à ceux-ci variant d'une époque à l'autre et d'un modèle de sûreté à l'autre. De ce fait, il semble prématuré de fixer une harmonisation maximale. Le choix de la patience et d'un travail progressif dans le temps semble plus judicieux que de précipiter la mise en œuvre de cette harmonisation au risque de voir apparaître des oppositions de la part des Etats membres, comme des institutions européennes entre elles. L'harmonisation minimale permettrait en cela une adoption rapide du registre et par conséquent une simplification immédiate des publicités de sûretés ayant une incidence européenne ainsi qu'une clarification des principales sûretés européennes. Elle pourrait être le terreau fertile d'une prochaine législation plus poussée en la matière et le socle inamovible d'un futur droit global européen des sûretés. Pour ce faire, si l'harmonisation doit être dans un premier temps minimale, elle doit cependant être rédigée dans des termes précis afin d'éviter les interprétations, courantes en matière de sûretés. Plus précisément, le résultat à atteindre, qui est le seul élément contraignant

dans une directive, devra être spécifiquement indiqué de façon à aboutir à une harmonisation commune dans chaque Etat membre.

- 258.** En somme, dans le cadre de l'instauration d'une procédure européenne, fondée sur l'article 81 relatif à la coopération judiciaire en matière civile, le choix du règlement s'impose pour faciliter l'accès égal à la justice entre tous citoyens. En revanche, dans le cadre de l'élaboration d'un droit matériel européen des sûretés, la directive semble être l'instrument le plus adéquat grâce à la souplesse qu'elle octroie aux Etats membres.





### Conclusion du Chapitre

259. En conclusion, il apparaît que si le droit des sûretés n'a jamais été pris en compte par le législateur de l'Union européenne, cela n'est pas dû à un défaut de compétence de l'Union. Les dispositions des traités, encadrées par le principe d'attribution, permettent de reconnaître compétence à l'Union européenne pour légiférer sur le droit des sûretés, en se fondant sur deux compétences partagées de l'Union, l'espace liberté, sécurité et justice et le marché intérieur. En respectant les principes qui régissent la compétence de l'Union européenne, à savoir le principe de proportionnalité et de subsidiarité, une action de celle-ci, limitée à ce qui est nécessaire et réalisable à l'heure actuelle est possible. Cette action pourrait se manifester sous deux formes. En premier lieu, il serait possible et utile pour l'espace liberté, sécurité et justice de mettre en place une eurohypothèque afin d'amplifier le crédit hypothécaire transfrontière, qui serait une source de profits pour chaque Etat membre. En second lieu, l'instauration d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles pourrait permettre d'accroître le marché intérieur et tonifier les quatre libertés de circulation que ce dernier encadre. Ce registre, qui s'inscrirait dans la dynamique européenne actuelle du partage des informations nécessaires aux relations commerciales, à l'instar de l'*European Business Register* ou de l'EULIS, assurerait une transparence lors de la circulation de biens grevés d'une sûreté, ce qui protégerait davantage la confiance des parties et des tiers lors de relations commerciales. Ces deux projets d'élaboration d'un droit européen des sûretés doivent toutefois répondre à des conditions d'applicabilité matérielle et procédurale strictes. Il apparaît ainsi qu'en vue de l'instauration d'une eurohypothèque, procédure additionnelle aux procédures internes, le choix du règlement s'impose. Pour la création d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles, une marge de manœuvre doit être laissée aux Etats membres, ce que permet la directive. Le cadre juridique d'un droit européen des sûretés ayant été délimité et respecté, il semble maintenant possible d'envisager la mise en place de mécanismes effectifs, par une approche prospective.



## CHAPITRE II. Mise en place de mécanismes effectifs dans une approche prospective

260. Un droit européen sectoriel des sûretés est envisageable dans la mesure où l'Union européenne a compétence en la matière. Ce droit est d'autant plus concevable qu'il permettrait à l'Union européenne et ses Etats membres de renforcer les échanges économiques dans l'espace européen et de perfectionner une union politique et économique<sup>1143</sup>. A condition de respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité, le législateur européen peut faire des propositions pour légiférer, sur des points précis relatifs aux sûretés. Ces propositions devront aussi être des réalisations concrètes. Il importe peu de proposer un droit complet, riche en détails, si les Etats membres ou les institutions de l'Union européenne refusent de l'adopter en raison d'un excès de législation, dans une matière encore vierge de tout acte européen. De même, il semble peu pertinent, malgré toute l'utilité que cela aurait, de proposer une harmonisation européenne en matière de propriété-sûreté, puisque des instruments existent déjà<sup>1144</sup>. Les mécanismes proposés dans le cadre de cette approche prospective doivent ainsi être le plus possible attrayants et concevables, tant politiquement que juridiquement. L'idée de création d'une eurohypothèque n'est pas nouvelle. De nombreux projets existent depuis 1966, témoignant de l'intérêt persistant pour l'Union européenne de se doter d'une hypothèque européenne. L'élaboration contemporaine de celle-ci devra les prendre en compte, tout en respectant le domaine de compétence du législateur de l'Union (Section 1). Il en est de même pour le registre interconnecté européen de publicité. Ce dernier apparaît comme un élément déterminant de l'évolution à venir du marché intérieur en matière de sûretés, ce qui justifie la nécessité de son instauration (Section 2).

<sup>1143</sup> C. NOURISSAT, « Les sûretés réelles : perspectives de réformes internationales (Union européenne et CNUDCI) », in S. CABRILLAC, CH. ALBIGES, C. LISANTI (dir), *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, 2007, p. 129.

<sup>1144</sup> Il s'agit de la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, *précitée*. En attendant une éventuelle ratification de cette convention par la France, la Cour de cassation a déjà anticipé le régime des trusts (arrêt Belvédère, 13 nov. 2011, (10-25.633 ; 10-25.731 ; 10-25.908), Cass. Com. M. MENJUCQ, TH. MASTRULLO, *Revue des proc. coll.* n° 6, novembre 2011, comm. 173). D'autres pays européens ont soit assimilé le trust à l'une de leur institution nationale soit l'ont reconnu en ratifiant la Convention. L'harmonisation européenne de la propriété-sûreté, bien que nécessaire, est donc liée à des considérations purement politiques.

## Section I. Elaboration d'une eurohypothèque

261. L'idée d'élaborer une eurohypothèque dans l'espace européen n'est pas nouvelle. Plusieurs projets précèdent cette proposition (§I). Il semble qu'aujourd'hui, au regard des affaiblissements économiques et politiques actuels de l'Union européenne, l'eurohypothèque puisse être une des solutions pour reconstituer « *une unité forte en Europe* »<sup>1145</sup> (§II).

### §I. Les précédents projets

262. L'eurohypothèque, surnommée « *la cantatrice chauve* » par certains universitaires<sup>1146</sup>, suscite de nombreux espoirs ou craintes, selon la vision adoptée de l'Union européenne. Il convient de reconnaître qu'elle partage avec l'héroïne d'Eugène Ionesco une faculté à ne pas se montrer qui pourrait relever, au vu des étapes de construction européenne franchies, d'une volonté affichée du législateur européen de ne pas l'introduire dans l'ordre juridique européen (A). Seule la Commission européenne s'est toujours préoccupée de l'eurohypothèque et a « connaissance des projets lancés à l'initiative de participants au marché et d'universitaires en vue de la conception d'un modèle viable d'eurohypothèque »<sup>1147</sup> mais cela n'a pas suffi à créer en droit européen une eurohypothèque (B).

#### A. Des projets rejetés

263. ***Le Rapport Segré : une eurohypothèque fondée sur le modèle de la Grundschuld, rejetée en raison de son caractère abstrait.*** Premier pas d'une volonté de bâtir un marché intérieur plus fort et plus large<sup>1148</sup>, le Rapport Segré de 1966 fait l'état des lieux du marché intérieur de la Communauté Economique Européenne ainsi que des principales législations de pays de tradition romano-germanique relatives à l'hypothèque. A l'issue

---

<sup>1145</sup> « dans quel sens veut-on que l'Europe progresse. (...) Si l'on veut vraiment une unité forte en Europe, il nous faudra bien un jour une eurohypothèque, ce n'est qu'une question de temps » E. MUNIZ-ESPADA, « L'eurohypothèque », *op.cit.*, p. 1712.

<sup>1146</sup> B. FOËX, « L'eurohypothèque : une cantatrice chauve au registre foncier ? » in M. BADDELEY, B. FOËX, A. LEUBA, M-L VAN DELDEN (dir), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011*, Genève : Schulthess, 2012. p. 169-182.

<sup>1147</sup> Livre vert, *précité*, p. 15.

<sup>1148</sup> «Today, the reforms already under consideration to improve the functioning of the capital markets in certain member countries offer a chance of laying the foundations of a wider market», in *The development of a European Capital Market*, Report of a group of Experts appointed by the EEC Commission, également appelé «Rapport Segré», p. 11.

de ce rapport, les experts du groupe nommés par la Commission européenne considèrent que la *Grundschild* allemande<sup>1149</sup> peut être un modèle pour une harmonisation du crédit hypothécaire en Europe, en raison de sa souplesse. Mais, pour des raisons essentiellement politiques<sup>1150</sup> ainsi qu'en raison de son caractère abstrait, inconvénient résultant de sa souplesse puisque la *Grundschild* n'a aucun lien d'accessoire, la doctrine européeniste contemporaine et les institutions européennes n'ont pas donné suite à ce projet. Cet échec présente cependant un point positif puisque cette initiative a conduit la Commission européenne à réfléchir à l'harmonisation de certaines règles relatives aux sûretés en vue d'améliorer le marché intérieur. En 1972, la Commission européenne a ainsi présenté un projet d'harmonisation législative du droit de propriété dans la Communauté européenne par le biais du droit des sûretés<sup>1151</sup>, entendu dans son sens le plus général possible<sup>1152</sup>, en prenant en compte les pays de tradition de *common law* alors même que ces derniers n'étaient pas encore membres de la Communauté européenne. Cependant, les principaux auteurs de ce rapport ont conclu à l'impossibilité d'harmoniser ce domaine juridique en raison d'un trop fort souverainisme du droit de propriété, que chaque Etat membre selon eux fait sien<sup>1153</sup>. Si ce constat pouvait éventuellement se concevoir à l'aune des années 70, la convergence des nouvelles techniques de garanties permet de repenser cette démarche et certains universitaires se sont de nouveau emparés de la question à la fin des années 1980.

**264. Proposition de l'Union internationale du notariat latin : une eurohypothèque fondée sur la cédula hypothécaire suisse, pour inclure le principe de l'accessoire.** En 1988, l'Union internationale du notariat latin propose de nouveau une harmonisation des sûretés réelles immobilières par la mise en place d'un seul instrument, l'eurohypothèque<sup>1154</sup>. Cette eurohypothèque ne devait plus être fondée sur la *Grundschild* allemande mais

<sup>1149</sup> « With regard to real estate charges, the general adoption of a uniform and flexible surety such as the German *Grundschildbrief* (land charge deed) is to be recommended”, Rapport Segré, p. 23.

<sup>1150</sup> S. VAN ERP, “Security interests, a secure start for the Development of European Property Law”, University of Maastricht, 2008, p. 3.

<sup>1151</sup> *The law of property in the European Community. Studies, Competition – Approximation of legislation series*, n° 27, Décembre 1972, Bruxelles.

<sup>1152</sup> *The law of property in the European Community. Studies, Competition – Approximation of legislation series, précité*, p. 13, II.

<sup>1153</sup> *The law of property in the European Community. Studies, Competition – Approximation of legislation series, précité*, p. 13, I.

<sup>1154</sup> Union Internationale du Notariat Latin/Commission des Affaires Européennes, *La cédula hypothécaire suisse et la dette foncière allemande – Étude comparative, base d'une future Euro-hypothèque*, 1988 ; H.G. WEHRENS, “Real security regarding immovable objects – Reflections on a Euro-Mortgage”, in *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, p. 769.

plutôt, selon ses auteurs, sur la cédula hypothécaire suisse telle que prévue à l'article 842 du Code civil suisse. Ce fondement se justifierait, selon Monsieur Van Den Haute, par la nécessité de s'aligner sur le plus petit dénominateur commun puisque « *force est de constater que la plupart des systèmes sont basés sur une forme d'accessoire plus ou moins développée (...)* »<sup>1155</sup>. En effet, si les deux institutions sont assez proches dans leur mise en œuvre, la Schuldbrief suisse n'est cependant pas entièrement détachée de la créance initiale puisque le titre comporte la créance et l'hypothèque, contrairement à la Grundschild qui distingue complètement la sûreté hypothécaire de la créance. Cependant, pour des raisons de nouveau politiques, la proposition de l'Union internationale du notariat latin a été rejetée. Le refus s'expliquait par le choix du modèle juridique qui servirait de base à une eurohypothèque, lequel relevait d'un Etat non membre de la Communauté Economique Européenne et ne souhaitant manifestement pas le devenir<sup>1156</sup>. A l'issue de cette proposition, les projets d'eurohypothèque se sont peu à peu éteints. Finalement, l'essor du droit de la consommation a permis à la Commission européenne, quelques années plus tard, de relancer le débat autour d'une eurohypothèque.

**265. *D'une protection du consommateur lors des crédits hypothécaires transfrontières à une réapparition de l'eurohypothèque.*** Le 1<sup>er</sup> mars 2001, la Commission européenne a publié une Recommandation relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement<sup>1157</sup>. Selon la Commission, « la souscription d'un contrat de prêt au logement est souvent l'engagement financier le plus important que prend un consommateur », ce qui justifie que les consommateurs bénéficient « d'une activité transfrontalière accrue », laquelle ne peut se réaliser que par des conditions « transparentes et comparables »<sup>1158</sup>. La Commission prévoit de sanctionner l'inapplication et l'irrespect de sa Recommandation par la mise en place d'une législation contraignante et s'engage à évaluer l'efficacité de ses recommandations<sup>1159</sup>. L'intérêt de cette Recommandation est de relancer la reprise d'une réflexion autour d'une norme commune en matière de crédit hypothécaire. A cette fin, la

<sup>1155</sup> E. VAN DEN HAUTE, « Intégration du marché européen du crédit hypothécaire : retour de l'eurohypothèque au banc de touche ? », *REDBF*, 2008, pp. 417-436. E. VAN DEN HAUTE,

<sup>1156</sup> B. FÖEX, « L'eurohypothèque », in F. WERRO (dir.), *L'europanisation du droit privé : vers un Code civil européen ?*, Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, 1998, p.488.

<sup>1157</sup> Recommandation de la Commission du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement, numéro C(2001) 477, JOCE n°L 069 du 10/03/2001 p. 0025 – 0029.

<sup>1158</sup> Recommandation C (2001) 477, précitée, Cons. n°1.

<sup>1159</sup> Recommandation C (2001) 477, précitée, Cons. n°7.

Commission européenne a créé en mars 2003 un groupe d'experts ayant pour mission d'« identifier les obstacles au bon fonctionnement du marché intérieur du crédit hypothécaire », d'en évaluer l'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur et de faire des recommandations en vue de les éliminer<sup>1160</sup>. Ce groupe d'experts a publié son Rapport en 2004 et a donné la priorité à cinq domaines de recherche en particulier, au nombre desquels figurent notamment la confiance du consommateur dans le prêt hypothécaire et les sûretés<sup>1161</sup>. La confiance est, selon les experts, indispensable et préalable à tout marché hypothécaire commun auquel doivent pouvoir accéder les consommateurs lors de souscription de prêts hypothécaires. Cette confiance est entamée lors de situations transfrontalières en raison d'une obscurité normative sur les opérations hypothécaires impliquant au moins deux Etats. De ce fait, cette confiance peut être améliorée, selon ces experts, par un partage des informations nécessaires au crédit hypothécaire, présentées « sous une forme similaire à la fiche européenne d'information standardisée »<sup>1162</sup>. Elle pourrait l'être aussi par des règles communes de mécanismes de réparation et d'application effective afin de garantir aux consommateurs une protection minimale dans toute l'Union européenne, qui serait basée, selon eux, sur le modèle de l'Etat dont la protection est la plus élevée à l'heure actuelle<sup>1163</sup>. Le point le plus commenté du compte-rendu sur le crédit hypothécaire reste cependant la proposition numéro 38, incluse dans le Chapitre relatif aux sûretés, sur l'intérêt pour la Commission européenne de réfléchir sur la notion d'une eurohypothèque. Cela pourrait s'effectuer « au moyen d'une étude, afin d'évaluer sa capacité (celle de l'eurohypothèque) de promouvoir l'intégration des marchés du crédit hypothécaire de l'UE »<sup>1164</sup>. Dans tous les cas, les experts du *Report on Mortgage Credit* encouragent la possibilité de transférer des hypothèques en instaurant des sûretés paneuropéennes (Proposition n°39)<sup>1165</sup>. Néanmoins, tout en reconnaissant qu'une majorité des Etats de l'Union européenne connaît un lien important entre la créance et la sûreté de cette créance, le *Forum Group* met à l'honneur le système suédois, anglais ou encore allemand en rappelant que l'absence d'accessoire

<sup>1160</sup> Communiqué de presse du 27 mars 2003 de la Commission européenne IP/03/442.

<sup>1161</sup> Mais également aux questions juridiques, aux questions de distribution et aux aspects financiers *Report on Mortgage Credit, précité*, Considérant n°5.

<sup>1162</sup> *Report on Mortgage Credit, précité*, Proposition n°3, 6 et 9, p. 14 à 16.

<sup>1163</sup> *Report on Mortgage Credit, précité*, Proposition n°9 et 12, p. 15 et 16.

<sup>1164</sup> *Report on Mortgage Credit, précité*, Proposition n°38.

<sup>1165</sup> *Report on Mortgage Credit, précité*, Proposition n°39 : « La Commission devrait encourager les États membres à renforcer la transférabilité des hypothèques en instaurant des sûretés paneuropéennes. », p. 34.

n'est pas synonyme de pratiques néfastes pour les consommateurs<sup>1166</sup>. Les experts en concluent que de ce fait, une sûreté européenne non accessoire permettrait de résoudre les principaux obstacles au marché européen hypothécaire<sup>1167</sup>. A l'issue de ce rapport, les réactions furent positives pour l'eurohypothèque, à l'instar de la Conférence des Notariats de l'Union Européenne qui s'est félicitée « du fait que le Forum Group propose, dans ses conclusions, d'approfondir les réflexions sur l'établissement d'un instrument alternatif au niveau européen et soumis au principe de la *lex rei sitae*. Cet instrument se nommerait Eurohypothèque »<sup>1168</sup>. Le 19 juillet 2005, la Commission envoie au Conseil le Livre vert sur le crédit hypothécaire dans lequel elle ne s'oppose pas à la création d'une eurohypothèque comme un 26<sup>ème</sup> régime, même si elle admet que cela est « complexe »<sup>1169</sup> et qu'elle préfère attendre les réactions aux initiatives en cours<sup>1170</sup>. Pour compléter « la pièce maîtresse (*ie le Livre Vert sur le crédit hypothécaire*) du processus visant à évaluer la pertinence d'une intervention de la Commission sur les marchés européens du crédit hypothécaire au logement (une) autre pièce essentielle de ce processus d'évaluation est une étude, financée par la Commission, sur le rapport coût-bénéfice d'une intégration plus poussée de ces marchés. Une audition, prévue en décembre 2005, clôturera la consultation »<sup>1171</sup>. En conséquence, le 5 août 2005, la Commission européenne publie une étude sur les coûts et avantages d'une plus grande intégration du marché du crédit hypothécaire de l'UE<sup>1172</sup> tandis que le 7 décembre a lieu une audition publique sur le crédit hypothécaire<sup>1173</sup>. Celle-ci révèle alors l'état d'esprit des principaux groupements concernés par une réforme en vue d'une eurohypothèque. Ainsi, groupements de consommateurs, représentants des prêteurs, universitaires et juristes européens sont à l'unanimité d'accord pour reconnaître à l'eurohypothèque le bénéfice d'une plus grande transparence de chaque proposition de prêt, d'une meilleure concurrence entre les prêteurs, d'un respect de chaque droit national par la mise en place d'un droit

<sup>1166</sup> Report on Mortgage Credit, *précité*, n°110 à 115, p. 31-32.

<sup>1167</sup> Report on Mortgage Credit, *précité*, n°117, p. 32.

<sup>1168</sup> Voir en ce sens la position du CNUE relative au « Rapport final du Forum Group en droit hypothécaire », §3 Bruxelles, 9 déc. 2004, disponible sur [notaries-of-europe.eu](http://notaries-of-europe.eu) (consulté le 8 février 2014).

<sup>1169</sup> Livre Vert sur « Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne », COM/2005/0327, 19 juillet 2005,\*/n°243, §48.

<sup>1170</sup> Livre Vert sur « Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne », *précité*, points 66 et 67.

<sup>1171</sup> Livre Vert sur « Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne », *précité*, point 1.

<sup>1172</sup> [ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/home-loans/integration\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_fr.htm) (consulté le 3 février 2014). V. ég. le Communiqué de presse publié le 13 septembre 2005, IP/05/1134.

<sup>1173</sup> [ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/home-loans/integration\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/integration_fr.htm) (consulté le 3 février 2014), Discours de clôture, SPEECH/05/775.



supranational et enfin d'un marché intérieur plus efficace<sup>1174</sup>. Toutefois, lorsque le projet d'eurohypothèque est passé en phase de rédaction, il a été de nouveau écarté et seule la réglementation relative aux crédits hypothécaires transfrontière fut prise en compte.

### B. Un projet délaissé

266. *La protection du consommateur a été effectuée par une réglementation des crédits hypothécaires, au détriment de l'eurohypothèque.* En 2006, le Parlement européen adhère dans sa Résolution aux propositions de la Commission visant à approfondir les connaissances sur le marché du crédit hypothécaire européen<sup>1175</sup> mais conclut qu'une réglementation du crédit hypothécaire dans l'Union européenne peut « offrir des avantages pour les consommateurs et l'économie »<sup>1176</sup>. Dans le même temps<sup>1177</sup>, le Livre Blanc<sup>1178</sup> de la Commission est publié. Celui-ci promet des mesures proportionnelles pour réguler au regard d'éléments concrets cette partie du marché intérieur<sup>1179</sup> et conclut sur les principales actions qui doivent suivre afin d'aboutir à un processus normatif d'harmonisation le plus adapté possible. En 2008 est alors mis en place l'appel d'offres pour une étude des coûts et des avantages des différentes options politiques en matière de crédit hypothécaire<sup>1180</sup>, qui aboutit le 31 mars 2011 à la présentation d'une étude sur les coûts et avantages des différentes options en matière de crédit hypothécaire. Par la suite, la Commission a adopté une proposition de directive sur les contrats de crédit relatifs aux

<sup>1174</sup> Audition publique sur le crédit hypothécaire, 7 décembre 2005, Résumé de la journée disponible en langue anglaise sur [ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/hear-summary.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/hear-summary.pdf) (consulté le 3 février 2014).

<sup>1175</sup> Résolution du Parlement européen sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne (2006/2102(INI)), P6\_TA (2006)0487, Point 30 à 33.

<sup>1176</sup> Résolution du Parlement européen sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne, *précitée*, point 45.

<sup>1177</sup> En parallèle aussi, trois groupes d'experts reprirent certains domaines d'étude déjà envisagés par le Forum Group. Trois des cinq domaines de réflexion synthétisés dans le compte-rendu du Forum Group, à savoir le financement, la confiance des consommateurs et les sûretés, ont fait l'objet d'autres rapports plus approfondis rendus en 2006-2007 par des groupes d'experts. Ainsi, le Groupe d'experts sur le financement du crédit hypothécaire (MFEG) a rendu un rapport relatif aux *Legal obstacles to crossborder securitisation in the EU* tandis que le Dialogue entre le secteur du crédit hypothécaire et les consommateurs (MICEG) a travaillé sur *l'European Financial Markets Lawyers Group* et que le Groupe de travail sur la titrisation a présenté le *Working Group on Securitisation*. Ces rapports présentent les différentes entraves à un marché paneuropéen de l'hypothèque, les points essentiels de protection des consommateurs et enfin visent à sécuriser le régime juridique de la titrisation afin d'éviter au mieux toute menace pour le marché.

<sup>1178</sup> Livre blanc sur l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire {SEC(2007) 1683} {SEC(2007) 1684}/\* COM/2007/0807 final \*/ , publié le 18 décembre 2007.

<sup>1179</sup> Livre blanc sur l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire, *précité*, point 5 §1.

<sup>1180</sup> Etude des coûts et des avantages des différentes options politiques en matière de crédit hypothécaire, Appel d'offres du 26 mars 2008, n° 2008/S 59-079217.

biens immobiliers à usage résidentiel<sup>1181</sup>. L'axe majeur de cette proposition de directive est la protection de la confiance des consommateurs dans le crédit hypothécaire laquelle passe, d'après la Commission, par l'accès à des informations précontractuelles adéquates, ainsi que par un conseil personnalisé du prêteur au consommateur qui vérifie non seulement la solvabilité de ce dernier mais également l'adéquation du crédit conclu au bien immobilier<sup>1182</sup>. Enfin, le 10 décembre 2013 le Commissaire Barnier approuve les nouvelles règles relatives aux prêts hypothécaires<sup>1183</sup> et le Parlement adopte alors la Directive 2014/17/UE sur le crédit hypothécaire<sup>1184</sup>, laquelle sera publiée au Journal Officiel et véritablement adoptée le 4 février 2014. Si le crédit hypothécaire a pu être harmonisé, cela n'est pas le cas de l'eurohypothèque qui a très vite été reléguée « au banc de touche »<sup>1185</sup>. Serait-ce pour des considérations politiques ? Le Rapport du Comité Economique et Social Européen sur le Livre Vert de la Commission laisse en tout cas planer cette impression<sup>1186</sup>. Serait-ce alors pour des raisons conjoncturelles dues à la crise des subprimes de 2008<sup>1187</sup>? La Commission elle-même nie, dans son Livre Blanc, tout effet paralysant de la crise mondiale sur cette harmonisation hypothécaire tant attendue, prenant même plutôt le contrepied de cette attitude en précisant que « les événements récemment survenus sur les marchés hypothécaires mondiaux en ont confirmé le bien-fondé »<sup>1188</sup>. L'eurohypothèque apparaît ainsi comme indispensable pour créer un marché intérieur du crédit hypothécaire. La Directive 2014/17/UE ne « porte son attention (que) sur les aspects les moins problématiques, ceux relatifs au contrat de crédit et, plus particulièrement, à la phase précontractuelle, alors qu'il ne s'agit que d'une petite partie des barrières limitant le trafic transfrontalier ou sur les mesures protégeant l'égalité des conditions ou d'accès et, en définitif, l'égalité dans la protection du consommateur, comme les problèmes relatifs à la publicité mensongère ou à l'insuffisance d'information

<sup>1181</sup> COM (2011)142 du 31 mars 2011.

<sup>1182</sup> COM (2011)142 du 31 mars 2011. V. aussi le Communiqué de presse du même jour IP/11/383.

<sup>1183</sup> MEMO/13/1127 du 10 décembre 2013.

<sup>1184</sup> Directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel, *précitée*, dont le délai de transposition s'est achevé le 21 mars 2016, mise en œuvre en droit français par quatre arrêtés du 9 juin 2016, publiés au Journal officiel du 11 juin, (V. *JCP E* 2016, act. 290).

<sup>1185</sup> E. VAN DEN HAUTE, « Intégration du marché européen bancaire : retour de l'eurohypothèque au banc de touche ? », *op.cit.*, pp. 417-436.

<sup>1186</sup> Avis du Comité économique et social européen sur le Livre vert, *Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne [COM(2005) 327 final]*, (2006/C 65/21), point 3.1.2.

<sup>1187</sup> La doctrine reconnaît un effet « *crise américaine des subprimes* » quant à la position des institutions européennes. V. not. Y. PICOD, « Observations conclusives », *RD bancaire et fin.*, n° 2, mars 2015, p. 28, n°3 ; A. GOURIO, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *op.cit.*, p. 1114, n°3 et n°21.

<sup>1188</sup> Livre blanc sur l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire, point 5 §1.

et les moyens de l'obtenir. Ce sont ces aspects, non les réels, que prend en considération la Directive. Cette dernière ne se consacre pas au problème de la garantie hypothécaire alors que le traitement de l'exécution constitue une conséquence de la ligne tracée par la concession responsable du crédit, compte tenu des événements sociaux récents découlant de la crise »<sup>1189</sup>. Ainsi, seule l'élaboration d'une eurohypothèque semble pouvoir développer véritablement le crédit transfrontière. Dès 2004, le groupe de travail paneuropéen « Eurohypothech : a common mortgage for Europe » a proposé des lignes directrices de base pour une eurohypothèque<sup>1190</sup>. Ces propositions serviront naturellement de bases pour l'élaboration du contenu d'une eurohypothèque.

## §II. Contenu d'une eurohypothèque

267. Le contenu de l'eurohypothèque doit être en conformité avec les conditions d'applicabilité de la base juridique choisie, à savoir l'article 81 du traité FUE qui permet une coopération judiciaire en matière civile. Par ailleurs, le support normatif choisi, le règlement, oblige à une certaine précision des termes sélectionnés. Enfin, la mise en œuvre effective d'un tel texte suppose une élaboration réalisable, qui nécessite donc de retenir le plus souvent possible le plus grand dénominateur commun qui existe dans les législations hypothécaires des Etats membres. Dans la mesure où cette élaboration n'est qu'une première étape dans la création d'un droit européen commun des sûretés, indispensable à l'Union européenne, il convient de faire des propositions réalistes et accessibles. En ce sens, une rapide délimitation de l'objet d'une eurohypothèque et des règles nécessaires à sa constitution doit être préalablement effectuée (A). Puis, il conviendra de s'intéresser aux modes de réalisation de l'eurohypothèque au travers de sa reconnaissance et de sa force exécutoire ainsi que des possibles recours inhérents à une telle procédure (B).

### A. Champ d'application et constitution d'une eurohypothèque

268. Avant d'envisager la réalisation d'une eurohypothèque, l'objet, le champ d'application et les définitions du règlement qui portera cette institution doivent être délimités (1). Les règles de constitution de cette sûreté paneuropéenne pourront ensuite être définies (2).

---

<sup>1189</sup> E. MUNIZ ESPADA, « Regard critique depuis l'Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », RD bancaire et fin., n°2, Mars 2015, n°24.

<sup>1190</sup> Disponible sur eurohypothech.com.

### 1. Objet, champ d'application et définitions de l'eurohypothèque

269. **Objet.** Il faut d'abord rappeler le but d'un règlement créant une eurohypothèque qui est d'instaurer dans l'Union européenne une procédure de garantie réelle immobilière paneuropéenne. L'eurohypothèque serait ainsi une procédure permettant à un constituant de garantir un prêt par l'octroi d'un droit au créancier, sur son immeuble, situé sur le territoire d'un des Etats membres de l'Union européenne. L'eurohypothèque ne nécessiterait pas la dépossession et permettrait au créancier qui a inscrit son droit, de se prévaloir, en cas de défaillance du débiteur, d'un droit de vendre l'immeuble et d'être payé en préférence jusqu'à concurrence du montant précisé dans la convention de garantie, laquelle ne peut prévoir une somme supérieure à la valeur de l'immeuble détenu par le débiteur. Dans la mesure où cette garantie européenne a pour support un règlement, lequel se rajoute aux législations existantes, l'eurohypothèque serait à la disposition du créancier et du constituant comme alternative aux mesures de garantie réelle immobilière prévue par le droit national. Naturellement, elle ne pourrait être constituée que pour garantir certaines créances, afin de préserver certains domaines qui relèvent de la seule compétence des Etats membres.

270. **Champ d'application.** Certains domaines ne relèvent pas de la compétence de l'Union européenne et sont donc des matières régulièrement exclues des actes de l'Union. L'eurohypothèque devrait ainsi être limitée, et ne s'appliquer que pour garantir des créances en matière civile et commerciale, qui comportent un élément transfrontière. Il conviendrait d'exclure de son champ d'application les matières fiscales, douanières ou administratives. Cela signifie que les hypothèques légales ne pourront être constituées sur le fondement de l'eurohypothèque car elles relèvent, dans leur mise en œuvre, des compétences propres de chaque Etat membre et obéissent à des règles internes spécifiques, distinctes d'un Etat membre à l'autre. Egalement, le règlement ne devrait pas trouver à s'appliquer pour la responsabilité de l'Etat pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique («*acta jure imperii*»). En outre, seraient aussi exclus du règlement portant une eurohypothèque les régimes matrimoniaux et patrimoniaux<sup>1191</sup>, il ne pourrait donc pas y avoir d'hypothèque entre époux, de même que les testaments et successions ou encore les hypothèques permettant de garantir des

---

<sup>1191</sup> Expression européenne qui renvoie aux règles applicables au patrimoine d'un couple international ayant conclu un mariage ou un partenariat enregistré. Ce domaine fait actuellement l'objet d'une proposition d'harmonisation par la Commission européenne (v. IP/16/449 du 2 mars 2016).

créances nées après l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation, puisque le droit européen n'est pas encore complètement harmonisé à ce sujet. Certains biens devraient aussi être exclus du champ d'application de l'eurohypothèque, notamment les biens culturels ou ceux qui ne peuvent faire l'objet d'une saisie. A ce sujet, le droit du for du bien devra déterminer les biens considérés comme insaisissables par l'Etat membre. Enfin, en vue de protéger au mieux le consommateur, il conviendrait d'interdire la conclusion d'une eurohypothèque sur un bien immobilier qui constitue la résidence principale. Seules les résidences secondaires ou professionnelles pourraient ainsi être grevées d'une eurohypothèque. Celles-ci pourraient d'ailleurs constituer « l'élément transfrontière » nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure européenne comme l'eurohypothèque, si elles sont situées dans un Etat membre distinct de celui du domicile des parties.

**271. *Un élément transfrontière.*** En matière de sûreté paneuropéenne, le critère du domicile du défendeur oblige à exclure nombre de situations. Le critère du bien semble plus approprié puisqu'il permet de prendre en compte les situations où créancier et constituant se situent sur un même Etat membre mais où le bien est situé sur le territoire d'un autre Etat membre. Si les situations purement internes, c'est-à-dire celles où tous les éléments se situent sur un même territoire peuvent être exclues, la localisation du bien comme critère de rattachement permettra de prendre en compte les situations comprenant un élément d'extranéité. Ainsi, la situation transfrontière qui permettra de constituer une eurohypothèque devrait être celle où le bien faisant l'objet de la sûreté est situé dans un Etat membre autre que celui dans lequel le créancier, ou le constituant, est domicilié. Cette appréciation pourrait avoir lieu lors de la constitution de l'eurohypothèque et plus spécifiquement lors de son inscription au registre, dont la date ferait foi. Afin que cette procédure européenne d'eurohypothèque soit effective dans l'espace européen, elle ne devrait pas être restreinte par des définitions trop précises et devrait adopter une approche fonctionnelle des principaux termes la constituant.

**272. *Définitions fonctionnelles et homogènes.*** Le groupe de travail « *Eurohypothec : a common mortgage for Europe* » propose dans ses Lignes directrices une définition de l'eurohypothèque qui refuse le principe de l'accessoire<sup>1192</sup>. S'il est vrai que l'absence du

<sup>1192</sup> « L'Eurohypothèque est une dette foncière non accessoire grevant le droit de propriété et garantissant au titulaire le paiement d'une certaine somme d'argent. En général, elle est accompagnée par une

principe de l'accessoire permet une souplesse de la sûreté vis-à-vis de la créance en raison de son caractère purement abstrait, et qu'elle est de ce fait très facilement réutilisable, il semble cependant que le caractère accessoire puisse constituer un frein à l'adoption par l'Union européenne du règlement. En effet, nombre de législations d'Etats membres possèdent une forme d'accessoire dans leurs sûretés réelles immobilières. Par ailleurs, certains Etats membres qui s'étaient volontairement détachés du principe de l'accessoire ont récemment instauré une forme de principe de l'accessoire. C'est le cas notamment de l'Allemagne et de la *Grundschild*. Dans la mesure où l'eurohypothèque pourrait être la première étape de la construction d'un droit européen des sûretés, il convient de retenir le dénominateur le plus protecteur des relations de garanties et le plus à même de convaincre les Etats membres du bien fondé d'une hypothèque paneuropéenne, ou tout du moins, de son absence de nocivité pour les sûretés. En revanche, ce principe de l'accessoire devrait être adapté aux exigences contemporaines d'un besoin rapide, presque immédiat de crédit. Pour reprendre la définition du groupe paneuropéen, l'eurohypothèque pourrait ainsi être « une dette foncière grevant le droit de propriété et garantissant au titulaire le paiement d'une certaine somme d'argent, accompagnée par une convention de garantie ». Cette dernière pourrait être définie, pour reprendre la définition proposée par l'Eurohypothec group, comme « une convention contractuelle par laquelle le propriétaire constitue une Eurohypothèque comme garantie en faveur du futur titulaire de l'Eurohypothèque »<sup>1193</sup>. En vue de conserver une homogénéité des textes européens, les autres définitions, plus généralistes, devraient s'assimiler à celles précédemment définies par le législateur de l'Union européenne. Ainsi, une créance pourrait être désignée grâce à des critères similaires à ceux de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. La créance pourrait ainsi être un « droit au paiement d'une somme d'argent d'un montant déterminé qui est devenue exigible ou un droit au paiement d'une somme d'argent d'un montant déterminable découlant d'une transaction ou d'un événement qui a déjà eu lieu, pour autant que cette créance puisse être produite en justice ». Il en est de même de la définition d'un créancier, qui pourrait être assimilé à « une personne physique domiciliée dans un État membre ou une personne morale domiciliée dans un État membre ou toute autre entité domiciliée dans un État membre ayant la capacité juridique d'ester en justice au titre du droit d'un État membre, qui

---

convention de garantie » v. Point 2.1. des Lignes directrices proposées par le groupe *Eurohypothec : a common mortgage for Europe*, disponible sur [housing.uv.cat](http://housing.uv.cat), ci-après « Lignes directrices ».

<sup>1193</sup> Art. 4.1 des Lignes directrices.

garantit un prêt de somme d'argent ou souhaite recouvrer le montant de sa créance en application du droit qu'il détient sur un immeuble ». La définition du débiteur pourrait aussi être reprise de la rédaction de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. Ainsi, le débiteur pourrait être « une personne physique ou une personne morale ou toute autre entité ayant la capacité juridique d'ester en justice au titre du droit d'un État membre, à l'égard de laquelle le créancier cherche à obtenir le paiement de sa créance ». Naturellement, le critère du domicile, qui permet de vérifier s'il existe bien un élément transfrontière dans le cadre d'une eurohypothèque, ne serait pas précisément défini. Dans la mesure où sa détermination relève de compétence propre aux Etats puisque cela tient de l'état des personnes, il conviendrait, dans le cadre d'un règlement instaurant une eurohypothèque, de renvoyer la définition du domicile aux articles 62 et 63 du règlement n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, lequel renvoie ensuite aux règles internes de chaque Etat membre. Enfin, l'élément certainement le plus important de l'eurohypothèque devrait être la convention de garantie. Celle-ci a été définie par le groupe de travail Eurohypothec comme la convention qui « détermine les conditions sous lesquelles le titulaire de l'Eurohypothèque peut garder et exécuter l'Eurohypothèque ». Le groupe précise dans le second paragraphe du point 2.2 des Lignes directrices, que « la convention de garantie et le contrat de crédit ne sont pas identiques » mais qu'ils « peuvent être traités dans le même document ». Cette précision ne remet pas en cause la présence du principe de l'accessoire. Elle permet seulement de l'assouplir, grâce à la séparation entre la convention de garantie et le contrat de crédit, en laissant la possibilité de recharger l'eurohypothèque initiale conclue. A l'instar du droit français, au sein des conditions de forme devrait être précisée la possibilité de recharger, ou non, l'eurohypothèque selon les souhaits du constituant. En vue de conserver une homogénéité des textes européens, les autres définitions, plus généralistes, devraient s'assimiler à celles précédemment données par le législateur de l'Union européenne. Notamment, une créance pourrait être désignée grâce à des critères similaires à ceux de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. La créance pourrait ainsi être un « droit au paiement d'une somme d'argent d'un montant déterminé qui est devenue exigible ou un droit au paiement d'une somme d'argent d'un montant déterminable découlant d'une transaction ou d'un événement qui a déjà eu lieu, pour autant que cette créance puisse être produite en justice ». Il en est de même de la définition du créancier, qui pourrait être « une personne physique domiciliée dans un Etat membre ou une

personne morale domiciliée dans un Etat membre ou toute autre entité domiciliée dans un Etat membre ayant la capacité juridique d’ester en justice au titre du droit d’un Etat membre, qui garantit un prêt de somme d’argent ou souhaite recouvrer le montant de sa créance en application du droit qu’il détient sur un immeuble ». La définition du débiteur pourrait aussi être reprise de la rédaction de l’ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. Ainsi, le débiteur pourrait être « une personne physique ou une personne morale ou toute autre entité ayant la capacité juridique d’ester en justice au titre du droit d’un Etat membre, à l’égard de laquelle le créancier cherche à obtenir le paiement de sa créance ». Naturellement, le critère du domicile, qui permet de vérifier s’il existe bien un élément transfrontière dans le cadre d’une eurohypothèque, ne serait pas précisément défini. Dans la mesure où sa détermination relève de la compétence propre aux Etats puisqu’il s’agit de l’état des personnes, il conviendrait, dans le cadre d’un règlement instaurant une eurohypothèque, de renvoyer la définition du domicile aux articles 62 et 63 du règlement n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, lequel renvoie ensuite aux règles internes de chaque Etat membre. De même que les définitions, les règles de constitution de l’eurohypothèque devraient répondre au plus grand dénominateur commun des Etats membres.

## 2. Les règles de constitution de l’eurohypothèque

273. La constitution de l’eurohypothèque doit répondre, comme dans les droits européens nationaux, à des règles de fond (a), comme de forme (b).

### a. Les règles de constitution de fond

274. **Règles de constitution de fond relatives au constituant.** Il est constant de retrouver, dans les systèmes de chaque Etat membre, sensiblement les mêmes règles quant aux conditions de fond nécessaires à la constitution d’une hypothèque. Il faut ainsi que le constituant soit propriétaire, qu’il soit capable et qu’il ait le pouvoir de grever son immeuble. Si la règle relative au droit de propriété est identique dans chaque Etat membre et permet de garantir qu’un tiers ne grèvera pas un immeuble dont il n’est pas propriétaire, cela n’est pas le cas des règles relatives à la capacité et au pouvoir qui varient selon le droit de l’état des personnes de chaque Etat membre. Dans le cadre d’une eurohypothèque, il semblerait opportun de renvoyer au droit national de chaque Etat membre les questions relatives à la capacité et au pouvoir. Ainsi, seule la condition d’avoir la qualité de propriétaire devrait apparaître dans l’eurohypothèque. Une mention relative à la capacité et au pouvoir devrait



permettre de renvoyer au droit national du constituant. Les règles de constitution de fond relatives à la créance doivent aussi être précisées afin d'être harmonisées pour ne pas être laissées au libre choix des Etats membres, ce qui nuirait à l'objectif d'harmonisation.

**275. Règles de constitution de fond relatives à la créance.** Il semble peu judicieux de limiter l'eurohypothèque aux créances seulement présentes. Les créances futures, à condition qu'elles soient déterminables, pourraient aussi être garanties par une eurohypothèque. Dans la mesure où le principe de spécialité est commun aux Etats membres de l'Union européenne, des mentions obligatoires précisant la créance future garantie devraient être requises à peine de nullité. En France, il faut aussi que les créances futures aient une cause afin que l'hypothèque ne dégénère pas en cautionnement indirect, ce qui est frappé de nullité. Dans la mesure où la cause est supprimée du droit français et que d'autres Etats européens ne possèdent pas cette notion, il semble peu utile d'imposer la présence d'une cause pour garantir des créances futures. En revanche, pour éviter les risques d'abus, il est non seulement important que les créances futures soient déterminables mais également il semble opportun d'accepter que l'eurohypothèque soit rechargeable. En effet, en permettant au constituant de recharger l'hypothèque dès lors que de nouveaux besoins de crédit apparaissent, ce dernier n'aura pas à garantir des créances futures qui pourraient être indéterminables. Dans la mesure où il est indispensable, pour la réussite de ce projet, de prendre en compte l'éventuelle vulnérabilité du consommateur, celui-ci devra être protégé par un formalisme satisfaisant. Cela se traduit, au regard des règles de fond relatives à la constitution de l'eurohypothèque, par l'obligation de déterminer le montant de la créance garantie. Une simple estimation devrait être interdite pour éviter que le consommateur ne conclue l'eurohypothèque pour un montant de créance indéterminé. Toutefois, il serait judicieux d'inclure la possibilité pour les parties de réévaluer, à date fixe ou dès lors qu'elles le souhaitent, le montant de la créance. Si le montant de la créance peut être indéterminé, tant qu'il est déterminable, il en est de même des conditions relatives à l'assiette de l'eurohypothèque.

**276. Règles de constitution de fond relatives à l'assiette.** L'intérêt de l'eurohypothèque est de garantir des crédits immobiliers transfrontières par le biais d'un instrument unique sur le territoire de l'Union européenne. Le marché de l'immobilier est en constante augmentation dans l'espace européen, que ce soit par le biais d'achats de biens immobiliers sur plans ou déjà construits. En conséquence, il est préférable que

l'eurohypothèque porte sur des immeubles présents comme futurs, à condition que ces derniers soient déterminables. Le bien immobilier qui constituera l'assiette de l'eurohypothèque devra dans tous les cas être disponible sous peine de nullité. Les conditions de fond ayant été envisagées, il convient maintenant de préciser les conditions de forme de l'eurohypothèque.

b. Les règles de constitution de forme

277. **Règles de constitution de forme relatives à l'acte.** Si en France le passage devant le notaire est indispensable pour constituer une hypothèque, cela n'est pas le cas dans d'autres pays européens. Il est vrai que l'obligation de recourir à un acte notarié permet de s'assurer de la validité des actes d'hypothèque conclus et de garantir qu'une information impartiale a été donnée au constituant. L'acte notarié agit alors comme un garant de la transparence de l'opération juridique puisque tant les mentions que la portée de l'engagement, sont connus par les deux parties. Au niveau européen, il apparaît très difficile d'imposer à certains Etats qui ne connaissent pas la fonction de notaire la création de postes d'officiers ministériels. Par ailleurs, dans la mesure où l'acte notarié a certes une valeur de condition de forme sanctionnée par la nullité absolue, mais a seulement une fonction de vérification par un tiers impartial de l'acte conclu et de ses conséquences, cette protection semble pouvoir être acquise différemment. Ainsi, une convention de garantie certifiée par un avocat, comme le permet l'acte d'avocat sous seing privé, régulièrement conclue au regard des exigences de la loi d'autonomie des parties ou de la loi ayant les liens les plus étroits avec la situation, pourrait suffire à constituer l'eurohypothèque. Certaines mentions supplémentaires, comme le nom des parties, la date de la convention, le montant de la créance garantie, les conditions de remboursement et éventuellement une clause de rechargement devraient aussi être incluses dans l'acte de garantie. Moins onéreux et pratiqué dans l'ensemble des pays européens, l'acte d'avocat pourra être une solution de compromis alliant la sécurité juridique, la souplesse et la réduction des coûts nécessaires. Par ailleurs, les mesures de publicité devraient être exigées sous peine de nullité absolue afin de protéger au mieux les parties.
278. **Règles de constitution de forme relatives à la publicité.** Certains systèmes européens font de la publicité une mesure constitutive de l'hypothèque, tandis que pour d'autres, ce n'est qu'une mesure déclarative, qui permet d'opposer l'acte aux tiers. Dans la mesure où

l'eurohypothèque ne serait pas nécessairement conclue par un notaire, il est important de renforcer les mentions obligatoires indispensables dans l'acte de publicité et de faciliter l'accès à l'information. A ce sujet, la publicité de l'eurohypothèque conclue pourrait avoir lieu sur un registre interconnecté européen de publicité foncière, similaire au système EULIS. Dans ce cas, cela signifierait que les données sont accessibles par l'Internet et qu'elles sont aussi, en conséquence, transmissibles par ce mode d'information. Ensuite il serait primordial de préciser que seule l'inscription dans le registre permet une opposabilité de la sûreté aux tiers. Par ailleurs, le montant exigible de la créance, le nom et la qualité du titulaire, le bien grevé et une éventuelle clause de rechargement devraient pouvoir être précisés dans l'acte de publicité<sup>1194</sup>. Enfin, pour faire de la publicité une véritable condition *sine qua non* de l'eurohypothèque, l'inscription devrait être attributive de rang. De ce fait, le créancier sera particulièrement diligent pour inscrire l'eurohypothèque conclue puisque la date d'inscription déterminera son rang de paiement. Ainsi, la publicité de l'eurohypothèque serait nécessaire à sa constitution et ne serait pas seulement une condition pour que la sûreté soit opposable aux tiers. En ce sens, toute information fautive ou inexacte devrait entraîner le paiement de dommages et intérêts. Par ailleurs, le registre de publicité jouerait aussi un rôle dans l'extinction de l'eurohypothèque. En effet, pour que cette dernière soit intéressante, le principe de l'accessoire devrait être assoupli : le paiement de la créance garantie ne devrait pas automatiquement entraîner l'extinction de l'eurohypothèque. Aussi, la radiation du registre interconnecté européen de publicité après consentement exprès du créancier et du constituant serait le seul mode d'extinction de l'eurohypothèque. De même, la transmission de l'eurohypothèque ou le rechargement de celle-ci ne pourrait être valable et opposable aux tiers qu'en étant enregistré et inscrit dans le registre interconnecté européen de publicité. Les conditions et le champ d'application de l'eurohypothèque ayant été définis, il convient d'envisager ses effets et sa réalisation. Ceux-ci devraient

<sup>1194</sup> Ces données sont personnelles et devraient à ce titre être protégées. Il conviendrait de reprendre les termes du considérant n°44 de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire : « Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il vise à garantir le respect de la vie privée et familiale, la protection des données à caractère personnel, le droit de propriété et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial établis respectivement aux articles 7, 8, 17 et 47 de celle-ci » et du considérant n°45 « Dans le cadre de l'accès aux données à caractère personnel et de l'utilisation et de la transmission de celles-ci, au titre du présent règlement, il convient de respecter les exigences de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil (7), telle qu'elle a été transposée dans le droit national des États membres » ainsi que ceux de l'article 47 point 1 de l'ordonnance européenne de saisie conservatoire : « Les données à caractère personnel recueillies, traitées ou transmises au titre du présent règlement sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard de la finalité pour laquelle elles ont été recueillies, traitées ou transmises et ne sont utilisées qu'à cette fin ».

concilier efficacité et fonctionnalité afin que l'eurohypothèque soit utilisée massivement dans l'Union européenne.

## **B. Réalisation et effets de l'eurohypothèque**

**279.** Certains effets découlent de la constitution de l'eurohypothèque (1). Par ailleurs, la réalisation de l'eurohypothèque, lors d'une procédure d'insolvabilité comme dès la défaillance du débiteur, doit être facilitée et doit protéger les droits du créancier afin d'être acceptée par les Etats membres (2).

### **1. Effets de l'eurohypothèque**

**280.** *Effets de l'eurohypothèque sur les prérogatives des parties.* Hors réalisation, l'eurohypothèque devrait permettre au constituant de jouir intégralement du bien tant qu'il ne porte pas atteinte à sa valeur. En effet, dans la mesure où le créancier n'a qu'un droit sur la valeur, le constituant pourrait rester libre d'habiter le bien, de le louer ou encore même de le vendre. L'eurohypothèque accorderait ainsi au créancier un droit de suite, ce qui lui permettrait de ne pas être impacté par la vente du bien. En revanche, le droit sur la valeur du bien que détient le créancier obligerait en contrepartie le constituant à ne pas détruire le bien sinon il porterait atteinte à la valeur du bien. Les parties ayant chacune des prérogatives découlant de l'eurohypothèque conclue, elles devraient pouvoir les faire reconnaître automatiquement sur le territoire de l'Union européenne.

**281.** *Effets de l'eurohypothèque sur le territoire de l'Union européenne.* En vertu du principe de reconnaissance mutuelle entre les Etats membres, il convient de préciser qu'une eurohypothèque valablement constituée dans un Etat membre pourrait circuler et être reconnue dans les autres Etats membres. Cela ne nécessiterait pas de la part d'une ou des deux parties de recourir à une procédure spéciale ou d'obtenir une déclaration constatant sa validité. L'eurohypothèque produirait ainsi son effet dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Si ces précisions peuvent sembler peu à propos dans le cadre d'une eurohypothèque puisque le bien immobilier n'est pas amené à circuler, elles pourraient toutefois constituer des prémices si la procédure d'une sûreté paneuropéenne était élargie à des biens mobiliers, comme aux Etats-Unis ou au Québec notamment. Enfin, pour que l'eurohypothèque soit attractive, elle devrait être abordable financièrement.

**282. *Montant des frais.*** Afin de rendre l'eurohypothèque attractive et de respecter le principe de non discrimination, le groupe Eurohypothèque propose que les Etats membres perçoivent « *l'impôt d'Etat sur la constitution de la garantie et non pas sur le contrat de garantie* »<sup>1195</sup>. Cela permettrait d'éviter une double imposition dans deux ou plusieurs Etats membres différents. Par ailleurs, cet impôt devrait être, dans l'idéal, identique dans chaque Etat membre. Néanmoins, la matière fiscale relève des compétences propres aux Etats membres et ne peut donc pas être harmonisée, même de façon minimale, par le législateur de l'Union européenne. Les effets de l'eurohypothèque ayant été envisagés, il convient maintenant de s'intéresser à sa mise en œuvre, c'est-à-dire à sa réalisation.

## 2. Réalisation de l'eurohypothèque

**283. *Réalisation de l'eurohypothèque hors procédure d'insolvabilité.*** Il n'apparaît pas la présence d'un véritable droit européen de l'exécution immobilière en Europe puisque « *ce qui frappe c'est la très grande diversité des situations. Dans certains Etats, la réforme reste à faire, mais les solutions traditionnelles en vigueur ne correspondent pas nécessairement à celles du droit français* »<sup>1196</sup>. Pour autant, une solution susceptible d'intéresser tous les Etats membres doit être trouvée afin que l'eurohypothèque soit instaurée car « *la qualité d'un droit de gage immobilier dépend de l'efficacité de l'exécution forcée. Cela veut dire que l'exécution forcée doit être efficace* »<sup>1197</sup>. Le créancier possède un droit sur la valeur, ce qui signifie qu'il peut prétendre à récupérer la somme restante que le constituant, en raison de sa défaillance, ne lui a pas remboursée. Le meilleur moyen, qui est aussi la solution la plus répandue dans l'Union européenne, est la vente du bien grevé. Celle-ci devrait se faire avant toute chose par une procédure amiable. Si jamais une vente amiable n'est pas possible il est souvent question de passer devant un juge de l'exécution lequel a compétence pour mettre le bien aux enchères. Toutefois, cette procédure est souvent décriée ; non seulement le constituant y est souvent très réticent, ce qui complique le déroulement de la saisie, mais également créancier et débiteur sont soumis aux aléas des enchères. Enfin, la procédure est en elle-même assez longue et fastidieuse, ce qui ne favorise pas un développement du crédit transfrontière. Certains droits européens ont mis ainsi en place une déjudiciarisation de cette procédure,

<sup>1195</sup> Lignes directrices point 10.

<sup>1196</sup> PH. HOONAKKER, « Présentation générale : une confrontation thématique et partielle », in PH. HOONAKKER (dir.), *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, Coll. Droit et Procédures, 2005, p.2, n°2.

<sup>1197</sup> Lignes directrices, point 8.

en reconnaissant un rôle important à certains auxiliaires de justice, comme le notaire en droit belge ou l'huissier en droit portugais<sup>1198</sup>. De plus, l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, comme l'injonction de payer européenne, reconnaissent une forme possible de déjudiciarisation des procédures de recouvrement de créances. En respectant le droit à un procès équitable prévu à l'article 6 §1 de la convention EDH et l'article 1 du protocole additionnel n°1 relatif à la protection des biens, il serait possible de mettre en place une exécution forcée qui serait conduite, a minima par une « autorité compétente » qui appliquerait sa *lex fori* et a maxima par une procédure en ligne, identique pour tous dans le territoire de l'Union européenne, à condition que l'accès à la justice soit respecté pour les deux parties<sup>1199</sup>. Le groupe Eurohypotheq proposait d'enfermer le recouvrement de la créance dans un délai de douze mois<sup>1200</sup>. Il semble qu'un délai précis, et par ailleurs si court, soit peut être utopiste en vue de l'instauration d'une première législation européenne en matière de sûretés. Une autre solution consisterait plus simplement à introduire un article précisant que l'exécution forcée doit être effectuée dans les plus brefs délais. Enfin, il semble plus aisé de ne pas proposer de système de purge dans le règlement instaurant une eurohypothèque car tous les systèmes ne connaissent pas ce mécanisme. Par ailleurs, cette procédure est souvent difficile en raison de formalités assez conséquentes (notamment lors de purge formelle). D'autre part, la purge amiable nécessite un passage devant notaire, lequel n'est pas présent dans tous les droits européens et la purge automatique renvoie à des prérogatives régaliennes, qui à défaut d'harmoniser la procédure d'hypothèque risqueraient plutôt de la diviser selon les acquéreurs que chaque système souhaite particulièrement protéger.

**284. Réalisation de l'eurohypothèque lors d'une procédure d'insolvabilité.** Le groupe Eurohypotheq proposait de ne pas changer le rang du créancier titulaire d'une eurohypothèque même si le débiteur est dans une procédure d'insolvabilité. Cela semble en effet être la solution la plus attractive pour que les créanciers concluent une eurohypothèque. En effet, les nouvelles techniques de sûretés se caractérisent toutes par la recherche d'une exclusivité, afin de se prémunir des éventuelles impossibilités de

<sup>1198</sup> J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une déjudiciarisation de la saisie immobilière : une approche comparative », in PH. HOONAKKER (dir.), *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, op. cit., p.51-64.

<sup>1199</sup> J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998. V. aussi les arrêts CJUE, *Rudolfs Meroni*, 25 mai 2016, précité, E. BONIFAY, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'exequatur des décisions judiciaires », *D.* 2016, p. 1636 ; CJUE, *Emmanuel Lebek c. Janusz Domino*, 7 juillet 2016, précité.

<sup>1200</sup> Lignes directrices point 8.1.

paiement en raison d'un bouleversement des rangs de priorité. En conséquence, « *l'ordre de rang des créances ne doit pas changer au détriment de l'eurohypothèque, à l'exception des dépenses de l'administrateur d'insolvabilité auxquelles il est possible d'accorder un rang supérieur* »<sup>1201</sup>. Dans cette perspective, il serait intéressant de faire coordonner la réalisation de l'eurohypothèque avec l'article 8 point 1 du règlement insolvabilité du 20 mai 2015 qui prévoit que « l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre »<sup>1202</sup>.

285. En somme, l'eurohypothèque peut constituer la première étape de l'harmonisation des sûretés car « si l'on raisonne sur l'hypothèse du crédit immobilier, l'hypothèque étant la sûreté-reine, un établissement bancaire belge qui consent un crédit à un français propriétaire d'un immeuble en France aurait tout intérêt à disposer d'une procédure de saisie immobilière harmonisée, européenne. Même si l'on ne parvient pas à une réelle uniformisation, les exigences de l'Union européenne pèseront fortement sur les droits nationaux »<sup>1203</sup>. Accessible, cette harmonisation des hypothèques ouvrirait par la suite la voie à une réforme de plus grande ampleur, indispensable dans les prochaines années pour l'Union européenne. L'eurohypothèque devrait s'accompagner de l'instauration d'un registre interconnecté européen de publicité, seul moyen de garantir une circulation des biens dans l'espace européen sans nuire aux droits des créanciers, grâce à l'opposabilité transparente et efficace qu'il permet.

## **Section II. Instauration d'un registre interconnecté européen de publicité**

286. Dans son Livre vert du 19 juillet 2005, la Commission notait que les registres fonciers des États membres étaient davantage accessibles aux citoyens de l'Union européenne en

---

<sup>1201</sup> Lignes directrices point 9.1.

<sup>1202</sup> Le point 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *précité*, est complété par le point 2 a) qui reconnaît cette possibilité en matière d'hypothèque.

<sup>1203</sup> N. FRICERO, « Les exigences actuelles du droit européen : une exécution effective et humaine », in PH. HOONAKKER (dir.), *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, *op. cit.*, p.10.

raison du système EULIS<sup>1204</sup> (*European Union Land Information Service*). Celui-ci constitue la première concrétisation d'une volonté de faciliter l'accès à la publicité des sûretés réelles, notamment hypothécaires (§I). La mise en ligne de l'*European Business Register*<sup>1205</sup>, qui regroupe la plupart des registres nationaux de commerce et des sociétés, montre que le droit européen prend de plus en plus en compte l'interconnexion des registres nationaux. Cela se confirme avec la mise en ligne prochainement, à compter du 26 juin 2018, d'un registre interconnecté européen de l'insolvabilité qui regrouperait les données des registres nationaux de chaque Etat membre, dans lesquels ceux-ci publient les données relatives aux insolvabilités<sup>1206</sup>. De ce fait, comme la plupart des droits européens exigent une publicité des sûretés réelles, au moins à des fins d'opposabilité, puisque les sûretés avec dépossession sont de moins en moins usitées, et que les biens sont davantage amenés à circuler sur le territoire européen, le système EULIS ne peut être que les prémices à l'instauration d'un registre interconnecté européen de publicité<sup>1207</sup> (§II).

### **§I. Le système EULIS, premier pas d'une prise en compte de la publicité foncière au niveau européen**

**287. Présentation.** Le système EULIS a d'abord été créé par la Commission européenne comme un projet-pilote. En 2007, la Commission européenne a réitéré sa volonté de développer le réseau EULIS qui fait partie du programme eContent de la Commission<sup>1208</sup>. En 2008, par le biais d'une Recommandation, la Commission a encouragé les Etats membres à adhérer au projet EULIS. La particularité du système EULIS « réside dans le fait qu'il ne présuppose aucune harmonisation préalable des différents systèmes de publicité foncière et qu'il se contente de renvoyer vers les systèmes nationaux existants, auxquels il donne accès »<sup>1209</sup>. C'est donc un système facultatif pour les Etats membres, qui peuvent choisir de mettre en ligne leurs systèmes de registres fonciers.

<sup>1204</sup> Livre vert point 64.

<sup>1205</sup> Ebr.org (consulté le 1<sup>er</sup> août 2016).

<sup>1206</sup> Art. 24 et 25 du règlement 2015/848, relatif aux procédures d'insolvabilité, précité.

<sup>1207</sup> Finalement, la publicité foncière n'est pas une « mal aimée », v. M. GOBERT, *La publicité foncière, cette mal aimée*, Etudes offertes au professeur Jacques Flour, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979, p. 207 et s.

<sup>1208</sup> Livre Blanc sur l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire du 18 déc. 2007, précité, point 4.2.

<sup>1209</sup> E. Van Den Haute, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire, perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, op. cit., p. 106, n°103.



**288. *Intérêt du réseau EULIS.*** Toute personne peut accéder à des liens qui renvoient vers les sites nationaux de publicité foncière, lorsque ceux-ci ont été publiés par les Etats membres. En tant que professionnel du droit (notaire, huissier, avocat), et sous condition d'enregistrement préalable, il est possible d'avoir accès à l'ensemble des données de publicité foncière d'un pays si celui-ci a accepté de les rendre accessibles. Le système EULIS permet d'accéder à deux formes de données. En premier lieu des données générales relatives à la publicité foncière d'un Etat. Par exemple, il est possible de savoir qu'en Espagne, en 2013, 689.875 transferts de propriété ont été enregistrés et 331.261 d'entre eux ont été garantis par une hypothèque<sup>1210</sup>. Egalement, le système EULIS donne accès à des explications sur les autorités internes compétentes en matière de service de publicité foncière, leur localisation et quelques explications relatives à l'obtention du titre de publicité foncière. La présentation est succincte mais suffisante pour avoir un aperçu de la situation dans l'Etat demandé. En second lieu, en tant que professionnel, il est possible d'accéder à des informations sur un bien immobilier précis. Après avoir livré les caractéristiques de l'immeuble, il est possible, seulement pour un professionnel, de savoir si le bien est grevé ou non, l'identité du propriétaire, ou encore d'avoir accès aux données du cadastre. Ces données, très personnelles, sont ainsi accessibles à tout professionnel si l'Etat membre a accepté de les communiquer.

**289. *La question de la protection des données personnelles.*** Au nom de la protection des données personnelles fournies il est possible de s'interroger sur la constitutionnalité de certaines mesures<sup>1211</sup>. Toutefois, le législateur européen indique que « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel, conformément à l'article 7 A du traité, la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un Etat membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés »<sup>1212</sup>. La circulation des données est ainsi un élément indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur à condition qu'elle soit

<sup>1210</sup> [eulis.eu/service/countries-profile/spain/](http://eulis.eu/service/countries-profile/spain/) (consulté le 16/06/2016).

<sup>1211</sup> V. not. en France la question prioritaire de constitutionnalité renvoyée par le Conseil d'Etat au Conseil constitutionnel (CE réf. 22 juillet 2016, n°400913) au sujet d'une possible violation par le registre public des trusts (D. n°2016/567, 10 mai 2016, JO 11 mai 2016) du droit au respect de la vie privée et de la libre disposition de ses biens qui est toujours pendante.

<sup>1212</sup> Cons. 3 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 – 0050.

encadrée par le droit. Le règlement du 27 avril 2016<sup>1213</sup> reconnaît dans son considérant 1 que « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental. L'article 8, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée «Charte») et l'article 16, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposent que toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant »<sup>1214</sup>. Le considérant 2 du règlement ajoute qu'il « vise à contribuer à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques »<sup>1215</sup>. Pour ce faire, les données personnelles collectées doivent être « traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (...), collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités ». Elles doivent aussi être « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données), exactes et, si nécessaire, tenues à jour (...) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (...) et traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité) »<sup>1216</sup>. Le législateur prend en compte la protection des données personnelles, ce qui permet de ne pas remettre en question l'existence d'un registre interconnecté européen de publicité. Celui-ci cependant, peut conserver des données personnelles ou réelles. Au regard des critères posés par le règlement pour reconnaître le bien-fondé d'une collecte de données, et notamment limiter celle-ci « à ce qui est nécessaire au regard des finalités », le système EULIS de publicité de données réelles semble respectueux de ces exigences.

---

<sup>1213</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

<sup>1214</sup> Cons. 1 du Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *précité*.

<sup>1215</sup> Cons. 2 du Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *précité*.

<sup>1216</sup> Article 5 du Règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *précité*.

**290. *La publicité réelle, adéquation entre la protection des données personnelles et la nécessité d'un registre interconnecté européen des sûretés.*** « Actuellement, la connaissance est organisée par le biais de deux catégories d'information. La première a trait à la personne titulaire d'un droit de propriété. Elle recouvre les données personnelles. (...). La seconde catégorie de données concerne les informations relatives aux immeubles c'est-à-dire les informations réelles »<sup>1217</sup>. Les données personnelles disponibles sur le site EULIS relèvent non pas des personnes mais des biens immobiliers. Ainsi, il n'est pas possible de rechercher l'état de solvabilité d'une personne sur l'EULIS. L'accès n'est possible qu'en fonction du bien immobilier. Cela, il est vrai, implique un cadastre précis et des mises à jour régulières de l'état de propriété du bien. Néanmoins, ce système est garant de la protection des données concernant les personnes. En effet, « l'organisation de la publicité sur ce mode (publicité personnelle) pourrait être considérée comme excessive ou inadéquate, dès lors qu'en fournissant aux tiers des informations regroupées sur la fortune immobilière des propriétaires, le registre va au-delà de ce que doit être la finalité d'un système de publicité foncière »<sup>1218</sup>. Le système EULIS est ainsi en accord avec les exigences du règlement 2016/679 et un système européen de publicité élargi devrait respecter également une publicité réelle, et non personnelle. Pour autant, certains Etats semblent réfractaires ou peu intéressés par cette idée, en témoigne la faible participation des Etats au développement de l'EULIS.

**291. *Faible participation des Etats au développement de l'EULIS.*** Actuellement, seuls six Etats membres ont partagé intégralement leurs données sur le réseau EULIS. Seize autres Etats sont devenus membres du réseau et sont en train de diffuser, progressivement, une partie de leurs informations foncières. C'est également le cas de deux autres Etats, qui sans être membres du réseau partagent tout de même une partie de leurs informations nationales. Enfin, dix autres Etats sont actuellement dans le processus d'intégration pour devenir membres du réseau et douze autres Etats, au nombre desquels la France et l'Allemagne notamment, ne sont pas membres et n'ont pas fait de démarches pour le devenir<sup>1219</sup>. Il faut reconnaître qu'il existe certains obstacles au développement de l'EULIS. Pour les pays non dotés d'un cadastre, ou même pour ceux en possédant un,

<sup>1217</sup> E. SANDER, « La publicité foncière : vers des registres en ligne ? », in PH. HOONAKKER (dir.), *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, op. cit., p.23, n°35-37.

<sup>1218</sup> E. VAN DEN HAUTE, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire, perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, op. cit., p. 112, n°108.

<sup>1219</sup> Informations disponibles sur [www.eulis.eu](http://www.eulis.eu)

toutes les données doivent être contrôlées et numérisées pour ensuite être mises à la disposition dans le système de l'EULIS. Toutefois, s'« *il est un domaine particulier dans lequel le rapprochement des droits européens peut être souhaitable, c'est celui de la publicité foncière. En dépend la création d'un véritable marché immobilier européen et en particulier d'un véritable marché hypothécaire de même dimension, condition de la réalisation de la libre circulation des capitaux. Un obstacle de taille s'oppose à ce rapprochement, le particularisme des régimes nationaux de publicité foncière* »<sup>1220</sup>. Pour parvenir à ce résultat, seul un acte contraignant pourrait obliger les Etats à fournir leurs données relatives à la publicité foncière, et d'une façon plus générale, à la publicité réelle.

## **§II. Le système EULIS, prémices d'un registre interconnecté européen de publicité réelle**

292. L'harmonisation de la publicité foncière semble être sur une bonne voie grâce au système EULIS. Celui-ci devrait cependant avoir une force contraignante pour les Etats membres afin qu'il soit complété par tous. Afin d'être véritablement performant, il devrait octroyer une valeur ajoutée pour la sûreté, comme sa validité. Dans le cadre d'une eurohypothèque, son caractère constitutif obligerait le constituant et le créancier à enregistrer la sûreté et à la publier. Le système EULIS permettrait ainsi une harmonisation du formalisme hypothécaire, lequel serait constitutif dès lors que la sûreté conclue est une eurohypothèque (A). Par ailleurs, un registre interconnecté européen de publicité pourrait être la solution au paradoxe européen. Face au déficit économique qu'entraîne la diversité des sûretés réelles existant sur le territoire européen, un système de publicité pourrait venir harmoniser ces dernières, sans pour autant imposer un instrument unique. En effet, depuis la création du *security interest*, si de nombreux regroupements d'Etats et d'organisations ont réfléchi à reprendre le système américain, cela n'a pas été le cas en droit européen. L'instauration d'un instrument unique semble ainsi prématurée. Les garanties internes, en attendant une harmonisation européenne indispensable, pourraient donc subsister. Cependant, un système de publicité commun permettrait de porter leur existence à la connaissance de tous et éviterait ainsi les conflits de créanciers ou de biens qui nuisent à la sécurité juridique du crédit, nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur (B).

---

<sup>1220</sup> F. ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du livre II du Code civil », *RTD Civ.* 2009, p.211, n°30.

### A. L'harmonisation de la publicité foncière par l'EULIS, corollaire de l'élaboration d'une eurohypothèque

293. *Les divergences de formalisme nuisent au développement du crédit hypothécaire transfrontière.* « S'agissant, en troisième lieu, du formalisme hypothécaire, sa portée est fort variable d'un Etat européen à l'autre : en France comme en Belgique, l'acte notarié conditionne la validité de l'hypothèque, l'inscription quant à elle, rend l'hypothèque opposable aux tiers et est attributive de rang ; en Allemagne, en Suisse, et en Italie, l'inscription sur un registre subordonne l'existence même de l'hypothèque ; en Espagne, l'inscription constitue un préalable au contrat de crédit immobilier, puisque c'est elle qui permet de mettre en œuvre le contrat principal »<sup>1221</sup>. Ces divergences aboutissent à refréner, avant toute conclusion d'une garantie hypothécaire, la volonté d'un constituant, en raison de l'incertitude liée au formalisme de cette sûreté. De plus, lorsqu'une hypothèque transfrontière se réalise, le problème de la reconnaissance des situations conclues à l'étranger se pose parfois, en raison de la différence de règles constitutives de publicité. Lorsqu'il ne s'agit pas de difficultés relatives à la reconnaissance de droits au créancier hypothécaire, le manque d'information peut ralentir la procédure de saisie vente du bien immobilier, ce qui est préjudiciable pour le créancier. Avant cela même, dès la constitution de la convention d'hypothèque, si le bien grevé ne se trouve pas sur le même territoire que celui où est passée la convention, des difficultés relatives à la détermination du bien peuvent se poser. L'eurohypothèque pourrait être un remède à ces obstacles. Dès lors qu'un élément est transfrontière, les parties pourraient, par souci de sécurité juridique, conclure une convention soumise à des règles européennes uniformes. Toutefois, celle-ci ne pourrait être efficace que si sa publicité était harmonisée. Cela soulève la question de la portée de la publicité. Doit-elle être seulement déclarative ou doit-elle être constitutive ? Pour s'assurer d'une transparence des garanties dans l'espace européen, les parties devraient être contraintes de publier leur eurohypothèque pour que cette dernière soit valide.
294. *Une publicité foncière harmonisée serait constitutive.* Il est vrai qu'« harmoniser la publicité foncière serait de nature à créer, dans certains systèmes, un véritable séisme juridique en matière contractuelle (...) »<sup>1222</sup>. Deux grands systèmes concernant la

<sup>1221</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op.cit., p.342, n°641.

<sup>1222</sup> E. VAN DEN HAUTE, « Intégration du marché européen bancaire : retour de l'euro-hypothèque au banc de touche? », op.cit., spéc. p. 433.

publicité s'opposent en droit européen. D'une part, certains Etats possèdent une publicité constitutive afin de pallier l'absence d'officier ministériel, comme le notaire, qui joue le rôle de protection de l'engagement des parties et qui enregistre la sûreté. D'autre part, d'autres systèmes reconnaissent à la publicité un simple rôle déclaratif, qui n'a de conséquence que sur l'opposabilité de la sûreté. Cela s'explique généralement par un enregistrement préalable de la sûreté qui permet de s'assurer de la présence et de la validité des mentions obligatoires. Dans le cadre d'une harmonisation sectorielle européenne des sûretés, le but est de concilier l'efficacité de la sûreté harmonisée avec la protection des tiers. Cette protection ne peut être réalisée que si les parties sont contraintes de publier l'eurohypothèque pour lui donner validité. En effet, une simple déclaration reviendrait à laisser libre choix aux parties de reconnaître une opposabilité ou non de la sûreté aux tiers. Or, si un tiers de bonne foi acquiert des droits hypothécaires sur un bien qui est déjà grevé, ce dont il ne serait pas informé, sa situation en cas de réalisation de l'eurohypothèque sera particulièrement délicate. L'obligation de déclarer l'eurohypothèque permettrait de ce fait d'opposer au tiers de bonne foi la sûreté conclue. Une publicité déclarative, en ce qu'elle serait trop dangereuse pour les tiers, ne peut être retenue pour harmoniser la publicité foncière dans l'espace européen. Par ailleurs, il a été conseillé « *de se concentrer sur ce qui intéresse au premier chef les opérations transfrontalières de crédit hypothécaire. Il s'agit, en d'autres mots, de permettre un accès paneuropéen aux données contenues dans chacun des systèmes nationaux de publicité foncière* »<sup>1223</sup>. Or, le développement de l'EULIS illustre des disparités. Certains Etats, à l'instar de l'Espagne, ont très rapidement souhaité devenir membre de ce service et ont partagé leurs données réelles. D'autres, au contraire, ne se sont pas manifestés. Instaurer une publicité constitutive, par le biais d'une directive, contraindrait les Etats réticents à numériser les données cadastrales et à partager les informations relatives à la publicité foncière.

295. ***La publicité, moyen de résolution des conflits de rang de priorité par la règle « Prior tempore potior jure ».*** Le créancier titulaire d'une eurohypothèque valablement conclue et publiée primerait les créanciers chirographaires. Entre deux créanciers titulaires d'une eurohypothèque, l'antériorité de l'un sera déterminée selon la date de la publication de l'eurohypothèque. Si un conflit se présente entre un créancier titulaire d'une

<sup>1223</sup> E. VAN DEN HAUTE, « Intégration du marché européen bancaire : retour de l'euro-hypothèque au banc de touche? », *op.cit.loc.cit.*

eurohypothèque premier en rang et un créancier second, titulaire d'une eurohypothèque assortie d'une convention de recharge, en vertu de la règle *prior tempore potior jure*, le premier primerait le second. En revanche, avec un créancier qui arriverait en rang trois, le créancier numéro deux, qu'il ait rechargé ou non sa première eurohypothèque, primerait le dernier créancier. La règle *prior tempore potior jure* serait donc d'application stricte. Cela semble être le seul moyen de régler au mieux les possibles conflits de rang.

**296. Informations contenues dans l'acte de publicité et moment de la publicité.** Dans la mesure où la publicité pourrait être une condition de validité de l'eurohypothèque, l'inscription devrait être faite par les parties rapidement. Concernant les informations contenues dans l'acte de publicité, le principe de spécialité, présent dans chaque Etat membre, devrait imposer certaines mentions obligatoires, comme la détermination du bien, de la créance, les modalités de remboursement et le délai de l'eurohypothèque. Ces mentions apparaissent comme les plus déterminantes pour un tiers afin de connaître l'étendue de la garantie et devraient donc être obligatoires. Même si « *la finalité de la publicité foncière est de procurer le plus grand nombre d'informations relatives à la situation juridique des immeubles* »<sup>1224</sup>, il semble plus fonctionnel dans le cadre d'une harmonisation européenne de n'exiger que les informations les plus caractéristiques, c'est-à-dire celles qui permettent d'identifier le bien, et la garantie qui peut lui être attachée. En outre, un assouplissement du principe de l'accessoire devrait être permis puisque la majorité des Etats membres converge vers une pondération de ce principe. L'insertion facultative d'une convention de rechargement pourrait être autorisée dans la convention de garantie initiale et être également portée à la connaissance des tiers dans le bordereau de publicité. Enfin, la radiation de l'eurohypothèque, mentionnée en marge du bordereau de publicité devrait être la seule cause d'extinction du droit hypothécaire. Cela nécessiterait de reconnaître un délai commun de péremption dans tous les Etats membres, ce qui apparaît non seulement improbable mais en plus peu opportun, la radiation pouvant suffire à éteindre un droit tout en garantissant la protection des tiers qui seraient directement informés.

**297.** En somme, le besoin d'une harmonisation de la publicité foncière répond à une nécessité de rapprocher les législations afin de développer le marché intérieur par le crédit

<sup>1224</sup> E. SANDER, « La publicité foncière : vers des registres en ligne ? », in PH. HOONAKKER (dir.), *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, op. cit., p.22, n°34.

hypothécaire transfrontière. Néanmoins, d'une manière générale le crédit transfrontière est peu exploité. Cela résulte d'une absence de rapprochement des législations en matière de sûretés réelles. « *La pluralité des sûretés crée en effet des dangers pour les flux juridiques et commerciaux, augmente les frais de négociation, alimente les incertitudes quant au droit applicable et incite les parties à mettre au point des stratégies, sus l'apparente protection de règles régissant un type de sûreté, dans le seul but d'éviter certaines prohibitions ou règles particulières affectant un autre genre de sûreté* »<sup>1225</sup>. Instaurer une sûreté réelle mobilière uniforme, comme le *security interest*, devrait être un but à atteindre mais non un projet à court terme. En effet, dans un domaine comme les sûretés, où le législateur européen s'est peu investi, l'insertion d'une sûreté mobilière paneuropéenne serait contre productive car les juristes n'ont pas la culture du crédit européen commun. En revanche, des règles de publicité communes pourraient déjà, à court terme, aider à résoudre les conflits mobiles.

#### **B. L'EULIS, socle d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles mobilières**

298. ***L'exemple du système d'opposabilité du security interest.*** Le *security interest* américain est une sûreté mobilière unique, circulant sur tout le territoire nord américain. « *Peu importe la nature corporelle ou incorporelle du bien concerné et la technique utilisée, toutes les garanties se voient placées « sous un même toit »*<sup>1226</sup>. *Au concept unique de security interest est attaché un régime juridique homogène, qu'il s'agisse de la création de la sûreté (attachment), de son opposabilité aux tiers (perfection) ou de sa réalisation (enforcement)* »<sup>1227</sup>. Les Etats-Unis ont ainsi réuni dans une appellation commune une garantie aux visages multiples en lui imposant un régime unique. « *En Europe, au contraire, les divers systèmes juridiques laissent coexister plusieurs types de sûretés réelles mobilières, certaines reposant sur la dépossession du constituant, d'autres s'opérant sans dessaisissement. Dans ce dernier cas, la majorité des droits européens exige la publicité du gage, pour protéger à la fois les droits des créanciers bénéficiaires*

<sup>1225</sup> A. CARRASCO PERERRA, « Les perspectives d'harmonisation du droit européen des sûretés », in Y. PICOD, P. CROCO, *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Coll. Dr et Proc., 2006, p. 71, n°108.

<sup>1226</sup> G. GILMORE, *Security interest in Personal Property*, vol. 1, 1965, Little Brown & Cie, p. 296 cité par N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, op. cit., p. 427, n°443.

<sup>1227</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, op. cit., p. 427, n°443.



*et ceux des tiers* »<sup>1228</sup>. Cette diversité ne concourt pas à une clarification des instruments de crédit. Outre le déficit d'attractivité économique du droit européen, les divergences dans les conditions d'opposabilité peuvent nuire au créancier lors de la réalisation du bien si celui-ci a été mobile et se situe désormais sur le territoire d'un Etat n'ayant pas les mêmes règles que l'Etat d'origine. Il semble important, pour le moment, de mettre de côté la création d'une sûreté mobilière européenne uniforme, les juristes européens ainsi que le législateur lui-même n'étant pas prêts à uniformiser le crédit mobilier. Mais en adoptant une démarche semblable à celle des rédacteurs de l'*Uniform Commercial Code*, il apparaît possible d'affecter à une même catégorie de sûreté, les sûretés réelles mobilières, des règles identiques d'opposabilité afin de limiter les conflits résultant de divergences nationales. Ainsi, « *afin de permettre la constitution et le développement des sûretés mobilières sans dépossession, les rédacteurs de Livre IX ont voulu instaurer un système uniforme de publicité écrite sur les registres publics. Il s'agissait alors d'harmoniser les divers régimes d'enregistrement qui pouvaient exister jusqu'alors, régimes souvent complexes et confus du fait de la multitude de registres* »<sup>1229</sup>. Une des forces du *security interest* réside alors dans ses règles communes et réduites d'opposabilité. Le *security interest* distingue plusieurs modes de *perfection*. Certains, comme la *perfection* automatique, temporaire ou par possession ou contrôle, sont propres à certains biens. Le mode d'opposabilité le plus répandu reste la publicité écrite. Celle-ci requiert très peu d'informations, ce qui permet à un créancier d'enregistrer sa sûreté avant même que les conditions de validité (l'*attachment*) soient remplies. Lorsque la sûreté est valablement conclue, le rang du créancier prendra effet automatiquement à la date de validité, ce qui permet au créancier de limiter les délais d'attente et les risques de se voir primer. Il est aussi possible d'enregistrer sa sûreté une fois cette dernière valablement conclue.

**299. La transposition en droit européen du système d'opposabilité des Etats-Unis.** En suivant la logique américaine, il serait possible, par le biais d'une directive contraignant les Etats à modifier leurs législations, d'imposer un enregistrement et une publicité de toutes les sûretés réelles mobilières conclues. Afin cependant de ne pas alourdir certaines relations commerciales, lorsque le bien a une valeur inférieure à un certain montant, il pourrait être exonéré de toute formalité européenne d'opposabilité. A ce sujet, le règlement petits litiges a récemment augmenté son plafond aux créances de 5000€. Un tel montant

<sup>1228</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.342, n°640.

<sup>1229</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ, 1996, p. 137, n°387.

pourrait être repris. Ainsi, pour les créances inférieures à cette somme, l'enregistrement de la sûreté ne serait que facultatif. De ce fait, en cas de non paiement de la somme due, le créancier pourrait tout de même bénéficier d'une procédure européenne de recouvrement, qu'il ait une sûreté ou non. Egalement, le développement des biens incorporels oblige à les prendre en compte. Les sûretés sur biens incorporels étant développées dans les Etats membres, il conviendrait de les soumettre à l'obligation d'enregistrement et de publicité européenne. « *Les systèmes d'enregistrement des sûretés mobilières doivent être très simples et fonctionnels. Il suffit que le registre fournisse des renseignements suffisants concernant les parties engagées dans la transaction portant sur la garantie et la catégorie de biens compris dans la sûreté, ainsi qu'une description succincte du lien contractuel qui est à l'origine de la dette* »<sup>1230</sup>. En effet, une simple identification des parties pourrait suffire, tout comme une description du bien afin qu'il soit déterminable, puis une précision sur la créance garantie (son montant et sa durée). Les sûretés « flottantes » pourraient ainsi être aussi opposables, si elles sont déterminables. Un fichier automatisé européen disponible depuis l'Internet pourrait permettre aux parties de fournir les données et de les soumettre ensuite à une autorité compétente. Après validation par les parties de celle-ci, les informations seraient publiées. La diversité des systèmes impose de laisser le choix aux Etats membres de désigner l'autorité compétente selon eux pour vérifier la véracité des informations transmises. En cas de défaut d'information, il pourrait être envisagé une obligation de paiement de dommages et intérêts, voire l'engagement de la responsabilité de l'Etat. Enfin, les Etats devraient s'assurer que chaque personne est en mesure de pouvoir, seule ou avec l'aide d'un auxiliaire de justice, enregistrer une sûreté mobilière à un coût raisonnable.

**300. Libre accès à l'information et coût de l'enregistrement.** L'accès au registre interconnecté européen devrait être libre. Cette liberté est le plus souvent permise par un accès aux fichiers *via* l'Internet. Un contrôle par une autorité compétente avant la publication des éléments permettrait de s'assurer de la fiabilité des informations données. En cas de défaut, l'auteur pourrait voir sa responsabilité civile engagée selon une procédure laissée au choix des Etats membres. Si la personne n'a pas d'accès à l'Internet, la directive devrait contraindre les Etats à prévoir un accès à ce registre dans le greffe du

<sup>1230</sup> A. CARRASCO PERERRA, « Les perspectives d'harmonisation du droit européen des sûretés », in Y. PICOD, P. CROCQ, *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, *op.cit.*, p. 71, n°108.

ressort de chaque tribunal. La transparence de la sûreté et du bien grevé est une des motivations pour une procédure d'opposabilité européenne. Celle-ci serait particulièrement réduite si certains particuliers ne pouvaient avoir un accès physique et direct avec une personne pour consulter ou enregistrer une sûreté. Concernant le coût de l'enregistrement, celui-ci devrait être le même dans chaque Etat membre. Il ne devrait pas non plus être excessif pour ne pas limiter l'accès à la consultation et à l'enregistrement des sûretés mobilières. Toutefois, les prélèvements relèvent de la politique fiscale, laquelle est une compétence propre aux Etats membres. Il serait intéressant que la directive encadre ces coûts, tout en laissant une marge de manœuvre aux Etats membres pour les déterminer. Cela permettra d'ailleurs de faire jouer la compétitivité des coûts fiscaux, ce qui est toujours positif pour le consommateur et les professionnels.

**301. *Conséquences d'une publicité européenne entraînant opposabilité des sûretés mobilières.*** Plusieurs conséquences découleraient d'une opposabilité des sûretés réelles mobilières par publicité. Hormis les avantages indéniables de transparence du crédit, ce qui rassurerait les créanciers ayant des activités transfrontières, ainsi que la protection des tiers de bonne foi, qui pourraient consulter les caractéristiques d'un bien, un tel régime clarifierait les relations de crédit. En effet, les conflits de créanciers seraient régis par la règle *prior tempore*. Accessoirement, cela faciliterait peut être davantage les sûretés entre particuliers. A l'heure actuelle les crédits sont souvent accordés par les établissements bancaires. Accroître la sécurité des transactions dans l'espace européen permettrait certainement de développer les catégories de créanciers. Par ailleurs, cela constituerait un premier pas dans le rapprochement des droits nationaux en matière de sûretés. Le choix de l'instrument de la directive est proposé afin de lancer cette première étape d'harmonisation de façon équivalente dans tous les Etats membres. A plus long terme, une opposabilité européenne interroge sur une possible remise en cause de la *lex rei sitae*. Si elle se justifie en matière immobilière, elle est souvent source de conflit en matière mobilière. Il pourrait alors être envisagé de renvoyer à la loi d'autonomie prévue par les parties, ou à défaut à la loi ayant les liens les plus étroits avec le litige.



### Conclusion du Chapitre

302. En définitive, certains mécanismes relatifs aux sûretés pourraient, à condition d'être effectifs, être insérés dans le droit de l'Union européenne. Rare domaine juridique encore non appréhendé par la législation de l'Union, ces mécanismes seraient, pour commencer, au nombre de deux. L'eurohypothèque n'est pas une idée nouvelle puisqu'elle a fait l'objet de nombreux projets. Ceux-ci ont échoué pour des raisons politiques certes, mais aussi juridiques. En effet, l'eurohypothèque, telle que suggérée entre 1950 et 1980, prévoyait une indépendance presque entière entre la sûreté hypothécaire et la créance garantie. Cette position est excessive et se heurte à certaines conceptions juridiques, notamment de droit civiliste. L'actuelle proposition recherche le compromis et l'efficacité, la seconde étant souvent la conséquence de la première. Ainsi, l'eurohypothèque telle que suggérée semble respecter les points essentiels de chaque tradition juridique existant au sein de l'Union européenne et n'est qu'une première étape dans la construction indispensable d'un droit des sûretés de droits européens. Un autre mécanisme relatif aux sûretés a également été envisagé. Il s'agit de l'instauration d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles mobilières. Ce dernier s'inscrit dans les récents projets de l'Union qui vise à partager, *via* des plateformes numériques européennes, le maximum d'informations relatives à la matière commerciale. Le déplacement dans l'espace européen des sûretés mobilières est de plus en plus avéré. Ces mouvements donnent lieu à des conflits relatifs à la loi applicable. Ces litiges restreignent le développement du commerce au sein du marché intérieur car les créanciers ne peuvent déterminer à l'avance la règle applicable. Le registre interconnecté européen de publicité a pour finalité d'informer sur les règles applicables à chaque Etat membre au sujet de la publicité mobilière et de rendre opposables toutes les sûretés mobilières circulant dans l'espace européen. Cette prévisibilité juridique améliorerait les relations du crédit entre Etats membres. Ces premiers instruments, envisagés dans le cadre d'une approche prospective, permettraient de marquer la première étape d'un droit européen des sûretés, lequel est indispensable pour l'avenir de l'espace européen.



### **Conclusion du Titre**

**303.** Le droit des sûretés n'avait jamais été véritablement pris en compte par le législateur européen. Si le Conseil de l'Europe ne semble pas compétent en la matière au regard de sa vocation originellement politique, l'absence de production du législateur de l'Union européenne semblait plus surprenante, dans la mesure où la matière est indispensable pour le crédit, et ainsi pour l'économie moderne. Face à ce constat, et au regard des intérêts d'une harmonisation européenne du droit des sûretés, la compétence de l'Union européenne devait être vérifiée. Sous le prisme des principes directeurs, qui encadrent l'action de l'Union, et en fonction des critères d'applicabilité à respecter dans les domaines qui pourraient fonder sa compétence en matière de sûretés, une marge de manœuvre européenne apparaît. Celle-ci permet de reconnaître une compétence de l'Union européenne, dans le respect des droits protégés également par le Conseil de l'Europe, en matière de sûretés. Toutefois, cette matière n'ayant jamais été directement appréhendée par le législateur de l'Union, la réussite d'un tel projet est subordonnée à l'édiction d'instruments « concrets et réalisables, pour assurer une solidarité de fait », comme le conseillait Robert Schumann. Cette technique du « petit pas », courante dans la construction sectorielle de l'Union européenne, permet à celle-ci d'édifier progressivement des pans entiers de législations harmonisées. Si ces projets devaient aboutir, ils permettraient sans nul doute d'améliorer la coopération judiciaire en matière civile, vecteur de développement d'un espace de sécurité, de liberté et de justice et perfectionnerait le marché intérieur, socle d'une solidarité entre les Etats membres. D'autres conséquences pourraient également survenir. Une législation européenne contraindrait en effet les Etats membres à transposer dans leurs droits internes de nouvelles règles. Cela pourrait alors être l'occasion de repenser le droit interne français des sûretés à la lumière des droits européens.





## TITRE II – REPENSER LE DROIT INTERNE DES SÛRETÉS À LA LUMIÈRE DES DROITS EUROPÉENS

304. La mise en relation du droit des sûretés avec les droits européens, par le prisme de l'approche comparative ou d'une élaboration d'un droit européen sectoriel des sûretés, révèle certaines failles du droit français des sûretés. Pourtant, le législateur français recherche en permanence à rendre le droit attractif et lisible, en témoignent les réformes actuelles du droit des contrats et de la responsabilité extra contractuelle. Le droit interne des sûretés souffre encore, malgré la réforme d'ampleur de 2006, d'obscurité et de complexité. L'éclatement des dispositions de certaines sûretés, associé à l'imperfection d'autres techniques de sûretés, réformées hâtivement et sans vision d'ensemble, le régime excessivement jurisprudentiel de certaines d'entre elles, font du droit français des sûretés un droit détaché de la dynamique des droits européens des sûretés. L'opportunité de repenser le droit des sûretés est alors vérifiée et la question qui se pose n'est plus « *faut-il réformer le droit des sûretés, mais comment réformer le droit des sûretés ?* »<sup>1231</sup>. La réponse prendra nécessairement appui sur les droits européens. Le droit des sûretés ne peut plus être enfermé dans une bulle franco-française. Les échanges bilatéraux entre Etats européens, le déplacement des biens grevés de sûretés et la mise en œuvre débutante de registres européens interconnectés liés aux relations commerciales sont autant d'arguments qui plaident en faveur d'une réforme du droit français des sûretés à la lumière des droits européens. Pour ce faire, le droit français des sûretés devrait être assaini et clarifié afin de répondre au mieux aux attentes des acteurs du crédit, interne comme européen. Son attractivité est en jeu. A ces fins, il convient, à la lumière des droits européens, de repenser dans un premier temps le droit des sûretés réelles (Chapitre I) puis dans un second temps, celui des sûretés personnelles (Chapitre II).

---

<sup>1231</sup> D. LEGEAIS, « Réforme des sûretés (1re partie) », *RD bancaire et fin.*, janv.. 2016, dossier n° 1.



## CHAPITRE I. Repenser les sûretés réelles

305. Le droit français des sûretés réelles est aujourd'hui partagé entre une excessive pluralité d'offres, parfois répétitives, et une insuffisance de règles communes établies, alors même que différentes sûretés répondent aux mêmes exigences. Ce constat entraîne une illisibilité et en conséquence un affaiblissement de l'attractivité du droit français des sûretés dans les échanges économiques européens. Les droits européens, nationaux comme de source européenne, ainsi que les expériences extra-européennes peuvent être des exemples pour repenser le droit français des sûretés. Toutefois, repenser les sûretés réelles ne signifie pas qu'il faille bouleverser intégralement le droit interne. En effet, le droit français des sûretés est similaire sur certains points aux autres droits nationaux européens et pourrait s'adapter à un droit européen des sûretés. Il convient seulement de purger le plus possible le droit français des sûretés de ses défauts en opérant une clarification, presque à droit constant, qui allierait tradition et modernité afin de parvenir à un droit des sûretés fidèle aux conceptions françaises mais accessible aux divers droits européens. Pour opérer ces modifications, l'attention doit être focalisée sur les droits qu'octroie une sûreté réelle au créancier car c'est ce dernier qui accorde, ou non, un crédit en échange d'une garantie fiable. Si le créancier a confiance dans l'instrument de garantie, il accordera un prêt et le crédit français redeviendra attrayant et attractif, dans la sphère européenne comme internationale. Partant, cela oblige à reconsidérer la *summa divisio* des sûretés réelles. Classées selon leur assiette, les sûretés réelles ne sont plus ordonnées et ne répondent déjà plus aux exigences de clarté et de simplicité attendues par les acteurs du crédit européen. Mais, en étant aménagées selon le droit accordé au créancier, elles pourront remplir les objectifs visés. Deux principaux droits cohabitent au sein des sûretés réelles françaises, il s'agit du droit de préférence et du droit d'exclusivité. De nombreuses sûretés, aux caractéristiques communes, accordent un de ces deux droits au créancier. En vue d'inscrire le droit français des sûretés dans la dynamique des droits européens des sûretés, un assainissement au sein de ces deux catégories est indispensable. Pour cela, il convient de s'intéresser tout d'abord aux sûretés accordant un droit préférentiel (Section 1) puis aux sûretés accordant un droit exclusif (Section 2).

## Section 1. Lisibilité du droit français des sûretés par une rationalisation des sûretés accordant un droit de préférence

306. La sûreté réelle, définie comme étant « la technique spécifique de sûreté visant cumulativement, d'une part, la rupture d'égalité, qui est réalisée par le droit de préférence, et, d'autre part, l'affectation de biens au paiement de la dette, qui est réalisée corrélativement, par le droit de prélèvement prioritaire sur la valeur du bien »<sup>1232</sup>, oblige préalablement à exclure les techniques qui peuvent s'apparenter aux sûretés réelles préférentielles, mais qui ne possèdent pas les critères propres aux sûretés à savoir la technique, l'effet et la finalité. Ainsi, les techniques visant à anéantir l'obligation, la suspendre, ou encore à l'éteindre par un effet indirect et risqué doivent être exclues du champ de recherche. Il s'agit notamment de l'action oblique et paulienne<sup>1233</sup>, de l'exception d'inexécution<sup>1234</sup>, des sûretés négatives<sup>1235</sup> ou encore du droit de rétention<sup>1236</sup>. Les droits nationaux européens possèdent une à deux sûretés réelles majeures, ce qui permet de rendre leur droit lisible et attractif. Repenser le droit français des sûretés réelles devrait tendre vers cet objectif. Au sein des sûretés réelles accordant un droit de préférence, plusieurs classifications ont été proposées. Au regard de l'assiette, il est possible d'opposer les sûretés réelles mobilières et immobilières, corporelles et incorporelles. Avant la réforme de 2006, la dépossession ou non était également un critère de distinction parmi les sûretés réelles. Pour rationaliser les sûretés préférentielles, en vue de rendre le droit français des sûretés aussi compétitif que les autres droits nationaux européens, il faut s'attacher à identifier tous les dénominateurs communs jusqu'à trouver un point de différence tel qu'il justifie une distinction. Celle-ci doit être incontestable, sous peine d'engendrer une illisibilité et un éparpillement préjudiciables à l'attractivité des sûretés réelles préférentielles et, plus généralement, au crédit français. Les précédents critères semblent aujourd'hui inadaptés. Les distinctions selon l'assiette ou la dépossession sont inefficaces puisque les mêmes règles sont applicables à chaque sûreté à quelques différences près. L'essence des sûretés réelles, à savoir le droit de préférence<sup>1237</sup>, se manifeste de deux façons. Par la loi et la bouche du juge<sup>1238</sup>, en vertu de

<sup>1232</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, op. cit., p.10, n°12.

<sup>1233</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op.cit., p. 224, n°271.

<sup>1234</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op.cit.loc.cit.

<sup>1235</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op.cit op.cit.

<sup>1236</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, op.cit., p.70, n°79.

<sup>1237</sup> « seul le droit de préférence est de l'essence de la sûreté réelle » n°128 ce qui permet aux auteurs d'affirmer que « le droit de préférence, c'est la sûreté réelle » J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, op.cit., p.122, n°140.

la qualité de la créance, ou conventionnellement, en vertu du contrat de sûreté conclu. La source juridique de la sûreté réelle est le seul critère ne pouvant être davantage rationalisé. Le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles<sup>1239</sup>, qui laisse penser que les sûretés n'existent que par une disposition légale qui les prévoit<sup>1240</sup>, semble aujourd'hui désuet<sup>1241</sup>, ce qui est plutôt positif pour favoriser des techniques innovantes. Dès lors, autour de la source juridique de la sûreté qui accorde un droit de préférence, il est possible de rationaliser les sûretés réelles autour d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique (§I) et de proposer un assainissement des autres sûretés réelles, qui ne sont pas de source conventionnelle (§II).

### §I. Insertion d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique

**307.** L'analyse extra-européenne de certains regroupements d'Etats autour d'un même droit des sûretés a permis d'entrevoir l'intérêt d'une sûreté préférentielle unique. Au sein des droits nationaux européens, il a généralement été remarqué la présence d'une sûreté réelle majeure, à l'instar de la *charge* de droit anglais, qui permet de rationaliser et ainsi clarifier les sûretés réelles. Sur le fondement de ces observations, une proposition pour une sûreté préférentielle conventionnelle peut être présentée au regard non seulement de sa notion et sa technique (A) mais également de sa réalisation et de son fonctionnement (B).

#### A. Notion et technique

**308.** L'objectif de rationalisation du droit français des sûretés réelles est guidé par la recherche d'une adéquation du droit français aux droits européens, nationaux comme de source

<sup>1238</sup> « si l'on admet que les sûretés judiciaires, mesures conservatoires prescrites par le juge lorsque la loi lui en donne compétence, se rapprochent des sûretés légales (...) ce que semble corroborer l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution, qui affirme le droit du créancier à la conservation de ses droits, sous forme de saisie conservatoire ou de sûreté judiciaire ». J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, op.cit. p.210, n°227.

<sup>1239</sup> Selon l'article 543 du Code civil, « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre » ce qui empêcherait, selon l'interprétation faite, de créer de nouveaux droits réels.

<sup>1240</sup> Arrêt Caquelard (Cass. req. 13 février 1834, D.P. 1834, 1, 118) *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2000, p. 311, n°60. L'interprétation faite de l'article 583 par la Cour de cassation dans son arrêt Caquelard prête à discussion : F. ZENATI-CASTAING, TH. REVET, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1998, n°213. V. aussi N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, op.cit., n°264. V. aussi sur une corrélation du possible principe de *numerus clausus* avec les sûretés réelles P. CROCCO, *Propriété et garantie*, op.cit., p. 196-201, n°244-250.

<sup>1241</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 31 oct. 2012, *Maison de Poésie*, n°11-16304, Bull. civ. III, n°154, D. 2012, p. 2596, obs. TARDOS et 2013 p. 53 note L. D'AVOUT et B. MALLET BRICOUT, RLDC 1<sup>er</sup> fév. 2013, p. 7, note J. DUBARRY et M. JULIENNE, RTD Civ. 2013, p. 141, obs. W DROSS.

européenne. Le crédit étant maintenant souvent transfrontière et particulièrement européen, la sûreté préférentielle conventionnelle unique devra être façonnée en vue de répondre au mieux aux attentes européennes. Cela nécessite préalablement de définir les contours de la notion de sûreté préférentielle unique conventionnelle (1) avant d'envisager les traits caractéristiques de sa technique (2).

### 1. Notion

309. L'insertion d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique est une proposition qui va à l'encontre de la tradition française proposant un éventail de choix au créancier pour garantir sa créance. Cette suggestion, qui ne s'inscrit pas dans la conception française du droit des sûretés, est dictée par le souci de rendre le droit interne plus attractif afin de concurrencer d'autres droits européens des sûretés, qui possèdent une sûreté réelle majeure. Cette proposition, avant d'être davantage développée, doit être explicitée au regard des raisons qui justifient cette rationalisation (a) et doit être délimitée (b).

#### a. Raisons justifiant une sûreté préférentielle conventionnelle unique

310. *Les raisons européennes et extra-européennes en faveur d'une sûreté préférentielle unique.* « Le droit des sûretés réelles encore plus que celui des sûretés personnelles est soumis aux impératifs du commerce international. Chaque créancier a besoin de connaître le régime de sûretés qu'il envisage de se faire consentir. Les biens ont aussi vocation à circuler. Il n'est pas souhaitable qu'ils soient soumis à des régimes différents »<sup>1242</sup>. Face à ces défis européens et extra-européens, le droit français des sûretés est divisé. L'offre de choix est très étendue, alors même que beaucoup de sûretés ont des points communs et pourraient être regroupées. Cet éclatement de la matière entraîne une jurisprudence abondante, parfois variable, qui est source d'insécurité juridique. Il est difficile pour un créancier étranger, européen comme non européen, de cerner les spécificités du droit français des sûretés. Cette matière manque de lisibilité ce qui préjudicie à son attractivité. La concurrence avec les autres droits européens pourrait être évitée s'il y avait une uniformisation des sûretés au niveau européen. En effet, si le droit européen édictait des règles communes, applicables dans tous les Etats membres, ces derniers ne seraient plus en compétition pour attirer les investisseurs étrangers et l'espace européen constituerait une économie robuste face aux autres regroupements d'Etats. Il n'en est rien. Il semble

---

<sup>1242</sup> D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p. 294, n°400.

même délicat d'envisager un droit commun européen des sûretés alors même que le législateur européen n'a jamais édicté de normes relatives aux sûretés. L'attractivité du droit français ne semble donc pas pouvoir passer par le vecteur européen. Partant de ce constat, il faut repenser le droit français des sûretés. Les principaux droits concurrents du droit français en matière de sûretés sont le droit allemand et le droit anglais. Ces derniers proposent il est vrai une conception pluraliste des garanties mais ils possèdent aussi une sûreté majeure, fondée sur la propriété, particulièrement développée, qui constitue un véritable atout. La propriété est aussi utilisée à titre de garantie en droit français mais la conception française du droit des biens et du droit de propriété empêche la souplesse des systèmes anglais et allemand. S'il est certes nécessaire d'améliorer les sûretés accordant un droit exclusif, il faut surtout perfectionner ce qui fait la force du droit français des sûretés, la garantie du paiement d'une créance, sans passer par une aliénation du droit de propriété. Cela est possible par les sûretés accordant un droit préférentiel. Toutefois, à l'heure actuelle, ces dernières sont trop nombreuses et pas assez performantes. C'est pourquoi, pour fortifier et pérenniser le droit français des sûretés comme modèle sur la scène internationale il est indispensable de se doter d'une sûreté unique performante, respectueuse de la conception française des sûretés qui fonde les garanties non sur la propriété mais sur la préférence accordée. Certains droits ont reconnu une sûreté unique et ce modèle est de plus en plus plébiscité. S'il est intéressant de s'inspirer des expériences étrangères, la sûreté unique proposée devra néanmoins respecter les spécificités françaises et ne pas être seulement un *legal transplant* pour être véritablement efficace et s'affirmer dans le paysage français des sûretés. Cela commence dès le choix de son appellation. Envisager une « hypothèque » unique<sup>1243</sup> renvoie aux sûretés nord américaine, du Québec et des Etats-Unis. Or, pour faire preuve d'attractivité, la sûreté conventionnelle unique française doit se démarquer des appellations déjà existantes. En outre, l'« hypothèque » renvoie à l'idée d'une sûreté corporelle immobilière, ce qui fait exclure implicitement les nantissements, ou gages sur chose fongible. L'expression « sûreté réelle préférentielle conventionnelle unique » a le défaut d'être longue mais a le mérite d'être claire puisque l'appellation renvoie précisément à la technique suggérée, proposant une sûreté, en matière de droit réel, qui accorde un droit de préférence au créancier, par le biais d'une convention et sans autre alternative possible si ces trois

<sup>1243</sup> V. la proposition faite lors du colloque organisé les 11 et 12 juin 2015 par le CEDAG de l'université Paris-Descartes Sorbonne Paris-cité, sous la direction scientifique de CH. JUILLET, D. LEGEAI, N. MARTIAL-BRAZ et PH. ROUSSEL-GALLE sur le thème « *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?* » et publié à la *RD bancaire et fin.* de mars – mai 2016.

critères sont réunis. Cette expression correspond ainsi parfaitement à l'assiette de la sûreté, laquelle pourra englober tous les biens réels possibles.

**311. *Les raisons internes en faveur d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique.*** Le droit des sûretés réelles conventionnelles souffre d'un éclatement et d'un désintérêt préjudiciables à sa lisibilité. D'une part, l'éclatement se justifie par la mutation des sûretés réelles, originellement fondées sur la dépossession, laquelle n'est plus recherchée aujourd'hui en raison de son caractère antiéconomique. En raison de cette évolution, avant la réforme du 23 mars 2006, le législateur a inséré dans le droit français, des sûretés spéciales permettant de déroger à la dépossession. Mais, lors de la réforme de 2006, ces sûretés spéciales n'ont pas été abrogées et d'autres, superfétatoires, à l'instar du gage de stocks, sont venues les compléter<sup>1244</sup>. D'autre part, le désintérêt s'explique par l'essor des procédures collectives qui a largement contribué au déclin des sûretés réelles traditionnelles. Ce « *jeu de massacre auquel s'est livré le législateur en 1985 sur les sûretés réelles traditionnelles, bien qu'il se soit efforcé de le réparer en partie en 1994* »<sup>1245</sup> s'est fait en fonction d'une politique économique et sociale en faveur du redressement des entreprises et du maintien de l'emploi, mais au détriment des créanciers munis d'une sûreté réelle accordant un droit de préférence. « *Les praticiens ne pouvaient se résigner à cet état du droit et, pour pallier l'insuffisante efficacité des droits de préférence, ils se sont tournés vers d'autres techniques de garantie dont l'efficacité en cas de procédure collective est préservée* »<sup>1246</sup>, à savoir les sûretés exclusives. Ces deux raisons éclairent la nécessité d'un assainissement des sûretés réelles. Pour autant, justifient-elles suffisamment de modifier le droit des sûretés réelles tel qu'il est connu actuellement pour retenir une sûreté unique conventionnelle ? Il est vrai qu'une « simple » purge des sûretés réelles pourrait être préférée<sup>1247</sup>. Il peut néanmoins être formulé deux remarques. Tout d'abord, malgré les différences entre sûretés réelles, tenant à l'assiette, ou encore à la dépossession, de nombreux points communs apparaissent<sup>1248</sup>.

<sup>1244</sup> Ch. JUILLET, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in S. BROS, B. MALLET-BRICOUT (dir.), *Liber amicorum Christian Larroumet*, Économica 2010, p. 241.

<sup>1245</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op.cit., p.8, n°7.

<sup>1246</sup> L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, op.cit., p. 10, n°8.

<sup>1247</sup> Il est également possible d'envisager de nouvelles classifications, permettant de mieux embrasser les sûretés réelles, v. pour un exemple M. JULIENNE, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », *chron. D.* 2016, p. 1266.

<sup>1248</sup> « *Alors qu'il est concevable d'opérer un choix entre plusieurs systèmes de garanties, le droit français se caractérise aujourd'hui précisément par son absence de choix. Tous les types de sûretés sont consacrés, alors que, dans le même temps, les distinctions entre elles s'estompent largement* » D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p.286, n°342.



S'ils permettaient d'entrevoir un droit commun des sûretés réelles en 1996, une approche fonctionnelle des sûretés réelles conventionnelles permet de discerner l'émergence d'une technique qui pourrait recouper les convergences et spécificités de chaque sûreté réelle préférentielle conventionnelle. A partir de cette technique pourrait alors être formulé un droit général aux sûretés accordant un droit de préférence. La seconde observation relève peut-être d'une crainte vis-à-vis du législateur. En effet, la Commission Grimaldi avait déjà recommandé une clarification des sûretés réelles, qui, si elle avait été entièrement suivie, aurait certainement évité l'hypothèse d'une sûreté unique. Or, le législateur n'a non seulement pas repris toutes les propositions de la Commission Grimaldi mais a en outre inséré d'autres sûretés, comme la fiducie-sûreté ou le gage de stocks, sans tenir compte de l'équilibre existant entre les différentes sûretés réelles. Cela a alors accéléré le déclin des unes et la prééminence des autres, au détriment de la clarté et de la lisibilité et surtout, du choix des techniques, option si chère au droit français des sûretés. Proposer une sûreté préférentielle efficace permettra ainsi de rétablir l'équilibre entre les sûretés octroyant un droit exclusif et un droit préférentiel et permettra aux juristes d'avoir une offre de techniques, certes moins diversifiée mais bien plus claire. Enfin, l'opportunité d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique n'est pas à démontrer car elle est déjà une nécessité<sup>1249</sup>. L'opération de clarification a eu lieu en 2006, et elle a partiellement échoué puisque dix ans après, il est de nouveau question de réformer le droit des sûretés réelles. Il semble ainsi nettement plus « *facile de jongler avec la dialectique du principe et de l'exception qu'avec celle du droit commun et du droit spécial qui interroge inlassablement sur l'applicabilité et la portée de la maxime specialia generalibus derogant. Substituer l'une à l'autre, revenir à un droit systématisé et non plus spécialisé constitue, semble-t-il, plus un progrès du droit qu'une régression* »<sup>1250</sup>. Dès lors, la nécessité et l'opportunité d'une sûreté unique préférentielle semblent avérées.

b. Délimitation de la sûreté préférentielle conventionnelle unique

### 312. *L'exemple intéressant d'une sûreté unique de droit de common law extra-européen.*

Contrairement à l'hypothèque mobilière québécoise, l'assiette de la sûreté préférentielle conventionnelle ne doit pas seulement être mobilière. Si les immeubles constituent des

<sup>1249</sup> « Il est incontestable que le droit français connaît de nombreuses sûretés réelles. Un certain nombre d'auteurs, dont nous confessions faire partie, estime qu'il y a même trop de sûretés réelles. Un certain "nettoyage" ne serait sans doute pas inutile » G. PIETTE, « Réforme du gage de stocks : "mais dans quel état j'erre ?" » N° Lexbase : N1251BWA, n°643, 11 février 2016.

<sup>1250</sup> Ch. JUILLET, « La sûreté hypothécaire unique en droit français », *Etudes RD bancaire et fin.*, mars 2016, dossier 12, n°22.

biens spécifiques, en raison de leur valeur symbolique et financière, généralement plus élevée que celle des biens meubles, ils ne se distinguent de ces derniers qu'en raison de leur qualification. De ce fait, la sûreté préférentielle conventionnelle française pourrait avoir une assiette mobilière comme immobilière. Le droit des Etats-Unis a montré qu'il était possible d'instaurer une sûreté hypothécaire unique pouvant porter sur des biens meubles et immeubles. Néanmoins les Etats-Unis ont conservé des aménagements selon la qualité des constituants et ont laissé subsister certains privilèges. En France, le rattachement des sûretés réelles au droit des biens semble exclure presque naturellement la prise en compte de la qualité du constituant. En revanche, le foisonnement des privilèges est un véritable défi, ce qui justifie de ne pas les prendre en compte et de les traiter à part. En outre, les biens futurs, tant qu'ils sont déterminables, pourraient constituer l'assiette de la sûreté unique préférentielle tout autant que les biens présents. Cela va d'ailleurs dans le sens de la réforme de 2006 qui a reconnu le gage sur meubles corporels futurs et sur immeubles futurs. Toutefois, « *les biens futurs venant en remplacement de ceux entièrement engagés entretiendront, sinon une identité de nature, au moins une équivalence subjective par leur communauté de valeur* »<sup>1251</sup>. Les biens corporels et incorporels pourront également faire partie de cette sûreté unique puisque gage et nantissement ne se distinguent aujourd'hui qu'en fonction de l'assiette sur laquelle ils portent. Cette mince distinction justifie de prendre en compte dans l'assiette de la sûreté préférentielle conventionnelle ces deux formes de biens. Enfin, dans la mesure où cette sûreté n'a pas vocation à se rajouter au mille feuille de techniques de garantie qui existe actuellement, mais a pour fonction de rationaliser toutes les sûretés préférentielles conventionnelles autour d'une technique unique, elle portera nécessairement sur des biens pouvant être à finalité professionnelle comme de consommation. De ce fait, elle ne sera limitée ni aux professionnels ni aux biens professionnels et sera ouverte à tous<sup>1252</sup>. Cela s'inscrit d'ailleurs dans le paysage des sûretés réelles préférentielles actuelles, qui, à l'exception de l'hypothèque rechargeable, ne distinguent pas les biens et la qualité des constituants, certainement parce que les

---

<sup>1251</sup> Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, 2016, p. 151, n°253.

<sup>1252</sup> *Contra* Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, *op.cit.*, p. 188, n°322 qui limite une sûreté unique aux biens circulants puisque ces derniers intéressent surtout les entreprises et que l'engagement étant risqué, il ne faut l'autoriser qu'aux professionnels.

sûretés réelles ne sont pas constitutives d'endettement<sup>1253</sup>. Si l'assiette de la sûreté unique pourrait être aussi vaste, c'est à condition que le principe de spécialité soit respecté.

**313. Détermination de l'assiette en fonction du droit européen et maintien d'un principe de spécialité assoupli.** La question de l'ampleur de l'assiette s'est déjà posée, et certains auteurs avaient même proposé une classification autour de cette idée, en distinguant les sûretés polyvalentes des sûretés monovalentes<sup>1254</sup>. Les sûretés polyvalentes seraient celles qui porteraient sur l'ensemble de l'actif du constituant tandis que les sûretés monovalentes ne porteraient que sur un ou plusieurs biens déterminés. Cette classification ne semble pas viable économiquement. En effet, l'affectation globale de tous les biens à plusieurs sûretés crée une incertitude entre les créanciers pour savoir quel bien sera affecté au paiement de la créance en cas de défaillance. Par ailleurs, englober tous les biens dans une enveloppe unique semble bloquer le crédit en n'exploitant pas au maximum la possibilité de recharger certaines sûretés sur des biens déjà grevés. Accessoirement, des interrogations pourraient être soulevées quant à la protection du constituant. Si cette classification ne semble pas pouvoir être une *summa divisio*, la distinction existe pourtant concrètement puisque certains privilèges portent sur la totalité de l'actif du débiteur. Ces privilèges généraux et hypothèques légales, sont tout de même encadrés et soumis à publicité foncière en matière immobilière, ce qui limite leur assiette générale. Enfin, il ne faut pas « méconnaître l'idée selon laquelle le droit réel ne peut porter que sur une chose existante et déterminée »<sup>1255</sup>. Dans la mesure où la sûreté préférentielle conventionnelle accorderait des droits réels, il est nécessaire que les biens sur lesquels porteront ces droits soient existants et déterminés. Cela implique de retenir une assiette peut être davantage restreinte mais constituée de biens déterminables. Cependant, le principe de spécialité s'est assoupli ces dernières années, en France comme partout en Europe. Tout en conservant ce principe, qui apparaît indissociable des droits réels que pourrait octroyer la sûreté préférentielle conventionnelle, il est important de tenir compte de cette atténuation. Le principe de spécialité impose une description des biens et créances qui constituent la sûreté. Entre protection des parties et souplesse de constitution, un équilibre doit être trouvé. La désignation des créances détermine « la

<sup>1253</sup> M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français », *op.cit.*, p. 155, n°1.

<sup>1254</sup> M. DAGOT, « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N*, 1999, p.381.

<sup>1255</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 495, n°665.

quotité de l'engagement au sens des articles 1129 et 1108 du Code civil »<sup>1256</sup>. Elle permet ainsi d'assurer la validité de l'opération de garantie comme la sécurité juridique de la sûreté en évitant par la suite des contestations. Le principe de spécialité de la créance est indispensable afin d'éviter que le montant soit modifié, notamment lors de la réalisation. Cependant, une évaluation est possible lorsque le montant est indéterminé. Quant à la détermination des biens, cela ne pose pas de difficulté lorsque le bien est présent. Les biens devront être déterminés par leur nature, leur qualité et leur quantité, y compris pour les biens fongibles. Pour les biens futurs, il s'agira de les rendre déterminables. Le principe de spécialité des biens permet d'éviter des fraudes par la substitution d'une chose d'une valeur plus forte<sup>1257</sup>. Ce principe de spécialité pourrait se concilier avec les nouvelles exigences requises pour le gage sur stocks. En effet, l'article L.527-2 du Code de commerce prévoit notamment que les créances garanties et les biens gagés doivent être désignés<sup>1258</sup>. Il a été dit, au sujet de l'abandon de l'obligation d'assurer les stocks, que la perte de sécurité qui en découle était notable<sup>1259</sup>. Il semble plutôt qu'elle se justifie au regard de la liberté contractuelle et qu'elle s'insère de ce fait plus facilement dans une sûreté unique préférentielle conventionnelle puisqu'elle n'exigera pas la précision d'une mention spécifique. En matière immobilière, le principe de spécialité reste également nécessaire. La réforme de 2006 l'a considérablement assoupli et sa teneur actuelle semble adéquate pour une sûreté préférentielle conventionnelle unique. En effet, l'article 2423 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil permet maintenant de prendre en compte « les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels et conditionnels ». Par ailleurs, la détermination des biens composant l'assiette de l'hypothèque actuelle est requise à des fins de protection du constituant et de ses éventuels ayants cause ainsi que du créancier, c'est pourquoi les biens doivent être définis par rapport à leur nature et leur situation. Ces exigences ne peuvent être transposées aux sûretés mobilières. Elles alourdiraient considérablement la constitution de ces dernières. Ainsi, au sein de la sûreté préférentielle conventionnelle unique, une formalité spécifique aux biens immobiliers sera nécessaire pour protéger les parties et les tiers à la sûreté. Le principe de spécialité peut aussi s'appliquer à l'article

<sup>1256</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, Traité de droit civil, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 1996, p. 407, n°967.

<sup>1257</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 465, n°821.

<sup>1258</sup> Ainsi que l'identité du tiers en cas d'entiercement, et la durée de l'engagement sachant qu'il est possible, si la créance est à durée indéterminée, que le gage de stocks le soit aussi v. Article L527-2 modifié par l'ordonnance n°2016-56 du 29 janvier 2016 – art. 1.

<sup>1259</sup> M. BOURASSIN, « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité À propos de l'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 », *op.cit.*, n°10.

2422 alinéa 1<sup>er</sup> qui permet de garantir des créances autres que celles prévues dans l'acte constitutif. Ces créances, tant qu'elles sont de nature professionnelle et constituées à des fins professionnelles, peuvent être offertes en garantie dans « la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2423, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé »<sup>1260</sup>. Actuellement, l'hypothèque rechargeable ne s'adresse donc pas aux consommateurs. Si une eurohypothèque était mise en place dans l'espace européen, il serait particulièrement intéressant que le droit français se dote de nouveau d'une hypothèque rechargeable accessible aux consommateurs et non professionnels afin d'offrir la même facilité de crédit lors de situation purement interne comme lors de situation transfrontière. Cela impliquerait d'accepter que l'hypothèque rechargeable garantisse des créances non professionnelles, sans but professionnel mais à des fins de crédit personnel. Outre la question d'une réception de l'eurohypothèque en France, le droit français doit redevenir un modèle. Avec une hypothèque rechargeable limitée aux créances professionnelles et à des fins professionnelles, le droit français ne réussit pas à attirer. En effet, pour un créancier ou constituant étranger, ce champ d'application doublement encadré empêche une liberté de crédit et oblige à connaître les notions de « créances/fins professionnelles », lesquelles sont encore instables en droit français. Par ailleurs, la première version de l'hypothèque rechargeable était non seulement inoffensive pour le consommateur puisque le montant était englobé dans la valeur totale du bien et ne pouvait l'excéder, mais en plus sa jeunesse avait fait d'elle une sûreté peu utilisée. Une seconde chance devrait être proposée à l'hypothèque rechargeable pour tous. En somme, il ne semble pas judicieux de supprimer ou restreindre le principe de spécialité même si la question a été discutée. Son déclin avait été proclamé, et au regard des droits étrangers qui y avait renoncé, son inutilité ne faisait plus aucun doute<sup>1261</sup>. En réalité, si une réforme des sûretés réelles autour d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique voyait le jour en France, elle serait la preuve qu'il est possible de réformer une matière complexe comme les sûretés tout en conservant ses spécificités. L'important étant que, comme toute

<sup>1260</sup> Article 2422 alinéa 2 du Code civil.

<sup>1261</sup> « La raison de cet intérêt [pour le principe] se trouve dans l'étude du droit comparé et procède du constat d'un abandon plus ou moins important du principe de spécialité par de nombreux pays étrangers. Ainsi, les droits anglais et américain ont depuis longtemps renoncé à appliquer ce principe en consacrant la floating charge et le security interest et ce délaissement ne se limite plus aux pays de Common Law puisque le phénomène s'est également manifesté, assez récemment, dans des pays francophones dont la culture juridique est proche de la nôtre » P. CROCCO, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *op.cit.*, p. 58.

chose dans un rapport de droit, le principe de spécialité soit équilibré afin « *de conjuguer la flexibilité de la sûreté et la protection du débiteur, chère à la tradition juridique française* »<sup>1262</sup>. D'ailleurs, le fait que le législateur ne s'en soit pas détaché lors de la réforme de 2006 confirme la nécessité d'un principe de spécialité dans le droit des garanties et démontre de nouveau qu'il est possible « *de ne pas tout sacrifier à l'efficacité économique, mais de faire sa part à l'impératif de protection. L'ordre juridique du Code civil ne se réduit pas à un ordre marchand, il est aussi un ordre social : selon la belle expression du doyen Cornu, un Code civil n'est pas lex mercatoria mais res publica* »<sup>1263</sup>. Le maintien de ce principe séculaire dans une réforme du droit des sûretés est tout aussi nécessaire que celui du principe de l'accessoire.

**314. Un principe de l'accessoire présent, mais assoupli, contrairement à certains droits européens.** Ce principe, même assoupli, est inscrit dans l'esprit du droit français des sûretés réelles et il serait inopportun de le faire complètement disparaître, à l'instar des droits allemand et suisse<sup>1264</sup>. En effet, dans ces deux systèmes, la sûreté hypothécaire est complètement indépendante de la créance garantie. Parmi les principales conséquences se trouvent l'inopposabilité des exceptions entre la créance garantie et l'hypothèque et l'absence de transmission de l'hypothèque avec la créance, les deux se transmettant séparément. Ce système particulièrement dangereux explique notamment – en sus de raisons politiques – pourquoi ces deux sûretés, souvent contemplées, n'ont jamais réussi à convaincre le législateur européen. Cela justifie aussi la proposition pour une eurohypothèque conservant un lien d'accessoire, contrairement au projet d'eurohypothèque suggéré par l'*Eurohypothec group*<sup>1265</sup>. Par ailleurs, en droit français, « *les sûretés réelles ne sauraient, en principe, survivre indépendamment de l'obligation principale car elles se trouveraient alors dépourvues de cause* »<sup>1266</sup>. Même si celle-ci n'existe plus en droit français depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016, les sûretés réelles seraient en effet privées de « contenu licite et certain » au sens du nouvel article 1128 du Code civil. En conséquence, il semble indispensable de conserver le principe de l'accessoire mais de façon assouplie, afin qu'il puisse concilier les exigences de protection des parties et les

<sup>1262</sup> C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, op.cit., p. 33, n°12.

<sup>1263</sup> M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patr.*, septembre 2005, p. 53.

<sup>1264</sup> V. la dette foncière allemande appelée *Grundschuld* (art. 1191 et 1192 du BGB) et la cédula hypothécaire suisse (art. 842 code civil suisse).

<sup>1265</sup> E. MUNIZ ESPADA, « L'eurohypothèque », *D.* 2007, p. 1712.

<sup>1266</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, op.cit., p. 212, n°216.

besoins de rapidité d'obtention et d'utilisation du crédit. A ce sujet, Monsieur le Professeur Borgia précise que « *deux conceptions de la notion d'accessoire coexistent* »<sup>1267</sup>. La première, illustrée par l'adage « *accessorium sequitur principale* », renvoie à l'idée que les exceptions issues du contrat principal sont opposables au contrat de sûreté. Ainsi, un contrat initial vicié entraîne une sûreté viciée des mêmes effets. La seconde conception, plus extensive, interprète le principe de l'accessoire comme le fait qu'une sûreté « *ne peut être inhérente au rapport d'obligation. Elle doit toujours pouvoir être constituée postérieurement à la naissance de la créance garantie* »<sup>1268</sup>. La première conception du principe de l'accessoire semble toujours d'actualité et est protectrice des parties. Si le contrat initial est invalide, il semble cohérent que la sûreté soit affectée quand bien même elle aurait été constituée après. Cette conception doit donc survivre au sein des sûretés réelles et plus particulièrement dans le cadre d'une sûreté préférentielle conventionnelle. En revanche, la seconde conception est davantage mise à mal avec, notamment, l'hypothèque rechargeable, puisqu'il est possible de prévoir l'affectation d'un bien à la garantie de créances futures indéterminées. Néanmoins, dans ce cas, le principe de l'accessoire n'est pas complètement supprimé. En effet, à l'instar de l'hypothèque conventionnelle classique, l'hypothèque rechargeable garantit des créances présentes ou futures tant qu'elles sont déterminables et peut être transmise avec la créance qu'elle garantit. L'atténuation du principe se situe seulement au niveau de l'extinction de la créance qui n'entraîne pas celle de la sûreté, puisque le but de cette sûreté est d'être réutilisable, y compris lors de la disparition de la créance.

## 2. Technique

### a. Les conditions de validité de fond

- 315. *Des conditions de validité dans le respect des droits de tradition civiliste.*** Les droits de tradition civiliste ont une vision commune des conditions de validité relatives à un contrat puisqu'il est possible de retrouver, dans ces systèmes, l'obligation de contracter avec un consentement libre et éclairé, pour un objet déterminable, d'avoir la capacité de conclure et que la convention passée poursuive une cause ou un but licite. Ces conditions sont aussi sensiblement les mêmes dans les droits de tradition de *common law*, mais leur mise en œuvre diffère parfois. De ce fait, il importe ici de respecter les conditions classiques de

<sup>1267</sup> N. BORGIA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, *op.cit.*, p. 211, n°216.

<sup>1268</sup> D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p.27, n°21.

validité d'un contrat puisque ces conditions sont partagées par les droits nationaux européens, y compris le droit anglais. Comme tout contrat, la sûreté préférentielle conventionnelle ne pourra être conclue sans un consentement libre et éclairé, ainsi qu'une capacité à contracter telle que l'exige l'article 1128 du Code civil issu de la réforme. Egalement, le pouvoir de contracter devra être modulé en fonction du régime matrimonial, notamment s'il s'agit d'époux mariés sous le régime de la communauté légale. Dans ce cas, les règles actuelles des articles 1424 et 1425 du Code civil pourraient être reprises. Egalement, les droits extra-européens de tradition civiliste peuvent inspirer la nouvelle sûreté préférentielle lors de biens détenus par plusieurs propriétaires. Le code civil québécois prévoit ainsi que « L'hypothèque sur une partie indivise d'un bien subsiste si, par le partage ou par un autre acte déclaratif ou attributif de propriété, le constituant ou son ayant cause conserve des droits sur quelque partie de ce bien (...) Si le constituant ne conserve aucun droit sur le bien, l'hypothèque subsiste néanmoins, mais elle est reportée, selon son rang, sur le prix de la cession qui revient au constituant, sur le paiement résultant de l'exercice d'un droit de retrait ou d'un pacte de préférence, ou sur la soulte payable au constituant »<sup>1269</sup>. Ces dispositions pourraient aussi être reprises afin de faire évoluer l'hypothèque selon les droits détenus sur le bien indivis. Cela permettrait de clarifier et d'améliorer les actuelles dispositions de l'article 815-17 du Code civil. Quant à l'objet, celui-ci devra être dans le commerce, c'est-à-dire au sens de la réforme être « un objet licite » et ne pourra être affecté au paiement d'une créance s'il est inaliénable ou insaisissable. Enfin, dans l'hypothèse d'une hypothèque rechargeable, l'acte constitutif devra prévoir la possibilité d'insérer une mention à cet effet. Cela renvoie alors aux formalismes de spécification et de publication, lesquels sont actuellement privilégiés par le législateur<sup>1270</sup> pour éviter les dépossessions.

b. Le formalisme de spécification

- 316. *Formalisme de spécification : seul l'écrit est ad validitatem, condition indispensable pour permettre une éventuelle circulation du bien grevé dans l'espace européen.*** Le formalisme de spécification renvoie « à la sécurité juridique de la sûreté et, au-delà, du crédit en général et non à la protection du donneur de sûreté (...) »<sup>1271</sup>. Ainsi, ce formalisme sert à préciser de façon propre à chaque sûreté conclue, le bien grevé et la

<sup>1269</sup> Art. 2679 du Code civil québécois.

<sup>1270</sup> V. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op.cit., p. 459-463.

<sup>1271</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op.cit., p. 460, n°594.



créance garantie. Cela est particulièrement indispensable au regard de la place grandissante des sûretés mobilières incorporelles qui l'exigent, ce que ne pouvait prévoir le législateur de 1804. C'est alors une évolution de l'exigence de la dépossession. Là où la dépossession permettait d'identifier précisément le bien puisque le créancier ou un tiers le détenait, l'écrit de spécification permet une photographie du bien au moment de la constitution de la sûreté, sans déposséder le constituant. Ce cliché juridique du bien grevé est indispensable en matière de sûretés pouvant être amenées à circuler, de façon anticipée ou inattendue, dans un espace juridique sans frontières. Au regard de l'évolution du crédit, qui n'est pas seulement national mais devient au moins bilatéral si ce n'est européen, voire international, conserver l'exigence de dépossession comme possible formalisme de spécification risque d'entraîner, si le bien circule pendant l'exécution de la sûreté, des conflits avec les tiers qui ne sont à l'heure actuelle toujours pas résolus par le législateur européen<sup>1272</sup>. Ces situations seraient source d'instabilité juridique, ce qui est particulièrement nocif pour les sûretés. Par ailleurs, au regard des dernières réformes en matière de sûretés et notamment de celle de 2006 au sujet du gage, qui transforme cette sûreté originellement réelle en un contrat solennel pour que le gage soit « parfait »<sup>1273</sup>, la question du maintien de la dépossession comme condition de validité peut se poser. A celle-ci, il a été répondu qu'il n'était pas nécessaire, contrairement au droit québécois, de conserver la dépossession comme substitut à l'écrit. Monsieur le Professeur Borga déclare ainsi que « *cela correspondrait à un retour en arrière du droit français qui n'est pas souhaitable* »<sup>1274</sup>. Dans la mesure où l'un des objectifs de repenser le droit des sûretés réelles est de rendre attractif le droit français et de l'ériger comme modèle, et comme la dépossession est très peu utilisée, cette solution est en effet parfaitement envisageable. La dépossession ne servirait alors plus que comme moyen d'opposabilité. Ainsi, seul l'écrit mais tout l'écrit serait nécessaire à la constitution de la sûreté unique préférentielle, ce qui implique une sanction à la hauteur des intérêts protégés. Puisque le formalisme de spécification protège la sécurité juridique et le crédit en général, la sanction de l'absence

<sup>1272</sup> K. KREUSER, *La propriété mobilière en droit international privé*, Académie de Droit international privé de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 284 et s.

<sup>1273</sup> Art. 2336 du Code civil. « *En l'absence de cet écrit, il est informé, non formé, ce qui paraît désigner une inexistence, plus encore qu'une nullité* ». L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op.cit.*, p. 252, n°506.

<sup>1274</sup> N. BORGA, « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *Etudes RD bancaire et fin.*, 01 mars 2016, dossier 13.

totale de ce formalisme devra être la nullité absolue<sup>1275</sup>. En revanche, concernant la précision des mentions requises, qui n'ont qu'un effet *inter partes*, la nullité relative en ce qu'elle protège l'intérêt personnel sera suffisante. Cela implique dès lors d'identifier les mentions requises à la constitution de la sûreté.

**317. Les mentions exigées pour le formalisme de spécification, respectueuses de la tradition civiliste.** Les mentions exigées devront permettre d'identifier les principaux acteurs de la sûreté unique, à savoir le constituant et le créancier ainsi que le bien grevé. L'identité du constituant et du bénéficiaire devra ainsi être précisée, dans une convention de sûreté unique. Celle-ci sera soumise aux dispositions générales relatives à cette nouvelle technique de sûreté<sup>1276</sup>. En application du principe de spécialité, les biens et les créances devront aussi être identifiés, c'est-à-dire déterminés lorsqu'ils sont présents, et déterminables lorsqu'ils sont futurs. Cette dernière condition ne devrait pas soulever de difficultés puisque depuis la réforme du 23 mars 2006, le gage<sup>1277</sup>, le nantissement<sup>1278</sup> et l'hypothèque<sup>1279</sup> admettent des exceptions lorsque les biens sont futurs. L'écrit en revanche ne pourrait garantir des biens futurs non identifiables. Il ne serait pas question de reconnaître en droit français une sûreté unique *omnibus*, beaucoup trop dangereuse et souvent peu utile. En admettant une sûreté sur biens futurs et pouvant être rechargée, la sûreté *omnibus* ne se justifie plus. Les biens futurs devront être déterminables, ce qui évite que le constituant ne greève l'ensemble de son patrimoine réel, présent ou futur pour des dettes présentes ou futures, aucun de ces éléments n'étant précisément identifiable. L'assouplissement du principe de spécialité se fait alors ressentir. S'il est possible d'avoir un élément futur, donc non déterminé, il faut cependant qu'il soit déterminable pour que le principe de spécialité soit respecté et ainsi que l'écrit soit valide. Ains, contrairement au droit anglais (*floating charge* avec une *future advance clause*) ou américain (*security interest* avec une *after acquired property clause*)<sup>1280</sup> ou encore à la proposition de la CNUDCI, le droit français n'admettrait pas une sûreté *omnibus*. Trop dangereuse, le fait que les biens et créances soient déterminables suffit à apporter une souplesse au principe

<sup>1275</sup> Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, op.cit., p. 198, n°333.

<sup>1276</sup> Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, op.cit., p. 199, n°335.

<sup>1277</sup> Article 2333 alinéa 1 du Code civil.

<sup>1278</sup> Article 2355 alinéa 1 du Code civil.

<sup>1279</sup> Articles 2420 et 2423 du Code civil.

<sup>1280</sup> Pour un aperçu sur ces deux clauses v. J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, op.cit., p. 135, n°379.

de spécialité tout en protégeant le constituant. Il n'apparaît pas judicieux non plus de prévoir des conditions de validité variables selon la nature du bien. « *Dans le prolongement, on rappellera que la fiducie-sûreté ne connaît pas des conditions de validité différentes selon qu'elle porte sur des meubles ou des immeubles* »<sup>1281</sup> ; de ce fait, il ne semble pas utile de faire une distinction. Cela évitera une illisibilité qui ne se justifierait pas. Enfin, la convention de sûreté unique préférentielle devrait comprendre la durée de l'engagement. Deux situations pourraient alors se présenter. Tout d'abord, la sûreté unique est conclue pour une durée déterminée. Dans cette situation, soit les parties respectent le délai établi conventionnellement, soit elles peuvent le raccourcir ou le rallonger à leur guise, par modification écrite. Cela relève de leur liberté contractuelle et tant que les conditions de fond de droit commun sont respectées pour modifier ce délai, le changement serait valable. Dans une seconde situation, il y a la possibilité de conclure une sûreté qui ne prendra pas fin avec l'extinction de la créance. Dans ce cas, c'est-à-dire si la sûreté prévoit un rechargement ou si elle est à durée indéterminée, il est indispensable de reconnaître aux parties la possibilité de résilier la sûreté après un préavis. Monsieur Blandin propose, sur l'exemple de l'hypothèque à durée indéterminée, d'accorder trois mois de préavis<sup>1282</sup>. Ce temps semble adéquat en ce qu'il n'est ni excessivement long ni trop court. Pour conclure sur les mentions exigées, une convention de recharge devrait être prévue afin de permettre la réutilisation de la sûreté. Celle-ci s'apparente à une facilité accordée aux parties qui ne semble pas inutile, quand bien même le coût de constitution de la sûreté serait peu élevé<sup>1283</sup>. Elle prendrait ainsi la forme d'une mention en marge, à l'instar de l'hypothèque rechargeable actuelle. Toutefois, contrairement à celle-ci, la forme de l'acte constitutif ne serait pas nécessairement notariée.

- 318.** *A l'instar des droits anglais et allemand, la forme notariée ne devrait pas être obligatoire et l'acte d'avocat pourrait être un compromis.* L'article 2416 du Code civil prévoit que pour les hypothèques l'acte passé doit se réaliser sous forme notariée. Cela n'est pas le cas des autres sûretés réelles qui accordent un droit préférentiel. Dès lors, une question se pose. Faut-il soumettre la sûreté préférentielle conventionnelle unique à une

<sup>1281</sup> N. BORGA, *Les conditions de validité de l'hypothèque unique*, op.cit., dossier 13.

<sup>1282</sup> Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, op.cit., p. 199, n°335.

<sup>1283</sup> *Contra* Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, op.cit., p. 201, n°337.

même forme d'acte quelle que soit l'assiette sur laquelle elle porte ou doit-on distinguer en fonction du bien et conserver la règle qu'un bien immeuble ne peut être grevé que par un acte authentique ? Le recours aux notaires pour constituer une hypothèque est une spécificité de droit civil. Le droit québécois, qui possède un bijuridisme, a conservé la dichotomie d'acte et prévoit que pour les biens immobiliers, l'hypothèque doit revêtir une forme notariée tandis que cela n'est pas nécessaire dès lors qu'elle porte sur des biens mobiliers<sup>1284</sup>. D'autres droits européens ne connaissent pas la fonction de notaire, c'est le cas du droit anglais, ou ne soumettent pas la constitution d'une sûreté immobilière à un acte sous forme notariée, c'est le cas de l'Allemagne. Pourtant, ces pays ont un système de protection des parties qui passe par le formalisme ad validitatem tel que celui envisagé pour la sûreté préférentielle conventionnelle unique. Par ailleurs, le droit français ne requiert la forme authentique qu'en raison du fait que l'article 4 du décret du 4 janvier 1955, relatif à la publicité foncière, dispose que « tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique »<sup>1285</sup>. Le passage devant notaire est alors doublement nécessaire. D'une part, il est actuellement indispensable pour que l'acte soit enregistré au service de la publicité foncière, d'autre part, il sert de mesure de protection. Or, non seulement la protection peut être atteinte grâce à un formalisme de spécification et de publication tel que ceux proposés mais en plus, il est envisageable de modifier les conditions du service de publicité foncière tenant à la nature de l'acte pour qu'un acte sous seing privé puisse être enregistré. Par ailleurs, certaines hypothèques, comme les hypothèques maritimes, peuvent être constituées par acte sous seing privé<sup>1286</sup>. Également, les ventes immobilières ne nécessitent pas forcément un acte authentique, tout comme le gage immobilier pouvait être réalisé sans passer devant un notaire avant la réforme de 2006. Ainsi, aucune disposition d'ordre public ou obstacle quelconque<sup>1287</sup> n'empêche de supprimer le recours à un acte authentique dès lors que la sûreté est immobilière. De ce fait, quel que soit le bien grevé par la sûreté unique préférentielle, il semble que le formalisme de spécification puisse être obtenu par un acte

<sup>1284</sup> Article 2693 et 2696 du Code civil québécois.

<sup>1285</sup> Ou si cela n'est pas possible, notamment lorsque s'il s'agit de décisions étrangères, les actes doivent être « légalisés par un fonctionnaire qualifié du ministère français des affaires étrangères et déposés au rang des minutes d'un notaire français ». Article 4 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière tel que modifié par l'ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 - art. 14.

<sup>1286</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, op.cit., p. 612, n°819.

<sup>1287</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, op.cit., p. 58, n°52. V. aussi l'article 1322 du Code civil qui dispose que « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique ».

sous seing privé, comme le permet l'acte d'avocat. Celui-ci est pratiquement reconnu dans tous les droits nationaux européens, ce qui permettrait au droit français de s'aligner sur les autres droits européens. Subsidiairement, cela permettra de constituer plus rapidement et de façon moins onéreuse une sûreté préférentielle sur un bien immobilier. Enfin, si une eurohypothèque venait à éclore en droit européen, celle-ci ne pourrait être constituée sous forme notariée puisque plusieurs Etats membres, soit ne connaissent pas l'institution du notaire, soit n'assujettissent pas la constitution d'une sûreté immobilière à l'établissement d'un acte authentique. Il a ainsi été proposé qu'elle puisse être constituée par un acte d'avocat. Si la sûreté unique préférentielle conventionnelle devait exiger le passage devant notaire pour grever un bien immobilier, le droit français irait alors à l'encontre de ses objectifs de simplicité et d'attractivité au sein de la sphère européenne et extra-européenne.

**319. *Le recours aux nouvelles technologies encadré par les règles européennes protectrices des données à caractère personnel.*** Si le formalisme de spécification peut ainsi avoir lieu par un acte sous seing privé, la question du recours aux nouvelles technologies peut se poser. Cela suppose une possibilité juridique et des moyens matériels et de nouveau, le droit européen permet d'apporter une réponse moderne à cette interrogation. Quant aux possibilités juridiques, la directive 2000/31/CE<sup>1288</sup> avait initié une prise en compte du commerce électronique par le législateur européen. Cela s'est traduit par l'adoption de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui a donné lieu notamment aux articles 1108-1 et suivants, et 1316-1 et suivants du Code civil. Il est vrai que l'article 1108-2 2° du Code civil exclut les actes sous seing privé sous forme électronique pour les sûretés réelles et personnelles « sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ». Mais, si les articles 1125 à 1127-6 de la réforme du 10 février 2016 du Code civil ne mentionnent pas spécifiquement la possibilité de conclure un acte sous seing privé par voie électronique, ils ne l'excluent pas non plus. Par ailleurs, l'article 1108-2-2° est quelque peu ancien au regard de l'évolution des moyens de communication électronique. Le règlement 2016/679 du 27 avril 2016<sup>1289</sup>

<sup>1288</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

<sup>1289</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Ce règlement a été adopté le même jour que deux autres directives relatives à la protection des données

accordant une protection renforcée des données personnelles va contraindre la France à modifier la loi de 2004 afin de transposer le règlement avant le 18 mai 2018. Lors de la loi de transposition, il sera nécessaire d'inclure la possibilité de conclure un acte juridique, comme la sûreté unique préférentielle conventionnelle, par acte d'avocat lequel pourra s'opérer par voie électronique, sous condition naturellement de protection des données communiquées. Au regard du rôle prépondérant des communications électroniques dans les rapports juridiques actuels, il apparaît impossible de ne pas permettre de constituer et enregistrer une sûreté par ces nouveaux moyens de communication. Comme le disait déjà Monsieur le Professeur Riffard, « *tout nouveau système de publicité écrite des sûretés mobilières conventionnelles sera informatique ou ne sera. Seul l'outil informatique va permettre de traiter avec efficacité et fiabilité la multitude d'information engendrées par l'enregistrement des sûretés mobilières* »<sup>1290</sup>. Ce souffle de modernité devrait se prolonger dans les conditions d'opposabilité, par un formalisme de publication adapté aux exigences contemporaines.

c. Le formalisme de publication

**320. *Prévalence des sûretés enregistrées, sur un registre unique, sur les autres moyens d'opposabilité, en vue d'une meilleure lisibilité européenne.*** « *Une sûreté réelle inopposable aux tiers manquant son objectif essentiel, ce formalisme (de publication) conditionne en pratique l'efficacité donc la sécurité juridique de l'acte passé* »<sup>1291</sup>. Le formalisme d'opposabilité possède ainsi deux fonctions. Au titre de l'efficacité, l'opposabilité permet de régler le rang des créanciers et de leur assurer ainsi un paiement selon la date d'inscription de la sûreté. Cela leur garantit un droit de préférence. Au regard de la sécurité juridique, le formalisme de publication permet d'informer les tiers qu'un bien est grevé. Trois modes d'opposabilité sont actuellement admis en droit français pour remplir ces fonctions. Outre la possession acquisitive prévue par l'article 2276 du Code civil, laquelle n'est pas véritablement un mode d'opposabilité propre aux

---

personnelles en matière pénale (Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil et Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière).

<sup>1290</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, op.cit., p. 273, n°760.

<sup>1291</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op.cit., p. 462, n°596.

sûretés réelles, le mode d'opposabilité le plus connu est certainement la publicité, qui est particulièrement développée depuis la réforme du 23 mars 2006. Elle constitue un palliatif à la dépossession, dernier moyen d'opposabilité. Cette dernière a le mérite de la simplicité mais possède deux inconvénients. Tout d'abord, elle se heurte à la théorie de l'apparence, ensuite, elle ne précise pas les modalités de la sûreté qui grève le bien. Elle est donc imprécise et peut être remise en cause, ce qui nuit aux sûretés qui nécessitent stabilité et transparence. Pour Madame le Professeur Martial-Braz, « *la question de la conciliation entre la possession acquisitive et l'absence de dépossession des biens grevés est essentiellement une question qui se pose pour la mise en œuvre de la garantie (...) C'est parce que la possession pourrait nuire à la mise en œuvre de la garantie qu'il convient de la neutraliser, nullement parce qu'elle pourrait porter atteinte à l'information des tiers, sur laquelle elle n'influe pas* »<sup>1292</sup>. En conséquence, l'auteur reconnaît qu'il est possible de conserver la dépossession et la publicité comme moyens d'opposabilité. Pour des raisons plus primitives, tenant au souci de simplicité recherché pour cette sûreté préférentielle conventionnelle unique lorsqu'elle est notamment constituée pour des biens de faible valeur, la dépossession devrait survivre comme moyen d'opposabilité pour informer les tiers de façon extrêmement rapide et aisée. En revanche, dans la mesure où elle ne permet pas de préciser la teneur de la sûreté (durée, montant de la créance, éventuellement l'identité du créancier puisqu'elle peut se faire par l'entiercement) et où elle entre en confrontation avec la règle de l'article 2276 du Code civil, elle devra être de valeur inférieure à la publicité. Cela signifie qu'en cas de conflit entre deux créanciers, primera celui dont la sûreté a été enregistrée et publiée. Cette solution pourrait se fonder sur l'actuel article 2337 alinéa 3 du Code civil qui prévoit à l'égard du gage de droit commun que le créancier qui a enregistré sa sûreté ne peut se voir opposer la théorie de l'apparence<sup>1293</sup>. En outre, cette solution s'alignerait sur le droit OHADA et le Guide législatif de la CNUDCI et s'inscrirait ainsi dans les solutions modernes retenues pour les sûretés, en l'occurrence mobilières. Par ailleurs, dans le cas où le droit européen se saisirait du droit des sûretés, notamment par le biais de l'instauration d'un registre interconnecté de publicité des sûretés réelles, il semble indispensable que le droit français anticipe cette nécessité et se dote en amont d'un système amorçant un registre unique. En effet, la multiplication actuelle des différents registres de publicité est pour les créanciers

<sup>1292</sup>N. MARTIAL-BRAZ, « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *Etudes RD bancaire et fin.*, 01 Mars 2016 dossier n°14, n°13.

<sup>1293</sup> Sur ce débat v. R. BOFFA, « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, chron. 1161 ; G. ANSALONI, « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009, 1672.

professionnels un véritable frein à la connaissance des biens déjà grevés. En France, il est presque possible d'affirmer que chaque sûreté a son propre registre de publicité. La confusion atteint son paroxysme avec le gage automobile, dont l'opposabilité passe par une dépossession, laquelle peut être fictive, mais qui doit alors être enregistrée<sup>1294</sup>. Cette situation est antiéconomique puisqu'elle rend illisible les sûretés conclues. Cette illisibilité et le risque de conflit entre les modes d'opposabilité d'une sûreté mobilière concourent à la méfiance des créanciers européens et extra-européens pour conclure des sûretés réelles préférentielles et participe corrélativement au déclin de celles-ci. Un registre unique de publicité permettrait de rendre un certain intérêt aux sûretés préférentielles<sup>1295</sup>. Ce registre, pour être efficace et garantir ainsi le droit de préférence du créancier, doit contenir des éléments précis et utiles.

**321. *Éléments caractéristiques du formalisme de publication déterminés en fonction des droits anglais et allemand.*** Pour être efficace, le formalisme de publication devrait être, comme en droit anglais et allemand pour l'hypothèque, constitutif de la sûreté c'est-à-dire que sans enregistrement de la sûreté, celle-ci ne pourrait être valable<sup>1296</sup>. Si cette exigence peut être considérée comme une lourdeur, elle n'est cependant souhaitée que pour assurer une transparence de toutes les sûretés conclues. Cet objectif de transparence est nécessaire à l'heure actuelle en raison du déplacement possible des biens grevés de sûretés sur le territoire européen. Pourtant, les droits anglais et allemand ne prévoient pas de registres pour toutes les sûretés. De ce fait, pour ne pas alourdir le droit français des sûretés par cette formalité obligatoire, les mentions requises devraient être simplifiées par rapport à celles contenues dans l'acte constitutif de la sûreté. Ainsi, de façon assez classique, il faudrait que l'acte d'enregistrement contienne des mentions relatives à l'identité des parties, à l'identification des biens grevés et des créances garanties. Une fois ces mentions vérifiées par un tiers certifié, un bordereau de constatation d'enregistrement devrait être remis au constituant et les mentions relatives au bien grevé publiées. La présence d'un tiers certifié pourrait être critiquée, à l'instar du droit anglais qui n'en

<sup>1294</sup> Article 2351 du Code civil.

<sup>1295</sup> Certains biens très spécifiques nécessitent un registre particulier, adapté aux biens qu'ils enregistrent. Il s'agit notamment du registre relatif aux biens incorporels comme les propriétés intellectuelles v. N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007, p. 336, n°517. Pour ces derniers, si leur spécificité empêche réellement toute conglomération dans un seul et même registre, des registres spéciaux strictement délimités pourraient coexister aux côtés d'un registre unique. Un système de correspondance des données devrait alors s'imposer entre le registre unique et les registres spécifiques. En application de l'adage « *specialia generalibus derogant* », en cas de conflit entre les deux registres, les mentions et la date d'inscription apposées sur le registre spécial devraient primées.

<sup>1296</sup> Ce qui est déjà le cas en droit français pour le nantissement par exemple (art. 2356 Code civil).



connaît pas. Monsieur Blandin rappelle que l'exigence de sécurité juridique dicte l'intervention d'un tiers compétent et il suggère à cet effet le greffier du tribunal de commerce, dans la mesure où l'instrument qu'il propose ne s'adressera qu'à des professionnels<sup>1297</sup>. Dans le cadre de la sûreté unique préférentielle conventionnelle proposée ici, toute personne pourrait en bénéficier. Le greffe du tribunal de commerce ne serait ainsi pas spécialement compétent pour vérifier les informations données et les publier sur le registre en ligne. En raison de l'importance de la procédure de vérification et de publication, qui va servir à contrôler l'absence de vices et la protection des données personnelles en ne publiant pas toutes les informations, le tiers certifié ne peut être qu'un officier ministériel ou une administration de l'Etat. Si c'est un officier ministériel, cela pourrait limiter le recours à la sûreté unique préférentielle en raison du coût de la procédure et des lenteurs occasionnées. A l'heure d'une réactivité du crédit, ce choix ne semble pas opportun. De plus, les droits anglais et allemand, qui ne connaissent pas d'officier ministériel, ne semblent pas souffrir du fait que ce ne soit pas un notaire qui procède à l'enregistrement. La question se pose alors de savoir quelle administration de l'Etat pourrait être compétente. Le service de la publicité foncière a l'habitude de travailler à la publication d'acte de sûreté dont les mentions sont particulièrement importantes. La préfecture connaît un registre, celui du gage automobile mais le service de la publicité foncière, centralisé en raison de son rattachement au Ministère de l'Economie et des Finances semble le plus adéquat et la plateforme pourrait ressembler, au regard de son accessibilité, à celle d'Infogreffe. Enfin, il convient de préciser les délais auxquels sera soumise l'opposabilité. Pour l'inscription, il ne semble pas justifié d'exiger un délai. Tout créancier a intérêt à publier au plus vite sa sûreté car la publication est non seulement constitutive mais également donne rang. Concernant la durée de l'inscription, le droit OHADA prévoit une durée de dix ans<sup>1298</sup>. Celle-ci semble adéquate car elle concilie d'une part les exigences de relations d'affaire brèves<sup>1299</sup> et un temps suffisamment long pour ne pas avoir à renouveler trop souvent les formalités d'inscription. La juste mesure semble avoir été trouvée par le droit OHADA et il semble opportun d'exiger la même.

---

<sup>1297</sup> Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, 2016, p. 207, n°348.

<sup>1298</sup> P. CROCQ, *Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, p. 57.

<sup>1299</sup> Contrairement à l'hypothèque conventionnelle qui est enfermée dans un délai de cinquante ans v. article 2434 du Code civil.

322. ***Le formalisme de publication, une publicité réelle telle que proposée pour un éventuel droit européen des sûretés.*** Le formalisme de publication, dans la mesure où il permet d’opposer la sûreté aux tiers, devrait être accessible en ligne. Cela permettrait à tout tiers de se connecter pour prendre connaissance de l’état d’un bien, et s’il est grevé, du rang du créancier et de la durée de la sûreté. Il convient de préciser que l’opposabilité prévue par le registre unique peut être de degré variable selon la publicité prévue à cet égard. En droit européen, le système de registre de l’eurohypothèque serait un système de publicité réelle. Seules les informations relatives au bien grevé seraient disponibles. En France, le système est actuellement mixte<sup>1300</sup>. Il serait souhaitable de prolonger une publicité mixte. Toutefois, en vue de protéger les données personnelles du constituant, les informations constituant la publicité personnelle ne pourraient être accessibles qu’à l’Etat et ses administrations, mais pas aux tiers personnes privées<sup>1301</sup>. Il s’agirait alors de transposer partiellement la solution proposée en droit européen et de n’accorder aux tiers personnes privées que la connaissance des mentions relatives au bien grevé<sup>1302</sup>. La publicité réelle est suffisante pour connaître la durée d’une sûreté conclue, la valeur du bien ainsi que le jour de l’inscription de la sûreté. Ces éléments semblent suffisamment déterminants pour qu’un créancier éventuel se décide à conclure, ou non, une sûreté sur un bien déjà grevé.
323. ***Application de la règle « prior tempore, potior jure » commune à de nombreux droits nationaux européens et internationaux des sûretés.*** Il serait opportun de reconnaître la règle « prior tempore potior jure ». Cela signifie que le jour d’inscription de la sûreté déterminerait le rang de préférence du créancier. Lorsque le bien grevé est une créance, il conviendrait de rajouter, comme le prévoit le droit actuel<sup>1303</sup>, une notification ou intervention à l’acte du débiteur de la créance nantie pour que la sûreté préférentielle conventionnelle unique lui soit opposable. La solution prior tempore a l’avantage de la clarté, et est similaire à celle de nombreux droits européens, à la proposition pour un droit sectoriel européen des sûretés ainsi qu’à des solutions de droits étrangers tels que le droit américain ou québécois. Toutefois, ces deux derniers systèmes reconnaissent la possibilité d’inscrire une sûreté pas encore conclue et de faire rétroagir le rang de la

<sup>1300</sup> Le gage sans dépossession est ainsi soumis à une publicité réelle et personnelle.

<sup>1301</sup> V. QPC CE, ord. 22 juill. 2016, n°400913 CE, communiqué, 22 juill. 2016, au sujet de laquelle le Conseil constitutionnel ne s’est pas encore prononcé.

<sup>1302</sup> *Contra* Monsieur Blandin qui explique cela par le fait que la sûreté globale ne s’appliquerait qu’aux professionnels. Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d’une sûreté réelle globale, op.cit.*, p. 210, n°355.

<sup>1303</sup> Art. 2361 et 2362 du Code civil.

sûreté, lorsque celle-ci est conclue, au jour de l'inscription. « Un tel système présente d'indéniables intérêts et avantages lorsque le besoin de crédit est très précoce, notamment en matière de création ainsi qu'il a été souligné, toutefois il présente également des risques importants de surendettement et de fraude en cas de déséquilibre entre le créancier et le débiteur »<sup>1304</sup>. Si Madame le Professeur Martial-Braz n'exclut pas cette possibilité pour les professionnels, il semblerait plutôt opportun, dans un souci de sécurité juridique, de ne pas admettre cette faculté de rétroaction qui semble beaucoup trop dangereuse, au regard d'un intérêt assez limité. Le droit américain est ainsi souvent confronté à des conflits entre créanciers ayant conclu et enregistré leur sûreté et d'autres créanciers qui ont déjà enregistré leur sûreté, bénéficiant ainsi d'un rang antérieur, mais qui ne l'ont pas encore conclue. Le système français est certes complexe dans certains aspects, mais il a le mérite d'assurer une protection des parties à la sûreté. Insérer une telle option bouleverserait la stabilité nécessaire aux sûretés plus qu'elle n'apporterait davantage de souplesse à la constitution d'un crédit. Outre le fait que le formalisme de publication permet d'assurer un rang clair et connu de tous, il confère également, de façon indirecte, un droit de suite.

**324. *Le droit de suite, conséquence commune en droits européens d'un formalisme de publication.*** Messieurs les Professeurs Mestre, Putman et Billiau expliquent que le droit de suite est un des effets du formalisme de publication. « *Aussi est-il possible de voir dans l'exercice du droit de préférence sur la valeur de la chose, le mode de réalisation de la sûreté réelle, et dans le droit de suite, l'expression de son opposabilité aux tiers* »<sup>1305</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le droit de suite n'était opposable en matière d'hypothèque immobilière que si la sûreté avait été régulièrement inscrite<sup>1306</sup> et publiée<sup>1307</sup>. Ces conditions s'appliquent naturellement si la créance est valable. En matière mobilière, l'article 2337 alinéa 3 prévoit que le créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession qui a fait l'objet d'une publication sans fraude possède un droit de suite. Cette prérogative semble plus délicate à reconnaître pour le créancier gagiste d'un gage avec dépossession, puisque détenant déjà le bien grevé, il ne saurait exiger de le suivre en quelques mains qu'il se trouve. Un droit de suite est cependant prévu si le

<sup>1304</sup> N. MARTIAL-BRAZ, *L'opposabilité de l'hypothèque unique*, op.cit., dossier n°14, n°24.

<sup>1305</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, op.cit., p.120, n°136.

<sup>1306</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, Bull. civ. I, n°55.

<sup>1307</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 20 mars 1996, Bull. civ. III, n°71.

gagiste se dessaisit involontairement de la chose<sup>1308</sup>. Dans ce cas, les conditions de revendication des articles 2276<sup>1309</sup> et 2277 du Code civil pourront s'appliquer. Dans le cadre d'une sûreté unique préférentielle conventionnelle, il serait évident de reconnaître, du fait de la publicité constitutive, un droit de suite au créancier. Celui-ci pourrait donc suivre le bien, mobilier ou immobilier, en quelques mains qu'il se trouve si la sûreté s'opère sans dépossession. Il bénéficierait aussi des mêmes prérogatives en cas de perte ou de vol du bien – dans ce cas plutôt mobilier – que le créancier gagiste actuel. Le droit de suite, en ce qu'il crée un rapport de droit entre un tiers détenteur et le créancier, entraîne des obligations juridiques pour les deux parties. Le tiers peut ainsi délaisser le bien<sup>1310</sup> ou se soumettre à une procédure de saisie immobilière pour ensuite se retourner contre le débiteur principal en demandant un remboursement du prix de vente<sup>1311</sup>. Etant subrogé dans les droits du débiteur principal, le tiers peut en outre payer la dette hypothécaire selon les sommes mentionnées dans l'acte d'inscription<sup>1312</sup> ainsi qu'opposer les exceptions qui appartenaient au débiteur initial. Ce système de l'opposabilité des exceptions « *ressemble fort à l'opposabilité des exceptions dont jouit la caution* »<sup>1313</sup>. Le créancier et le tiers acquéreur ou détenteur peuvent ainsi mutuellement s'opposer les exceptions qui découlent du contrat initial de la sûreté comme de la créance<sup>1314</sup>. Dans le cadre d'une sûreté unique préférentielle, le droit de suite ne devrait pas être remis en question. D'une part, il est la conséquence de la publication de la sûreté, formalité qui serait constitutive en cas de réforme des sûretés réelles préférentielles. Il ne peut donc être supprimé. D'autre part, il assure au créancier une sécurité supplémentaire, puisqu'après publication celui-ci ne peut se voir opposer la règle de la possession de bonne foi d'un tiers et pourrait ainsi poursuivre le bien. La publication permet ainsi d'éviter les conflits

<sup>1308</sup> En cas de vol ou perte.

<sup>1309</sup> Article 2276 alinéa 2 : « Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient ». Article 2277 alinéa 1 : « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté ».

<sup>1310</sup> En matière immobilière : art. 2467 du Code civil.

<sup>1311</sup> En matière immobilière : article 2473 du Code civil.

<sup>1312</sup> En matière immobilière : art. 2463 du Code civil.

<sup>1313</sup> C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse Paris II, 2012, n°305. Le parallèle peut également être fait lors d'hypothèque légale puisque l'article 2466 octroie au tiers détenteur le bénéfice de discussion.

<sup>1314</sup> Pour un exemple récent v. Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 janv. 2015, n°13-21044. Bulletin. *A comp.* pour une application qui « *contredit tout l'équilibre du droit de suite et remet partiellement en cause le caractère accessoire de l'engagement hypothécaire* » (M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, *op.cit.*, p. 619, n°1102) v. Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 février 2015, n°13-27691.

entre créancier et possesseur grâce à la transparence qu'elle assure, mais également règle les modalités d'extinction de la sûreté unique préférentielle.

325. *Variations conventionnelles possibles du formalisme de publication, à l'instar des propositions faites pour un droit européen des sûretés.* Il serait intéressant de prévoir que les parties pourront, par acte d'avocat ou non, conventionnellement modifier, renouveler ou recharger la sûreté conclue tant qu'une mention apparaît dans le bordereau et sur le site internet du registre. Enfin, la radiation, autorisée par voie conventionnelle, judiciaire ou légale (écoulement de la durée de la sûreté) constituerait la seule cause d'extinction de la sûreté<sup>1315</sup> à l'instar des propositions faites en ce sens pour un droit européen sectoriel des sûretés.

## **B. Fonctionnement et réalisation**

326. La sûreté unique préférentielle française, pour être efficace dans les droits européens et en droit européen, doit tout d'abord être envisagée au regard de son fonctionnement, c'est-à-dire des droits accordés aux parties pendant son déroulement (1). Lors de l'exécution de la sûreté, si le constituant est défaillant, il conviendra d'envisager comment la sûreté unique préférentielle se réalise (2).

### **1. Fonctionnement**

327. *Effets de la sûreté unique préférentielle : conservation et maintien de la valeur, comme dans les actuels droits européens.* Avant sa réalisation, la sûreté unique préférentielle pourrait attribuer des droits et obligations aux parties. L'assiette de la sûreté semble avoir peu d'intérêt sur les effets qu'elle produirait. La véritable distinction dans le fonctionnement de la sûreté résulterait davantage de la dépossession ou non dépossession. Ainsi, le détenteur, qu'il soit le constituant ou le créancier, doit conserver le bien. Chacune des deux parties a tout intérêt à respecter cette obligation puisqu'en cas de diminution de la valeur du bien, le créancier ou le constituant sera tenu de rétablir le déséquilibre occasionné. A cet effet, le détenteur a une obligation de conservation et de maintien de la valeur, qui peut se traduire par des réparations du bien si elles sont nécessaires. Celles-ci peuvent donner lieu à un remboursement de la part du constituant puisqu'il reste le propriétaire du bien, à la condition qu'elles soient utiles et nécessaires.

---

<sup>1315</sup> En ce sens, v. Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale, op.cit.*, p.218, n°367.

De même, la détérioration du bien engage la responsabilité du détenteur et la partie qui ne détient pas le bien pourra demander au créancier détenteur, la restitution du bien et au constituant détenteur, un complément de sûreté. Il s'agit toujours d'un objectif de maintien de la valeur, qui, de nouveau, est intéressant pour les deux parties qui ont donc tout intérêt à préserver la valeur du bien. En revanche, si la valeur doit être maintenue, la propriété du bien n'est pas obligatoire. De ce fait, le détenteur constituant peut vendre le bien grevé et le créancier, par le droit de suite qu'il tire d'une publicité valable, pourra exiger cette vente ou demander le paiement de la dette auprès du tiers acquéreur. Si jusqu'à présent la sûreté unique préférentielle s'organisait de la même façon que les sûretés réelles préférentielles actuelles, une distinction quant à la possibilité de moduler, pendant la sûreté le bien ou la créance, doit être précisée.

328. ***Modulation de la créance et du bien pendant l'exécution de la sûreté pour éviter aux créanciers européens les démarches de (re)constitution d'une sûreté.*** Aujourd'hui, il n'est pas possible de recharger un bien mobilier grevé ce qui bloque le crédit de nature mobilière. Les créanciers français comme européens sont donc contraints, lorsqu'ils clôturent une sûreté mobilière préférentielle en droit français, de constituer une nouvelle sûreté. Avec la sûreté unique préférentielle, il serait possible de recharger, *via* une mention en marge du bordereau d'inscription, la sûreté conclue. Cela permettrait de ne pas bloquer la valeur d'un bien tout en limitant le montant maximal de la créance à la valeur du bien afin de ne pas créer de situations de surendettement. Cette faculté serait également possible pour les biens fongibles, à la condition que les parties déterminent les caractéristiques principales du bien de façon à pouvoir le remplacer par un bien similaire. Enfin, et de façon classique, les parties pourraient prévoir que le créancier qui détient un bien frugifère peut déduire du montant de la dette les fruits perçus.

## 2. Réalisation

329. ***Position du problème : entre privilèges et droit des procédures collectives, la délicate place du droit de préférence, délaissé aussi par les législateurs européens.*** Les sûretés réelles qui octroient un droit de préférence sont aujourd'hui désavouées. La confiance dans l'instrument de garantie passe par deux points importants pour le créancier : une constitution simple et une réalisation certaine. Si la sûreté unique préférentielle peut être dotée de règles de constitution simples grâce à l'assainissement de certaines règles spéciales ou superfétatoires ainsi que d'un registre unique des publicités des sûretés

réelles, sa réalisation certaine ne devra pas se heurter aux incertitudes que rencontrent actuellement les créanciers titulaires de sûretés accordant un droit de préférence. Ces incertitudes sont dues à des choix politiques de régulation de la vie économique du pays qui se font au détriment du créancier. Deux exemples illustrent cet état. Tout d'abord, l'augmentation exponentielle du nombre de privilèges. Certes, ils sont prévus par le législateur pour protéger un intérêt particulier ou un intérêt général et relèvent ainsi d'un ordre public de protection. Mais, leur accroissement depuis une quarantaine d'années met en danger la répartition des créances lors de la réalisation des sûretés. Les créanciers ayant un droit de préférence se voient alors doublés par des créanciers privilégiés, toujours plus nombreux et aux sûretés parfois occultes. Ce déséquilibre « de dernière minute » participe à la méfiance des créanciers dans la certitude d'une réalisation de la sûreté. Ce phénomène a eu notamment pour conséquence de faire craindre aux créanciers étrangers un risque de non recouvrement de leur créance, ce qui explique partiellement la non attractivité du droit français des sûretés. Toutefois ce phénomène n'est pas la seule explication à un recul d'intérêt pour le droit français des sûretés et plus précisément, des sûretés réelles préférentielles. A la politique de protection d'une catégorie de créanciers ou d'un intérêt général, le législateur français a ajouté une politique de protection de l'entreprise. La loi du 25 janvier 1985 a donné le signal d'une dégradation du statut des créanciers titulaires d'un droit de préférence. Dépossédés de leur droit de préférence, prérogative pourtant intrinsèquement attachée à la sûreté en raison de sa finalité<sup>1316</sup>, les créanciers ont subi le gel du passif, à l'instar des créanciers chirographaires. Alors même que la seule interdiction faite aux créanciers munis d'une sûreté était de ne pas s'enrichir, la loi de 1985 les a appauvris en ne les distinguant pas des créanciers chirographaires<sup>1317</sup>. Ce phénomène n'est pas isolé. Les droits européens ont souvent eu la même politique. Le législateur européen, encore récemment, a rappelé son approbation pour les « procédures qui favorisent le redressement d'entreprises économiquement viables mais en difficulté, et qui donnent une seconde chance aux entrepreneurs (...) et qui permettent, dans des situations où il n'existe qu'une probabilité d'insolvabilité (...) d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou la cessation de ses activités »<sup>1318</sup>. Issu de la tendance américaine du

---

<sup>1316</sup> « Cette finalité est l'amélioration de la situation juridique du créancier par rapport à celle d'un créancier chirographaire bénéficiant seulement du droit de gage général sur les biens appartenant à son débiteur » P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op.cit., p. 220, n°268.

<sup>1317</sup> Plus récemment, v. le nouvel art. L. 643-7-1 issu de l'ordonnance du 12 mars 2014.

<sup>1318</sup> Cons. 10 et art. 1 alinéa 2 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité *précité*, qui sera applicable dès le 26 juin 2017.

*discharge*, qui privilégie des considérations humanistes, pragmatiques et possiblement économiques<sup>1319</sup>, ce mouvement de protection de l'entreprise en difficulté est destructeur pour le créancier muni d'une sûreté préférentielle. Ces deux manifestations politiques, dommageables pour les créanciers titulaires d'un droit préférentiel, ont contribué au développement des sûretés exclusives. Le législateur français a lui-même soutenu ce mouvement en ne paralysant pas certaines sûretés des créanciers exclusifs pendant les périodes de plan et d'observation. Les sûretés réelles préférentielles souffrent ainsi d'un défaut de prise en compte au moment de leur réalisation, ce qui permet des propositions de changement.

**330. *La sûreté unique préférentielle lors des périodes de sauvetage au regard du règlement européen insolvabilité refondu.*** Le droit européen éclaire de nouveau le droit français des sûretés. Les politiques de sauvetage de l'entreprise en difficulté ne sont pas qu'une spécificité française, dont l'opportunité pourrait éventuellement être discutée. Elles s'inscrivent dans un courant global européen, comme en témoigne le règlement 2015/848 qui s'appliquera à compter du 26 juin 2017. Le règlement étant un acte directement et obligatoirement applicable dans les Etats membres, la France va être contrainte sur certains points de modifier sa législation. Ce changement ne s'opérera pas en faveur des créanciers mais en vue de sauver l'entreprise qui rencontre des difficultés. Le cadre de la politique économique française, à tort ou à raison, ne variera pas. Il faut alors perfectionner la future sûreté unique préférentielle pour la rendre plus efficace ce qui, par voie de conséquence, redonnera au droit français des sûretés une attractivité. Dans la mesure où le sauvetage de l'entreprise prévaut, il convient de reconnaître une paralysie de tous les biens quelle que soit la sûreté détenue. Par ce moyen, les créanciers bénéficieront tous d'une égalité de traitement qui permettra de tempérer l'exclusivité excessive dont bénéficiaient certaines sûretés. Comme le précise Monsieur le Professeur Borga, « *le traitement égalitaire de l'ensemble des créanciers dans le cadre d'une procédure collective correspond à un moyen mis au service d'un objectif: le redressement de l'entreprise* »<sup>1320</sup>. Or, comme cet objectif va être poursuivi dans les prochaines années, il est indispensable de doter les sûretés exclusives des mêmes blocages que la sûreté unique préférentielle. Un tempérament pourrait cependant être admis selon l'utilité du bien. Le

<sup>1319</sup> C. HOUIN-BRESSAND, F. PÉROCHON, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *Etudes RD bancaire et fin.* 01 Mars 2016, dossier 16, n°4.

<sup>1320</sup> N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, *op.cit.*, p. 420, n°433.



Guide législatif de la CNUDCI reconnaît à cet égard la possibilité que « *le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve (...) que les tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs* »<sup>1321</sup>. Cela signifie que s'ils sont utiles au maintien de l'activité du débiteur et dans la mesure où les droits des créanciers sont protégés, certains biens pourraient sortir de la paralysie et continuer à être utilisés. La situation serait ainsi égalitaire entre les créanciers titulaires d'une sûreté réelle conventionnelle. Ce choix permettrait de satisfaire la politique de redressement des entreprises tout en préservant la force de la sûreté réelle préférentielle.

**331. La sûreté unique préférentielle lors de la liquidation judiciaire.** En revanche, dans le cadre d'une liquidation judiciaire<sup>1322</sup>, le principe d'égalité n'aurait plus sa place. Attention, paralysie du patrimoine et actifs deviennent indisponibles !<sup>1323</sup> Cela se justifie par le fait que les parties concluent spécifiquement une sûreté en raison de la confiance qu'elles accordent à l'instrument de garantie, confiance qui se manifeste au stade de la constitution et de la réalisation. Si les parties ont choisi la sûreté préférentielle ou une des sûretés exclusives c'est notamment en raison du mécanisme qui s'appliquera lors de la défaillance du débiteur. Ainsi, au stade de la liquidation, certains créanciers pourront opposer l'exclusivité qu'ils détiennent sur un bien tandis que d'autres pourront se prévaloir d'un pacte commissaire ou d'une attribution judiciaire faisant suite à la constitution valable de la sûreté unique préférentielle<sup>1324</sup>. Si plusieurs créanciers détiennent une sûreté unique préférentielle, leur rang sera déterminé par la règle *prior tempore potior jure*. L'importance de la publicité est de nouveau confirmée ici ce qui justifie d'autant plus d'en faire, à l'instar d'autres systèmes européens de droit des sûretés, une condition de validité de la sûreté.

**332.** En somme, l'insertion d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique permettrait de rationaliser les sûretés octroyant un droit de préférence de façon conventionnelle. Un des effets majeurs de cette rationalisation serait une meilleure lisibilité du droit des sûretés français. Cela contribuerait sans nul doute à améliorer son attractivité sur le plan

<sup>1321</sup> Guide CNUDCI p. 123, n°54.

<sup>1322</sup> La liquidation judiciaire est exclue du règlement n°2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité *précité*.

<sup>1323</sup> F. MACORIG-VENIER, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Th. Toulouse, 1992, spéc. n°410.

<sup>1324</sup> C. HOUIN-BRESSAND, F. PÉROCHON, « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *op.cit.*, dossier 16, n°31.

européen et à donner de nouveau de la compétitivité au droit français des sûretés face aux autres droits européens. Toutefois, l'objectif de simplification ne peut être atteint que si les autres sûretés réelles accordant un droit préférentiel mais de façon non conventionnelle sont clarifiées. Une opération d'assainissement de celles-ci apparaît alors indispensable.

## §II. Assainissement des sûretés préférentielles non conventionnelles

333. Les sûretés non conventionnelles octroyant un droit préférentiel au créancier peuvent être considérées comme étant de source légale. Plus précisément, « *certaines sûretés naissent directement de la loi au profit de certains créanciers, dès lors que la situation à laquelle la loi attache la sûreté s'est produite* » il s'agit alors des hypothèques légales et des privilèges, tandis que d'autres n'apparaissent que « *si un certain fait générateur, prévu et permis par la loi se produit* »<sup>1325</sup> ce qui est le cas lors des hypothèques judiciaires ou hypothèques de jugement de condamnation. Ces sûretés sont multiples, peu lisibles et de ce fait déjouent souvent, lors de la défaillance du débiteur, les règles préétablies de concours et de règlements de conflits entre créanciers. En cela, elles sont créatrices d'une instabilité qui nuit à la sécurité juridique du crédit. Leur foisonnement depuis de trop nombreuses années a conduit certaines d'entre elles à s'assimiler, au point de ne laisser subsister qu'une distinction formelle<sup>1326</sup>. Une suppression de certaines de ces sûretés légales a souvent été proposée<sup>1327</sup>. Pourtant, les privilèges notamment, continuent de proliférer pour répondre à une protection de certains créanciers<sup>1328</sup>. Le privilège sert alors à rétablir un équilibre ou du moins à prévenir un déséquilibre sociétal. La loi d'habilitation du 26 juillet 2005<sup>1329</sup> n'a pas autorisé le Gouvernement à réformer par

<sup>1325</sup> La loi intervient alors comme « acte-condition » ou comme « acte-règle ». J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles, op.cit.*, p.213, n°230. V. aussi J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français, op.cit.*, p. 189, n°538 (« *sûretés conventionnelles d'une part, sûretés non conventionnelles, ou légales, d'autre part* »).

<sup>1326</sup> « (...) *les hypothèques légales se sont significativement rapprochées des privilèges spéciaux immobiliers depuis le décret du 4 janvier 1955* ». Les auteurs précisent en note de bas de page « *à moins que cela ne soit l'inverse ...* ». M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 465, n°821. Ce constat a d'ailleurs conduit la Commission Grimaldi à proposer de intégrer les privilèges spéciaux immobiliers dans la catégorie des hypothèques légales.

<sup>1327</sup> Not. les privilèges v. H. ROSSIGNOL, Rapport au XVIIème congrès des syndics, v. aussi M. MOURONT, Discours du XVIIème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), « *L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges* », *Gaz. Pal.* 1978, 2, Doctr. p. 611.

<sup>1328</sup> V. par ex. le privilège de créanciers des sociétés de crédit foncier sur certaines sommes prêtées (L.513-11 du Code monétaire et financier créé par l'ordonnance du 27 juin 2013 n°2013-544).

<sup>1329</sup> Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, JO 27 juil. 2005, p. 12160, art. 24. V. M. GRIMALDI, « *Orientations générales de la réforme* », *op.cit.*, p. 51.

ordonnance les privilèges et les hypothèques légales, qui constituent la majeure partie des sûretés préférentielles non conventionnelles. S'il faut repenser le droit interne des sûretés réelles, en vue notamment de le clarifier et de le rendre davantage attractif face aux autres droits des sûretés européens, il faut alors rationaliser ces sûretés non conventionnelles, ce qui impose d'en supprimer certaines (A) et de clarifier celles qui sont maintenues (B).

### A. Suppression

334. La suppression de tous les privilèges, comme cela a pu être proposé<sup>1330</sup>, paraît être une solution à exclure, sauf à considérer que les privilèges sont tous néfastes et inutiles. Or, dans la mesure où ils répondent à des objectifs de justice corrective comme distributive<sup>1331</sup>, ils n'apparaissent pas nuisibles au crédit et semblent même participer au bon fonctionnement de celui-ci en assurant une garantie spécifique que ne pourrait permettre une sûreté réelle conventionnelle<sup>1332</sup>. Pour autant, la désuétude et/ou l'inutilité, - l'une étant souvent la conséquence de l'autre -, de certaines sûretés non conventionnelles, obscurcit le droit français des sûretés. Cet excès de sûretés non préférentielles complexifie le droit français et empêche les créanciers de connaître à l'avance leur rang de classement. Cela peut alors les conduire à préférer un autre droit des sûretés, dans la sphère européenne, qui serait réputé plus fiable, comme l'est notamment le droit anglais. Selon la classification actuelle, il apparaît que certains privilèges, généraux (1) comme spéciaux (2), qui avaient une utilité en 1804, ne sont aujourd'hui plus usités en raison d'une évolution du crédit ou de la mise en place de systèmes de solidarité ou d'assurance qui pourvoient au paiement des créances, ce qui justifierait leur suppression.

#### 1. Suppression de certains privilèges généraux

335. La question de la suppression des privilèges généraux n'est pas nouvelle. Si certains privilèges pourraient en effet être supprimés (a), cela n'est pas le cas pour d'autres (b).

---

<sup>1330</sup> H. ROSSIGNOL, Rapport au XVIIème congrès des syndics, v. aussi. M. MOURONT, Discours du XVIIème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978). « L'abolition des privilèges est donc souhaitable » D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p. 414, n°656.

<sup>1331</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, op.cit., n°122 et s. et n°134 et s ; M. ROULAND, *La qualité de la créance*, Lille thèses, 2007.

<sup>1332</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, op.cit., p. 197, n°558.

## a. Suppressions souhaitées

336. *Suppressions proposées en raison de leur perte de qualité de privilèges.* Certains privilèges généraux sont maintenant pris en charge par des organismes privés ou publics. Leur maintien dans le Code civil engendre une illisibilité, qui pourrait inquiéter un créancier étranger. Ainsi, au titre des privilèges généraux, il est possible de suggérer la suppression de plusieurs privilèges prévus par l'article 2331 du Code civil. Il s'agit des alinéas 3, 6, 7 et 8 qui correspondent respectivement aux « frais quelconques de la dernière maladie, quelle qu'en ait été la terminaison, concurremment entre ceux à qui ils sont dus » ; à la « créance de la victime de l'accident ou de ses ayants droit relative aux frais médicaux, pharmaceutiques et funéraires, ainsi qu'aux indemnités allouées à la suite de l'incapacité temporaire de travail » ; aux « allocations dues aux ouvriers et employés par les caisses de compensation et autres institutions agréées pour le service des allocations familiales ou par les employeurs dispensés de l'affiliation à une telle institution en vertu de l'article 74 f du livre Ier du code du travail » ou encore « des créances des caisses de compensation et autres institutions agréées pour le service des allocations familiales à l'égard de leurs adhérents, pour les cotisations que ceux-ci se sont engagés à leur verser en vue du paiement des allocations familiales et de la péréquation des charges résultant du versement desdites prestations ». Ces privilèges n'ont plus lieu d'être puisque la Sécurité Sociale, ou les organismes qui la subrogent, prennent maintenant en charge ces frais<sup>1333</sup>. Ces créances sont ainsi remboursées par la société française au titre de la solidarité et ne constituent plus des frais impayés qui donneraient légitimement lieu à un privilège. Il en est de même pour le privilège de frais funéraires prévu à l'alinéa 2 de l'article 2331 du Code civil, qui est souvent pris en charge par les assurances civiles. Depuis la dernière décision de la Cour de cassation en la matière qui remonte au 15 mars 1897<sup>1334</sup>, les juridictions judiciaires ne se sont prononcées dessus de nouveau qu'une seule fois, le 10 juillet 1990, par l'intermédiaire de la première chambre civile<sup>1335</sup>. Mais, puisque les magistrats ne prennent pas en charge certains frais liés aux funérailles<sup>1336</sup>, qu'ils ne vérifient pas la qualité ou la position sociale du défunt<sup>1337</sup>, et qu'il existe une prise en charge quasi automatique par les assurances des frais funéraires

<sup>1333</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.526, n°707.

<sup>1334</sup> Cass., Civ., 15 mars 1897, D. 1897, 1, 280.

<sup>1335</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1990, n°88-17.556.

<sup>1336</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.524, n°703.

<sup>1337</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juillet 1990, n°88-17.556, Inédit (la Cour de cassation reprochait entre autre à la Cour d'appel de Douai de ne prendre en compte que le patrimoine mobilier du défunt, lequel était un mineur de deux ans).

(quand bien même cette prise en charge est variable selon le contrat d'assurance), ces éléments laissent penser que les frais funéraires ne constituent plus véritablement des créances qui nécessiteraient un privilège.

b. Suppressions inopportunes au regard du droit européen

337. La suppression inopportune des privilèges de salaires au regard de leur nécessité et de leur admission par le droit européen de l'insolvabilité. La question des privilèges des salaires doit être précisée. Monsieur ROSSIGNOL déclarait en 1978 qu'il fallait limiter ces privilèges aux strictes créances alimentaires, car la prolétarisation qui a donné naissance à leur création avait disparu<sup>1338</sup>. Depuis, le législateur n'a cessé d'augmenter leur assiette et d'étendre leur champ d'application<sup>1339</sup>, lorsque l'employeur est *in bonis* comme lors de l'ouverture d'une procédure collective. Si l'on considère que ces privilèges répondent à la conception classique de cette forme de sûreté, à savoir qu'ils doivent être justifiés au regard de « la qualité de la créance », il est vrai que la question de leur suppression peut se poser tant le champ d'application de ces privilèges a été élargi à des créances de moins en moins en lien avec le salaire. Mais, il est aussi possible de penser que dans la mesure où ces privilèges n'existent plus seulement en fonction de la créance, puisqu'ils peuvent garantir des créances alimentaires comme indemnitaires<sup>1340</sup>, ils sortent du champ d'application de l'article 2324 du Code civil. En effet, il semble que le privilège des salaires soit « octroyé davantage en considération de la personne que de la qualité de la créance »<sup>1341</sup>. La fonction humanitaire de ces privilèges innove une véritable législation de garantie des rémunérations et indemnités, distincte de « l'idée de sûreté au sens de garantie du crédit »<sup>1342</sup>. Les privilèges des salaires sont ainsi nécessaires et leur suppression n'apparaît pas opportune dans la mesure où « le privilège repose maintenant sur l'idée plus générale selon laquelle, le travail n'étant pas une marchandise, sa rémunération mérite un traitement de faveur qui est la projection sur le terrain pécuniaire de la dignité de la personne humaine et de la protection qui lui est due »<sup>1343</sup>. Ceux-ci s'inscrivent ainsi dans la politique sociale et de l'emploi du législateur puisqu'ils visent à protéger les salariés, lesquels sont majoritairement au sein de PME ou TPE. Ils

<sup>1338</sup> H. ROSSIGNOL, Extraits du Rapport du 17<sup>ème</sup> congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), « L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », *Gaz. Pal.* 1978, 2, p.613.

<sup>1339</sup> V. V. BREMOND, *J. Cl. Civ.*, art. 2330 et 2331, n°31.

<sup>1340</sup> Le privilège des salaires garantit maintenant, notamment, l'indemnité de fin de contrat, l'indemnité de précarité d'emploi, les indemnités de congés payés, ou encore l'indemnité de licenciement.

<sup>1341</sup> PH. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF coll. Droit fondamental, 2<sup>nd</sup> éd., 1998, p. 341.

<sup>1342</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 451, n°795.

<sup>1343</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p.501, n°675.

forment ainsi une composante du paysage français de l'emploi et il n'apparaît pas possible, pour ces raisons de protection de l'intérêt général, de supprimer cette législation. Cette traduction d'une politique sociale est respectée par le droit européen. Le règlement insolvabilité refondu<sup>1344</sup>, qui s'appliquera aux procédures ouvertes à compter du 26 juin 2017, reconnaît les créances des travailleurs. Le considérant 72 précise ainsi que la qualification et le rang accordés à ces créances privilégiées doivent être déterminés par chaque Etat membre. L'article 54 point 2 du même règlement exige également qu'ils soient mentionnés dans la note informative aux créanciers. Le droit européen de l'insolvabilité prend ainsi en compte les privilèges des salaires. Ces derniers ne représentent donc pas un obstacle à l'attractivité du droit des sûretés français mais seulement le choix d'une politique économique et sociale. Il faut toutefois admettre que des jurisprudences récentes<sup>1345</sup> montrent que la délimitation des règles relatives aux privilèges des salaires et superprivilèges de salaires en droit français n'est pas clairement définie. Cet inconvénient, issu des nombreuses réformes ponctuelles du législateur sans vision d'ensemble, concourt à l'impression d'excès de privilèges en matière de salaires.

**338. *Le privilège des frais de justice, une suppression inutile en raison de sa prise en compte par les droits européens.*** De même avec les privilèges de frais de justice, prévus à l'article 2331 1° du Code civil, et dont la suppression a souvent été proposée<sup>1346</sup>. La Cour de cassation est venue rappeler toute l'utilité de ce privilège dans un arrêt du 15 octobre 2013 en précisant que « la créance de dépens, exposés par la société débitrice à l'occasion de l'instance ayant abouti à ce dernier, devait être considérée comme une créance utile née pour les besoins du déroulement de la procédure et éligible, à ce titre, au privilège légal assorti du rang attribué aux frais de justice ». Le privilège de frais de justice est ainsi indispensable dans le cadre de politiques de gestion des entreprises en difficulté puisqu'il permet le bon déroulement du recouvrement de créance dans l'intérêt général de tous les créanciers. Il se rapproche dans son fonctionnement du mécanisme de gestion pour autrui en ce que les frais doivent être utiles pour la conservation ou la réalisation du patrimoine du débiteur et doivent être profitables à l'intérêt commun des créanciers<sup>1347</sup>. Un créancier

<sup>1344</sup> Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *précité*.

<sup>1345</sup> Cass. Com. 3 nov. 2010 n°09-14744 Bull. 2010, IV, n° 168 ; Cass. Com. 18 juil. 2013, n°12-14.493 Bull. 2013, IV, n° 106 ; Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-17.997 et n°13-18.112, Bull. 2014, IV, n° 103.

<sup>1346</sup> H. ROSSIGNOL, « L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », *op.cit.*, spéc. p.613.

<sup>1347</sup> Cass., Req., 1<sup>er</sup> avril 1890, DP 91. 1. 364.

agit ainsi dans l'intérêt de tous et à ce titre, mérite d'être privilégié lors du remboursement de ses frais. L'importance de protéger un acte qui bénéficie à tous les créanciers a été prise en compte par le droit européen de l'insolvabilité. Cette fois, le règlement insolvabilité refondu a édicté des règles relatives aux frais de procédure. Le juge compétent<sup>1348</sup> et la loi applicable<sup>1349</sup> seront ceux déterminés par le lieu d'ouverture de la procédure d'insolvabilité et les frais de justice sont reconnus comme faisant partie de la créance<sup>1350</sup>. Outre la prise en compte de ce privilège par le règlement insolvabilité, la suppression du privilège de frais de justice semble inopportune au regard de la protection européenne prévue pour l'accès à la justice. En effet, tant le Conseil de l'Europe que l'Union européenne assurent au titre de l'accès à la justice, notamment l'aide juridique et l'aide à l'accès au droit. Si sa suppression semble inopportune car elle n'irait pas dans le sens de la protection offerte par les droits européens, la question de l'assiette de ce privilège s'est posée. Doit-il être réduit à l'objet qui a engendré les frais ou peut-il être étendu à l'ensemble du patrimoine ? La réponse n'est pas actuellement très claire<sup>1351</sup>, il semblerait cependant qu'il faille privilégier l'action positive du créancier qui engage des frais pour l'ensemble des autres créanciers. Réserve faite des concours entre créanciers privilégiés<sup>1352</sup>, question qui sera développée par la suite, le créancier qui débourse des frais de justice devrait pouvoir bénéficier d'une assiette générale puisqu'il sert l'intérêt général des créanciers.

**339. *La suppression impossible des privilèges de procédure collective au regard de la politique économique et sociale française.*** Enfin, les nombreux privilèges de procédure collective sont également sujets à discussion quant à leur diminution ou suppression. Cette priorité légale de paiement accordée à certains créanciers apparaît également lors de la conciliation ou des procédures de sauvegarde ou redressement et de liquidation. L'ordonnance du 12 mars 2014 est venue confirmer cette priorité de paiement octroyée aux créanciers qui ont participé à (ou tenté de) renflouer l'entreprise en difficulté. En

<sup>1348</sup> Cons. 35 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité précité.

<sup>1349</sup> Art. 7 (1) du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité précité.

<sup>1350</sup> Art. 55 du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité précité.

<sup>1351</sup> PH. TÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, op.cit., p. 340 ; M. ROULAND, *La qualité de la créance*, Lille thèses, 2007, n°94.

<sup>1352</sup> Pour un exemple récent d'un conflit entre créanciers hypothécaires et créanciers titulaires d'un privilège de frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective v. Cass. Com. 11 juin 2014, n°13-17.997 et n°13-18.112, Bull. 2014, IV, n° 103. Une publicité des privilèges assortie de la règle *prior tempore potior jure* permettrait d'éviter ces conflits.

effet, la réforme de 2014 élargit par exemple le domaine du privilège à tout apport effectué « dans le cadre » de la procédure, tandis que les « biens ou prestations nécessaires à la vie courante » font maintenant clairement partie intégrante du privilège<sup>1353</sup> et les créanciers qui assurent ces besoins peuvent bénéficier de la priorité. Les législateurs de 2005 et 2014 indiquent par ces deux nouvelles orientations que le créancier qui veut bénéficier d'un privilège doit aller au-delà de sa propre créance et doit veiller au « bien-être » du débiteur défaillant. Ce créancier doit alors remplir une mission d'intérêt général puisque si le débiteur retrouve une situation normale grâce à de l'argent frais (privilège de conciliation dit de *new money*) ou obtient une créance « pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période » alors cela profitera à l'ensemble des créanciers. A ce titre, le créancier doit être privilégié. Dans la mesure où le créancier doit aller au-delà de sa propre créance, il devrait être avantagé par une assiette plus large que sa créance, ce qui favoriserait d'ailleurs le sauvetage de l'entreprise.

**340.** En somme, seuls quelques privilèges généraux pourraient faire l'objet d'une suppression. Il s'agit des privilèges prévus aux alinéas 2, 3, 6, 7 et 8 de l'article 2331 du Code civil. Ces suppressions sont proposées en raison de la désuétude de ces privilèges, qui sont maintenant remplacés par un système de solidarité nationale ou d'assurance. Les autres privilèges généraux ne semblent pas pouvoir faire l'objet d'une suppression dans la mesure où ils sont appréhendés par le droit européen. Cette reconnaissance européenne légitime ces privilèges, symboliquement en les reconnaissant comme pertinents et juridiquement, en organisant leur mise en œuvre. Un constat similaire peut être fait en matière de privilèges spéciaux car si certains privilèges restent intéressants, d'autres sont en revanche tombés en désuétude et ne justifient pas de rester au sein de l'article 2332 du Code civil.

## 2. Suppression de certains privilèges spéciaux

**341.** *L'inutilité du privilège de la créance de l'hôtelier au regard des attentes touristiques actuelles.* En matière de privilèges spéciaux mobiliers, le constat est sensiblement identique. Ainsi en est-il par exemple du privilège de l'hôtelier ou plus précisément de la créance sur certains meubles qui peut être constituée par « les effets du voyageur qui ont

---

<sup>1353</sup> Cela était déjà le cas, mais de façon moins affirmée, dans la loi du 26 juillet 2005.



été transportés dans son auberge »<sup>1354</sup>. Les sommes concernées sont souvent très modestes et l'aubergiste du Code civil de 1804 est maintenant davantage un hôtelier (voire une personne physique privée !) qui assure ses réservations par la demande d'un acompte ou l'enregistrement des coordonnées bancaires. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 2332 du Code civil limite le privilège « aux fournitures d'un aubergiste » soit les frais relevant du contrat d'hôtellerie mais ne comprend pas dans l'assiette les frais issus de la restauration sur place, ou de la prestation de services, ou la vente de marchandises qui sont aujourd'hui les créances principales des hôteliers. Ce privilège ne correspond plus à la réalité contemporaine et pourrait ainsi être supprimé ce qui permettrait, suite à la réforme du 1<sup>er</sup> octobre 2016, de rajeunir d'autres dispositions du Code civil.

**342. *Le privilège de la saisie conservatoire, privilège désuet repris par le droit européen.*** Le privilège de la saisie conservatoire des créances semble aussi désuet. D'une part, la Cour de cassation l'a privé lors de son intérêt le plus opportun, c'est-à-dire lors de l'ouverture d'une procédure collective. Depuis le 22 avril 1997<sup>1355</sup>, en raison de l'arrêt des poursuites individuelles en cas d'ouverture d'une procédure collective, ce privilège, dont la qualification était déjà contestée<sup>1356</sup>, n'emporte plus conservation même provisoire de la créance. Le créancier privilégié redevient alors un créancier chirographaire. D'autre part, le droit européen permet depuis le 18 janvier 2017 de demander une saisie conservatoire des comptes bancaires, de façon non contradictoire, sur tous comptes bancaires situés dans un Etat membre de l'Union européenne. Le droit européen pallie l'ineffectivité de ce privilège, ce qui justifierait sa suppression.

**343. *Suppression du privilège de vendeur de meubles pour un meilleur développement de la clause de réserve de propriété, à l'instar du droit allemand.*** De même, le privilège de vendeur de meubles, pourtant ancien, ne présenterait aujourd'hui pas toute l'efficacité qui était la sienne en droit romain, période pendant laquelle il a été créé. En effet, le privilège de vendeur de meuble est souvent remplacé par une clause de réserve de propriété, dont la généralisation aujourd'hui dans la vie des affaires « est telle que les partenaires de l'acheteur peuvent en subodorer l'existence »<sup>1357</sup>. Cette clause est pour l'instant peu appréhendée par le législateur malgré sa consécration dans un chapitre lors de la réforme du 23 mars 2006. Mais, à l'instar du droit allemand, il serait intéressant de développer

<sup>1354</sup> Art. 2332 5° du Code civil.

<sup>1355</sup> Cass. Com. 22 avril 1997, Bull. civ. 1997, IV, n°100. *JCP E* 1998, 223 obs. DELEBECQUE.

<sup>1356</sup> R. PERROT et P. TERRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2<sup>nd</sup> éd., 2005, n°851.

<sup>1357</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.633, n°851.

cette clause dont l'efficacité est redoutable et de supprimer, dans un même temps, le privilège de vendeur de meubles qui est soumis à l'exigence de la possession de l'article 2332-4° du Code civil et dont le jeu peut être compromis en cas de possession du bien par un tiers de bonne foi qui ferait prévaloir l'article 2276 ou lors d'une transformation du bien. Or, la clause de réserve de propriété, telle que l'a développée le droit allemand, permet de s'adapter à ces inconvénients. Ainsi, ce privilège devrait être supprimé car sa mise en œuvre est trop incertaine. En revanche, la protection du créancier d'un bien mobilier est nécessaire ce qui justifierait le perfectionnement d'une clause de réserve de propriété sur le modèle du droit allemand. D'autres petits privilèges spéciaux mobiliers comme immobiliers, pourraient être supprimés en raison de leur existence séculaire car ils n'ont plus lieu d'être aujourd'hui et obscurcissent le droit français des sûretés face aux autres droits européens.

344. *Suppression de certains privilèges spéciaux mobiliers et immobiliers nuisibles à la clarté du droit français des sûretés et peu utilisés.* Par exemple, le privilège mobilier spécial de la victime sur l'indemnité d'assurance-responsabilité est tombé en désuétude depuis la loi du 13 juillet 1930 et est codifié actuellement à l'article L. 124-3 du Code des assurances. Cette disposition prévoit que « l'assureur ne peut payer à un autre que le tiers lésé tout ou partie de la somme due par lui, tant que ce tiers n'a pas été désintéressé, jusqu'à concurrence de ladite somme, des conséquences pécuniaires du fait dommageable ayant entraîné la responsabilité de l'assuré »<sup>1358</sup>. Cet article empêche une possible application de l'article 2332 8° du Code civil ce qui de ce fait remet en cause l'existence de ce privilège. Au sein des actuels privilèges immobiliers spéciaux, même si la liste est assez réduite puisque l'article 2374 du Code civil n'en prévoit que neuf, certains privilèges pourraient aussi être supprimés. Ainsi en est-il du privilège des architectes et entrepreneurs qui exige qu' « un expert nommé d'office par le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés » dresse « préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office »<sup>1359</sup>. Ce privilège souffre de deux lourdeurs qui l'empêchent d'être réellement utilisé. D'une part, il impose la nomination d'un expert avant et après réception des travaux ce qui en pratique est

<sup>1358</sup> Article L.124-3 alinéa 2 du Code des assurances.

<sup>1359</sup> Article 2374 4° du Code civil.

compliqué et difficile à mettre en place ; d'autre part, et c'est une conséquence de la nomination a priori d'un expert, il traduit l'idée qu'avant même de commencer les travaux les professionnels du bâtiment n'auraient pas confiance dans leur client au point de nommer un expert. Or, les contrats de construction sont généralement établis après des discussions et devis, c'est-à-dire après des moments d'échanges où chacun peut apprécier la fiabilité du partenaire. En cas de méfiance antérieure aux travaux, il est toujours possible pour les parties de se rétracter. Quand bien même un devis valable et signé tient lieu de loi entre les parties et les oblige, la pratique démontre que les parties s'en affranchissent facilement. Si la défaillance postérieure est avérée, il est toujours possible et plus simple pour les professionnels du bâtiment de demander une hypothèque judiciaire conservatoire, qui sera certainement accordée sans difficulté sur présentation du devis. Ce privilège apparaît ainsi comme superfétatoire et pourrait, en vue d'une meilleure lisibilité du droit français des sûretés, être supprimé. Egalement, le privilège de copropriété est l'exemple typique du privilège qui doit être réformé et partiellement supprimé. Ce privilège peut actuellement être tant un privilège spécial mobilier, qu'immobilier comme une hypothèque légale. Ces diverses dispositions laissent une trop grande diversité aux syndicats de copropriété et ne se justifient pas. Le privilège spécial mobilier par exemple, ne devrait pas être attribué au syndicat puisqu'il n'a pas une créance sur les meubles mais sur les loyers. Cette confusion juridique devrait être supprimée car elle élargit déraisonnablement les pouvoirs du syndicat de copropriété. Par ailleurs, il est permis de douter de la suffisance de l'assiette mobilière pour recouvrer toutes les créances<sup>1360</sup>, ce qui fait de ce privilège mobilier spécial une sûreté légale quelque peu dérisoire. De même, l'hypothèque légale dont jouit le syndicat n'est plus fondée aujourd'hui. Celle-ci obligeait les syndicats à inscrire leur hypothèque et à la modifier à chaque évolution de la dette due. En conséquence, les syndicats n'inscrivaient pas leur hypothèque, ou n'effectuaient pas les modifications, ce qui a fait de cette hypothèque légale un privilège désuet. Pour remédier à cette désaffection, le législateur a reconnu aux syndicats de copropriété un privilège immobilier spécial, inséré à l'article 2374 1° bis du Code civil. Ce privilège est celui qui est le plus utilisé par les syndicats mais il a le désavantage d'être occulte. Ces tribulations autour du privilège de syndicat de copropriété sont caractéristiques du désordre existant au sein de la catégorie des privilèges. Cette confusion est davantage manifeste au sein des privilèges spéciaux puisqu'ils ont été

<sup>1360</sup> Au regard de l'augmentation actuelle des charges, en raison de la diversité de services proposés et de l'inflation immobilière, un privilège mobilier même spécial semble un peu superflu.

insérés au fur et à mesure par le législateur pour répondre à des attentes précises. Néanmoins, au sein des hypothèques légales, il est aussi possible de proposer quelques suppressions. Dans la mesure où seule la rétroactivité distingue les privilèges immobiliers spéciaux des hypothèques légales, et puisque la Commission Grimaldi avait proposé de requalifier les privilèges immobiliers spéciaux en hypothèques légales spéciales<sup>1361</sup>, il semble possible de les traiter ici au titre des privilèges spéciaux. Au sein des privilèges immobiliers spéciaux, seule l'hypothèque des époux semble devoir être supprimée. Elle avait été instituée pour protéger la femme mariée car seul le mari, jusqu'en 1965, pouvait gérer les biens de la communauté. Depuis, la capacité juridique de la femme mariée a évolué et cette hypothèque légale, telle que prévue à l'article 2402, semble désuète et n'apparaît plus que comme un ferment propice au développement de contentieux en cas de divorce. En effet, cet article prévoit que « quand les époux ont stipulé la participation aux acquêts, la clause, sauf convention contraire, confère de plein droit à l'un et à l'autre la faculté d'inscrire l'hypothèque légale pour la sûreté de la créance de participation. L'inscription pourra être prise avant la dissolution du régime matrimonial, mais elle n'aura d'effet qu'à compter de cette dissolution et à condition que les immeubles sur lesquels elle porte existent à cette date dans le patrimoine de l'époux débiteur ». L'hypothèque légale de l'article 2402 du Code civil n'est ouverte qu'aux couples mariés sous le régime de la participation aux acquêts et ne se réalise qu'en cas de dissolution du mariage. Alors qu'autrefois elle pouvait être une mesure de protection pour la femme mariée, depuis la loi du 23 décembre 1985 elle apparaît davantage comme une source de chicanes litigieuses. Certains auteurs souhaitent ainsi « que la dernière étape de l'évolution, celle de la suppression totale de cette hypothèque, intervienne rapidement »<sup>1362</sup>. Cela se comprend car son domaine est restreint et son intérêt limité au regard de l'évolution de la société française. En revanche, l'hypothèque entre époux par voie judiciaire, qui est indépendante du régime matrimonial, prévue aux articles 2403 et 2404 du Code civil devrait être maintenue. Cette hypothèque permet soit de « faire constater une créance contre son conjoint » soit de faire « transférer d'un époux à l'autre l'administration de certains biens » en raison de son incapacité, temporaire ou permanente. Elle protège les époux et n'est pas surannée, ce qui justifierait son maintien dans le droit des sûretés français. Pour conclure, il est intéressant d'envisager la question de l'opportunité d'une

---

<sup>1361</sup> Rapport Grimaldi, p. 17.

<sup>1362</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.703, n°950.

suppression des privilèges de l'Administration que la diversité d'assiette et de créances impose de traiter de façon spécifique.

### 3. L'opportunité d'une suppression des privilèges de l'Administration

**345. *Inutilité d'une suppression des privilèges de l'Administration.*** Actuellement, le nombre excessif et le caractère occulte des privilèges de l'Administration interpellent sur une possible suppression ou diminution de ceux-ci<sup>1363</sup>. Il convient de préciser que sont entendus au sens de privilèges de l'Administration tous les privilèges dont le créancier est une entité rattachée au droit public, ce qui englobe tant les établissements publics administratifs que les établissements publics à caractère industriel et commercial comme aussi les collectivités publiques<sup>1364</sup>. Dans la mesure où ces privilèges visent à redistribuer la richesse par les prestations de service public, il semble inopportun de les supprimer. L'intérêt général que représente et protège l'Administration justifie les privilèges dont elle est bénéficiaire. Quant à les diminuer, des propositions ont émergé récemment suite à la suppression par l'Allemagne du privilège du Trésor en 1999. Madame Dols-Magneville propose ainsi, sur les modèles allemand, anglais, néerlandais et australien, de remplacer les privilèges du Trésor relatifs aux impôts et aux cotisations par un mécanisme de solidarité qui pèserait sur les gérants et administrateurs, lesquels engageraient leur responsabilité en cas de non paiement<sup>1365</sup>. Ce système ne semble pas s'inscrire dans la logique française de rétablissement de l'entreprise et de maintien de l'emploi qui se développe depuis 1985 et qui ne semble d'ailleurs pas s'estomper au regard de l'ordonnance du 12 mars 2014.

**346. *Opportunité d'un meilleur encadrement des privilèges de l'Administration.*** Néanmoins, il est vrai que l'accumulation progressive, sans ligne directrice, des privilèges de l'Administration pose un problème de lisibilité. Il convient alors de repenser les sûretés légales de l'Administration, non pas en vue de les supprimer ou de les diminuer, mais plutôt de mieux les encadrer. Le reproche qui leur est fait n'est pas tant le nombre ou la

<sup>1363</sup> CH. MOULY, « Procédures collectives, assainir le régime des sûretés », in *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes R. ROBLOT, LGDJ 1984, p. 529.

<sup>1364</sup> Il s'agit ici du privilège des collectivités publiques prévu à l'article 2374 8° du Code civil qui dispose que « L'Etat ou la commune, pour la garantie des créances nées de l'application de l'article L. 1331-30 du code de la santé publique, de l'article L. 123-3 du code de la construction et de l'habitation lorsqu'elles sont relatives à des mesures édictées sous peine d'interdiction d'habiter ou d'utiliser les locaux ou de fermeture définitive de l'établissement, ou des articles L. 129-4, L. 511-4 et L. 521-3-2 de ce dernier code ».

<sup>1365</sup> M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, p. 183, n°215 (disponible sur publication@ut-capitole.fr).

désuétude de certains d'entre eux, que leur interaction dans le jeu des sûretés réelles. En effet, les créanciers privés se préoccupent peu du fait que les privilèges de l'Administration soient excessivement nombreux. En revanche, quand l'un de ces privilèges, occulte, est mis en œuvre lors de la défaillance du débiteur, pour grever la généralité du patrimoine du débiteur, sans limite de temps et sans publicité antérieure, les créanciers titulaires d'un droit de préférence ou d'exclusivité sont impactés. Cette situation crée alors des déséquilibres dans le jeu des sûretés et a notamment incité les créanciers à exiger en garantie la propriété d'un bien. En ce sens, Monsieur Riffard proposait déjà en 1997 « *de limiter le privilège au temps strictement nécessaire au recouvrement de la créance* »<sup>1366</sup>. Cela implique selon l'auteur d'enregistrer le privilège et de ne reconnaître sa validité que pour un temps déterminé. Mais, si les inconvénients sont l'intervention imprévue et sans limite du privilège lors de la réalisation des sûretés réelles, alors ces propositions devraient conditionner tous les privilèges qui sont encore occultes aujourd'hui, ce qui oblige à clarifier l'ensemble des sûretés non conventionnelles.

347. En résumé, certains privilèges généraux comme spéciaux sont parfois désuets, au regard des attentes contemporaines du crédit. Même s'ils sont inoffensifs et pourraient en conséquence être conservés dans le Code civil, il semble qu'au regard de l'objectif de lisibilité et de simplification du droit des sûretés afin de rendre celui-ci davantage attractif, une suppression soit nécessaire. Outre cette suppression, l'opération de rationalisation des sûretés réelles passe aussi par une clarification des sûretés réelles non conventionnelles qui sont maintenues.

## **B. Clarification**

348. En vue d'opérer une clarification des diverses sûretés réelles non conventionnelles, il serait intéressant de prendre en compte d'autres critères que les caractéristiques actuelles qui distinguent les privilèges généraux, les privilèges spéciaux immobiliers, les privilèges spéciaux mobiliers et les hypothèques légales de façon très imprécise. L'assiette du privilège ou encore l'inscription rétroactive des privilèges spéciaux immobiliers par rapport à l'hypothèque légale sont des critères dépassés au regard de l'évolution contemporaine du crédit, en témoignent les nombreuses confusions qui règnent pour

---

<sup>1366</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, op.cit., p. 200, n°566.

déterminer la portée de chaque sûreté réelle non conventionnelle quand elle est mise en œuvre<sup>1367</sup>. En vue de moderniser et de rendre attractif le droit français des sûretés, une autre *summa divisio* pourrait être proposée. Il semble ainsi qu'une classification en fonction de l'intérêt à protéger correspondrait davantage aux fonctions contemporaines des privilèges. La clarification nécessaire devrait alors s'opérer en deux temps. Tout d'abord, en proposant une nouvelle classification (1) puis, en suggérant une nouvelle mise en œuvre plus respectueuse des intérêts de chaque créancier, privilégié comme non privilégié (2).

### 1. Clarification par une nouvelle classification

**349.** *Une nouvelle classification en vue de rendre accessible le droit français des sûretés.* La classification actuelle apparaît inapte à clarifier le droit des sûretés non conventionnelles. Les privilèges immobiliers spéciaux et les hypothèques légales, fondée sur la rétroactivité des premiers, ont fait l'objet d'une proposition d'assimilation par la Commission Grimaldi au regard de la faible différence de nature. La classification fondée sur l'assiette est aussi source de difficulté lorsqu'elle ne correspond pas aux besoins de sécurité de la créance, en témoigne notamment le privilège des copropriétés ou les privilèges de l'Administration. La similitude des termes employés, comme « l'hypothèque » est facteur de confusion pour un créancier étranger qui peinera à déterminer s'il s'agit d'une hypothèque légale, judiciaire ou conventionnelle et quel sera le régime juridique applicable, notamment en cas d'hypothèque légale laquelle est très proche dans sa constitution et mise en œuvre, des hypothèques conventionnelles et des privilèges spéciaux immobiliers. La diversification des sûretés préférentielles non conventionnelles invite ainsi à proposer une autre *summa divisio* afin de clarifier ce pan du droit des sûretés.

**350.** *L'abandon du critère imprécis de « la qualité de la créance ».* Il conviendrait pour davantage de clarté de distinguer les sûretés non conventionnelles en fonction de leur source. A ce sujet, il serait possible de distinguer entre les privilèges légaux, qui découlent directement des facultés qu'offre la loi à un créancier et les privilèges judiciaires, qui ne peuvent être créés que par une intervention du juge et qui ne porteraient que sur un bien immobilier. Seulement deux sûretés constitueraient la catégorie des privilèges judiciaires, l'hypothèque judiciaire conservatoire et l'hypothèque

---

<sup>1367</sup> M. DAGOT, « La notion de privilège », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 335.

des jugements de condamnation, telles qu'elles existent actuellement. Ces dernières, utilisées dans des cas spécifiques, ne nécessitent pas d'être repensées car elles ne nuisent pas à la clarté du droit français des sûretés. Les dispositions actuelles pourraient être maintenues car leur efficacité est avérée, ce qui ne génère pas un besoin de modification. Au sein des privilèges légaux, il conviendrait de repenser la distinction actuelle en fonction de l'intérêt à protéger. En effet, la « qualité de la créance », critère actuel de l'article 2324 du Code civil, est moins adaptée qu'en 1804 où le rôle et les professions de chacun dans la société étaient mieux définis. Le passage à l'Etat providence, qui peut être marqué par la création de la Sécurité sociale le 4 octobre 1945, a permis de faire prendre en charge par la société française les risques et/ou conséquences, des maladies, de la vieillesse, de la famille et du chômage. Les créanciers habituels, employeurs ou cocontractants de relations commerciales établies, ont été remplacés par des organismes sociaux. La société française est ainsi devenue créancière à part entière des personnes défaillantes dont elle a la charge. Cela explique, conjointement avec les politiques sociales des gouvernements, le nombre grandissant de privilèges attribués à l'Administration, que ce soit le Fisc, le Trésor Public ou encore les organismes issus de la Sécurité sociale<sup>1368</sup>. Le développement des privilèges liés aux salaires est également une des conséquences des politiques gouvernementales de l'Etat providence, plus précisément de celles du maintien de l'emploi. Enfin, l'augmentation du nombre de procédures collectives a encouragé la prolifération de privilèges pour répondre aux attentes des acteurs des procédures de traitement des difficultés. La loi du 26 juillet 2005 en est notamment un parfait exemple. Le développement de ces récents privilèges ne répond ainsi plus à la définition de l'article 2324 qui accorde un droit en fonction de la qualité de la créance. Le législateur a développé ces nouveaux privilèges pour répondre à des besoins sociétaux divers. Les principaux objectifs visés étaient le maintien de l'emploi, le paiement des impôts et autres cotisations et la participation collective à la survie d'une entreprise en difficulté. De ce fait, si chaque privilège instauré vise en effet à accorder un droit en raison de la nature de la créance, il est toutefois possible de noter que cette créance ne répond plus à un but précis, mais s'inscrit dans un mouvement plus global de respect de l'intérêt général. Dès lors, une mutation de la fonction du privilège s'est opérée.

---

<sup>1368</sup> R. HOUIN, « Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite », *Etudes de droit contemporain*, T.III, 1959, p. 66.



351. **Une classification en fonction de « l'intérêt à protéger », critère plus représentatif du droit français des privilèges.** Alors qu'en 1804 la qualité de la créance accordait le privilège, il semble désormais que celui-ci soit accordé en fonction de la qualité de la personne et de son rôle dans la société. Par l'institution des privilèges, le législateur a développé une protection de l'intérêt général. Ces privilèges qui visent la défense de l'intérêt général portent ainsi souvent sur la totalité de l'actif. Cela constitue une bonne chose puisqu'en ayant une assiette générale, le privilège assure la protection financière de tous les acteurs qui en bénéficient c'est-à-dire les créanciers et salariés d'une entreprise en difficulté ainsi que l'Administration française, et les groupements privés, comme les syndicats de copropriété. Parallèlement à ces privilèges légaux d'intérêt général, d'autres sûretés légales permettent de protéger un intérêt privé spécifique, en raison véritablement de la nature de la créance. Ces privilèges, qui relèvent de la conception classique du privilège, doivent aussi être maintenus. Ceux-ci, plus nombreux, devraient être déterminés en fonction des privilèges légaux généraux. Ainsi, en précisant quels privilèges légaux sont généraux, il sera possible de déterminer par une interprétation *a contrario*, les privilèges qui protègent un intérêt spécifique et relèvent de la catégorie des privilèges légaux spéciaux.
352. **Nouvelle catégorie des privilèges légaux généraux.** Les nouveaux privilèges généraux, fondés sur la protection d'un intérêt général ou d'un intérêt commun, comprendraient ainsi les privilèges régaliens, à savoir les privilèges de l'Administration au sens large (Trésor, Sécurité Sociale, allocations familiales, fisc, douanes) et les privilèges des collectivités publiques. Cette catégorie pourrait aussi accueillir les privilèges liés aux procédures collectives ainsi que les frais de justice. Enfin, il serait possible d'inclure le privilège des syndicats de copropriété et l'hypothèque légale des époux telle que prévue à l'article 2403.
353. **Nouvelle catégorie des privilèges légaux spéciaux.** La liste, spécifique et longue, oblige à les classer en fonction de ce qu'ils ne sont pas. Par une détermination *a contrario*, il est possible d'inclure dans cette catégorie tous les privilèges n'ayant pas été proposés à la suppression et ne relevant pas de l'intérêt général. Ainsi, cette catégorie pourrait comprendre tous les privilèges accordant un droit de préférence en fonction de la qualité de la créance, laquelle n'intéresse qu'un créancier spécifiquement déterminé par la loi et qui ne peut faire profiter sa créance à l'intérêt général ou collectif.

354. En somme, cette nouvelle classification permet d'adapter les sûretés octroyant un droit préférentiel de façon légale aux politiques contemporaines du législateur. En effet, le privilège étant désormais un moyen de rétablir un équilibre social ou d'empêcher un déséquilibre, sa classification se devait d'associer davantage de clarté et de prendre en compte le but recherché par le législateur. La clarification de la notion doit être suivie d'une clarification de la mise en œuvre de ces sûretés afin de les intégrer au mieux dans un droit français des sûretés, moderne et attractif dans la sphère européenne.

## 2. Clarification par une nouvelle mise en œuvre

355. Avec la classification actuelle, les difficultés lors de la défaillance du débiteur sont importantes. Parmi les principaux inconvénients, le caractère occulte ou l'assiette variable de certains privilèges créent une insécurité juridique et une illisibilité préjudiciables au créancier étranger et, dès lors, au droit du crédit français. La nouvelle classification proposée impose de repenser la mise en œuvre des sûretés non conventionnelles en prenant en compte les attentes des acteurs du crédit et les réformes qui ont été opérées dans d'autres droits, européens ou extra-européens, des sûretés.

356. *L'enregistrement de tous les privilèges, gage de transparence pour les créanciers français et européens.* « Exigée par les créanciers titulaires de sûretés contractuelles, la publicité des privilèges apparaît comme un impératif »<sup>1369</sup>. Cette publicité existe déjà pour certains privilèges mais n'est pas généralisée. Dans la mesure où il est préconisé de soumettre à un enregistrement *ad validitatem* la sûreté préférentielle conventionnelle unique, les privilèges devraient être soumis à la même procédure. Cela permettrait de garantir la transparence<sup>1370</sup> et de ne pas déjouer les prévisions des créanciers préférés, lors de la conclusion de sûretés comme lors de conflits entre créanciers. Toutefois il est vrai que la publicité des privilèges peut soulever quelques objections.

357. *Rejet des possibles objections à l'encontre d'un système d'enregistrement des privilèges.* Tout d'abord, les créanciers du débiteur verront qu'un privilège a été inscrit sur le patrimoine global du débiteur ou sur un bien précis ce qui risque de compromettre la capacité du débiteur à obtenir de nouveaux prêts. Mais il est peut être souhaitable, pour éviter des difficultés ultérieures, que le débiteur s'acquitte de ses dettes avant d'en

---

<sup>1369</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, op.cit., p. 201, n°571.

<sup>1370</sup> Ce qui était déjà préconisé par le Professeur Ch. Mouly en 1993. CH. MOULY, « La transparence des sûretés réelles » in *Les garanties et le crédit aux entreprises*, CNC, sept. 1993.

contracter de nouvelles. Ainsi, si un créancier invoque l'inscription de privilèges sur le patrimoine du débiteur pour refuser un prêt, il sera certainement intéressant pour le débiteur de s'acquitter d'abord des sommes dues avant d'obtenir de nouveaux financements. *A contrario*, le débiteur qui n'a aucun privilège inscrit pourra faire jouer sa fiabilité financière auprès de ses créanciers pour obtenir une nouvelle créance. Enfin, quoiqu'il en soit, il apparaît préférable pour les créanciers de connaître précisément la situation du débiteur avant que la défaillance n'intervienne. A l'heure actuelle, les créanciers sont bercés d'illusions pendant l'exécution de la sûreté puisqu'ils ne peuvent connaître la situation financière du débiteur. La défaillance de celui-ci entraîne ensuite une course à la réalisation de chaque sûreté, préjudiciable aux créanciers préférés qui sont primés par les créanciers privilégiés et exclusifs. Dans la mesure où l'objectif poursuivi est de repenser le droit des sûretés réelles et de rééquilibrer les rapports de force entre les créanciers, notamment en faveur des créanciers préférés, la mesure de publicité des privilèges apparaît indispensable. Accessoirement, certains privilèges nécessitent déjà une publicité, ce qui laisse penser que l'élargissement de cette exigence à l'ensemble des privilèges est possible. La seconde critique possible porte sur la lourdeur de la procédure. Souvent, la suppression de certains privilèges a été justifiée par leur désuétude, qui s'expliquait parfois par les formalités à accomplir dans le cadre de recouvrement de sommes minimes. Il est vrai que certaines créances, de petites sommes, risquent de ne pas être réclamées si la mise en œuvre du privilège est fastidieuse. A cet égard, la publicité pourrait ne pas être exigée quand les créances sont inférieures à un certain montant. Il convient de préciser cette exception au principe général d'enregistrement des privilèges. D'une part, si la créance est assortie d'un privilège général, elle devrait être soumise obligatoirement à publicité car elle intéresse l'intérêt général. Ainsi, il est possible de considérer que dans la mesure où les créanciers titulaires d'un privilège général peuvent se prévaloir de leur créance sur la totalité de l'actif du débiteur, ils sont tenus d'une obligation d'information à l'égard des autres créanciers, quel que soit le montant de leur privilège. D'autre part, pour les créanciers titulaires d'un privilège spécial, cette exception prendrait tout son sens et ces derniers, en deçà d'une certaine somme ne seraient pas tenus à publication, afin de ne pas alourdir leurs démarches pour le recouvrement de petites sommes portant sur un seul bien. La somme de 1000€ semble ainsi adéquate comme seuil de publicité pour les créanciers titulaires d'un privilège spécial. En effet, au-delà de 1000€, la somme pour un créancier privilégié spécial peut être importante pour lui

et le bien qui garantit la créance devrait être connu de tous. Ainsi, les créanciers détenant un privilège général seraient obligés de publier tous les privilèges sans limitation de somme tandis que les créanciers possédant un privilège spécial ne seraient contraints qu'à compter de 1000€. Une troisième objection peut être adressée à l'égard de cette proposition de publicité. Il s'agit de la mise en œuvre concrète de cette obligation d'enregistrement. Afin de rationaliser au mieux les sûretés, il semble plus judicieux d'inscrire les privilèges sur le même registre que celui choisi pour la sûreté préférentielle conventionnelle unique. Ainsi, les créanciers pourraient avoir accès à toutes les créances qui grèvent le patrimoine du débiteur. De nouveau, pour des raisons de protection des données personnelles du débiteur, la publicité réelle serait préférée à la publicité personnelle. Seules les informations relatives à l'identité du débiteur pourraient être connues (numéro RCS et/ou nom, prénom et nom de la société) afin de faciliter les recherches des créanciers qui, une fois le débiteur identifié, n'auraient accès ensuite qu'aux informations relatives aux biens grevés ou soumis à un privilège. De la même manière que pour la sûreté préférentielle conventionnelle unique, le registre devrait être informatisé afin de faciliter l'accès à l'information. A cet égard, la distinction entre les privilèges généraux qui intéressent l'intérêt général et portent sur l'entier patrimoine et les privilèges spéciaux, dont une seule personne est bénéficiaire sur un bien déterminé ne semble pas poser de difficultés. La procédure d'enregistrement devrait seulement s'adapter aux exigences d'informations qui varient selon les deux formes de privilèges. Ainsi « *dans le premier cas, le créancier, après avoir indiqué le caractère général de l'assiette de son privilège, mentionnera le montant des sommes qui lui sont dues. Dans le second cas, le créancier se bornera à décrire le bien sur lequel est susceptible de s'exercer le second privilège* »<sup>1371</sup>. Les deux formes de privilèges seraient ainsi soumises à des procédures similaires. Toutefois, dans la mesure où l'un porte sur la totalité de l'actif du débiteur et l'autre sur un bien spécifique, la question du concours entre créanciers peut se poser, ce qui conduit à envisager le rang accordé aux privilèges.

- 358. Détermination du rang selon la règle « *prior tempore potior jure* » reconnue en droits européens et extra-européens.** Le rang de la sûreté préférentielle conventionnelle unique est déterminé en fonction de la date d'inscription de cette dernière. En vue d'opérer une rationalisation globale des sûretés réelles préférentielles, il serait intéressant de conserver

<sup>1371</sup> J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières Contribution à une rationalisation du Droit français*, LGDJ, 1997, p. 203, n°577.

la même règle. Ainsi, l'adage *prior tempore potior jure* permettrait de déterminer quel créancier prime. Cette règle n'est pas innovante pour certaines sûretés légales qui l'admettent déjà, comme les privilèges de la Sécurité Sociale ou certains privilèges immobiliers spéciaux. Mais, dans le cadre de la nouvelle classification proposée, elle soulève un inconvénient. Dans la mesure où les créanciers titulaires d'un privilège général auront accès à l'entier patrimoine du débiteur, il est possible de penser qu'ils seront toujours favorisés par rapport à d'autres créanciers puisque quelle que soit la date d'inscription de leur privilège, celui-ci se fixera sur la totalité de l'actif restant. En conséquence, ils pourraient être tentés de ne pas enregistrer rapidement leurs privilèges, ce qui va à contre-sens de l'objectif de transparence et de lisibilité. Ainsi, il est proposé que les créanciers possédant un privilège général aient un délai imparti pour enregistrer leur privilège sous peine que celui-ci ne devienne caduc. En cas de caducité, le créancier privilégié deviendrait un créancier chirographaire. La loi n°2013-1005 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'Administration et les citoyens, entrée en vigueur le 12 mars 2014 pour l'Etat et ses établissements public et le 12 mars 2015 pour les collectivités territoriales et autres organismes chargés d'une mission de service public, a posé la règle selon laquelle « le silence vaut acceptation » au bout de deux mois sans réponse de l'Administration. Ce délai pourrait être repris dans le cadre de l'enregistrement des privilèges généraux. Par ailleurs, ceux-ci protégeant l'intérêt général, malgré l'adage « *specialia generalibus derogant* » et par exception à la règle « *prior tempore* » ils devraient être prioritaires sur les autres privilèges. Ainsi, les créanciers ayant un privilège général régulièrement inscrit dans le délai de deux mois à compter de la naissance de la créance primeraient les créanciers spéciaux, lesquels primeraient les créanciers préférés. Si le privilège général n'a pas été inscrit dans les deux mois suivant la naissance de la créance, il deviendrait caduc et le créancier perdrait son privilège. Au sein de chaque catégorie, la date d'enregistrement de la sûreté établirait l'ordre de priorité. Pour les sûretés conclues le même jour et ayant un rang identique, la date de naissance de la créance permettrait de déterminer le créancier qui doit être primé. Naturellement, le système de rétroactivité du privilège, comme cela est possible pour les privilèges de vendeur d'immeuble ou de prêteur de deniers, ne pourrait plus être possible en raison de l'instabilité que procure cette rétroactivité. En effet, l'intérêt d'une publicité et d'une règle de classement communes aux sûretés préférentielles, conventionnelles comme non conventionnelles, est de permettre aux créanciers d'anticiper au mieux la situation

financière du débiteur en se prémunissant contre une éventuelle défaillance par la conclusion de sûretés. Dans la mesure où ces sûretés seront publiées, il est indispensable de garantir un accès à une information à jour de toutes sûretés conclues. Enfin, une question peut se poser au sujet des privilèges spéciaux de faible valeur, dont la publicité n'est pas obligatoire. Il conviendrait de les classer en fonction de la date de la naissance de la créance, la charge de cette preuve pesant sur le créancier.

- 359.** En résumé, deux vecteurs guideraient cette proposition de clarification de la mise en œuvre des sûretés préférentielles non conventionnelles. D'une part, il est nécessaire d'éviter au mieux l'occultisme de ces sûretés par une mesure de publicité obligatoire, afin de limiter voire d'empêcher toute source de conflit. Mais dans un souci de simplification du droit des sûretés, il convient d'admettre une exception à cette règle pour les privilèges de petite somme. En effet, si ces derniers étaient soumis à publicité, l'intérêt personnel de certains créanciers ne serait plus protégé par le privilège qui nécessiterait trop de formalités. Cela irait alors à l'encontre de l'objectif de protection de certains créanciers tel que poursuivi par le législateur. D'autre part, la règle *prior tempore potior jure* de l'inscription ou de la naissance de la créance pour les petits privilèges, appliquée à l'ensemble des privilèges légaux, permettrait de traiter de la même manière tous les créanciers, y compris l'Etat. Elle réglerait ainsi les conflits liés à la détermination du créancier privilégié antérieur. En cela, la publicité serait un vecteur de clarté et d'anticipation, ce qui octroierait au droit français des sûretés une prévisibilité juridique, ce qui le rendrait attractif.
- 360.** En conclusion, le droit français des sûretés doit être compétitif pour exister dans la compétition entre les droits nationaux européens des sûretés qui existent. En ce sens, repenser les sûretés réelles vise à rechercher une meilleure attractivité du droit français. Cela passe nécessairement par une rationalisation des sûretés accordant un droit préférentiel. Celles-ci, actuellement éclatées et désordonnées, sont illisibles et apparaissent instables pour le créancier étranger. Or, ce dernier participe au développement du crédit. Il apparaît ainsi primordial, particulièrement depuis la réforme du droit des obligations, que le droit des sûretés soit moderne et attractif, ce qui est possible par l'insertion d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique et une clarification visible des privilèges légaux. Par ailleurs, si le législateur européen se saisissait de la question des sûretés, ce qui semblerait très opportun en raison de la

nécessité de consolider les relations économiques privées entre les Etats membres, il agirait certainement par le biais d'une harmonisation *via* un instrument unique, à l'instar, pour commencer, d'une eurohypothèque. C'est pourquoi, les propositions faites ont toutes été guidées par un objectif de simplification en vue d'une possible intégration future d'un droit européen sectoriel des sûretés, ainsi que de concordance du droit français des sûretés avec les traditions d'autres droits européens. Les sûretés accordant un droit préférentiel, considérées comme traditionnelles, nécessitaient un effort de rationalisation, qui se justifie moins pour les sûretés conférant un droit exclusif, en raison de leur jeunesse. Néanmoins, ces dernières méritent parfois un encadrement afin de ne pas être omnipotentes, au détriment d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique.

## **Section 2. Simplification du droit français des sûretés par un encadrement des sûretés accordant un droit exclusif**

**361.** L'exclusivité en matière de sûretés réelles est un véritable atout pour le créancier puisque cela le met en position « *d'exclure et non pas d'être exclu. Dans ce contexte, l'exclusion est une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée* »<sup>1372</sup>. Sous cet angle, l'exclusivité est une arme fatale pour les autres créanciers puisqu'elle évite tout concours au créancier titulaire d'un droit exclusif sur un bien. L'exclusivité a toujours été recherchée par les créanciers. Elle a ainsi subsisté depuis le droit romain *de facto* mais sa consécration juridique est récente. Plus précisément, la relation entre l'exclusivité comme garantie de paiement et le droit de propriété est contemporaine. En effet, jusqu'à peu, il semblait impossible de concilier le droit de propriété, droit réel principal par excellence, et la garantie, qui possède un caractère accessoire et temporaire. Par ailleurs, la prohibition en droit français du pacte comissoire et la règle du *numerus clausus* ne laissaient pas entrevoir la possibilité d'introduire une garantie fondée sur la propriété<sup>1373</sup>. Toutefois, à l'aube des années 1980, les politiques législatives de poursuite d'activité des entreprises défaillantes ont sacrifié les créanciers préférés, particulièrement lors de l'ouverture de procédures collectives. Parallèlement, le *trust* de droit anglais et la clause de réserve de propriété de droit allemand ont mis en exergue tout l'intérêt pour un créancier d'obtenir une situation spécifique pour s'assurer du recouvrement de sa créance, même en cas de procédure collective. Progressivement, il a été démontré que la règle du

<sup>1372</sup> P. GOURDON, *L'exclusivité*, LGDJ, t. 455, 2006, p. 299, n°618.

<sup>1373</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p.448, n°725-727.

*numerus clausus* n'était pas absolue<sup>1374</sup>, que le pacte comissoire était acceptable à condition d'être limité<sup>1375</sup> et surtout, que la propriété n'était pas inconciliable avec la fonction de garantie<sup>1376</sup>. Ainsi, à côté de l'exclusivité obtenue par une situation de fait, grâce à la rétention, s'est développé un régime spécifique de l'exclusivité antérieure à toute défaillance du débiteur au travers des propriétés-garanties<sup>1377</sup>. L'exclusivité factuelle, diversifiée dans presque toutes les techniques de sûretés, est maintenant source de désordre au regard de ces nouvelles situations d'exclusivité<sup>1378</sup>. Son caractère perturbateur conduit à envisager sa suppression (§I), et sa suppression oblige à préciser certaines propriétés-garanties (§II).

### **§I. Suppression de la rétention, exclusivité factuelle perturbatrice inopportune**

362. Le droit de rétention est par nature juridiquement illisible (A). Ce caractère, qui pouvait encore, avant le développement des propriétés-garanties, être considéré comme une nécessaire souplesse, rend ce droit dorénavant perturbateur et de ce fait infructueux (B).

#### **A. Illisibilité du droit de rétention**

363. **Le droit de rétention, une institution sui generis.** En ce qu'il octroie une situation privilégiée au créancier et a une fonction conservatoire, le droit de rétention est considéré comme une garantie<sup>1379</sup>. Mais, en ne conférant pas de droit d'agir, le droit de rétention ne peut être une sûreté car il lui manque la technique, un des trois critères permettant d'identifier une sûreté<sup>1380</sup>. Le droit de rétention est ainsi un « *droit d'expression négative. C'est un pouvoir de dire non* »<sup>1381</sup>. C'est un droit primaire, qui conduit le créancier à refuser de restituer la chose appartenant au débiteur tant que celui-ci ne s'est pas acquitté

<sup>1374</sup> V. par ex. L. BOUGEROL PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op.cit.*, t. 538, p. 60, n°81.

<sup>1375</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p.450-451.

<sup>1376</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op.cit.*, p. 61, n°71 et s; p. 129, n°154. V. aussi Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 703, n°937 ; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, *op.cit.*, p. 272, n°281.

<sup>1377</sup> L. BOUGEROL PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, *op.cit.*, p. 183 et s. En effet, les situations d'exclusivité sont aussi possibles en matière de sûretés traditionnelles mais cette exclusivité est obtenue après défaillance du débiteur.

<sup>1378</sup> Il est vrai que l'aspect récent des propriétés-garanties est à nuancer puisque la fiducie existait déjà en droit romain. Néanmoins, sa réapparition contemporaine, tout comme la clause de réserve de propriété, autorise à les considérer comme des « nouvelles situations ».

<sup>1379</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op.cit.*, p. 226, n°274.

<sup>1380</sup> Sur la technique comme critère d'une sûreté v. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op.cit.*, p. 225, n°272 et s.

<sup>1381</sup> J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op.cit.*, p. 67, n°72.



du paiement entier du prix. Ce refus est une « *réaction naturelle, quasi instinctive* »<sup>1382</sup> qui, « *comme la légitime défense, répond à une exigence spontanée de justice* »<sup>1383</sup>. Le fait que ce soit « *un droit sauvage* »<sup>1384</sup> explique combien il est difficile de le ranger précisément dans une catégorie juridique. Ainsi, il est extrêmement comparable à l'exception d'inexécution et se rapproche aussi beaucoup de certains privilèges, du mécanisme de la compensation, du gage voire même de la résolution pour défaut de paiement<sup>1385</sup>. Le droit de rétention est ainsi une institution juridique *sui generis* qui ressemble à une sûreté réelle en ce qu'il confère au créancier un droit préférentiel *de facto* et lui accorde une exclusivité de fait<sup>1386</sup>. « *Effectivement, comme le rétenteur peut retenir la chose tant qu'il n'a pas été payé, le débiteur, qui désire récupérer son bien, a tout intérêt à le désintéresser de préférence à d'autres créanciers* »<sup>1387</sup>. La nature impalpable de ce droit se ressent aussi sur son domaine d'application, particulièrement en droit des garanties.

**364. *Le domaine indéfini du droit de rétention, élément perturbateur en matière de sûretés aux effets nocifs pour le droit français.*** La chambre commerciale a considéré le 20 mai 1997 que la rétention n'étant pas une sûreté, cela n'oblige pas le rétenteur à déclarer sa créance lors de l'ouverture d'une procédure collective<sup>1388</sup>. Elle a par la suite réitéré sa position le 9 juin 1998 en considérant que le rétenteur ne pouvait exiger une attribution judiciaire dans la mesure où il n'est pas titulaire d'une sûreté<sup>1389</sup>. Monsieur le Professeur Augustin Aynès a proposé en 2005 une nouvelle approche du droit de rétention<sup>1390</sup> permettant de prendre en compte les contours divers de cette institution et de canaliser ainsi son régime juridique. Par la suite, le législateur a profité de la réforme du 23 mars 2006 pour reprendre les trois cas de reconnaissance du droit de rétention proposés par le

<sup>1382</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 467, n°622.

<sup>1383</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 205, n°435.

<sup>1384</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.loc.cit.*

<sup>1385</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p.466, n°621 ; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 203, n°430.

<sup>1386</sup> Cass. Com. 21 mars 2006, n°04-19794.

<sup>1387</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 407, n°722.

<sup>1388</sup> Cass. Com. 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n°141 ; *RTD Civ.* 1997 p. 107 obs. P. CROCQ. *Contra* Aix, 8<sup>e</sup> ch. A, 2 mars 1995 *Crédit Universel c/ Me Nespoulos, Zucchi, SA Agence centrale Ford* (droit de rétention sur la carte grise d'un véhicule), *RTD Civ.* 1995, p. 931, n°2 obs. P. CROCQ.

<sup>1389</sup> Cass., Com. 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n°181.

<sup>1390</sup> A. AYNES, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, *Economica*, 2005. L'auteur reconnaît une triple manifestation au droit de rétention. En raison d'une connexité juridique, celui-ci s'apparente à une exception d'inexécution, par une connexité matérielle il peut être un privilège naturel et une forme diminuée de gage en cas de connexité conventionnelle. Ces trois formes ont été reprises à l'article 2286 du Code civil. Pour une présentation v. D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 439, n°711 et s.

Professeur Aynès en insérant le droit de rétention à l'article 2286<sup>1391</sup> au début du Livre IV<sup>1392</sup> puis en le complétant par l'ordonnance du 4 août 2008<sup>1393</sup>. Ainsi, seules les situations conférant un droit de rétention ont été précisées<sup>1394</sup>, sans mention de la définition et du domaine de ce droit. En conséquence, il n'y a pas de véritable appréhension par le droit de cette institution *sui generis* et l'article 2286 du Code civil « vise (...) plutôt à attirer l'attention sur le fait qu'il peut perturber le jeu des sûretés réelles »<sup>1395</sup>. Cette interprétation se confirme à la lumière de l'ordonnance du 12 mars 2014 par laquelle le législateur est venu modifier l'ordre de paiement des créanciers en cas de liquidation judiciaire pour prendre en compte la spécificité du droit de rétention<sup>1396</sup>. « Il s'agit d'une consécration supplémentaire de ce que le créancier rétenteur est payé en dehors et indépendamment de tout classement »<sup>1397</sup>. Cette précision, récurrente lors du jeu du droit de rétention au sein des garanties, est source de perturbations lors de la réalisation des sûretés réelles. Or, au regard de l'objectif d'attractivité et de lisibilité du droit français des sûretés, ces exceptions ne font pas office de spécialité alléchante du droit français et s'assimilent davantage à une anomalie. En outre, d'un point de vue plus interne, le droit de rétention est de moins en moins justifié. Si avant l'avènement en 1980 des premières utilisations de la propriété comme garantie et le développement des règles relatives aux procédures collectives, il était un moyen simple et concret d'obtenir paiement, il devient maintenant une épine dans l'organisation du recouvrement des créances. Enfin, contrairement au droit OHADA, en droit français le droit de rétention n'accorde pas de droit de préférence et de suite. La question de son opportunité et de sa légitimité se pose donc au regard du peu de droits qu'il confère au créancier et de son rôle perturbateur dans le droit des garanties<sup>1398</sup>. Dans l'objectif de repenser le droit des sûretés réelles, et au regard des propositions de rationalisation et

<sup>1391</sup> Article 2286 du Code civil : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ; 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

<sup>1392</sup> Tel que le préconisait la Commission Grimaldi. V. le Rapport Grimaldi, p. 4.

<sup>1393</sup> L'ordonnance du 4 août 2008 est venue octroyer un droit de rétention à « celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession ». V. N. MARTIAL-BRAZ, « Grandeur et décadence du droit de rétention », *RLDC* 2011, n° 81.

<sup>1394</sup> A. AYNES, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301.

<sup>1395</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 407, n°723.

<sup>1396</sup> Article L. 641-13 II du Code de commerce.

<sup>1397</sup> L. BOUGEROL, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *RD bancaire et fin.* n° 5, Septembre 2014, dossier 36, n°9.

<sup>1398</sup> D. LEGEAIS, « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *RD bancaire et fin.* n° 5, Septembre 2014, dossier 42, n°3.

suppressions précédentes, l'infructuosité du droit de rétention apparaît comme une raison pour envisager sa suppression.

### **B. Infructuosité du droit de rétention**

365. Depuis la reconnaissance en France des propriétés-garanties et l'inflation législative des normes organisant le sauvetage des entreprises en difficulté, le droit de rétention ne trouve plus sa place dans le système de recouvrement de créances. Bien au contraire, sa nature *sui generis* et sa mise en œuvre primaire, sans considération des tiers, créanciers comme propriétaires, font de lui un droit dangereux pour le crédit. A plusieurs égards, le droit de rétention est devenu infructueux pour le droit des garanties.
366. *Le droit de rétention, concept archaïque inadapté aux attentes contemporaines du droit français des sûretés.* Le droit de rétention est un droit simple, avec peu d'adaptabilité. Ainsi, le rétenteur retient la chose du débiteur sans être propriétaire. La rétention peut alors être injuste, lorsque le débiteur n'est pas le propriétaire. Dans ce cas, le droit de rétention peut créer des conflits entre le débiteur et le véritable propriétaire et causer des difficultés à ce dernier, particulièrement si la chose retenue est utile à l'entreprise. Egalement, son caractère indivisible fait de lui un droit antiéconomique. En effet, la rétention neutralise la chose retenue qui ne peut être réutilisée<sup>1399</sup>. Cet aspect entraîne deux conséquences en défaveur du droit de rétention. D'une part, il est à contrecourant des pratiques actuelles qui préfèrent éviter les sûretés avec dépossession ce qui contrevient aux politiques économiques qui visent à maintenir l'activité de l'entreprise puisqu'il bloque l'utilité d'un bien, peut être indispensable à l'entreprise. En cela, il est démodé et ne participe pas à l'effort de renaissance du droit des sûretés. D'autre part, c'est un droit arbitraire, qui répond à une justice privée excessive. « *A ce jour, le droit de rétention est un droit insusceptible d'abus, de contrôle ou de limitation* »<sup>1400</sup>. Cette constatation entraîne de nouveau une double méfiance à l'égard du droit de rétention. En premier lieu, cela surprend au regard de l'insertion grandissante, par le législateur et la jurisprudence, de garde-fous de bonne conduite par des principes de proportionnalité, bonne foi, loyauté en droit des sûretés. Si ces principes innervent actuellement principalement les sûretés personnelles et plus spécifiquement le cautionnement, leur présence dans le Code civil depuis la réforme du 1<sup>er</sup> octobre 2016

---

<sup>1399</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 466, n°620.

<sup>1400</sup> D. LEGAIS, « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *op.cit.*, n°10.

laisse envisager une moralisation du droit qui se propagera jusqu'au droit des sûretés. A ce titre, il est difficilement envisageable de laisser subsister un droit sans loi et hors du droit sous prétexte qu'il répond à une réaction instinctive. De plus, à la conception de justice privée du droit de rétention peut être opposé le risque d'un abus de confiance<sup>1401</sup>. Messieurs les Professeurs Aynès et Crocq expliquent qu'il s'apparente à la légitime défense<sup>1402</sup>. Or, celle-ci est strictement encadrée par le droit pénal, ce que n'est pas le droit de rétention. Au regard de ces différents arguments, il serait possible de proposer un encadrement du droit de rétention. Mais une délimitation légale de cette prérogative ne suffirait pas à éviter le danger de cette institution.

**367. *Le droit de rétention, élément perturbateur dans la stabilité recherchée du droit français des sûretés.*** Le droit de rétention est maintenant un droit omnipotent et excessif. Le droit de rétention n'est plus aujourd'hui le moyen privé de pression qu'il était encore hier. Le législateur a admis que la rétention, de la chose et du prix, puisse être fictive. L'ordonnance du 4 août 2008 a ainsi reconnu que le créancier gagiste, même en cas de non dépossession, bénéficie du droit de rétention. Cela a posé de nombreuses interrogations quant à la mise en œuvre de cette disposition dans le cadre notamment d'un nantissement de meubles incorporels<sup>1403</sup>. En effet, le droit de rétention fictif semblait faire obstacle aux règles relatives à la purge du fonds de commerce ou fonds agricole. Dans le silence des textes, la Cour de cassation a refusé d'admettre un droit de rétention fictif pour les nantissements et l'a limité aux seuls biens corporels<sup>1404</sup>. Le caractère fictif du droit de rétention peut se porter également sur le prix ce qui crée dans ce cas un véritable privilège, qui primerait même selon un arrêt de la Cour de cassation le superprivilège des créances<sup>1405</sup>. En effet, l'article L. 642-20-1 alinéa 3 du Code de commerce, qui a été institué en 1985, prévoyait un report de la rétention sur le prix dès lors que la chose retenue était vendue dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Le maintien de ce texte est aujourd'hui excessif, au regard non seulement des règles actuelles de protection des

<sup>1401</sup> V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 431, n°764 ; v. aussi pour une jurisprudence récente CA Versailles 10 mars 2015, n°13-05398 (disproportion manifeste entre la valeur des marchandises retenues et le montant de la créance que les juges du fond n'ont cependant pas reprochée).

<sup>1402</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op.cit.*, p. 205, n°435.

<sup>1403</sup> Contre une application aux nantissements de fonds de commerce v. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 513, n°912 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 600, n°805. *Contra* S. PIEDELIEVRE, « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.* 2008, p. 2950.

<sup>1404</sup> Cass. Com 26 nov. 2013, n°12-27390 ; RTD Civ. 2014, p. 158, obs. P. CROCQ ; Bull. Joly Entreprises en difficulté 2014, 111, obs. F. MACORIG VENIER.

<sup>1405</sup> Cass. Com. 15 oct. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n°288.

salariés mais également au vu des propositions de réorganisation des privilèges qui font primer l'intérêt général sur l'intérêt privé. Par ailleurs, le droit de rétention est un droit occulte, qui contribue de ce fait aux situations conflictuelles entre créanciers. Alors que le crédit, et particulièrement le droit des procédures collectives, nécessite un équilibre, garanti entre autres, par une meilleure transparence, le droit de rétention déjoue les prévisions des créanciers et est un élément perturbateur. Dans la mesure où la publicité apparaît comme devant être généralisée, que ce soit pour les sûretés accordant un droit préférentiel comme pour la clause de réserve de propriété, encore dissimulée, le droit de rétention ne semble pas pouvoir s'adapter à cette exigence de transparence. En effet, tout l'intérêt de ce droit naturel réside dans la prise de possession du bien, de façon sommaire c'est-à-dire sans formalités particulières. Imposer une mesure de publicité irait à l'encontre de l'essence de ce droit. Or, puisque la publicité est amenée, grâce aux moyens de communication par voie électronique, à assainir et éclaircir toutes les sûretés conclues, le droit de rétention ne pourrait y satisfaire, ce qui entraînerait tôt ou tard sa suppression. Enfin, la question de son maintien comme mécanisme *sui generis* peut se poser au regard de l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations. Celle-ci va en effet supprimer la cause. Or, le critère qui permettait de distinguer le droit de rétention de l'exception d'inexécution était la cause, puisque l'exception d'inexécution ne peut être mise en œuvre que si elle trouve sa cause dans l'obligation non exécutée par le cocontractant<sup>1406</sup>. Dès lors, sans la cause, l'exception d'inexécution pourra jouer aussi lorsque l'obligation de l'autre partie n'a pas été exécutée, quand bien même l'exception d'inexécution soulevée est disproportionnée. Dans ce cas, il pourrait y avoir un rapprochement entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution. A moins que le principe de proportionnalité n'intervienne pour équilibrer de nouveau l'exception *non adimpleti contractus*. Mais dans ce cas, il serait curieux que la proportionnalité ne soit pas aussi appliquée au droit de rétention ce qui mènerait aussi à une assimilation des deux institutions juridiques. En conclusion, il apparaît que le droit de rétention est peut être victime de son succès. S'il est vrai qu'il accordait une garantie primaire et efficace au créancier, sa place est cependant maintenant menacée au regard des nouvelles conceptions du droit du crédit. Son illisibilité, due à son développement excessif au sein des sûretés et son caractère perturbateur, font du droit de rétention un droit infructueux pour le crédit ce qui justifierait sa suppression. D'autres mécanismes, fondés sur la mise

<sup>1406</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 470, n°630.

en garantie de la propriété, sont tout aussi efficaces et moins perturbateurs à condition d'être perfectionnés.

## §II. Perfectionnement des mécanismes d'exclusivité juridique

368. Les mécanismes octroyant une exclusivité juridique, c'est-à-dire une exclusivité issue d'une situation prévue et encadrée par la loi et non purement factuelle, sont très courants dans les droits nationaux européens des sûretés. Pour que le droit français des sûretés soit performant dans la sphère européenne, les sûretés françaises octroyant un droit exclusif doivent être attractives, ce qui est possible lorsque leur constitution est aisée et leur réalisation certaine. En France, ces mécanismes sont au nombre de cinq. Leur jeunesse ou leur spécificité, font de certains, des mécanismes au fonctionnement sans encombres, qui répondent aux exigences contemporaines du crédit européen à savoir la stabilité et la transparence. Ainsi, la vente avec faculté de rachat est assez méconnue, et même s'il est vrai qu'elle « *pourrait connaître un regain d'intérêt* »<sup>1407</sup>, notamment au regard de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 21 mai 2014<sup>1408</sup>, la nécessaire fixation du montant du prêt au prix du bien laisse penser qu'il serait difficile de détourner cette institution pour détraquer le crédit. Par ailleurs, l'ancienne vente à réméré semble suffisamment précisée par l'article 1659 du Code civil et ne justifie pas un éventuel perfectionnement. De même, le crédit-bail, malgré quelques hésitations quant à sa qualification de sûreté<sup>1409</sup>, est une garantie qui ne nécessite pas véritablement de modifications. Tout au plus est-il possible de remarquer qu'en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le crédit-bailleur peut être contraint de poursuivre le contrat en cours sans opposer la créance issue des loyers impayés<sup>1410</sup>. Mais, il revient à l'administrateur judiciaire de décider le maintien ou non du contrat en cours. Ainsi, il semble peu judicieux de modifier une institution qui ne remet pas en cause l'attractivité du droit français des sûretés. Enfin, la cession Dailly ou plus précisément la cession de créance professionnelle à titre de garantie, codifiée à l'article L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier est une institution juridique présentant de

<sup>1407</sup> C. LE GALLOU, *Droit des sûretés – Droit des entreprises en difficulté*, op.cit., p. 106, n°175.

<sup>1408</sup> Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 mai 2014, n°12-23607, Bull. 2014, III, n° 71.

<sup>1409</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p.461, n°751 ; L. AYNES, P. CROCCO, *Les sûretés La publicité foncière*, op.cit., p. 413, n°806. Pour ces auteurs, c'est un louage dénaturé qui produit un effet de sûreté lors de la défaillance du débiteur.

<sup>1410</sup> Article L. 622-13 du Code de commerce.

nombreux avantages pratiques qu'il convient de ne pas modifier<sup>1411</sup>. Sa fonction de garantie de créance entre professionnels et établissement de crédit autorise l'absence de recours à une publicité<sup>1412</sup>. En conséquence, seules deux propriétés-garanties méritent d'être perfectionnées afin de rendre le droit français des sûretés plus équilibré et davantage attractif. Il s'agit en premier lieu de la propriété réservée (A) et en second lieu de la propriété cédée (B).

### A. L'inopportunité d'un perfectionnement de la propriété réservée

#### 369. *L'influence positive du droit allemand sur la clause de réserve de propriété française.*

La clause de réserve de propriété est actuellement une sûreté inscrite dans le paysage français du droit des sûretés. Depuis la loi du 10 mai 1980 qui a reconnu son opposabilité aux tiers lors de l'ouverture d'une procédure collective, la clause de réserve de propriété n'a cessé de se développer. La loi du 10 juin 1994 a favorisé son opposabilité et l'ordonnance du 23 mars 2006 l'a consacrée, en matière mobilière comme immobilière<sup>1413</sup>. La clause de réserve de propriété « *est l'une des meilleures garanties du vendeur* »<sup>1414</sup>. Cela justifie certainement le fait que seul le régime de la clause de réserve de propriété en matière mobilière soit décrit<sup>1415</sup>. Sur le modèle allemand<sup>1416</sup>, le droit français connaît ainsi une revendication possible sur les marchandises (fondement initial de la clause de réserve de propriété), les biens fongibles, tant qu'ils sont de même nature et de même qualité (article 2369 du code civil), et une revendication sur le prix de revente et l'incorporation possible de la clause dans un autre bien tant que celui-ci peut être séparé du meuble initialement grevé (article 2370 du Code civil et L. 624-16 du Code de commerce). A ce titre, une seule remarque s'impose, il s'agit de l'opportunité d'une publicité de la clause de réserve de propriété.

<sup>1411</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 386, n°764.

<sup>1412</sup> Ce qui la rend à ce titre attrayante pour les établissements de crédit. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 363, n°662.

<sup>1413</sup> Article 2329 du Code civil.

<sup>1414</sup> D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p.455, n°743.

<sup>1415</sup> Article 2367 du Code civil.

<sup>1416</sup> Le droit allemand a construit un véritable régime de la clause de réserve de propriété à partir de l'article § 455 du BGB (notamment, voir aussi l'article § 932 du BGB, §946 et § 950) au point de distinguer la clause de réserve de propriété simple et la clause de réserve de propriété complexe. Au sein de la catégorie des réserves complexes de propriété, deux sous catégories apparaissent. D'une part, la réserve prolongée de propriété, appelée *verlängerter Eigentumsvorbehalt* et d'autre part la réserve élargie de propriété, appelée *erweiterter Eigentumsvorbehalt*. Ces extensions de la clause de réserve de propriété sont actuellement inscrites dans le droit français depuis l'ordonnance du 23 mars 2006. V. aussi J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand, op.cit.*, 2014.

**370. *La question d'une publicité de la clause de réserve de propriété.*** La transparence est un des atouts pour un droit des sûretés moderne et attractif. L'idée de repenser les sûretés réelles françaises s'appuie d'ailleurs sur la mise en place d'une publicité de chaque sûreté afin de garantir au créancier étranger une parfaite connaissance de la situation du constituant. La question d'une publicité de la clause de réserve de propriété, jusqu'à présent occulte, se pose. La Commission Grimaldi avait proposé d'insérer à l'article 2382 du Code civil une disposition prévoyant « que la réserve de la propriété d'un meuble corporel d'une valeur excédant une somme fixée par décret ne produira effet à l'égard des ayants cause à titre particulier du débiteur qu'autant qu'elle aura été publiée selon les modalités prévues pour le gage de meubles corporels »<sup>1417</sup>. Cette proposition n'a pas été retenue et la clause de réserve de propriété est toujours occulte<sup>1418</sup>. Or, la publicité apparaît comme le gage d'une transparence des sûretés conclues et comme facteur de sécurité juridique, les créanciers pouvant à tout moment, avant la défaillance, connaître la situation de leur débiteur. Egalement la publicité permettrait d'éviter des conflits avec les tiers acquéreurs de bonne foi qui se prévaudraient de la règle de l'article 2276 du Code civil. Néanmoins, la spécificité de la clause de réserve de propriété oblige à douter de la nécessité d'une publicité pour cette institution.

**371. *L'inopportunité d'une publicité de la clause de réserve de propriété en raison de son application quotidienne.*** En effet, pour les clauses de réserve de propriété « *leur existence peut être présumée* »<sup>1419</sup> du fait qu'elles ont un caractère presque automatique à l'heure actuelle. Par ailleurs, le fait que la clause de réserve de propriété soit occulte « *ne met pas en péril les droits acquis par les tiers sur les biens grevés, du moins s'ils sont des meubles corporels* »<sup>1420</sup> puisqu'en effet elle survit à la revente du bien ou à sa transformation. Enfin, Monsieur le Professeur Crocq démontre que la clause de réserve de propriété, même en étant occulte, n'a aucune conséquence sur les éventuels créanciers futurs, possiblement lésés en raison de l'absence de publication de la réserve de propriété. En effet, l'auteur explique qu'un créancier se détermine en fonction des éléments comptables qui sont en sa possession et non d'un actif apparent, et que celui-ci ne pourrait être source de tromperie pour un créancier, tant que ce dernier est normalement

---

<sup>1417</sup> Rapport Grimaldi, p. 15.

<sup>1418</sup> PH. SIMLER, PH. DELEBECQUE, *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, op.cit., p. 662, n°732.

<sup>1419</sup> D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p.459, n°749.

<sup>1420</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, op.cit., p. 633, n°851.



diligent<sup>1421</sup>. Au regard de ces divers arguments, il est vrai que l'impératif de transparence ne se justifie pas en matière de clause de réserve de propriété. Par ailleurs, la publicité pourrait jouer un rôle néfaste en contraignant les acteurs du crédit, lesquels s'éloigneraient de cette sûreté, pourtant de constitution simple, de réalisation certaine et encadrée légalement. Néanmoins, si le législateur souhaitait introduire une publicité, il conviendrait de reprendre la proposition de la Commission Grimaldi et de fixer la somme de façon identique à celle retenue pour les petits privilèges. Ainsi, une cohérence dans le seuil de publicité apparaîtrait entre les privilèges et la réserve de propriété. Si la propriété retenue n'impose pas ou de façon très éventuelle, un perfectionnement, il n'en est pas tout à fait de même de la propriété cédée qui nécessiterait quelques clarifications.

### **B. La nécessité d'un perfectionnement de la propriété cédée**

372. *L'influence positive du droit anglais sur le mécanisme de cession de propriété à titre de garantie.* La fiducie est réapparue en droit français par la loi du 19 février 2007<sup>1422</sup>, complétée par l'ordonnance du 30 janvier 2009 et la loi de ratification du 12 mai 2009. La fiducie peut ainsi servir à des fins de gestion comme de garantie. L'introduction de la fiducie-sûreté dans le droit français a permis d'accueillir des institutions financières étrangères, à l'instar des sukuk<sup>1423</sup>. Si dans l'ensemble le mécanisme de propriété cédée est performant et allie l'objectif d'attractivité du droit français des sûretés à la nécessité d'une sécurité juridique, quelques points pourraient toutefois être clarifiés. En matière de publicité, la fiducie constituée sur des immeubles est soumise à publicité en raison du bien sur lequel elle porte. Pour davantage de simplicité, l'article 2019 alinéa 2 du Code civil admet que l'enregistrement soit effectué en même temps et dans les mêmes conditions que la publicité. Il en est de même en cas de cession de créances, l'opposabilité aux tiers étant effectuée par une notification au débiteur de la créance cédée, selon l'article 2018-2 du Code civil. Ces deux formes de fiducie, lorsqu'elle portent sur un bien immobilier ou sur une cession de créances, ont été fusionnées dans un unique registre national de fiducie, depuis le décret du 2 mars 2010. Une première proposition peut être suggérée.

<sup>1421</sup> P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op.cit., p. 399, n°445 et s.

<sup>1422</sup> A. AYNÈS, *La fiducie-sûreté par et hors les textes*, Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2014, dossier 41.

<sup>1423</sup> PH. DUPICHOT, *Fiducie et finance islamique*, D. 2010, p. 1064.

373. **Objectif de simplification du droit français des sûretés par le rattachement de la fiducie au registre de la sûreté préférentielle conventionnelle unique.** Si la sûreté préférentielle conventionnelle unique était adoptée en droit français, il conviendrait d'agréger les deux registres de publicité afin de n'avoir qu'un seul registre national. Par ailleurs, le registre national des fiducies est la preuve même qu'il est possible de centraliser la publicité de sûretés dans un même registre. Mais, le législateur n'a pas prévu de système de publicité pour les fiducies portant sur des meubles corporels ou incorporels. Dans ces cas, la fiducie est occulte et peut être contrariée par une revendication d'un tiers de bonne foi se prévalant de l'article 2276 du Code civil. Admettre une dépossession comme mesure d'opposabilité de la fiducie aux tiers semble être à contretemps de la modernité dans le droit français de cette institution<sup>1424</sup>. En outre, la dépossession est souvent antiéconomique. Ainsi, il semble qu'instaurer une mesure de publicité similaire à celle de la cession de créance ou de la sûreté préférentielle conventionnelle unique, si celle-ci était retenue, apporterait de la clarté à ce mécanisme. Cela éviterait également les situations de conflit et participerait à l'attractivité renforcée du droit français des sûretés. Une autre remarque pourrait être faite au sujet de la fiducie-sûreté qui permettrait de la perfectionner.
374. **Un meilleur encadrement des facultés de recharge de la fiducie afin de concurrencer le trust anglais.** Le législateur de 2009 n'a pas assez encadré la possibilité de recharger la fiducie-sûreté<sup>1425</sup>. Ce laxisme tranche avec les déboires de l'hypothèque rechargeable et fait courir un risque de surendettement sur la fiducie-sûreté. Accessoirement, la procédure de recharge telle qu'elle est prévue à l'heure actuelle est assez lourde de formalités, ce qui est dommageable pour une institution vouée à être utilisée par tous. En premier lieu, la possibilité de recharger est mal encadrée, que le constituant soit une personne morale ou une personne physique. En effet, lorsque le constituant est une personne physique, la recharge est plafonnée dans la limite de la valeur du patrimoine fiduciaire, lequel est évalué par un expert. Cette procédure est assez exigeante pour le constituant, ce qui ne plaide pas en faveur de la fiducie. Néanmoins, il faut reconnaître qu'elle est protectrice du patrimoine du constituant personne physique. Lorsque le constituant est une personne morale, la procédure de rechargement est très dangereuse puisque en cas de fiducie sur un immeuble, dont la valeur baisserait déraisonnablement, le constituant personne morale

---

<sup>1424</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 393, n°704.

<sup>1425</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 395, n°707.

serait en danger de surendettement. Or, la suppression de l'hypothèque rechargeable visait précisément à éviter cet effet au constituant personne physique, comme morale. Il conviendrait ainsi de ne pas aligner le montant du rechargement sur la valeur estimée de l'immeuble et d'enfermer cette recharge dans la valeur minimum estimée de l'immeuble. En outre, il serait protecteur d'inclure une mesure obligeant à réévaluer le montant de l'immeuble à chaque convention de recharge. En second lieu, et de façon plus accessoire car la situation est certainement plus exceptionnelle, la procédure de rechargement de la fiducie-sûreté est défailante car le législateur n'a pas mis en place un système de communication entre le constituant et le fiduciaire, pour que le fiduciaire soit prévenu en cas de recharge de la fiducie. Il serait opportun d'y remédier, quand bien même la situation est plus rare<sup>1426</sup>.

---

<sup>1426</sup> Cautionnement réel à préciser pour exclure si besoin voir bourassin Bremond jobard n°1185/ + v. bourassin n°1281 et 1297-1299 si besoin de compléter avec les proco.



### **Conclusion du Chapitre**

375. En conclusion, l'intérêt de repenser les sûretés réelles de droit français à la lumière des droits européens permet de proposer une rationalisation et une simplification de cette catégorie. A l'éclatement du nombre de sûretés réelles accordant un droit de préférence pourrait se substituer une sûreté préférentielle conventionnelle unique. Celle-ci permettrait d'englober les actuelles sûretés conventionnelles accordant un droit de préférence sans distinction de l'assiette ou de la dépossession. En effet, ces critères sont aujourd'hui perméables et nuisent à l'attractivité du droit français des sûretés réelles. Parallèlement à la sûreté préférentielle conventionnelle unique, il conviendrait de repenser les sûretés de source légale qui accordent également un droit de préférence. Si la plupart des privilèges ne devraient pas être supprimés en raison de leurs utilités dans le système social français, d'autres en revanche n'ont plus lieu d'être. Parmi ceux qui sont maintenus, une nouvelle classification, fondée sur le critère de « l'intérêt à protéger » qui distingue entre l'intérêt général et les intérêts privés, pourrait permettre de les rationaliser en vue de rendre la catégorie des privilèges lisible pour des créanciers étrangers. Cette lisibilité devrait être poursuivie avec l'instauration d'une publicité des privilèges, à l'exception de ceux dont la créance est de faible montant. Les droits européens et les perspectives extra-européennes de droit des sûretés permettent ainsi de repenser les sûretés réelles de droit français accordant un droit de préférence. Les sûretés réelles octroyant un droit exclusif font l'objet d'une similitude en droits européens. La propriété cédée pourrait être améliorée - sans être nécessairement remise en cause - afin de combler les imperfections dont elle est entachée, ce qui lui donnerait une efficacité et un domaine d'application aussi intéressants que les institutions de propriété cédée des droits des sûretés européens. En revanche, le droit de rétention se développe de plus en plus en France mais cela s'effectue de façon isolée au regard de la sphère européenne. Son aspect perturbateur ne peut se concilier avec les attentes du crédit européen qui exige une mobilité des biens dans l'espace européen. En outre, le droit de rétention joue un rôle nuisible en droit français en bloquant la réalisation des sûretés réelles. Ces constats appellent à une suppression de ce mécanisme, qui a pris une excessive ampleur en droit français des sûretés. Les sûretés réelles ne sont pas la seule catégorie qui nécessite d'être repensée. Les sûretés personnelles connaissent depuis quelques années une véritable crise qui encourage à les étudier à la lumière des droits européens.



## CHAPITRE II. Repenser les sûretés personnelles

376. L'idée de repenser les sûretés personnelles est loin d'être nouvelle et fait même l'objet d'un consensus au sein de la doctrine<sup>1427</sup>. Ce besoin se justifie au regard de la multiplication des interventions législatives et des évolutions de la jurisprudence depuis 1984 particulièrement en matière, de cautionnement<sup>1428</sup>, qui a entraîné le développement de garanties alternatives<sup>1429</sup> ou complémentaires<sup>1430</sup>. La matière est ainsi éclatée. Pourtant, le législateur est intervenu deux fois en 2016 pour réformer des pans importants du droit civil français. L'ordonnance du 11 février portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>1431</sup> comme l'ordonnance du 14 mars portant réforme de la partie législative du Code de la consommation<sup>1432</sup> insufflent quelques nouveautés dans le droit des sûretés personnelles. Celles-ci ne sont toutefois pas suffisantes, ou sont parfois trop obscures, pour régénérer les sûretés personnelles. La crise des sûretés personnelles persiste. Les solutions internes, qui consistent à rechercher de nouvelles sûretés au travers de mécanismes de droit des obligations et repenser la classification des sûretés personnelles, ne semblent pas pouvoir remédier à la crise (Section 1). L'exemple de certains droits des sûretés européens, et notamment le cautionnement à première demande de droit allemand, pourrait davantage atténuer la rigidité du cautionnement, principale sûreté personnelle en crise (Section 2).

<sup>1427</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 327, n°610.

<sup>1428</sup> PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires*, *op.cit.*, p. 6, n°5.

<sup>1429</sup> PH. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G*, 1990, p. 387.

<sup>1430</sup> La lettre d'intention et la garantie autonome ont été codifiées aux articles 2321 et 2322 du Code civil par la réforme du 23 mars 2006.

<sup>1431</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JORF n°0035 du 11 février 2016 ratifiée par le projet de loi n°3928 enregistré le 6 juillet 2016 et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, à défaut de constitution d'une commission spéciale dans les délais prévus par les articles 30 et 31 du Règlement (à actualiser au dernier moment).

<sup>1432</sup> Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation JORF n°0064 du 16 mars 2016.

## Section I. Les solutions internes proposées pour repenser le droit des sûretés personnelles

377. La crise des sûretés personnelles a développé une mutation des techniques de garanties personnelles. La lettre d'intention et la garantie autonome, issues de la pratique internationale et plus précisément du droit anglo-saxon, ne nécessitent pas d'être repensées étant donné leur homogénéité dans l'espace européen puisque tous les droits européens nationaux reconnaissent la garantie autonome et la lettre d'intention. Un changement de ces techniques placerait le droit français à contre-courant des autres droits européens. De plus, une réforme de ces dernières dans le sens d'un alignement sur le droit du cautionnement leur serait nuisible puisque c'est leur autonomie partielle qui intéresse les juristes. L'idée de les soumettre à un régime commun pourrait aussi les amoindrir en ce qu'elles perdraient de leur simplicité<sup>1433</sup>. Cette simplicité est d'ailleurs leur atout pour les parties qui y recourent principalement, à savoir les professionnels<sup>1434</sup>. Il apparaît dès lors inopportun de les repenser et une approche distincte entre le cautionnement et les deux autres sûretés autonomes se justifie<sup>1435</sup>. Les juristes se sont tournés depuis quelques années vers des mécanismes de droit des obligations pour pallier les insuffisances des sûretés personnelles traditionnelles, notamment le cautionnement. Des solutions, d'appoint, ont été proposées. Mais « à la question de savoir si les sûretés alternatives ont un avenir, doit-on répondre : « évidemment oui, encourageons-les, il en va du dynamisme du crédit et, donc, de notre économie ! » ? La réponse est négative. Précisément, les choses sont certainement moins simples, moins manichéennes que ce que l'on pouvait jusque-là croire : il n'y a justement aucune « évidence » à accueillir à bras ouverts de nouvelles formes de sûretés alternatives »<sup>1436</sup> et cela, d'autant que ces sûretés alternatives ne résolvent pas la crise du cautionnement (§I). La crise du cautionnement a également engendré une crise de la classification de la catégorie des sûretés personnelles (§II).

<sup>1433</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, *op.cit.*, p. 365, n°667.

<sup>1434</sup> Ceux-ci n'ont de ce fait aucun intérêt à voir ces sûretés alourdies par des mécanismes de protection. Du fait de leur qualité de professionnel, ils connaissent les enjeux de ces sûretés. Par ailleurs, le simple fait de ne pas assurer la défaillance du débiteur suffit à dévaluer leur réputation dans le monde des affaires, sanction souvent bien pire qu'une condamnation pour le non respect de certaines dispositions protectrices.

<sup>1435</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 33, n°36. Les auteurs développent également d'autres arguments en faveur et contre un régime distinct.

<sup>1436</sup> A.-S. BARTHEZ, « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *RD bancaire et fin.* n° 1, Janvier 2016, dossier 4.



## §I. La recherche de nouvelles sûretés personnelles

378. Le cautionnement a connu et connaît encore une période de crise, manifestée par une inadaptation de son régime aux attentes contemporaines du crédit (A). En conséquence, des mécanismes de droit des obligations utilisés à titre de garantie se sont développés (B).

### A. Une crise du cautionnement

379. Les raisons<sup>1437</sup> d'une crise du cautionnement ne sont pas nouvelles et la doctrine appelle depuis une dizaine d'années à réformer le droit du cautionnement. Il a été expliqué que « *les créanciers devaient pourtant se détourner du cautionnement pour trois raisons. Tout d'abord en raison du caractère accessoire de son engagement, la caution peut se prévaloir de tous les droits reconnus au débiteur contre son créancier. Ensuite, la caution est surprotégée. Enfin, le cautionnement, lorsqu'il est fourni par une société, est soumis à une réglementation jugée trop contraignante* »<sup>1438</sup>. La surprotection de la caution est devenue un véritable fléau, qui noie tout équilibre du contrat dans des règles illisibles au détriment du créancier. Madame le Professeur Bourassin explique cet effet par « *l'attitude des ministres qui (...) peuvent avoir tendance à gonfler les ordres du jour (ou) peuvent souhaiter, par vanité, attacher leur nom à une loi* »<sup>1439</sup>. L'auteur poursuit en expliquant que la pression sociale sur le législateur et les considérations de philosophie politique accroissent la multiplication des normes. Cette conséquence, par un effet domino, entraîne la jurisprudence dans une incertitude constante en raison de l'absence de prévisibilité des textes et de leur inintelligibilité. Cette abondance législative et jurisprudentielle désorganisée entraîne enfin un double effet négatif. D'une part, il apparaît un manque de cohérence de la matière, préjudiciable à l'attractivité recherchée du droit français. D'autre part, la désorganisation crée un manque d'accessibilité du droit, les règles relatives au cautionnement se retrouvant éclatées dans divers Codes<sup>1440</sup>. En conséquence, une insécurité juridique domine le droit du cautionnement. Cet effet est désastreux pour une sûreté qui doit assurer la confiance que les parties placent dans l'instrument de garantie. « *La protection de la confiance d'une partie, spécialement du*

---

<sup>1437</sup> V. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, op.cit., p. 275 à 298.

<sup>1438</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p. 37, n°34.

<sup>1439</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, op.cit., p. 89, n°181 et s. Pour l'auteur, ce phénomène touche l'ensemble des sûretés personnelles.

<sup>1440</sup> P. DELEBECQUE, « Le cautionnement et le Code civil : existe-il encore un droit du cautionnement », *RJ com.* 2004, p. 226 ; D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, p. 1433 et *RD bancaire et fin sept.* Oct 2003, n°178.

*garant, ne peut jouer son rôle que si elle sert la finalité même de la sûreté. Parce qu'il l'a aujourd'hui oublié, le droit du cautionnement tend à susciter une crise de confiance dans le garant, donc dans la sûreté elle-même*»<sup>1441</sup>. Cette crise de confiance a entraîné l'apparition d'une « *loi de substitution* »<sup>1442</sup>, qui consiste à rechercher de nouveaux mécanismes davantage attractifs pour remédier aux lacunes de l'ancien<sup>1443</sup>. Le recours à de nouvelles institutions juridiques est permis par le Code civil. En effet, depuis la réforme du 23 mars 2006, l'article 2287-1 du Code civil dispose que les sûretés personnelles sont au nombre de trois, mais seulement dans le Code civil, sous entendant qu'il pourrait en exister ailleurs<sup>1444</sup>. La formule n'est pas choquante dans la mesure où elle reconnaît la liberté contractuelle. Il est en effet normal que les juristes puissent conclure le contrat de garantie qu'ils souhaitent, tant qu'ils ne dérogent pas à l'ordre public<sup>1445</sup>. Toutefois, la liberté contractuelle, associée aux inaptitudes du cautionnement à répondre aux besoins du crédit, a engendré le développement presque exponentiel de ces nouveaux mécanismes pouvant être considérés comme des garanties. Pour autant, ces garanties n'apportent pas de réponse efficace à la crise que connaît le cautionnement.

## B. Le développement de mécanismes de garanties

**380.** Tous les mécanismes pouvant remplir une fonction similaire à celle d'une garantie personnelle et qui n'ont pas d'assise légale au sein du Livre IV du Code civil peuvent être considérés comme des garanties. Leur classement est mal aisé et leur régime peu clair puisque leur fonction première n'est pas de garantir une dette. Ces nombreux mécanismes se sont développés pour pallier les effets négatifs du cautionnement. Certains ont été écartés par le législateur et la jurisprudence et ne présentent aucune forme de substitution au cautionnement<sup>1446</sup>. Au sein des mécanismes considérés parfois comme pouvant être des substituts au cautionnement, il est possible de compter l'assurance-crédit, la promesse

<sup>1441</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, *op.cit.*, p. 26, n°22.

<sup>1442</sup> R. CABRILLAC, « De la loi de substitution et de quelques unes de ses applications en droit privé », in *Etude offerte au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 19.

<sup>1443</sup> Pour autant, la loi de substitution en matière de cautionnement n'est pas nouvelle. V. C. MOULY, « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque* 1987, p. 1166.

<sup>1444</sup> « *Tout est dit : si sont seuls régis par le Titre premier consacré aux sûretés personnelles, le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention, c'est bien qu'il en existe d'autres ailleurs* » A.-S. BARTHEZ, *L'avenir des sûretés personnelles alternatives*, *op.cit.*, n°4.

<sup>1445</sup> Art. 1162 du Code civil.

<sup>1446</sup> Il s'agit notamment de la signature d'un effet de commerce, de la convention de ducroire, de la convention de « compte à demi », de la garantie contractuelle assumée par un tiers, de la garanties de bonne fin et des garanties financières et enfin du crédit documentaire. Pour des dév. PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires*, *op.cit.*, pp. 45 à 52.

de porte-fort la délégation imparfaite, ou encore la solidarité passive sans intéressement à la dette et le constitut. Une présentation succincte de ceux-ci permet de s'apercevoir qu'ils ne peuvent permettre de remédier à la crise que connaît le cautionnement.

**381. *L'assurance-crédit ne garantit pas le paiement de la dette d'un tiers.*** L'assurance-crédit est « le contrat par lequel un créancier se procure auprès d'un assureur, moyennant versement de primes, une garantie contre les risques du crédit, c'est-à-dire, suivant les cas, contre l'insolvabilité de son ou de ses débiteurs ou, plus simplement, contre le non paiement à l'échéance »<sup>1447</sup>. L'assurance-crédit est parfois rapprochée du cautionnement en raison du fait que l'assureur va s'engager à indemniser un tiers en cas de défaut de paiement de son assuré. Il y a ainsi, comme dans le cautionnement, une relation tripartite dans laquelle une personne accepte de répondre d'une autre si celle-ci est défaillante. Mais, en tant que contrat d'assurance, l'assurance-crédit se distingue du cautionnement par sa nature et son objet. Il s'agit en effet d'un contrat synallagmatique, à titre onéreux<sup>1448</sup> qui vise à parer au préjudice éventuel subi par le créancier en cas de défaillance du débiteur et non à garantir l'exécution de l'obligation du constituant. Accessoirement, la finalité économique n'est pas la même, « *le cautionnement, en tant qu'instrument de crédit, joue un rôle moteur direct dans l'activité économique, alors que l'assurance-crédit n'est que le transfert du créancier à son assureur d'un risque déjà né* »<sup>1449</sup>. L'assurance-crédit n'apparaît pas véritablement comme un substitut du cautionnement mais comme une forme d'engagement de payer pour autrui. Cette technique est complémentaire du cautionnement qui ne peut être conclu pour indemniser une partie. Son champ d'application étant limité principalement aux établissements bancaires, l'assurance-crédit n'apporte pas de solutions à la crise que connaît le cautionnement, tout comme la promesse de porte-fort.

**382. *La promesse de porte-fort ne garantit pas une obligation de payer la dette d'un tiers.*** L'article 1204 du Code civil reprend le mécanisme de l'ancien article 1120 en l'explicitant, notamment au regard de la rétroactivité de l'engagement promis par le porte-fort. Le porte-fort peut servir de substitut à un cautionnement lors de l'engagement

<sup>1447</sup> V. HEUZÉ, « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, chron. p. 493 ; PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires*, *op.cit.*, p. 31, n°24.

<sup>1448</sup> Pour le Professeur Heuzé, tout cautionnement rémunéré est un contrat d'assurance synallagmatique. Le Professeur Simler conteste cette position et estime qu'elle est irréaliste. La condition de rémunération n'est pas un signe distinctif du cautionnement.

<sup>1449</sup> PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires*, *op.cit.*, p. 34, n°26.

d'un incapable, généralement un mineur<sup>1450</sup>. Outre cette situation très spécifique, la technique du porte-fort a été parfois considérée comme pouvant servir de moyen de dérogation aux règles trop protectrices de la caution, à l'instar du droit suisse<sup>1451</sup>. Toutefois, cela est arrivé peu souvent en France et la Cour de cassation a rencontré de nombreuses difficultés pour qualifier la promesse de la réalisation du « fait d'un tiers » en l'absence de toute mention manuscrite. La réforme du droit des obligations de 2016 ne vient pas préciser cette obligation de mention manuscrite, ce qui laisse penser que le législateur ne souhaitait pas donner davantage d'importance à ce mécanisme. Outre le fait que la promesse de porte-fort est peu reconnue en droit français comme une garantie de paiement, que ce soit par la jurisprudence comme par le législateur, la promesse de porte-fort ne peut être un substitut au cautionnement en raison de son obligation principale. Celle-ci consiste en une obligation de faire tandis que le cautionnement impose une obligation de payer une dette<sup>1452</sup>. Comme celui qui se porte-fort peut être contraint d'indemniser la partie lésée en cas de défaut d'accomplissement du fait promis par le tiers, le porte-fort a un aspect indemnitaire qui le rapproche davantage de la lettre d'intention.

- 383. *La solidarité passive sans intéressement du débiteur à la dette, mécanisme difficilement saisissable et dangereux en raison de l'inopposabilité des exceptions.*** La solidarité passive est règlementée aux articles 1313 à 1318 du Code civil. La réforme du droit des obligations n'a rien modifié, à l'exception de l'article 1319 du Code civil qui ajoute une solidarité des codébiteurs en cas d'inexécution. La solidarité est un mécanisme qui oblige chacun des codébiteurs au paiement de toute la dette, sans aucune distinction puisque « la solidarité entre les débiteurs oblige chacun d'eux à toute la dette. Le paiement fait par l'un d'eux les libère tous envers le créancier. Le créancier peut demander le paiement au débiteur solidaire de son choix. Les poursuites exercées contre l'un des débiteurs solidaires n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres » selon l'article 1313 du Code civil. Dans le cadre d'un cautionnement solidaire, la caution répond des dettes du débiteur principal, mais de façon subsidiaire. En effet « *la caution, même solidaire, ne constitue qu'un débiteur par défaut, le débiteur cautionné devant*

<sup>1450</sup> MAZEAUD, CHABAS, (DDIR.), PICOD (Y.), *Les sûretés La publicité foncière, Leçon de droit civil, op.cit.*, n°21. *Contra* A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles, op.cit.*, n°81.

<sup>1451</sup> P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1981, n°41.

<sup>1452</sup> PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires, op.cit.*, p. 45, n°38.

*assumer à titre définitif le poids total d'une dette qui est la sienne propre, là où le codébiteur solidaire est tenu en qualité de débiteur principal, devant assumer à titre définitif une fraction de la dette* »<sup>1453</sup>. Des auteurs ont reconnu à la solidarité passive une véritable qualification de sûreté<sup>1454</sup>, mais au regard des critères de cette dernière elle apparaît plutôt être une garantie. Elle peut éventuellement être considérée comme un substitut du cautionnement notamment dans le cadre de certaines opérations spécifiques comme une cession de bail commercial<sup>1455</sup> mais elle ne peut pallier les inconvénients du cautionnement. Ce qui intéresse les créanciers dans ce cas, c'est le fait de ne pas avoir à diviser les poursuites puisque chaque codébiteur sera tenu à sa dette personnelle ainsi qu'à celles des autres codébiteurs. Cela est cependant possible, dans des circonstances presque identiques, avec un cautionnement solidaire. La solidarité passive est ainsi une technique très intéressante pour le cautionnement mais elle est assez dangereuse puisque la Cour de cassation est peu encline à reconnaître l'inopposabilité des exceptions dans la mesure où ce n'est pas un cautionnement<sup>1456</sup>. S'il avait été possible d'opposer une disposition litigieuse, même lors de l'appel de la caution, la solidarité passive sans intéressement à la dette aurait été une forme intéressante pour atténuer la rigidité du cautionnement due au principe de l'accessoire.

**384. *Le manque de personnalité de la délégation imparfaite.*** La délégation imparfaite est définie à l'article 1338 du Code civil. Contrairement à la délégation novatoire qui n'impose qu'un changement de débiteur, le délégant se substituant au délégué<sup>1457</sup>, dans le cadre de la délégation imparfaite le délégataire dispose de deux débiteurs, l'ajout du délégué ne délivrant pas le délégant. Cette figure du droit des obligations est très proche dans son fonctionnement du cautionnement<sup>1458</sup> et de la garantie autonome<sup>1459</sup> mais les différences entre les institutions juridiques ne suffisent cependant pas à isoler la

<sup>1453</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 223, n°417 et n°300.

<sup>1454</sup> PLANIOL, RIPERT, n°1064.

<sup>1455</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 224, n°420.

<sup>1456</sup> Cass. Com, 27 déc. 2003, n°01-11198. Par ailleurs, « *l'engagement solidaire non intéressé ne se laisse pas facilement appréhender* » M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 225, n°422.

<sup>1457</sup> Art. 1332 du Code civil.

<sup>1458</sup> Lorsque la délégation imparfaite est dite incertaine, alors « *l'engagement du délégué n'a aucun caractère accessoire à la différence de celui de la caution* »<sup>1458</sup> v. D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 254, n°331

<sup>1459</sup> Certains auteurs considèrent que la délégation imparfaite s'oppose à la garantie autonome en ce qu'elle ne contraint pas le délégué à s'exécuter dès la première demande v. PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires, op.cit.*, p. 949, n° 933 *Contra* L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 157, n°324 ; PH. THERY, *Sûretés et publicité foncière, op.cit.*, n°112.

délégation imparfaite. En effet, il est possible de distinguer « *la délégation imparfaite incertaine où prospère le principe de l'opposabilité des exceptions et la délégation imparfaite certaine où l'engagement du délégué est indépendant des relations entre le délégant et le délégataire. Or, dans le premier cas, il est bien difficile de ne pas assimiler cet engagement à un cautionnement, tandis que dans le second, c'est avec la garantie autonome que la délégation entretient un rapport d'identité* »<sup>1460</sup>. Avant la réforme de 2006, il était vrai que la délégation imparfaite pouvait jouer un rôle dans le paysage des garanties personnelles, atténuant le principe de l'accessoire du cautionnement<sup>1461</sup>. Mais avec la reconnaissance de la garantie autonome, la délégation ne semble plus être un véritable substitut au cautionnement. De plus, comme cette institution n'est pas prévue pour répondre à une fonction de garantie et plus particulièrement de sûreté, elle rencontre des difficultés lors de l'opposabilité des exceptions et en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégant<sup>1462</sup>. Ainsi, la délégation imparfaite n'ayant pas d'existence en elle-même, elle se confond dans la garantie autonome, et n'est qu'une forme de cette dernière et non un substitut. Par ailleurs, du fait que la délégation imparfaite n'est pas interdite pour les crédits mobiliers à la consommation et immobiliers comme l'est la garantie autonome depuis la réforme du 23 mars 2006<sup>1463</sup>, au regard de la protection étendue et croissante du consommateur en droit français, en cas de délégation, il conviendrait de requalifier automatiquement en garantie autonome une délégation de paiement imparfaite poursuivant de seules fins de garantie<sup>1464</sup>.

**385. *Le constitut n'est pas assez utilisé pour être un substitut au cautionnement.*** Le constitut est issu de la pratique romaine mais n'est pas codifié dans le Code civil (et ne l'était pas non plus avant la réforme)<sup>1465</sup>. Le constitut est l'obligation de payer la même dette que le débiteur sans pour autant que ce soit la dette même du débiteur<sup>1466</sup>. C'est ainsi un

<sup>1460</sup> M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 220, n°412.

<sup>1461</sup> V. Cass. Com., 15 mai 2007, *RD bancaire et fin.* Juillet-août 2007, comm. 152, obs. D.LEGEAIS. V. not. en matière de sous traitance PH. SIMLER, *La délégation du maître de l'ouvrage*, *RDI* 1996, 150. au sujet d'une délégation par consentement implicite du délégué.

<sup>1462</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p. 254, n°331. V. aussi CH. LACHIEZE, *La délégation-sûreté*, *D.* 2006, chron. p. 234.

<sup>1463</sup> Art. L313-1 du Code de la consommation issu de l'ordonnance du 25 mars 2016.

<sup>1464</sup> A.-S. BARTHEZ, « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *op.cit.*, n°4.

<sup>1465</sup> « *Finalemment abandonné par le droit romain dans cette fonction de garantie et jamais suffisamment utilisé pour intéresser les rédacteurs du Code civil, il n'est aujourd'hui ni consacré, ni réglementé par le législateur* » A.-S. BARTHEZ, *L'avenir des sûretés personnelles alternatives*, *RD bancaire et financier* n° 1, Janvier 2016, dossier 4.

<sup>1466</sup> F. JACOB, *Le constitut, ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, *LGDJ*, 1998, t. 294, n°16.

engagement non accessoire, ce qui le distingue très clairement du cautionnement. La proximité avec le paiement d'une somme distincte le rapproche de la garantie autonome mais les traits caractéristiques cessent ici puisque la somme à payer n'est ni forfaitaire ni prédéterminée et ne peut excéder celle de la dette initiale à l'instar de la garantie autonome. Par ailleurs, sa très faible utilisation en droit français empêche d'imaginer que le constitut puisse venir être un remède à la crise que traverse le cautionnement.

386. En somme, les mécanismes de droit des obligations qui sont détournés comme des garanties pour pallier les insuffisances du cautionnement ne peuvent être des solutions pérennes. En effet, n'étant pas conçus pour être des sûretés personnelles ils présentent des défauts inhérents à leur nature, comme le fait qu'ils ne garantissent pas la dette d'un tiers ou qu'ils s'assimilent à l'une des deux figures de sûretés personnelles, la garantie autonome ou le cautionnement. Malgré cela, leurs apparitions de plus en plus fréquentes dans la vie du crédit, associées à la crise que traverse le cautionnement a conduit certains auteurs à proposer une nouvelle classification des sûretés personnelles afin d'améliorer cette catégorie juridique.

## **§II. La recherche d'une nouvelle classification**

387. La crise du cautionnement a entraîné un élargissement des techniques pouvant remédier aux défaillances du cautionnement. Ces mécanismes issus du droit des obligations, lorsque certains auteurs ont considéré qu'ils pouvaient être reconnus comme étant des sûretés, a entraîné une réflexion sur une nouvelle classification des sûretés personnelles, qui ne permet pas de résoudre la crise des sûretés personnelles (A). Outre le fait que la solution à la crise que connaît les sûretés personnelles ne semble pas passer par une remise en cause de la classification des sûretés personnelles, une modification de cette catégorie en droit français créerait une disparité nuisible pour l'attractivité du crédit avec les autres droits des sûretés européens (B).

### **A. La remise en cause de la classification des sûretés personnelles injustifiée au regard du droit interne**

388. *Critères actuels de détermination des sûretés personnelles.* Les actuelles sûretés personnelles ne sont pas définies par le législateur ni établies selon des critères précis. La doctrine s'accorde généralement à reconnaître que les sûretés personnelles sont constituées par la réunion de deux critères, mis en exergue par le Professeur Mouly. Il

s'agit d'une part de l'adjonction d'un droit de créance au profit du créancier contre le tiers garant et d'autre part d'une absence de contribution à la dette de ce tiers garant<sup>1467</sup>. Partant de cette définition, nombre de garanties alternatives ne peuvent être considérées comme des sûretés. L'indivisibilité, l'assurance-crédit, la délégation imparfaite, le crédit documentaire et la solidarité ne sont pas des sûretés mais seulement des moyens de facilité de paiement. Ce ne sont pas des prérogatives supplémentaires qui permettent d'assurer l'obligation<sup>1468</sup>. Il est vrai que ces critères répondent à une conception restrictive des sûretés personnelles puisqu'ils ne s'attachent pas à l'effet du mécanisme mais traduisent la volonté initiale et exclusive des parties d'ajouter une prérogative pour assurer l'exécution d'une obligation<sup>1469</sup>. Le constitut et les contre-garanties<sup>1470</sup> sont aussi, au regard de la réunion des deux critères précités, des sûretés personnelles. Cependant, l'absence d'utilisation dans le premier cas ou le fait que la contre garantie n'est qu'une sûreté sur une sûreté, n'ont aucun impact sur la classification des sûretés personnelles. Ces deux techniques ne remettent pas en cause la classification des sûretés personnelles. Ce sont les techniques qui peuvent se colorer en sûreté qui soulèvent des difficultés. Ces situations alternatives apparaissent parfois, lorsque le créancier rajoute, en cours d'exécution de l'obligation, un tiers garant qui ne doit pas contribuer au paiement de la dette principale. Cela est le cas lors de la solidarité passive sans intéressement à la dette et de la délégation sûreté<sup>1471</sup>. Une autre situation alternative apparaît avec la promesse de porte-fort, lorsqu'elle s'ajoute à un rapport d'obligation déjà engagé<sup>1472</sup>. Dans ce cas, elle entre dans le domaine des sûretés personnelles mais se confond généralement avec la lettre d'intention. La délégation-sûreté et la solidarité passive sans intéressement à la dette sont ainsi deux mécanismes pouvant appartenir à la catégorie des sûretés personnelles. De plus en plus usitées pour combler les failles du cautionnement, elles ont conduit une partie de la doctrine à réfléchir sur une nouvelle classification des sûretés personnelles pour les prendre en compte.

**389. *Les propositions vaines pour de nouvelles classifications.*** Pour remédier à l'illisibilité des sûretés personnelles, Monsieur Pellier propose une nouvelle classification des sûretés

<sup>1467</sup> CH. MOULY, « Les sûretés personnelles traditionnelles en droit français », in *Les sûretés*, *op.cit.*, p. 143. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 26, n°23.

<sup>1468</sup> Ce critère est le plus « topique » des sûretés personnelles. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op.cit.*, p.84, n°92.

<sup>1469</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, *op.cit.*, p. 2 ; n°1.

<sup>1470</sup> C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006.

<sup>1471</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 31, n°31

<sup>1472</sup> M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 27, n°24.



personnelles fondée sur la notion d'obligation. Il oppose ainsi les sûretés fondées sur une coobligation parfaite et celles fondées sur une coobligation imparfaite. De ce constat, il propose un régime fondé sur la pluralité des liens ou l'unicité de cause. Ces propositions sont séduisantes tant elles permettent de renouveler l'approche des sûretés personnelles. Toutefois, elles ne semblent pas être à l'heure actuelle envisageables. En effet, le législateur a supprimé la cause lors de la réforme du droit des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016 entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Cette suppression apparente<sup>1473</sup> et très critiquée<sup>1474</sup> ne va pas changer fondamentalement le régime des sûretés personnelles et pourrait se concilier avec les propositions de Monsieur Pellier. Toutefois, une réserve peut être émise car l'article 1162 du Code civil semble renvoyer à la conception de la cause telle que l'envisageait le Professeur Henri Capitant et non telle qu'elle a été bâtie par les jurisprudences récentes et sur laquelle se fonde Monsieur Pellier<sup>1475</sup>. En effet, le Professeur Capitant expliquait que « *la cause exerce son influence sur le sort du contrat tant que le but visé par chaque obligé n'est pas atteint, c'est-à-dire tant que les prestations réciproques n'ont pas été complètement et régulièrement exécutées* »<sup>1476</sup>. Le nouvel article 1162 du Code civil dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Cet article pourrait être entendu dans le sens d'un respect de l'ordre public contrôlé au stade de la constitution, par les stipulations contractuelles, et au stade de l'exécution, par le but (ancienne cause). Si cela devait être le cas, la classification de Monsieur Pellier ne permettrait plus de distinguer entre le cautionnement simple et solidaire, ni les autres sûretés personnelles moins accessoires. Par ailleurs, l'auteur prend comme point de repère la solidarité passive, arguant qu'elle est une sûreté, et qu'elle est plus ancienne que le cautionnement<sup>1477</sup>. Or, ce mécanisme n'est une sûreté que lorsque le codébiteur n'est pas intéressé à la dette. Outre le fait que ce n'est donc que

<sup>1473</sup> « A bien des égards toutefois si le terme « cause » a disparu, son fantôme est partout notamment dans la notion de « but », présente dès l'article 1162 du Code civil, et il suffira à la Cour de cassation d'envisager le contrat « sans but » ou sur un « faux but » ou sur un «but illicite», pour retrouver exactement les mêmes fonctions, voire exactement la même notion, et l'on ergotera sur le but de l'obligation comparé au but du contrat » D. MAINGUY (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op.cit.*, p. 112.

<sup>1474</sup> C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, Chr. p. 814, TH. GENICON, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p.1551.

<sup>1475</sup> J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation Contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, 2012, p. 370, n°238 et s.

<sup>1476</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, l'Association Henri Capitant de la culture juridique, D. MAZEAUD (dir), réimpression par La mémoire du droit, 2012, n°120.

<sup>1477</sup> J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation Contribution à l'étude du concept de coobligation, op.cit.*, p. 160, n°111.

dans certains cas de figures que la solidarité passive peut jouer comme sûreté, il conviendra à ce moment-là de déterminer si le codébiteur solidaire adjoint n'a réellement aucun intérêt à la dette. Cela complique la détermination de la situation, et l'arrêt du 17 novembre 1999 rendu par la Cour de cassation<sup>1478</sup> en est un exemple. Par ailleurs, la solidarité passive sans intéressement à la dette est beaucoup moins protectrice que le cautionnement<sup>1479</sup> et n'a été développée qu'en réponse à la multiplication des règles en faveur de la protection de la caution. Ce n'est donc pas un mécanisme modèle, point de départ d'une reconstruction des sûretés personnelles, mais un mécanisme d'opposition, de réaction. Certains auteurs prônent même son abrogation<sup>1480</sup>, mais en la maintenant dans le Code civil, à sa place, le législateur entend lui conserver son rôle de substitut au cautionnement. Il faut ainsi tirer les enseignements de la montée en puissance d'une telle technique détachée de toute protection. Si manifestement elle ne risque pas d'être abrogée tout de suite en raison de son maintien dans le Code civil, elle ne peut toutefois devenir le modèle d'une nouvelle classification des sûretés personnelles, sa nature vague et son régime peu protecteur l'empêchant. Messieurs les Professeurs Revet et Zenati-Castaing ont également proposé une nouvelle classification des sûretés personnelles fondée sur la notion d'obligation. Ils distinguent ainsi les garanties de faire, les obligations de garantie à titre accessoire et les obligations indépendantes de garantie. Outre le maintien, plus subtil mais toujours présent, du critère de l'accessoire, cette nouvelle classification élargit de façon importante la catégorie des sûretés personnelles en prenant en compte des sûretés personnelles innommées, parfois peu utiles étant donné leur absence de consécration pratique et jurisprudentielle, comme le constitut. Dans la perspective d'une réforme visant à rendre attractif le droit des sûretés, une telle classification risquerait de se heurter à un défaut de lisibilité et à un risque de confusion lors du choix de la sûreté, tant certaines sûretés innommées sont proches des sûretés reconnues mais ont un régime beaucoup plus incertain. Monsieur Lafont propose une classification entre les sûretés fondées sur une obligation en nature et celles fondées sur une obligation de somme d'argent<sup>1481</sup>. Après avoir proposé la délégation imparfaite et l'avoir écartée en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1482</sup>, ce qui se conçoit aussi au regard de

<sup>1478</sup> Cass., Com. 17 nov. 1999, *D.* 2000, p. 407, note P. ANCEL ; JCP, 2000, II, 10403, note Y. PICOD.

<sup>1479</sup> Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 238, n°159.

<sup>1480</sup> M. MIGNOT, « Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », *RLDC* mai 2006, n°2050.

<sup>1481</sup> S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC* fév. 2009, p. 31 et s.

<sup>1482</sup> Not. Cass. Civ.1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, n° 90-15.707, Bull. civ. I, n° 84.

démonstrations juridiques<sup>1483</sup>, l'auteur s'appuie sur la *summa divisio* existant dans tous rapports d'obligation pour proposer cette distinction. Ainsi, selon Monsieur Lafont, « *le cautionnement, la garantie autonome, l'obligation solidaire sans intéressement à la dette, la délégation-sûreté, le constitut et l'assurance insolvabilité s'opposeraient à la lettre d'intention, à la convention de ducroire et à la promesse de porte-fort de l'exécution* »<sup>1484</sup>. Cette classification comporte plusieurs inconvénients. D'une part elle ne prend pas en compte les sûretés mixtes, comportant une obligation en nature et de somme d'argent, à l'instar de certains cautionnements où la caution peut s'engager pour une obligation en nature. Elle ne prend pas non plus en compte les sûretés dont l'obligation mute. Cela est le cas par exemple d'une lettre d'intention où le garant, n'exécutant pas son obligation en nature, est condamné à une obligation pécuniaire *via* des dommages et intérêts. D'autre part, et en conséquence, elle divise l'obligation là où les deux éléments (pécuniaire et en nature) sont indivisibles. Elle ne semble ainsi pas s'adapter aux exigences des sûretés personnelles et de nouveau, risque d'être davantage source d'illisibilité que de clarté<sup>1485</sup>. Dans la même voie que Monsieur Lafont, Monsieur le Professeur Mignot a également proposé une nouvelle classification en fonction du rôle actif ou passif du garant<sup>1486</sup>. La classification de Monsieur le Professeur Mignot repose sur l'intervention du garant, à savoir s'il soutient le débiteur constituant ou s'il intervient pour payer la dette principale. Mais de nouveau, la classification est floue puisque le rôle du garant peut se déplacer de l'une à l'autre de ces catégories et le Professeur Mignot l'illustre lui-même par le cautionnement souscrit par un dirigeant social<sup>1487</sup>.

**390. *Le cautionnement, pierre toujours angulaire des sûretés personnelles.*** La majorité de la doctrine opposent la sûreté personnelle par excellence, à savoir le cautionnement, aux autres formes de sûretés. Il est vrai que « *d'une certaine manière, toute autre garantie personnelle se définit d'abord par le fait qu'elle n'est pas un cautionnement* »<sup>1488</sup>. Si les critères de classification sont similaires, il est vrai que l'organisation diffère parfois. Ainsi

<sup>1483</sup> J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation Contribution à l'étude du concept de coobligation, op.cit.*, p. 146, n°96 et s. et n°104.

<sup>1484</sup> S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC* fév. 2009, p. 33.

<sup>1485</sup> Cette classification serait source d'isolement du droit français et d'incohérence pour les Professeurs Barthez et Houtcieff. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles, op.cit.*, p. 6, n°5 note de bas de page 36.

<sup>1486</sup> M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Dalloz, 2002, n°210.

<sup>1487</sup> M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français, op.cit.*, n°49.

<sup>1488</sup> A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles, op.cit.*, p.2, n°3.

Madame le Professeur Cabrillac et Monsieur le Professeur Pétel proposent-ils une classification dont le repère est le cautionnement, qui constitue le régime de base tandis que d'autres sûretés ou garanties constituent des régimes spéciaux, ou des alternatives au cautionnement pour le Monsieur le Professeur Legeais<sup>1489</sup>. Il en est de même pour Messieurs les Professeurs Aynes et Crocq qui opposent le cautionnement, sûreté accessoire, aux sûretés non accessoires fondées sur la délivrance d'une « *prestation déterminée de manière autonome, (et) qui n'est pas nécessairement identique à ce que doit le débiteur principal* »<sup>1490</sup>. Madame le Professeur Barthez et Monsieur le Professeur Houtcief suivent sensiblement la même classification, en opposant le cautionnement aux garanties indépendantes, au sein desquelles les auteurs sous distinguent les sûretés nommées et celles issues d'un mécanisme du droit des obligations, comme la délégation de paiement et la promesse de porte-fort. Ces variations s'expliquent en fonction de la conception retenue des sûretés personnelles. Une conception restrictive prendra moins en compte les garanties alternatives qu'une conception plus large. Dans le premier cas, la sûreté personnelle est affectée « délibérément et exclusivement au paiement de la créance » tandis que dans le second cas, la « lutte contre l'insolvabilité du débiteur de manière diffuse » justifie d'intégrer les garanties. Finalement, existe-il une « *évidence* » à accueillir à bras ouverts de nouvelles formes de sûretés alternatives ? Au regard du droit interne, la réponse semble toujours être négative pour plusieurs raisons. D'une part les mécanismes alternatifs ne constituent pas de véritables sûretés, au mieux certains comme la solidarité passive sans intéressement à la dette ou la délégation-sûreté peuvent être considérés comme des garanties, dans certains cas. D'autre part, s'il fallait intégrer ces mécanismes dans la catégorie des sûretés, une nouvelle classification s'imposerait. Les propositions en ce sens semblent vaines puisqu'elles comportent toutes des failles de qualification et de classification mettant en danger l'institution des sûretés. Enfin, il serait infructueux de modifier la classification interne des sûretés personnelles alors que les droits européens s'accordent sur les mêmes notions.

<sup>1489</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 245, n°319 et s.

<sup>1490</sup> L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, n°100, p. 21. Le Professeur Philippe SIMLER oppose aussi le cautionnement aux garanties non accessoires en distinguant au sein de cette catégorie les garanties autonomes et les garanties indemnitaires).

## B. La remise en cause de la classification des sûretés personnelles injustifiée au regard des droits européens

391. *La classification actuelle des sûretés personnelles française est similaire à celles des droits européens.* Dans l'espace européen, cette division en fonction d'une sûreté accessoire de référence existe aussi, et ce même si les systèmes sont de traditions juridiques différentes. Ainsi, en droit anglais la sûreté personnelle correspondant au cautionnement est le *contract of guarantee*<sup>1491</sup> tandis que le *contract of indemnity* est une sûreté moins accessoire<sup>1492</sup>, correspondant à la garantie autonome de droit français. En Allemagne, la classification s'opère également autour du caractère accessoire de la sûreté. Le droit allemand a ainsi un cautionnement de forme classique, le *Bürgschaft*<sup>1493</sup>, qui a été élargi « à première demande » pour permettre davantage de souplesse dans les relations de crédit. En effet, dans le cas d'un cautionnement à première demande, c'est-à-dire d'un *Bürgschaft auf erstes Anfordern*, le garant est contraint de s'acquitter immédiatement du paiement de la dette puis peut se retourner contre le bénéficiaire en opposant toutes les exceptions nées du contrat principal, sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Le caractère accessoire du cautionnement est maintenu, il est seulement déplacé, ou amoindri, lors de l'appel du garant. Ensuite, la caution peut bénéficier de toutes les protections et droits qui lui sont reconnus. Cette formule est très intéressante car elle respecte le mécanisme initial du cautionnement tout en l'allégeant des contraintes inhérentes au principe de l'accessoire lors de l'appel du tiers. Elle permettrait en droit français de remédier à l'utilisation de la délégation qui, en n'étant pas encadrée par des règles protectrices, est dangereuse pour le tiers garant. L'article 1336 du Code civil invite d'ailleurs à envisager cette possibilité, qui permettrait de remédier en partie à la crise du cautionnement de droit français. Outre le cautionnement à première demande, qui est une forme de cautionnement sans être un abandon du caractère accessoire du cautionnement, le droit allemand connaît des garanties autonomes, la *Garantievertrag*, catégorie juridique proche de la garantie autonome. La construction d'un droit des sûretés personnelles autour d'une figure accessoire et d'autres figures qui le sont moins se retrouve aussi dans d'autres systèmes européens, comme en Espagne, en Italie, en Autriche, en Portugal, en Belgique, au Luxembourg, ou encore aux Pays-

<sup>1491</sup> Le *contract of guarantee* est défini par le *Statute of Frauds* de 1667, Section IV.

<sup>1492</sup> « (...) la différence entre *indemnity* et *guarantee* tient concrètement au caractère principal ou accessoire de l'engagement de la caution » M.-L. ENGELHARD-GROSJEAN, *Le cautionnement en droit anglais, op.cit.*, p. 18.

<sup>1493</sup> Le *Bürgschaft* est prévu à l'article § 765 alinéa 1 du BGB.

Bas<sup>1494</sup>. La modification de la classification des sûretés personnelles en France semble ainsi inopportune. En effet, elle isolerait le droit français alors qu'il existe une unité naturelle de notions et régimes en la matière entre les droits européens. Egalement, dans la mesure où le crédit est nécessairement de plus en plus transfrontière, il importe que les parties contractantes sur le sol européen aient une législation semblable. Les origines romaines des pays européens ont permis ce socle commun, et les tentatives d'harmonisation européenne des sûretés personnelles travaillent maintenant à le consolider.

**392. *La classification actuelle des sûretés personnelles françaises est similaire aux tentatives d'harmonisation européenne des sûretés personnelles.*** Les sûretés personnelles n'ont jamais fait l'objet d'une harmonisation propre à la matière par le législateur européen, au mieux ont-elles été parfois harmonisées de façon très indirecte et spécifique. Pourtant, des travaux académiques se sont emparés de la question lors de l'engouement pour la mise en place d'un droit européen des contrats. Monsieur le Professeur Dröbnig a soumis au Groupe d'études pour un Code civil européen des Principes européens applicables aux sûretés personnelles. L'article 1 : 101 de ces principes, qui définit les sûretés personnelles, le fait en référence au caractère accessoire ou non de la sûreté<sup>1495</sup>. La figure du cautionnement est ainsi opposée aux garanties autonomes, qui sont caractérisées dès lors que l'obligation conclue à des fins de sûreté « ne dépend pas de la validité, du contenu ou de l'étendue de l'obligation d'une autre personne envers le créancier »<sup>1496</sup>. Des règles communes régissent ces deux formes de sûretés, puis une partie précise les règles spécifiques au cautionnement, condensant dans une autre division les règles relatives aux garanties indépendantes. Cette proposition d'harmonisation, qui comme le droit des contrats, fait « l'objet des plus vives controverses »<sup>1497</sup> a le mérite de reconnaître que les droits européens sont similaires en matière de sûretés personnelles et que le cautionnement est véritablement la « reine des sûretés » en droits européens. La classification française actuelle s'inscrit ainsi parfaitement dans une éventuelle

<sup>1494</sup> *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des communautés européennes*, Max-Planck Institut, Commission des communautés européennes, 1971 ; *Les garanties de financement*, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées portugaises, t. 47, LGDJ, 1996.

<sup>1495</sup> U. DROBNIG, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, op.cit.*, p. 317.

<sup>1496</sup> Article 1 : 101 reproduit par A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles, op.cit.*, p.31.

<sup>1497</sup> BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op.cit.*, p. 36, n°69. Et n'est ainsi toujours pas à l'ordre du jour pour le législateur européen, ce qui est assez regrettable.

perspective d'harmonisation du droit européen, ou à tout le moins est alignée sur les régimes des autres droits européens.

**393.** En conclusion, il apparaît que l'idée de repenser les sûretés personnelles s'explique par la crise de confiance que traverse le cautionnement. Cette figure emblématique des sûretés personnelles ne suscite plus la confiance dans la garantie et dans le garant qu'elle assurait avant en raison de l'augmentation des règles protectrices de la caution et des turbulences de cette sûreté lors de l'ouverture d'une procédure collective. En conséquence, des mécanismes juridiques aux fonctions éventuelles de sûreté se sont développés. Hors de toute réglementation, la liberté sauvage qui les accompagne met en péril l'équilibre des droits des parties dans un rapport de crédit. Leur développement a entraîné une crise de la catégorie des sûretés personnelles. Il importait alors pour certains de proposer de nouvelles classifications afin de prendre en compte ces mécanismes alternatifs. Cette orientation ne semble pas être la meilleure. En effet, ces nouvelles classifications n'apparaissent pas respecter l'essence même d'une sûreté personnelle et, si elles aboutissaient, seraient en contradiction avec les droits européens et les perspectives d'harmonisation européenne. Il convient donc de revenir à l'élément qui justifie de repenser les sûretés personnelles, à savoir le cautionnement. Dans la mesure où il n'existe pas de solutions en droit interne, les institutions des autres droits nationaux européens pourraient être des solutions.

## **Section 2. Le cautionnement à première demande**

**394.** Les raisons justifiant de repenser les sûretés personnelles portent essentiellement sur le cautionnement, cela s'explique par sa place prépondérante en droit français des sûretés. Deux points majeurs apparaissent au regard des critiques et des solutions de remplacement du cautionnement. Son caractère accessoire est trop rigide lors de l'appel de la caution et sa réalisation est souvent trop incertaine, en raison de sa variation en fonction de la qualité du garant et de l'ouverture, ou non, d'une procédure collective. De plus, avec la réforme du Code civil entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, le nouvel article 1336 du Code civil<sup>1498</sup> consacre le fait qu'en cas de délégation de créance, le délégué

---

<sup>1498</sup> Art. 1336 du Code civil : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ».

puisse, par exception, opposer les exceptions tirées du rapport entre délégant et délégataire. Cette nouveauté au stade de la délégation de créance ouvre la porte à une possibilité pour les parties de choisir contractuellement le moment de l'opposabilité des exceptions. La délégation n'est pas une sûreté et son régime beaucoup trop détaché des règles de protection empêche de profiter de cette nouvelle rédaction pour la reconnaître comme une sûreté à part entière. En revanche, la flexibilité dont fait preuve le législateur permet d'envisager un assouplissement de l'opposabilité des exceptions dans le cautionnement. Une telle figure existe déjà dans les droits européens, il s'agit du cautionnement allemand à première demande. Cette perspective oblige en premier lieu à développer le mécanisme de cette institution de droit allemand (§I) pour ensuite vérifier son opportunité en droit français (§II).

### **§I. L'exemple du cautionnement à première demande de droit allemand**

395. *Sûreté mixte déplaçant le principe de l'accessoire, sans le supprimer.* Le cautionnement à première demande est une sûreté phare du droit allemand, à côté de la réserve de propriété. Sur le même fonctionnement que celle-ci, le législateur allemand a décidé d'assouplir la technique du cautionnement notamment lors de sa mise en œuvre. L'idée majeure est de déplacer le principe de l'accessoire au moment du recours éventuel de la caution. « *Le cautionnement à première demande est une garantie qui est soumise jusqu'au paiement par le garant au régime de la garantie à première demande et qui dans un second temps est soumise aux principes gouvernant le cautionnement* »<sup>1499</sup>. Cela permet au créancier d'exiger immédiatement, dès la première demande, le paiement de la créance sollicitée, sans que la caution n'oppose une quelconque exception. Par la suite, si la caution estime que le bénéficiaire a exigé le paiement d'une somme qui ne lui était pas due, elle peut se retourner contre ce dernier sur le fondement de l'enrichissement sans cause et opposer toutes les exceptions<sup>1500</sup>, à l'instar d'un cautionnement classique, tel qu'existant en droit français.
396. *Etendue et mise en œuvre de la technique de la première demande.* Le cautionnement à première demande oblige la caution à payer la somme exigée par le créancier dès que

---

<sup>1499</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 278, n°368.

<sup>1500</sup> U. DROBNIG, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 319.



celui-ci le demande. La première demande peut se manifester dès lors que la dette est née et n'a pas été acquittée par le débiteur principal. Cette dette peut se prouver par toutes formes de moyens, de la simple affirmation du créancier à la preuve de documents démontrant la défaillance du débiteur<sup>1501</sup>. La demande du créancier répond à un parallélisme des moyens contenus dans l'acte de cautionnement. Si les parties se sont mises d'accord pour que la première demande soit constituée par une simple affirmation, alors le créancier n'a pas à démontrer matériellement la défaillance du débiteur. En revanche, s'il a été convenu que le créancier devait produire des documents pour établir l'appel de la caution, il devra respecter les termes du contrat initial et présenter ces documents à la caution. Dès l'appel, le garant doit répondre à la demande du créancier et s'acquitter du paiement de la somme due, sans opposer des exceptions ou contester l'existence ou l'étendue de la dette. Toutefois, la première demande du bénéficiaire peut être limitée dans quelques rares situations<sup>1502</sup>. Par exemple, le garant n'a pas à s'acquitter de la demande de paiement immédiat lorsqu'une des conditions de formation du contrat est nulle et que le contrat initial est ainsi vicié. En outre, le garant peut refuser de payer le bénéficiaire si celui-ci se prévaut d'une créance éteinte ou qui ne correspond pas à l'acte conclu avec le débiteur principal. Dans ces situations, le garant pourra opposer une exception d'abus de droit, si cet abus est « manifeste », c'est-à-dire si l'appel est incontestablement abusif<sup>1503</sup>. Si l'abus est reconnu, le garant n'aura pas à s'acquitter du paiement de la dette du débiteur. En revanche, lorsque la situation d'abus n'est pas caractérisée, la caution doit payer immédiatement la somme exigée par le créancier bénéficiaire. Après avoir réglé la dette due, la caution retrouve ses droits de caution normale et peut se retourner contre le créancier par les moyens juridiques dont dispose toute caution. Dans ce cas, le principe de l'accessoire retrouve alors toute sa vigueur, ce qui explique qu'il n'est pas supprimé mais seulement déplacé. En droit allemand, le recours se fondera alors sur l'enrichissement sans cause, prévu à l'article § 812 alinéa 1 du BGB ou sur le fondement de la bonne foi, au titre de l'interprétation complétive permise par l'article § 157 du BGB<sup>1504</sup>. Dans ce cas, pour soulager la caution qui a indument ou excessivement été appelée, la charge de la preuve est renversée. Celle-ci pèse alors sur le créancier bénéficiaire, qui doit démontrer l'existence et l'étendue de la

<sup>1501</sup> F.-X. LICARI, Lamy, *Droit des sûretés*, 2015, 520-53.

<sup>1502</sup> Pour un développement de ces situations v. F.-X. LICARI, Lamy, *Droit des sûretés*, 2015, 520-57.

<sup>1503</sup> BGH, 18 avril et 7 juillet 2002, Banque et droit, mars-avril 2004, p. 72, obs. G. AFFAKI, J. STOUFFLET ; F.-X. LICARI Lamy, *Droit des sûretés*, 2015, 520-57.

<sup>1504</sup> V. F.-X. LICARI, Lamy, *Droit des sûretés*, 2015, 520-59.

créance principale<sup>1505</sup>. Ce renversement de la charge de la preuve permet de protéger *a posteriori* la caution qui s'est acquittée de la dette, mais il existe également une protection *a priori* pour les garants d'un cautionnement à première demande.

**397. Protection a priori.** Malgré le principe de la liberté contractuelle qui innerve le droit privé allemand, l'article § 307 du BGB, ancien article § 9 de la loi du 9 décembre 1976 relative aux conditions générales d'affaires, limite les cautionnements qui répondent aux conditions générales d'affaires lorsque ceux-ci sont rédigés de façon désavantageuse pour le cocontractant. Plus précisément, l'article § 307 du BGB rend inefficaces les conditions générales d'affaires dès lors que celles-ci sont incompatibles avec les principes essentiels desquels elles découlent ou lorsqu'elles restreignent les droits et obligations au point que la réalisation du but contractuel est menacée<sup>1506</sup>. Afin de ne pas réduire l'intérêt du cautionnement à première demande, ces exceptions prévues par l'alinéa 2 de l'article § 307 du BGB sont interprétées strictement par la Cour fédérale de justice. Celle-ci estime qu'une simple mention explicite de l'engagement du garant dès la première demande est suffisante et qu'il n'est pas utile d'expliquer et de commenter, après chaque clause, la portée de l'engagement<sup>1507</sup>.

**398.** Le cautionnement à première demande de droit allemand est ainsi une exception momentanée au principe de l'accessoire puisqu'il déplace celui-ci au stade du recours et non dès l'appel de la caution. Il ne viole ainsi pas l'essence du cautionnement. Par ailleurs, les diverses atteintes portées par le législateur au principe de l'accessoire du cautionnement, associées aux nouveaux articles 1336 et 1338 du Code civil évacuent les obstacles légaux et jurisprudentiels qui a empêché son insertion en droit français. Il reste à vérifier sa pertinence en droit français.

---

<sup>1505</sup> D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, op.cit., p. 279, n°370.

<sup>1506</sup> § 307 BGB : « (1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible. (2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision : 1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or 2. limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardised ».

<sup>1507</sup> BGH, BGHZ 112, p. 115.

## §II. La pertinence d'un cautionnement à première demande en droit français

399. *Le cautionnement à première demande, entre avantages avérés et inconvénients contestables.* L'intérêt majeur du cautionnement à première demande est de déplacer le principe de l'accessoire au moment du recours de la caution, et non lors de l'appel du garant. Cette technique assure ainsi pour un créancier une réalisation certaine puisque les éventuelles contestations n'auront lieu qu'après paiement. L'avantage du cautionnement à première demande est caractérisé par cette réalisation effective, que ne procure pas de façon aussi sûre la forme actuelle de cautionnement du droit français. Le second avantage découle du premier. Dans la mesure où la réalisation est assurée, et même si elle est contestée par la suite, cela assure au créancier une certitude, laquelle se traduit par un sentiment de confiance dans la technique de sûreté qui va ainsi inciter le créancier à avoir recours à une sûreté personnelle. Le cautionnement à première demande, par les avantages qu'il procure, pourrait ainsi être un remède pour limiter la crise des sûretés personnelles. Malgré ces atouts, le cautionnement à première demande n'a jamais fait l'objet, pour le moment, d'une reconnaissance en droit français, la Cour de cassation requalifiant toujours une clause de première demande en cautionnement ou garantie autonome<sup>1508</sup>. S'il est possible de penser que la Cour de cassation n'a pas admis ces clauses en raison de leur inexistence législative, la doctrine s'est déjà prononcée sur le cautionnement à première demande et y est majoritairement défavorable. « *De l'avis général, une telle variante du cautionnement ne peut exister en droit français, le caractère accessoire étant consubstantiel du concept de cautionnement* »<sup>1509</sup>. Cette critique à l'égard du cautionnement à première demande semble partiellement recevable puisque la technique ne supprime pas le caractère accessoire mais le déplace lors du recours du garant, qui se nove alors en caution. Le principe de l'accessoire reste ainsi consubstantiel au cautionnement, il est seulement transposé au moment de la contestation de la caution. Une autre critique effectuée à l'égard du cautionnement à première demande consiste à mettre en exergue les nombreuses controverses qu'il a engendrées en

<sup>1508</sup> Cass., Com., 28 janv. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°35 (requalification en cautionnement), *JCP E* 1992, I, 143, n°12 obs. PH. SIMLER ; Cass. Com. 1<sup>er</sup> fév. 1994 (requalification en garantie autonome), *RD bancaire et bourse* 1992, p. 174, obs. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass., Com. 3 nov. 1992 (requalification contestable en cautionnement), Bull. civ. 1992, IV, n°335, *JCP G* 1993, II, 22082, note DELEBECQUE. V. PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires, op.cit.*, p. 980 et s. n°964 - 967.

<sup>1509</sup> PH. SIMLER, *Cautionnement garanties autonomes garanties indemnitaires*, Traité LexisNexis, 5<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 947, n°931.

droit allemand au détriment de ses avantages<sup>1510</sup>. Ces controverses étaient liées à l'instabilité juridique dont souffrait le régime des conditions générales d'affaires. La loi du 9 décembre 1976 n'était plus adaptée pour régir la multiplication des situations contractuelles d'affaires et il est vrai que la Cour fédérale de justice a eu une jurisprudence mouvementée à l'aube des années 2000<sup>1511</sup>. Toutefois, la réforme du 26 novembre 2001<sup>1512</sup> a éclairci les incertitudes du droit des obligations allemand, et particulièrement la question de l'étendue de la première demande en cas de cautionnement par l'article § 307 du BGB. Les controverses sont ainsi éteintes et il ne semble pas qu'il existe davantage de contentieux en matière de cautionnement à première demande que pour une autre institution. Enfin, il a été mentionné que le cautionnement à première demande n'était pas nécessaire du fait de la présence dans l'arsenal juridique français du constitut. Le constitut est une figure du droit romain, définie comme étant « *l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie* »<sup>1513</sup>. Les points de rapprochement avec le cautionnement à première demande sont nombreux puisque cette technique se situe, tout comme la première demande, à mi-chemin entre le cautionnement classique et la garantie autonome<sup>1514</sup>. En effet, le tiers qui s'engage ne peut opposer certaines exceptions et ne peut se prévaloir du bénéfice de discussion et de division. Pour autant, il n'est pas contraint, comme le garant autonome, de payer une somme forfaitaire ou qui dépasse le montant de la dette initiale. L'absence d'originalité de cette technique, qui l'empêche « *d'accéder à l'innommé et (de) se distinguer du cautionnement* »<sup>1515</sup> a eu pour conséquence sa non reconnaissance en droit français, que ce soit par la doctrine comme par la Cour de cassation<sup>1516</sup>. La ressemblance entre constitut et cautionnement à première demande est telle, que les raisons du rejet du premier pourraient se transposer

<sup>1510</sup> A. ROHMERT, « Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse* 1994, p. 122.

<sup>1511</sup> BGH, NJW-RR, 1990, p. 1265 (le cautionnement à première demande est réservé aux établissements de crédit) ; BGH, NJW 1997, p. 1435 (le cautionnement à première demande peut être admis pour les sociétés anonymes) ; BGH NJW 1998, p. 2280 (le cautionnement à première demande est ouvert à tous dans la mesure mais il doit faire l'objet d'une information sur la portée et l'étendue de l'engagement à l'égard de la caution profane).

<sup>1512</sup> Loi du 26 novembre 2001, dite loi de modernisation du droit des obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), précitée. V. C. WITZ et F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations – Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 3, Paris, Société de législation comparée, 2004. Pour une présentation rapide v. M. PEDAMON, CLAUDE WITZ, FILIPPO RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations - Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects* in *RIDC*, Vol. 57 n°3, 2005, pp. 859-863.

<sup>1513</sup> F. JACOB, *Le constitut, ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, *op.cit.*, n°16.

<sup>1514</sup> F. JACOB, *Le constitut, ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, *op.cit.*, n°332. Pour l'auteur, c'est une « sûreté équilibrée ».

<sup>1515</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 297, n°355.

<sup>1516</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op.cit.*, *loc.cit.*

sur le second. Néanmoins, le cautionnement à première demande ne rajoute pas de confusion au sein des sûretés personnelles puisqu'il serait un élargissement d'une technique existant déjà. L'insécurité juridique qui pourrait naître de la reconnaissance d'une nouvelle espèce dans le genre des sûretés personnelles serait ici bien atténuée puisque le cautionnement à première demande ne serait qu'une forme du cautionnement. De plus, le cautionnement à première demande serait davantage aisé à mettre en œuvre, contrairement au constitut, puisqu'il se grefferait sur une institution déjà existante et très utilisée, sous la forme de clauses de report de l'opposabilité des exceptions lors du recours. Enfin, la question de l'opportunité du constitut était également un élément de son rejet pour une grande partie de la doctrine<sup>1517</sup>. La même question peut se poser pour le cautionnement à première demande mais il apparaît que le contexte juridique français actuel semble favorable à la réception de cette institution.

**400. *L'opportunité vérifiée de l'insertion d'un cautionnement à première demande en droit français.*** Le droit français des sûretés personnelles a souvent été constitué d'une seule sûreté, le cautionnement. La réforme du 23 mars 2006 a entériné deux techniques de garanties issues du commerce international, sans davantage les expliciter. Le cautionnement reste ainsi la sûreté personnelle majeure du droit français et la question de son élargissement, en sus de sa clarification, peut se poser. Pourtant, des indicateurs juridiques invitent à penser que cet élargissement est non seulement opportun mais aussi nécessaire. Le cautionnement à première demande a souvent été refusé en raison de son rapport avec le principe de l'accessoire, considéré même comme supprimé par certains auteurs. En réalité, le cautionnement conventionnel usuel subit depuis quelques temps des atténuations au principe de l'accessoire. « *Des garanties personnelles consenties au profit de l'administration, pourtant qualifiées de cautionnement, méconnaissent fortement le principe du caractère accessoire et contiennent des clauses difficilement compatibles avec celui-ci* »<sup>1518</sup>. Des exceptions existent ainsi déjà pour l'administration. Par ailleurs, des décisions récentes traduisent l'éloignement de la Cour de cassation vis-à-vis du

<sup>1517</sup> D. LEGEAIS, note sous Cass. Com 7 oct. 1997, *JCP éd. E*, 1998, p. 812 (« *garantie déjà largement ignorée des praticiens* ») ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p. 256, n°333 ; L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière*, *op.cit.*, p. 153, n°319 (les auteurs « *n'en voit guère l'utilité entre la garantie autonome et la délégation imparfaite* »), M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, *op.cit.*, p. 340, n°457 (« *le constitut (...) n'ayant pas connu le succès qu'il méritait ne fera pas l'objet de développements spécifiques* »).

<sup>1518</sup> « *Il faut citer les cautionnements de marché public, les cautionnements souscrits en faveur des administrations douanières et fiscales, les garanties d'achèvement* » D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, *op.cit.*, p. 76, n°366. P. ANCEL, « Le cautionnement de marché public, générateur d'une obligation autonome », note sous CE, 14 juin 2000, *D.* 2001, p. 2117 et s, n°11-12.

principe de l'accessoire dans sa conception la plus stricte. En effet, la Cour de cassation a admis que la caution ne puisse opposer certaines exceptions tirées du rapport d'obligation principal (comme le dol ou la rupture de crédit accordée au débiteur principal), et même si la Haute juridiction est revenue sur sa position depuis<sup>1519</sup>, « *l'existence de ces exceptions, même en nombre limité, suffit à démontrer que le principe du caractère accessoire n'a pas une valeur absolue* »<sup>1520</sup>. L'hésitation de la Cour de cassation est identique à l'égard de la reconnaissance des garanties autonomes glissantes. Acceptées dans un premier temps en 2012<sup>1521</sup>, elles ont finalement été considérées comme inefficaces en 2014<sup>1522</sup>. Mais, la simple admission de ces dernières deux ans auparavant, interpelle sur une ouverture de la Cour de cassation à la réception d'une nouvelle forme de cautionnement. Si la jurisprudence de la chambre commerciale semble incertaine, certaines banques commencent déjà à insérer cette nouvelle pratique en exigeant de plus en plus une clause de paiement à première demande<sup>1523</sup> et quelques juges du fond admettent une renonciation au caractère accessoire du cautionnement au nom de la liberté contractuelle<sup>1524</sup>. Certains auteurs, qui qualifient pourtant le cautionnement à première demande de « *monstre juridique* » reconnaissent aussi que « *le seul engagement de payer à première demande n'est pas incompatible avec le caractère accessoire du cautionnement* »<sup>1525</sup>. Enfin, le dernier indicateur d'une opportunité contextuelle favorable à l'accueil du cautionnement à première demande est le nouvel article 1336 du Code civil. Cet article dispose que « la délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur. Le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire ». L'ancien article 1275 du Code civil<sup>1526</sup> donnait seulement une explication de la situation de délégation sans autre précision.

<sup>1519</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, pp. 58-59.

<sup>1520</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 59, n°62.

<sup>1521</sup> Cass. Com, 2 oct. 2012, *Dr et patr.* Fév. 2013, p. 87 obs L. AYNÈS, PH DUPICHOT.

<sup>1522</sup> Cass. Com 28 janv. 2014, *RD bancaire et fin.* 2014, Comm. 49, obs D. LEGEAIS ; *D.* 2014, 1611, obs P. CROCQ.

<sup>1523</sup> D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p. 60, n°62.

<sup>1524</sup> CA Paris, 20 nov. 2014, n°14/00309 : JurisData n°2014-029105 « il n'est pas interdit, dans le cadre de la liberté contractuelle, de donner un cautionnement à première demande, assorti d'une renonciation au caractère accessoire et à l'opposabilité des exceptions ».

<sup>1525</sup> L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés La publicité foncière, op.cit.*, p. 31, n°123 (constatation déjà présente dans la précédente édition de l'ouvrage).

<sup>1526</sup> Ancien article 1275 du Code civil : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ».

L'article 1336 du Code civil adjoint un alinéa pour poser un principe et une exception. En effet, par principe, le délégué (qui serait l'équivalent du garant dans le cadre d'un cautionnement à première demande), ne peut opposer les exceptions tirées du rapport d'obligation principal entre le déléguant et le délégataire. Ainsi, ce principe reprend le mécanisme de la garantie autonome. Mais, en précisant que par exception, le délégué peut s'en prévaloir, le législateur laisse la porte ouverte à ce que hors un cautionnement, le tiers garant puisse se prévaloir des exceptions opposables entre le déléguant et le délégataire. De façon certes indirecte, et par le prisme de la liberté contractuelle puisqu'il reviendra aux parties de décider quelles exceptions peuvent être opposables et quand, cet article pourrait être la porte d'entrée au cautionnement à première demande. En attendant une intervention du législateur en matière de cautionnement, les magistrats et praticiens pourraient recourir à cette disposition pour mettre en place et reconnaître un cautionnement à première demande. Nombre d'opportunités sont ainsi réunies pour accueillir en droit français le cautionnement à première demande. Mais, outre les opportunités, le besoin d'une telle institution juridique se fait ressentir pour pallier certaines incertitudes ou rigidité du cautionnement. Par exemple, lors de la transmission de l'obligation de couverture de la caution, que ce soit en cas de succession par transmission universelle du patrimoine ou de transfert à titre particulier, la Cour de cassation a une position très stricte, préjudiciable au créancier. Le cautionnement à première demande permettrait de faire survivre et circuler l'obligation de couverture de la caution tout en protégeant la caution qui recouvrerait la protection lors du recours suite à son appel<sup>1527</sup>.

- 401.** En résumé, le cautionnement à première demande pourrait être un des remèdes à la crise du cautionnement que celui-ci traverse, en raison de l'excès de rigidité qu'impose le principe de l'accessoire. Sans pour autant y renoncer, un déplacement du caractère accessoire permettrait d'apporter de la souplesse au cautionnement, ce qui aiderait à le rendre de nouveau plus attractif.

---

<sup>1527</sup> R. LEDAIN SANTIAGO, *La circulation du cautionnement: Contribution à l'étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Larcier 2014, n°495.





### Conclusion du Chapitre

402. Les sûretés personnelles sont réformées au gré des modifications législatives relatives au droit de la consommation ou au droit des entreprises en difficulté. Elles manquent de stabilité juridique et leur régime peut varier en très peu de temps, au rythme de la jurisprudence et du législateur. La garantie autonome et la lettre d'intention sont peu touchées par ces modifications internes et leur reconnaissance dans tous les droits des sûretés nationaux européens encouragent à ne pas les modifier. Le cautionnement, en revanche, pâtit de ces variations excessives. Son instabilité, qui se concilie difficilement avec le principe de l'accessoire qui lui est propre, a incité les juristes à envisager des figures juridiques susceptibles de se substituer au cautionnement pour certaines situations. Le recours à ces mécanismes de droit des obligations a entraîné une partie de la doctrine à estimer que la crise des sûretés personnelles pouvait notamment être résolue par une nouvelle classification de la catégorie des sûretés personnelles. Au regard des droits européens, cela ne semble pas être en faveur d'une attractivité du droit des sûretés personnelles français. En effet, les autres droits des sûretés nationaux européens et les principes européens relatifs aux sûretés personnelles, font état d'une sûreté majeure en matière de sûreté personnelle et d'autres mécanismes plus assouplis qui viennent proposer une alternative à la rigidité du principe de l'accessoire du cautionnement. Le droit français possède soit des sûretés personnelles sans (ou avec peu) de lien accessoire et qui sont efficaces pour des situations spécifiques touchant aux relations d'affaires, plutôt transnationales, soit une sûreté dotée d'un fort principe de l'accessoire, qui régit la plupart des situations juridiques nécessitant l'adjonction d'un patrimoine. Ce système du « tout ou rien » est nocif pour le droit français des sûretés personnelles. Sur le modèle du cautionnement à première demande de droit allemand, un compromis peut être trouvé. Le principe de l'accessoire pourrait être évincé dans un premier temps lors de l'appel de la caution mais être rétabli si la caution souhaite contester le paiement. Cette proposition d'alliance de deux exigences *a priori* antinomiques – souplesse et protection par le principe de l'accessoire – pourrait être la solution pour sortir les sûretés personnelles, et particulièrement le cautionnement, de la crise.



### Conclusion du Titre

403. En conclusion, il apparaît que les droits européens permettent de repenser les sûretés de droit français dans le sens d'une meilleure attractivité du droit et d'une simplification de la matière, tout en préservant les spécificités et atouts d'un droit de tradition civiliste. Les sûretés réelles sont marquées par une excessive diversité qui nuit à leur attractivité. Là où les autres droits des sûretés européens ne possèdent que quelques institutions emblématiques, - le *trust* et la *charge* en droit anglais ; la *Sicherungstreuhand* et l'*Eigentumsvorbehalt* en droit allemand – le droit français multiplie les sûretés, au point que certaines d'entre elles ne se distinguent qu'en fonction de leur assiette ou de la dépossession, donnant ainsi une impression d'éparpillement confus. Si certaines sûretés, en raison soit de leur fonction dans la société (les privilèges) soit de leur reconnaissance sur la scène européenne et internationale du crédit (fiducie) ne nécessitent pas ou peu de modifications, il n'en est pas de même des sûretés réelles conventionnelles accordant un droit de préférence. Ce constat a justifié une proposition de rationalisation autour d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique. Les droits européens permettent aussi de s'enrichir de solutions nouvelles, particulièrement en matière de sûretés personnelles. Le cautionnement de droit français est à l'heure actuelle difficilement compréhensible pour un juriste étranger au regard de la multiplication de ses assises légales, de ses règles de protection, et de ses solutions casuistiques. Ce constat est dû à une difficile conciliation entre principe de l'accessoire et souplesse de la sûreté. L'étude des droits européens permet d'envisager des solutions de compromis, à l'instar du cautionnement à première demande de droit allemand. L'opération visant à repenser le droit des sûretés interne à la lumière des droits européens apparaît en conclusion fructueuse car elle permet de remédier aux difficultés que rencontre le droit interne des sûretés en recherchant des solutions déjà reconnues comme efficaces et pertinentes dans les relations européennes de crédit.



## **Conclusion de la Partie II**

**404.** Envisager les sûretés de droits européens pourrait sembler impossible, il n'en est rien. L'un apporte à l'autre le développement dont il a besoin. Le droit européen ne peut continuer de créer une union des droits sans prendre en compte les sûretés, qui, du fait qu'elles sont un instrument juridique à finalité économique, facilitent les relations de crédit et ainsi toute l'économie moderne de l'espace européen. Construit d'abord sur un rapprochement des relations économiques entre les Etats membres, l'espace juridique européen ne peut affronter la crise qu'il traverse actuellement sans un renouveau économique, offert par une prise en compte des sûretés. Cette appréhension est nécessairement sectorielle dans une première approche, les droits des sûretés nationaux s'étant arrangés depuis de nombreuses années du vide juridique européen en la matière. Ainsi, le droit des sûretés permettrait de donner un second souffle aux droits européens. L'inverse est aussi possible. Enfermé dans les carcans et méandres législatifs et jurisprudentiels internes, les droits des sûretés nationaux rencontrent des difficultés pour se renouveler et continuer de proposer des mécanismes garantissant un crédit simple et de réalisation certaine. Particulièrement, le droit français des sûretés souffre d'illisibilité et de complexité, défauts qui nuisent au crédit français. Les solutions proposées par les droits européens permettent d'éclairer la matière sous un angle nouveau, et de repenser ainsi tant les sûretés réelles, que les sûretés personnelles de droit français. Les sûretés de droits européens pourraient ainsi former un inédit duo gagnant.



## CONCLUSION GENERALE

405. Finalement, serait-il possible d'envisager *les sûretés et les droits européens*, non comme des termes étrangers les uns aux autres, mais comme de véritables expressions complémentaires, où l'une ne se concevrait pas sans l'autre ?

406. De prime abord, *les sûretés en droits européens* semblent être un paradoxe. Les droits nationaux des sûretés, en Europe, envisagés au travers de trois grands systèmes juridiques aux traditions différentes, apparaissent dans l'ensemble similaires. Les sûretés traditionnelles, d'origine romaine, assurent un socle commun d'instruments juridiques pour parer l'insolvabilité du constituant. Toutefois, celles-ci ont été, dans les trois systèmes, délaissées pour d'autres institutions. Les raisons de ce détachement vis-à-vis des sûretés traditionnelles sont identiques dans les droits nationaux européens. Les lourdeurs qu'engendrent la dépossession et le principe de l'accessoire ne suffisent plus à compenser la sécurité certaine qu'ils procuraient au créancier. Celui-ci recherche dorénavant davantage de souplesse, dans la constitution et l'exécution de la sûreté. La sûreté doit pouvoir être rapidement constituée et ne pas nécessiter d'entretien ou de conservation du bien grevé. Les législateurs nationaux invitent également à ne plus déposséder le constituant afin de lui laisser l'usage de son bien. Ces besoins nouveaux doivent se concilier avec une exigence séculaire pour les créanciers, celle d'un paiement certain et complet de la dette. La propriété a été la solution trouvée dans les droits des sûretés nationaux européens pour concilier les nouvelles exigences de constitution et de mise en œuvre du crédit, avec celle d'une réalisation efficace. Là, des divergences conceptuelles apparaissent. Les traditions juridiques différentes trahissent une approche variable de la propriété utilisée à titre de garantie. Néanmoins, les attentes des créanciers ne connaissent ni frontières, ni obstacles conceptuels. La finalité est la même. Au travers d'instruments différents, la propriété est alors manipulée pour allier les exigences du crédit à celles du droit des obligations. Se dessine ainsi, dans les droits européens, une convergence des techniques. Cette convergence pourrait presque être considérée comme un mouvement identique au regard du détachement effectué vis-à-vis du principe de l'accessoire. Certaines sûretés, comme la garantie autonome ou la lettre d'intention, voire le gage de stocks, sont pratiquement uniformes dans l'espace juridique européen. Finalement, les systèmes juridiques européens ne se distinguent, les uns des autres, que

par leurs approches de la régulation des sûretés. Les politiques du traitement du crédit et des entreprises en difficulté de chaque pays influent sur la balance des intérêts, ceux-ci oscillant toujours entre une protection du constituant et une sécurité renforcée pour le créancier. Cette similitude naturelle dans les droits des sûretés nationaux n'a pas été entendue par le législateur européen. Les droits européens de source supranationale, issus de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, n'ont que très rarement visé les sûretés. Pourtant, les sûretés devraient être au cœur même de la construction européenne. Instrument juridique à finalité économique, les sûretés ont vocation à stabiliser et renforcer les relations des Etats membres et de leurs ressortissants au sein de l'espace européen. Une union économique solide entraîne indiscutablement une communauté politique forte et unie. A ce point le paradoxe apparaît dans toute son ampleur : la similitude entre les droits des sûretés nationaux ne trouve aucune réponse européenne, alors même que le crédit n'est déjà plus national mais est aujourd'hui européen. Face à ce constat, des questions émergent. Peut-être n'est-il pas possible d'édicter des règles communes ? Peut-être n'est-ce finalement pas intéressant pour l'espace européen d'envisager un droit commun, sectoriel ou global des sûretés ? En d'autres termes, qu'en serait-il de *sûretés de droits européens* ?

407. Outre l'atout économique évident d'un droit commun des sûretés, permettant de faciliter incontestablement le commerce intra européen, les expériences extra-européennes de regroupements d'Etats possédant un droit commun des sûretés sont très positives. Le commerce européen est bénéfique à chaque économie nationale et le regroupement d'Etats est davantage soudé politiquement, grâce à une économie commune, à laquelle les sûretés contribuent assurément. En droit européen, à l'heure où certains Etats ont fait ou envisagent de faire le choix de sortir de l'Union européenne, et alors que d'autres tentent de redresser leur économie, un crédit harmonisé semble être une des solutions à la crise que connaît l'Europe. Ce constat est d'autant plus vrai que les droits européens supranationaux possèdent des compétences leur permettant de légiférer dans ce domaine. Si le Conseil de l'Europe a une vocation originellement politique, l'Union européenne, construite sur l'économie pour des raisons politiques, serait quant à elle, tout à même de légiférer en la matière. Des étapes progressives pourraient être mises en œuvre. L'harmonisation du crédit hypothécaire par une eurohypothèque et la mise en place d'un registre européen interconnecté des sûretés constitueraient les premiers jalons d'un véritable droit européen du crédit. Ces propositions de mesure assureraient la



transparence indispensable qui manque cruellement aux relations économiques transfrontières européennes et garantiraient ce sentiment de confiance, si essentiel aux parties qui concluent une sûreté. Ces changements ne seraient pas sans conséquences. De source supranationale, ces propositions s'inséreraient nécessairement dans les droits des sûretés nationaux européens. Entrevues de façon négative, elles ne seraient que sources de crispation entre les Etats, au risque, à l'instar des propositions déjà faites en matière hypothèque européenne, de ne jamais voir le jour. Envisagées d'un œil bienveillant, elles ne pourraient être que sources de renouveau et de dynamisme tant pour l'espace économique européen, que pour chaque droit national. En droit français, cela obligerait à une nécessaire clarification et rationalisation du droit des sûretés, que certains appellent de leurs vœux depuis plusieurs années. Inspiré des droits des sûretés nationaux européens et du commencement d'un droit européen des sûretés, le droit français des sûretés ne pourrait que s'enrichir de cette vitalité juridique. A l'heure des nombreuses réformes opérées par le législateur, le droit des sûretés pourrait enfin être repensé dans sa globalité.

- 408.** En conclusion, il est possible d'affirmer qu'il n'existe pas de droit européen des sûretés et que cette absence de droit européen des sûretés crée des difficultés dans les relations commerciales transeuropéennes, ce qui nuit à l'économie interne des états européens. Pourtant, les droits européens des sûretés sont similaires et convergents, et il apparaît possible, au vu des compétences de l'Union européenne, de créer un droit européen des sûretés. Un rapprochement des droits des sûretés en droit européen serait avantageux, tant économiquement que politiquement. Dès lors, il conviendrait, en droit européen, de commencer par créer un droit européen des sûretés, en instaurant une eurohypothèque et un registre européen interconnecté de publicité des sûretés réelles. Pour redonner une place au droit des sûretés français dans l'espace européen, il serait nécessaire d'instaurer une sûreté conventionnelle préférentielle unique, de conserver seulement certains privilèges mais de les publier sauf ceux d'un faible montant, de supprimer le droit de rétention et d'instaurer le cautionnement à première demande. Cela obligerait alors dans un second temps à réfléchir sur le droit de propriété utilisé comme sûreté dans les relations européennes de crédit.



---

## BIBLIOGRAPHIE

<b>1. Ouvrages, monographies et thèses.....</b>	<b>417</b>
1.1. Ouvrages généraux .....	417
1.2. Ouvrages spécialisés.....	425
1.3. Ouvrages collectifs .....	429
1.4. Thèses et mémoires .....	434
1.5. Mélanges.....	436
1.6. Encyclopédies et répertoires.....	438
1.7. Dictionnaires.....	439
1.7.1. Dictionnaires juridiques .....	439
1.7.2. Dictionnaires généraux.....	439
1.8. Ouvrages non juridiques.....	440
<b>2. Articles, Notes, contributions, interventions et travaux de recherche .....</b>	<b>441</b>
<b>3. Instruments juridiques et documents officiels .....</b>	<b>459</b>
3.1. Source internationale .....	459
3.1.1. Organisation des Nations Unies .....	459
3.1.2. UNIDROIT .....	459
3.1.3. Autres organisations internationales .....	459
3.2. Source régionale .....	460
3.2.1. Conseil de l'Europe.....	460
3.2.1.1. Conventions et Résolutions .....	460
3.2.1.2. Autres documents .....	460
3.2.2. Union européenne .....	460
3.2.2.1. Droit primaire .....	460
3.2.2.2. Droit dérivé.....	461
3.2.2.2.1. Règlements .....	461
3.2.2.2.2. Directives.....	462
3.2.2.2.3. Décisions .....	463
3.2.2.2.4. Propositions de règlements et directives .....	463
3.2.2.3. Recommandations, résolutions, communications, conclusions, études, avis et rapports .....	463
3.2.2.4. Communiqués de presse .....	464
3.2.3. Autres organisations régionales européennes .....	465
3.2.3.1. Conventions .....	465
3.2.4. Autres instruments régionaux .....	465
3.3. Source nationale .....	465
3.3.1. France.....	465
3.3.1.1. Les sources constitutionnelles .....	465

3.3.1.2. Les sources légales .....	466
3.3.1.3. Les sources Réglementaires.....	467
3.3.1.4. Rapports et question devant l'Assemblée nationale .....	467
3.3.2. Allemagne .....	467
3.3.3. Royaume Uni .....	467
3.3.4. Autres sources étrangères.....	468
<b>4. Jurisprudence .....</b>	<b>468</b>
4.1. Régionale .....	468
4.1.1. Cour européenne des droits de l'Homme.....	468
4.1.2. Cour de justice de l'Union européenne.....	469
4.2. Nationale .....	470
4.2.1. France.....	470
4.2.1.1. Conseil constitutionnel .....	470
4.2.1.2. Cour de cassation.....	471
4.2.1.3. Cour d'appel .....	474
4.2.2. Allemagne .....	475
4.2.3. Royaume-Uni .....	475
4.2.4. Canada.....	477
<b>5. Sites internet.....</b>	<b>478</b>

## 1. OUVRAGES, MONOGRAPHIES ET THESES

### 1.1. Ouvrages généraux

#### –A–

- AGOSTINI (E.)**, *Droit comparé*, PUF, 1988.
- ANCEL (M.)**, *Utilité et méthode du droit comparé, élément d'introduction à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Édition Ides et calendes, 1971.
- ANCEL (M.-E.)**, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2000.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, **GAUDIN (H.)**, **BLANQUET (M.)**, **FINES (F.)**, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 2014.
- ATYIAH (P. S.)**, *An introduction to the Law of Contract*, 5<sup>ème</sup> éd., Clarendon Press, 1995.

#### –B–

- BAR (C. VON)**, **DROBNING (U.)**, *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, A comparative study*, Munich, 2004.
- BAKOUCHE (D.)**, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005.
- BASTIN (J.)**, *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, 1999.
- BAUDOIN (L.)**, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec : droit civil, droit commercial, procédure civile*, Dalloz Les systèmes de droit contemporains, 1967.
- BISSON (A.-F.)**, *Dualité de systèmes et codification civiliste, in Conférences sur le nouveau code civil du Québec*, Actes des journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Y. Blais, 1991.
- BLANQUET (M.)** et **ISAAC (G.)**, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, 10<sup>e</sup> éd., 2012.
- BOESCH (R.)**, *La possession par autrui*, Université de Strasbourg, 2012.
- BONNEAU (TH.)** et **F. DRUMMOND (F.)**, *Droit des marchés financiers*, Economica, 2010.
- BOUCKAERT (B.)**, *Property Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, 2010.
- BURDEAU (G.)**, *Traité de sciences politiques*, Paris LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd, 1966.

#### –C–

- CADIET (L.)**, **JEULAND (E.)**, **AMRANI-MEKKI (S.)**, *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Droit et Professionnels, LexisNexis, 2011.

- CALNAN (R.)**, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.
- CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.
- CARBONNIER (J.)**, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrigé/PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2004.
- CHEREDNYCHENKO (O. O.)**, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party : A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, 2007, Vol. 5.
- CHEVALLIER (J.)**, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2014.
- COLLINS (H.)**, *The Law of Contract*, Cambridge University Press, 4<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CREPEAU (P.-A.)**, *Préface au Rapport sur le code civil du Québec*, Edition officielle du Québec, 1978, vol. 1, XXVII.
- CREPEAU (P.-A.)**, *La réforme du Code civil du Québec*, RIDC, Vol. 31 n°2, Avril-juin 1979.
- CUNIBERTI (G.)**, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.

–D–

- DABIN (J.)**, *Le droit subjectif*, 1952, Dalloz, rééd. 2007.
- DAGOT (M.)**, *La publicité foncière*, PUF, coll. Thémis, 1981.
- DAVID (R.)**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 1964.
- DAVID (R.)**, *Les grands systèmes de droit contemporains : droit comparé*, Dalloz 2<sup>ème</sup> éd., 1966.
- DAVID (R.)**, *Le droit comparé. Droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982.
- DAVID (R.)**, **JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>e</sup> édition, 2002.
- DECOCQ (A.)**, **DECOCQ (G.)**, *Droit européen des affaires*, LGDJ Manuel, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- DELMAS-MARTY (D.)**, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998.
- DEMOGUE (R.)**, *Traité des obligations en général, Tome IV, Effets des obligations*, Paris, Rousseau, 1933.
- DICEY (A.V.)**, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, 10<sup>ème</sup> éd., 1959.
- DIXON (M.)**, *Modern land law*, Cavendish Publishing Limited, 5<sup>ème</sup> éd., 2005.
- DOUCET (M.)**, **VANDERLINDEN (J.)**, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, 1994.
- DU BOIS (P.)**, *Histoire de l'Europe monétaire 1945-2005 : Euro qui comme Ulysse...*, PUF, 2008.

–E–

**EBERHARD (S.)**, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*, CEDIDAC, Lausanne, 2005.

–F–

**FABRE-MAGNAN (M.)**, *Droit des obligations. I- Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.

**FARJAT (G.)**, *Droit économique*, PUF Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., 1982.

**FENET (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836, t. XIV.

**FERRAND (F.)**, *Droit privé allemand*, Dalloz, Précis, 1997.

**FIRMIN (L.)**, **LAFERRIERE (J.)**, *Histoire du Droit Français*, Paris, Ed. Joubert, 1838, Vol. 2.

**FRISON ROCHE (M.-A.)**, **BONFILS (S.)**, *Les grandes questions du droit économique*, Introduction et documents, PUF, 2005.

**FROMONT (M.)**, **A. RIEG (A.)**, *Introduction au droit allemand (République Fédérale) Tome I Les fondements*, Ed. Cujas Paris, 1977.

**FROMONT (M.)**, **A. RIEG (A.)**, *Introduction au droit allemand (République Fédérale), Tome III, Droit privé*, 1991

**FROMONT (M.)**, *Droit allemand des affaires*, Domat, Droit Privé, 2001.

–G–

**GAVALDA (C.)**, **PARLEANI (G.)**, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec Manuel, 6<sup>ème</sup> éd., 2010.

**GAMBARO (A.)**, **SACCO (R.)**, **VOGEL (L.)**, *Traité de droit comparé. Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LDGJ, 2011.

**GARCIA (K.)**, *Le droit civil européen Nouvelle matière, nouveau concept*, Larcier, 2008.

**GAUDEMET-TALLON (H.)**, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2015.

**GENY (F.)**, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome I et III, Recueil Sirey Paris, 4 Volumes publiés entre 1914 et 1924.

**GENY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, L.G.D.J. 2<sup>ème</sup> éd., 1919.

**GILISSEN (J.)**, *Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale*, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1974, t.28.

**GILMORE (G.)**, *The secured transactions article of the Commercial Code, Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, 1952.

**GILMORE (G.)**, *Security interest in Personal Property*, vol. 1, Little Brown & Cie, 1965.

**GIRARD (P. F.)**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris Librairie Arhtur Rousseau, 6<sup>ème</sup> éd., 1918.

**GUICHARD (A.C.)**, *Législation Hypothécaire ou Recueil méthodique et complet des Lois, Décrets impériaux, Avis du Conseil d'état et instructions législatives sur le nouveau système hypothécaire*, Tome Second, Paris, Ed. Clament, 1810.

**GUINCHARD (E.)** (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruylant, 2014.

–H–

**HALPERIN (J.-L.)**, *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, Paris, Flammarion, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.

**HÜBNER (R.)**, *A History of Germanic Private Law*, The Continental legal history series, Association of American law schools, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2000.

**HOUTCIEFF (D.)**, *Le principe de cohérence en droit privé*, PUAM, 2001.

–J–

**JACQUE (J.-P.)**, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2012.

**JESTAZ (P.)**, **JAMIN (CH.)**, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

**JOLOWICZ (J. A.)**, *Droit anglais*, Précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 1992.

–K–

**KLIMRTH (H.)**, *Travaux sur l'histoire du droit français*, Vol. 1, Paris, 1843.

**KOFFMAN (L.)**, **E. MACDONALD (E.)**, *The Law of Contract*, Oxford University Press, 7<sup>ème</sup> éd., 2010.

**KONE (M.)**, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA Comparaisons avec le droit français*, L.G.D.J., 2003.

**KOUVIBIDILA (G.-J.)**, *Histoire de la construction de l'Afrique*, L'Harmattan, 2011.

**KREUSER (K.)**, *La propriété mobilière en droit international privé*, Académie de Droit international privé de la Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1997.

–L–

**LACY (J. DE)**, *The Reform of UK Personal Property Law Comparative perspectives*, Routledge Cavendish, 2010.

**LARROUMET (CH.)**, *Droit civil, t. 2, Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.

**LASSERRE-CAPDEVILLE (J.)**, **STORCK (M.)**, **BLAZY (R.)**, *Pratique des affaires : les atouts du droit français*, Lamy Axe Droit, 2010.



**LE CLERCQ (O.)**, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, Duvivier Liège n°603, 1812, Tome VII.

**LE TOURNEAU (PH.)**, *L'éthique des Affaires et du management au XXIème siècle*, Essai, Dalloz Dunod, disponible aussi en ligne sur le site [philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires](http://philippe-le-tourneau.pagesperso-orange.fr/media/EthiqueAffaires)

**LEGEAIS (R.)**, *Grands systèmes de droit contemporains*, Litec, 2004.

**LEGRAND (L.)**, *Common Law d'un siècle à l'autre*, Montréal, Blais, 1992.

**LEGRAND (P.)**, *Le Droit comparé*, P.U.F., 4<sup>ème</sup> éd, 2011.

**LOUSSOUARN (Y.)**, *Cours général de droit international privé*, Rec. Acad. La Haye, 1973, II.

–M–

**MACKAAY (E.), ROUSSEAU (S.)**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

**MARGUENAUD (J.-P.)**, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., Connaissances du droit, 2016.

**MAINGUY (D.)** (dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, « Dynamiques du droit », collection « Teutates consommation et du marché », 2016.

**MARKESINIS (V.B.S.), UNBERATH (H.), JONSTHON (A.)**, *The German Law of Contract A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2<sup>ème</sup> éd., 2006.

**MARMISSE (A.)**, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, PULIM, 2000.

**MASSON (A.), P. NIHOUL(P.)**, *Droit de l'Union européenne Droit institutionnel et droit matériel*, Manuels Larcier, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.

**MAYER (P.), HEUZE (V.)**, *Droit international privé*, LGDJ Domat, 11<sup>ème</sup> éd., 2014.

**MCKENDRICK (E.)**, *Contract Law Text, Cases and Materials*, Oxford, 7<sup>ème</sup> éd., 2016.

**MEDEMA (S.G.)**, *The legacy of Ronald Coase in Economic Analysis*, Vol I, University press, Cambridge, 1995.

**MEEK (R. L.)**, *Smith, Marx, and after: ten essays in the development of economic thought*, London, Chapman & Hall, 1977.

**MEGARY (R.), WADE (W.)**, *The law of real property*, Ch Harpum, London, Sweet & Maxwell, 6<sup>ème</sup> éd., 2000.

**MILSOM (S.F.C.)**, *Reason in the Development of the Common Law*, in *Studies in the History of the Common Law*, Londres, Hambledon Press, 1985.

**MALAURIE (PH.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (PH.)**, *Les obligations*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.

–N–

**NADAUD (S.)**, *Codifier le droit civil européen*, Larcier, 2008.

–O–

- OLIVI (A.), GIACONE (B.),** *L'Europe difficile : histoire politique de la construction européenne*, Gallimard, 2007.
- ONANA ETOUNDI (F.),** *Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique*, in *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, Collection Horizons Juridiques Africains, PUAM, Vol. VI, 2013.
- OURLIAC (P.), GAZZANIGA (J.-L.),** *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985.

–P–

- PATAULT (A.-M.),** *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989.
- PATHAK (A.),** *Legal Aspects of Business*, Mc Graw Hill Education Offices, 5<sup>ème</sup> éd., 2013.
- PAYAN (G.),** *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012.
- PEDAMON (M.),** *Le droit allemand*, Que sais-je, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 1985.
- PEEL (E.),** *Treitel on The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> éd., 2015.
- PERROT (R.) et TERRY (P.),** *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.),** *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.
- PICARD (J.),** *Allemagne, aspects juridiques et fiscaux : vente, sûretés, successions et libéralités*, Litec, 1991.
- PICOD (Y.),** *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, t. 208, 1989.
- PINGEL (I.),** *De Rome à Lisbonne, commentaire article par article des traités UE et CE*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- POSNER (R.),** *Economic analysis of law*, Boston, 2<sup>ème</sup> éd., 1977.

–R–

- RAMPELBERG (R.-M.),** *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Systèmes Droit, LGDJ, 2005.
- RODIERE (R.),** *Introduction au droit comparé*, précis Dalloz, 1979.

–S–

- SACCO (R.),** *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris Economica, 1991.
- SACCO (R.),** *Le droit africain Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009.
- SALEILLES (R.),** *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, Paris Pichon, 2<sup>ème</sup> éd., 1901.

- SAEILLES (R.)**, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, Pichon, 1904.
- SAEILLES (R.)**, *De la possession des meubles*, Paris, 1907.
- SAEILLES (R.)**, Préface de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd, 1919.
- SEROUSSI (R.)**, *Introduction aux droits anglais et américain*, Dunod, Droit pour l'entreprise, 2011, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.
- SPARKES (P.)**, *Real Property Law and Procedure in the European Union Report from England and Wales*, disponible sur le site internet de l'European University Institute.
- SPARKES (P.)**, *European Land Law*, Oxford Hart Publishing, 2007.
- STAMM (A.)**, *L'Afrique, de la colonisation à l'indépendance*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- STONE (R.)**, **DEVENNEY (J.)**, *The Modern Law of Contract*, Routledge, 11<sup>ème</sup> éd., 2015.
- STONE (R.)**, **DEVENNEY (J.)**, *Text, Cases and Materials on Contract Law*, Routledge, 3<sup>ème</sup> éd., 2014.
- STORME (M.E.)**, *Property Law in a comparative perspective*, KU Leuven, 2004.

–T–

- TIGER (PH.)**, *Le droit des affaires en Afrique*, PUF Que sais-je, 1999.
- TUNC (A.)**, *Les aspects juridiques du développement économiques – Legal aspects of Economic development*, Dalloz, 1966.
- TURNER (R.W.)**, *The Equity of Redemption*, Cambridge University Press, 1931 réédité en 2013.
- TERRE (F.)**, **SIMLER (PH.)** ET **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2009.

–V–

- VAN ERP (S.)**, **AKKERMANS (B.)**, *Cases, Materials and Text on Property Law*, Bloomsbury Publishing, 2012.
- VOGEL (L.)**, *Droit européen des affaires*, Précis Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2012.
- VON SAVIGNY (F.K.)**, *Traité de droit romain*, Coll. Panthéon Assas, réimpression, 2002.

–W–

- WATSON (A.)**, *Time-sharing system design concepts*, Mc GrawHill, 1970.
- WESSELS (J.W.)**, *History of the Roman-Dutch Law*, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2005.
- WITZ (C.)**, **RANIERI (F.)**, (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations*, Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects, Société de Législation Comparée, 2004.
- WITZ (C.)**, *Le Droit allemand*, Dalloz, Que sais-je ?, 2<sup>ème</sup> éd., 2013.

–Z–

**ZEKOLL (J.)**, *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 2005.

**ZENATI-CASTAING (F.)**, **REVEY(T.H.)**, *Les biens*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 1998, n°213.

**ZWEIGERT (K.) ET KÖTZ (H.)**, *An Introduction To Comparative Law*, Broche, 3<sup>ème</sup> éd., 1998.

**ZWEIGERT (K.) ET KÖTZ (H.)**, *An Introduction to Comparative Law*, translated by T. WEIR, Oxford, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.

## 1.2. Ouvrages spécialisés

### –A–

**ALBIGES (CH.), DUMONT-LEFRAND (M.-P.),** *Droit des sûretés*, Hyper cours Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 2015.

**ANDREWS (G.M.), MILLET (R.),** *The Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.

**ANSAULT (J.J.),** *Le cautionnement réel*, Defrénois, 2009.

**AYNES (L.), CROCQ (P.),** *Les sûretés La publicité foncière*, LGDJ Lextenso Defrénois, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.

**AYNES (L.), CROCQ (P.),** *Les sûretés La publicité foncière*, LGDJ Lextenso Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2014.

### –B–

**BERAUDE (J.-P.),** *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1992.

**BERAUDE (J.-P.), TIRARD (J.M.),** *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Academy & Finance Genève, 2006.

**BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.),** *Droit des sûretés*, Sirey, 5<sup>e</sup> éd., 2016.

**BOUGEROL PRUD'HOMME (L.),** *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012.

**BUSTON (C.),** *De la fidéjussion en droit romain et Des bénéfices et recours de la caution en droit français*, 1873, Bibliothèque numérique des universités Grenoble 2 et 3, <http://bibnum-stendhal.upmf-grenoble.fr/items/show/66>

### –C–

**CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PETEL (PH.),** *Droit des sûretés*, Manuel LexisNexis, 10<sup>ème</sup> éd., 2015.

**CROCQ (P.),** *Propriété et Garantie*, L.G.D.J., 1995.

**CROCQ (P.) (dir.),** *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy Axe Droit, 2012.

### –D–

**DIAMOND (A.L.),** *A review of security interests in property*, Department of trade and industry, H.M. Stationery Office, 1989.

**DUBREUIL (L.)**, *Des effets du cautionnement en droit romain et français*, Pichon Paris, 1876.

**DUNAND (J.-P.)**, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », Mancipio dare ut remancipetur*, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, Helbing & Lichtenhahn, Munich, 2000.

–E–

**ENGELHARD-GROJEAN (M.-L.)**, *Le cautionnement en droit anglais*, Paris, 1974.

–G–

**GAVALDA (C.)**, **STOUFFLET (J.)**, *Droit bancaire*, Litec, 6<sup>ème</sup> éd., 2005.

**GILISSEN (J.)**, *Les sûretés personnelles, Recueil de la société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des Institutions*, Première Partie, Ed. de la Librairie Encyclopédique de Bruxelles, 1974, XXVIII.

**SIR GOODE (R.)**, **GULIFFER (L.)**, *Legal Problems of Credit and Securities*, Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> éd., 2009.

**SIR GOODE (R.)**, *Proprietary Rights and Insolvency in Sales Transactions*, 3<sup>ème</sup> éd., Sweet & Maxwell, 2009.

–H–

**HOUTIEFF (D.)**, **BARTHEZ (A.-S.)**, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010.

**HOUIN-BRESSAND (C.)**, *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006.

**HUSTON (A.)**, *Equity and Trusts*, Routledge, 7<sup>ème</sup> éd., 2013.

–L–

**LEDAIN SANTIAGO (R.)**, *La circulation du cautionnement : Contribution à l'étude du transfert à titre particulier et de la transmission à titre universel du contrat de cautionnement*, Larcier, 2014.

**LEGEAIS (D.)**, *Sûretés et garanties du crédit*, coll. Manuel, Paris, LGDJ, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°372.

**LEGEAIS (D.)**, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2015.

**LE GALLOU (C.)**, *Droit des Sûretés – Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, Métiers du Droit collection Paradigme, 2<sup>e</sup> éd., 2015.

**LODDER (A.)**, *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Bloomsbury Publishing, 2012.

–M–

**G. MARTY (G.)**, **RAYNAUD (P.)**, **JESTAZ (P.)**, *Sûretés – La publicité foncière*, 1987.

- MAZEAUD (H. L. J.), CHABAS (F.) (dir), PICOD (Y.),** *Les sûretés La publicité foncière, Leçon de droit civil*, Montchrestien, octobre 1999.
- MC CORMACK (G.),** *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004.
- MELLOWS (A.R.), PARKER (D.B),** *The modern law of trust*, London Sweet & Maxwell, 8<sup>e</sup> éd., 2003.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.),** *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990.
- MOULOUL (A.),** *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, 2<sup>ème</sup> éd., OHADATA D-09-50.
- MUGASHA (A.),** *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, Federation Press, 2003.
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.) ET M. BILLIAU (M.),** *Droit commun des sûretés réelles*, Traité de droit civil, ss la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1996.
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.) ET M. BILLIAU (M.),** *Droit spécial des sûretés réelles*, Traité de droit civil, ss la dir. de J. GHESTIN, LGDJ, 1996.
- MUNIZ ESPADA (E.),** *L'eurohypothèque*, D. 2007, p. 1712.

–O–

- PHILLIPS (J.), O' DONOVAN (J.),** *The Modern Contract of Guarantee*, Sweet & Maxwell, 2004.

–P–

- PEROCHON (F.),** *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, volume 21, Litec, 1988.
- PICOD (Y.),** *Droit des sûretés*, Thémis PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.
- PIEDELIEVRE (S.),** *Droit des sûreté*, Ellipses, 2<sup>ème</sup> éd., 2015.

–S–

- SERICK (R.),** *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand, Vue d'ensemble et principes généraux*, LGDJ, 1990.
- SIMLER (PH.), DELEBECQUE (PH.),** *Droit civil Les sûretés La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2012.
- SIMLER (PH.),** *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2015.

–T–

- THERY (PH.),** *Sûretés et publicité foncière*, PUF coll. Droit fondamental, 2<sup>e</sup> éd., 1998.

–V–

**VALLENS (J.-L.)**, *Crise du crédit et entreprises: les réponses du droit*, Lamy Axe Droit, 2010.

**VAN DEN HAUTE (E.)**, *Harmonisation européenne du crédit hypothécaire, perspectives de droit comparé, de droit international privé et de droit européen*, Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 2010.

–W–

**WITZ (C.)**, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980.

**WOOD (PH.R.)**, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, Sweet & Maxwell, 2007, 2<sup>ème</sup> éd.



### 1.3. Ouvrages collectifs

**CH. ALBIGES (DIR)**, *La saisie immobilière approches transversales*, Dalloz, 2014,

- **DECKERT (K.)**, « La saisie immobilière Etude de droit allemand », p.181.

**ANCEL (M.-E.)**, *Repenser le droit des sûretés mobilières*, LGDJ, 2005 :

- **RIFFARD (J.-F.)**, « L'apport du Guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », pp. 34-35.
- **SIGMAN (H.)**, « The security interest in the United States : a unitary functional approach », p. 55 et s.
- **PERERA (A.C.)**, « Les perspectives d'harmonisation du droit européen des sûretés », p. 69.

**AUBY (J.-B.)**(dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit français*, Dalloz, 2010.

**AUDREN (F.)**, **CHENE (C.)**, **MATHEY (N.)**, **VERGNE (A.)**(dir.) *Raymond Saleilles et au-delà*, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2013 :

- **J.-L. HALPERIN**, *Saleilles et les droits étrangers*, p. 160.

**BADDALEY (M.)**, **FOËX (B.)**, **LEUBA (A.)**, **VAN DELDEN (M.L.)** (ddir.), *Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011*, Genève Schulthess, 2012 :

- **FOËX (B.)**, « L'eurohypothèque : une cantatrice chauve au registre foncier ? », p. 169-182.

**BEHAR-TOUCHAIS (M.)**(dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Paris Economica, 2001,

- **MUIR-WATT (H.)**, « Rapport de synthèse », p. 178.

**BENABOU (V.-L.)** (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires Actes, Dalloz, 2008 :

- **CHAGNY (M.)**, « La confiance dans les relations d'affaires », p. 36.
- **HOUTCIEFF (D.)**, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », p. 79.

**BURROWS (A)** (dir.), *English private law*, 3<sup>ème</sup> éd., 2013.

**BIRKS (P.)** (dir.) *English Private Book*, Oxford University press, 3<sup>ème</sup> éd., 2013 :

- **SWADLING (W.)**, Property : « General Principles », p. 269.

**CABRILLAC (S.)**, **ALBIGES (CH.)**, **LISANTI (C.)** (dir.), *Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, LexisNexis Litec, 2007 :

- **ALBIGES (CH.)**, « Responsabilité notariale et sûretés réelles, L'exemple de la convention d'hypothèque », p. 15.
- **ROBINNE (S.)**, « L'antichrèse », pp. 93-100.

- **NOURISSAT (C.)**, « Les sûretés réelles : perspectives de réformes internationales (Union européenne et CNUDCI) », p. 129.

**CADIET (L.), JEULAND (E.), AMRANI-MEKKI (S.)**, *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Droit et Professionnels, LexisNexis, 2011 :

- **AMRANI-MEKKI (S.)**, « Règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, p.256.

**CAMPANA (M.-J.)**(dir.), *Etude comparée sur la propriété utilisée comme sûreté*, EUI Working Paper Law n°2001/2, 2001 :

- **CAMPANA (M.-J.)**, « La clause de réserve de propriété : son évolution dans la législation française », p. 29.
- **MC CORMACK (G.)**, « Reservation of title in English Law – Past, Present and Futur », p. 40.

**ASSOCIATION HENRI CAPITANT :**

- **CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations*, réimpression par La mémoire du droit, 2012, sous la direction de D. Mazeaud.
- *La bonne foi (Journées Louisianaises)*, Paris, Litec, 1992,
  - **LOUSSOUARN (Y.)**, « Rapport de synthèse », p. 9
- *Les garanties de financement*, LGDJ, 1996, t. XLVII :
  - **GRIMALDI (M.)**, « Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français », p. 155.
  - **AYNES (L.)**, Rapport français, p. 321.
- *Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc. Quel bilan ?*, Abidjan, 2 avril 2001, n°D-02-15, n°2
  - **ISSA-SAYEGH (J.)**, « Le nouveau droit de garantie de l'OHADA », Communication au 1<sup>er</sup> colloque national de l'association ivoirienne Henri Capitant, p.1
- *La propriété*, Journées Vietnamiennes, Tome LIII, 2003 :
  - **BUSSANI (M.)**, « Rapport Général La propriété-sûreté », p. 306.
  - **LEGEAIS (D.)**, « Rapport français », p. 419.
- *Les droits de tradition civiliste en question*, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de législation comparée, vol. 1, 2006, p. 115.
- **FAUVARQUE-COSSON (B.), MAZEAUD (D.), RACINE (J.-B.)**, *European Contract Law : Materials for a Common Frame of Reference : Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Société de Législation Comparée, 2008, p.179.
- *Hommage à René David*, Dalloz, *Thèmes et Commentaires*, Association Henri Capitant, 2009 :
  - **JAUFFRET-SPINOSI (C.)**, « La pensée de David », p.17.
- *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2010 :
  - **ANCEL (M.-E.)**, « Préface », p. 2.

- **GRIMALDI (M.)**, « La propriété fiduciaire », p.5-8.
- **GRIMALDI (M.), P. CROCQ (P.)**, « Table ronde. La propriété fiduciaire en question : unité ou dualité ? », p.5-13.
- *La confiance*, 11<sup>ème</sup> journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 novembre 2012, Société de Législation Comparée, 2012, Vol. 12 :
  - **JUNG (P.)**, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », p. 31.
- COLOMBI CIACCHI (A.)**, *Regulating Unfair Banking Practices in Europe : The Case of Personal Suretyships*, Stephen WEATHERILL (Eds.), Oxford: Oxford University Press, 2010 :
  - **RODRIGUEZ DE LAS HERAS BALLELL (T.)**, « Protection from Unfair Suretyships in Spain », p. 144
- DIMATTEO (L.A.), ZHOU (Q.), SAINTIER (S.), ROWLEY (K.)** (dir), *Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives*, Cambridge University Press, 2013.
  - **AUSTEN-BAKER (R.)**, « Implied Terms in English Contract Law », p. 225.
- DROBNIG (U.)** (dir), *Proprietary security in movable assets*, O. Böger, Oxford 2007, Oxford 2015 :
  - **DROBNIG (U.)**, « Principles of European law : Personal security », p. 315.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), JUNG (P.)**(dir.), *La confiance*, 11èmes journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 nov. 2012, Société de Législation Comparée, 2012, Vol.12 :
  - **FAGES (B.)**, « Existe-il un Vertrauensschutz en droit français des contrats ? », p. 21
  - **JUNG (P.)**, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », p. 31.
- FROMONT (M.)**, *Les cinquante ans de la république Fédérale d'Allemagne*, Université de Paris Panthéon-Sorbonne, 2000 :
  - **PFERSMANN (O.)**, « Regards français in Les cinquante ans de la république Fédérale d'Allemagne », p. 131.
- DE GEEST (G.)**, *Encyclopedia of Law and Economics*, EE Publishing, 2<sup>e</sup> éd., 2012, 12 Vol.
  - **VAN ERP (S.), AKKERMANS (B.)**, « Property rights : a comparative view », vol. 5, p. 40.
- DE LEVAL (G.)**, *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Bruxelles, Larcier, 2000 :
  - **DE LEVAL (G.)**, « Les ressources de l'inversion du contentieux », p. 83.
- GHESTIN (J.)**, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2013.
  - **BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEFF (D.)**, « Les sûretés personnelles »
- GUINCHARD (E.)**(dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis, Règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2014
- HOONAKKER (PH.)**, *L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ?*, Coll. Droit et Procédures, 2005 :

- **FRICERO (N.)**, « Les exigences actuelles du droit européen : une exécution effective et humaine », p.10.
  - **SANDER (E.)**, « La publicité foncière : vers des registres en ligne ? », p. 23.
  - **VAN COMPENOLLE (J.)**, « Vers une déjudiciarisation de la saisie immobilière : une approche comparative, in L'exécution immobilière en Europe. Entre tradition et modernité, quelle saisie immobilière pour demain ? », p. 51-64.
- LEGRAND (P.)**(dir.), *Comparer les droits résolument*, Puf, 2009 :
- **BERCEA (R.)**, *Toute comparaison des droits est une fiction*, p. 61.
- JAMIN (CH.)**(dir), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008,
- **FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « L'opportunité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », p. 257
- JOLOWICZ (J.A.) ET TUNC (A.)**, *Droit anglais*, Précis Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1992 :
- **JONES (G.H.)**, « Droit des trusts », p. 277.
  - **WEIR (J.A.)**, « Droit des contrats », p. 127.
- HAMEL (J.)**, *Le gage commercial*, Dalloz, 1953 :
- **VEAUX-FOURNERIE (P.)**, « Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », p. 135.
- KIRAT (T.) , SEVERIN (E.)** (dir.), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Éditions, 2000.
- KIRAT (T.)**, *Les mondes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, Droit et société, 2003
- MAINGUY (D.)**(dir.), *Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (après l'ordonnance du 10 février 2016)*, disponible en ligne sur le site du directeur, 2016
- **MAINGUY (D.)** « §4 Clauses abusives »
  - **MAINGUY (D.)** « Chapitre 3 Le contenu du contrat »
  - **MAINGUY (D.)** « Section 3 : L'effet translatif du contrat »
- MORRIS (H.E), READ (J.)**, *Indirect Rule and the Search for Justice*, London, 1972 :
- **MORRIS (H.E)**, « The Reception and the Reject of Indian Law », p. 109-130
- INSTUT MAX-PLANK**, « Le cautionnement dans le droit des Etats membres des communautés européennes », Max-Plack Institut, Commission des communautés européennes, 1971.
- PICOD (Y.), CROCQ (P.)**, *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss dir., Coll. Dr et Proc. 2006.
- **CARRASCO PERERRA (A.)**, « Les perspectives d'harmonisation du droit européen des sûretés », p. 71.
  - **RIFFARD (J.-F.)**, « Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », p. 114.

**PRÜM (A.), WITZ (C.)** (dir.), *Trust et Fiducie, la Convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Actes du Colloque du 11 décembre 2003, Coll. Grands Colloques,

- **THEVENOZ (L.)**, « Contribution », p. 35.

**RIDEAU (J.)** (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998.

**SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), LISANT (C.)**, *Le règlement du 20 mai 2015 relatif aux procédures insolvabilité, Commentaire articles par articles*, Société de Législation Comparée, Coll. Trans Europe Experts, vol. 12, 2015 :

- **SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, « Propos introductifs », p. 1.
- **JAZOTTES (G.)**, « Article 8. Droits réels des tiers », p. 90
- **BENILSI (S.)**, « Article 17. Protection du tiers acquéreur », p. 144 et s.
- **LEGRAND (V.)**, « Article 24. Création de registres d'insolvabilité », p. 184 et s.

**SUDRE (F.)** (dir.), *Le recours aux notions autonomes in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. Droit et justice, 1998, p. 98.

**WERRO (F.)**, *L'europanisation du droit privé : vers un Code civil européen ?*, Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, 1998 :

- **B. FÖEX (B.)**, « L'eurohypothèque », p.488

**WITZ (C.) F. RANIERI (F.)** (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations – Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 3, Paris, Société de législation comparée, 2004.

#### 1.4. Thèses et mémoires

- ALBIGES (CH.),** *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, t. 329.
- ATTAL (M.),** *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, Defrénois coll. De thèses, t. 13, 2005.
- ANCEL (P.),** *Les sûretés non accessoires en droit français et en droit comparé*, Thèse Dijon, 1981.
- AYNES (A.),** *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, Economica, 2005.
- BARRIERE (F.),** *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, Bibl. droit de l'entreprise, t. 66, 2004.
- BESSON (E.),** *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, Paris, J. Delamotte, 1891.
- BLANDIN (Y.),** *Sûretés et bien circulant Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, LGDJ, 2016.
- BOCCARA (D.D.),** *Essai sur le rapprochement des systèmes de droit romano-germanique et de common law : théorie générale d'une convergence asymptotique*, Lyon, 1993.
- BORGA (N.),** *Ordre public et sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, LGDJ, 2009, Thèse.
- BOURASSIN (M.),** *L'efficacité des sûretés personnelles*, LGDJ, t. 456, 2006.
- BUI (D.G.),** *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr>.
- CABRILLAC (S.),** *Les garanties financières professionnelles*, Litec, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2000
- DAUCHEZ (C.),** *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, disponible en ligne sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr>.
- DESPAX (M.),** *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, LGDJ, 1957.
- DOBASSY (L.),** *Les garanties de paiement des créanciers dans les procédures collectives OHADA : Etude à la lumière du droit français*, thèse Toulouse, 2015, p. 12, n°2
- DOLS-MAGNEVILLE (M.),** *La réalisation des sûretés réelles*, 2013 (disponible sur [publication@ut-capitole.fr](mailto:publication@ut-capitole.fr))
- DUBARRY (J.),** *Le transfert conventionnel de propriété Essai sur le mécanisme translatif à la lumière des droits français et allemand*, LGDJ, t. 555, 2014.
- DUPICHOT (PH.),** *Le pouvoir des volontés individuelles*, Thèse Panthéon-Assas, 2005.
- ENGELHARD-GROJEAN (M.-L.),** *Le cautionnement en droit anglais*, th. Paris, 1974.
- EMMERICH (Y.),** *La propriété des créances*, Paris, LGDJ, 2007.
- FABRE-MAGNAN (M.),** *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, t. 221, 1992.

- FABRIES-LECEA (E.),** *Le règlement "insolvabilité" : Apport à la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Coll. Droit de l'Union européenne, thèses, 2013.
- GIJSBERS (C.),** *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse Paris II, 2012.
- GOURDON (P.),** *L'exclusivité*, LGDJ, t. 455, 2006.
- GOUTAL (J.-L.),** *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, t. 171, 1981.
- JACOB (F.),** *Le constitut, ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, LGDJ, t. 294, 1998.
- JALUZOT (B.),** « La bonne foi dans les contrats : étude comparative des droits français, allemand et japonais », Dalloz, vol. 5, 2001.
- JUILLET (CH.),** *Les accessoires de la créance*, Defrénois, Collection de Thèses, t. 37, 2009.
- LE GAC-PECH (S.),** *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, t.335, 2000.
- JOBARD BACHELLIER (M.-N.),** *L'apparence en droit international privé : essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, t. 178, 1984.
- MACORIG-VENIER (F.),** *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Th. Toulouse, 1992
- MARTIAL (N.),** *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007.
- MIGNOT (M.),** *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Dalloz, vol. 17, 2002.
- PAPANDREOU-DETERVILLE (M.- F.),** *Le droit anglais des biens*, LGDJ, t. 418, 2004.
- PELLIER (J.-D.),** *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation Contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, 2012.
- PICOD (Y.),** *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, t. 208, 1989.
- PINTO HANIA (V.),** *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, 2012, disponible en ligne archives-ouvertes.fr.
- RIFFARD (J.-F.),** *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ, 1996.
- RIPERT (G.),** *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1948.
- ROULAND (M.),** *La qualité de la créance*, Lille thèses, 2007.
- RUEDA (I.),** *Incidence des règles d'UNIDROIT sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, t. 559, 2015.
- SABEH AFFAKI (B.-G.),** *L'unification internationale du droit des garanties indépendantes*, thèse Paris-Assas, 1995, disponible en ligne sur le site : <https://docassas.u-paris2.fr>
- TISSEYRE (S.),** *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012.
- VIEILLARD (G.),** *La contribution de la commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à l'harmonisation et l'uniformisation du droit commercial international*, thèse disponible en ligne, Université de Bourgogne, 2014.

**ZATTARA (A.-F.),** *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, LGDJ, t. 351, 2001.

## 1.5. Mélanges

**BURDEAU (G.),** *Mélanges offerts à G. Burdeau*, Paris LGDJ, 1977 :

- **COMBACAU (J.),** *Sur une définition restrictive du droit, dialogues sans issue*, p.1035.

**CALAIS-AULOY (J.),** *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004 :

- **PICOD (Y.)** « Proportionnalité et cautionnement : le mythe de Sisyphe », p. 843 et s.

**DROZ (G. A.-L.),** *Sur l'unification progressive du droit international privé, E Pluribus Unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nuhoff Publishers, 1996 :

- **LAGARDE (P.),** « Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une Convention mort-née », p. 151 et s.

**FARJAT (G.),** *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Ed. Frison-Roche, 1999 :

- **CHAMPAUD (CL.),** *Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit*, in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, p.70.
- **CAMPANA (M.-J.),** *Variations sur la clause de réserve de propriété*, in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue*, p. 53.
- **SUEUR (J.J.),** *Droit Economique et méthodologie du droit*, p. 292.

**FLOUR (J.),** *Etudes offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979 :

- **GOBERT (M.),** « La publicité foncière, cette mal-aimée », p. 207.

**FOYER (J.),** *In memoriam*, Lexinexis, 2010 :

- **CABRILLAC (M.),** « Vers la disparition du droit commercial ? », p.329.

**FRENETTE (F.),** *Mélanges offerts au Professeur François Frenette: Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006 :

- **P. CIOTOLA (P.), LEDUC (A.),** « Arrêt Val-Brillant : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession en droit civil québécois ? », **p.45.**



**GHESTIN (J.)**, *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ :

- **MAZEAUD (D.)**, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », p. 637.

**JULIEN (P.)**, *Mélanges Pierre Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Editions Edilaix- Annales des Loyers, 2003 :

- **DOUCHY-OUDOT (M.)**, « Le procès civil et les affaires transfrontalières : vers un espace judiciaire européen », p. 161.

**LAPOYADE-DESCHAMPS (C.)**, *Etudes à la mémoire de Christian LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003 :

- **POHE-TOKPA (D.)**, « La bonne foi du salarié dans la conclusion du contrat de travail », pp.493-511, spéc. n°1-10.

**LARROUMET (CH.)**, *Mélanges Larroumet*, Économica 2010 :

- **JUILLET (CH.)**, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », p. 241.

**MOULY (C.)**, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998 :

- **CROCQ (P.)**, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », p. 318
- **DAGOT (M.)**, « La notion de privilège », p. 355.

**NORMAND (J.)**, *Etudes offertes à J. NORMAND*, Litec, 2003 :

- **FRICERO (N.)**, « La libre exécution des jugements dans l'espace européen : un principe émergent ? », p. 173.

**ROBLOT (R.)**, *Aspects actuels du droit commercial français*, Etudes R. Roblot, LGDJ 1984 :

- **MOULY (C.)**, « Procédures collectives, assainir le régime des sûretés », p. 529.

**RAYNAUD (P.)**, *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz Sirey, 1985 :

- **SAINT-ALARY HOUIN (C.)**, « Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière », p. 752.

**SIMLER (PH.)**, *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006 :

- **CABRILLAC (R.)**, « De la loi de substitution et de quelques unes de ses applications en droit privé », p. 19.
- **RONTCHEVSKY (N.)**, « Faire le nécessaire », p. 417.
- **CROCQ (P.)**, « Sûretés et proportionnalité », p. 295.

- **PICOD (Y.)**, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », p. 395.
- **CERLES (A.), SEJEAN (M.)**, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », p. 281-285.
- **DROBNIG (U.)**, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelle », p.315.

**TERRE (F.)**, *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999 :

- **MAZEAUD (D.)**, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », p. 603.

**VASSEUR (M.)** *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Ed. Banque, 2000 :

- **LEGEAIS (D.)**, « Le cautionnement à première demande », p. 87.

**VIGREUX (P.)**, *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Coll. « Travaux et recherches de l'IPA-IAE de Toulouse », 1981 :

- **VEDEL (G.)**, *Le droit économique existe-il*, p. 770.

**WEIL (A.)**, *Mélanges A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983 :

- **CABRILLAC (M.)**, « Les accessoires de la créance », p. 107.

## 1.6. Encyclopédies et répertoires

**CAPITANT (H.), TERRE (F.), Y. LEQUETTE (Y.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2000.

**DOSSIERS INTERNATIONAUX FRANCIS LEFEBVRE**, *Allemagne, Juridique, Fiscal, Social*, CMS Hasche Sigle CMS Bureau Francis Lefebvre, 8<sup>ème</sup> éd, 2007.

**LAMY DROIT DES SURETES**, Wolters Kluwer France, Mars 2012 :

- **ANSAULT (J.-J.)**, *La propriété réservée à titre de garantie*, n°294-25.
- **LICARI (F.-X.)**, *Les principales sûretés personnelles du droit allemand*, n°520-17.
- **ROUIT (V.)**, *Fiducie-sûreté*, n°293-3.
- **LE GALLOU (C.)**, *Caution : la conciliation n'est pas pour elle*, Mise à jour, déc. 2015, n°120-45
- **CROCQ (P.)**, *Cautionnement et droit des entreprises en difficulté*, n°172.
- **CROCQ (P.)**, *Nature juridique de la sûreté réelle pour autrui*, n°301.
- **CROCQ (P.)**, *Constitution de la sûreté réelle pour autrui*, n°303.
- **RIFFARD (J.-F.)**, *Le security interest américain*, n°525-142.

CNUE, position relative au « Rapport final du Forum Group en droit hypothécaire », §3 Bruxelles, 9 déc. 2004, disponible sur [www.notaries-of-europe.eu](http://www.notaries-of-europe.eu)

## 1.7. Dictionnaires

### 1.7.1. Dictionnaires juridiques

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, CORNU (G.) (dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 10<sup>e</sup> éd., 2014.

DAREMBERGE (C.V.), SAGLIO (E.), *Intercessio* (II - Droit privé), in *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments contenant l'explication des termes qui se rapportent aux mœurs, aux institutions, à la religion, aux arts, aux sciences, au costume, au mobilier, à la guerre, à la marine, aux métiers, au monnaies, poids et mesures, etc. et en général à la vie publique et privée des anciens*, 1877-1919 et *Hypotheca* in *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines d'après les textes et les monuments contenant l'explication des termes qui se rapportent aux mœurs, aux institutions, à la religion, aux arts, aux sciences, au costume, au mobilier, à la guerre, à la marine, aux métiers, au monnaies, poids et mesures, etc. et en général à la vie publique et privée des anciens*, 1877-1919, p. 354

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), dir., *Lexique des termes juridiques 2014/2015*, Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2014.

RIALS (S.) ET ALLAND (D.), dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

- GJUDARA (S.), « Dette »
- LEVY (J.-PH.), « Sûretés »
- TALLON (D.), « Trust »
- CADIET (L.), « Procédure civile »
- SIMON (D.), « Droit communautaire »
- TIMSIT (G.) « Système »
- JARROSSON (CH.), TESTU (F.-X.), « L'équité »

### 1.7.2. Dictionnaires généraux

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES (<http://www.cnrtl.fr/>).

LITRE (P.-E.), *Dictionnaire de la langue française*, supp. BAUDENEAU (J.) et BEGUE (C.), dir, Encyclopaedia Britannica France, 1999.

DICIONNAIRE DE L'ACADEMIE FRANÇAISE, 9<sup>e</sup> éd., 1992.

DICIONNAIRE LE PETIT ROBERT, 2013.

HARRAP'S SHORTER DICTIONARY FRENCH-ENGLISH, 8<sup>e</sup> éd., 2008.

## 1.8. Ouvrages non juridiques

- BAZZOLI (L.)**, *L'économie politique de John R. Commons*, Paris, L'Harmattan, 1999.
- HERODOTE**, *Histoires* in Livre I *Dialogue entre Otanès, Mégabyse et Darius*, V.
- IGLESIAS (C.)**, *El pensamiento de Montesquieu. Politica y Ciencia natural*, Madrid, Alianza Ed., 1984.
- MARKOVITS (F.)**, *Montesquieu : le droit et l'histoire*, Bibliothèque des philosophies, 2008.
- MONTESQUIEU (C.L. DE S. DE)**, « De l'esprit des lois ou du rapport que les lois doivent avoir avec le gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc. », in *Montesquieu œuvres complètes*, 1964, Éditions du Seuil, Préface de George Vedel.
- NEWTON (I.)**, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, S. Pepys Praeses, 1687.
- ROMILLY (J. DE)**, *Précis de littérature grecque*, Quadrige PUF, 2002, Paris, p. 190, à propos d'ARISTOTE, *La Politique*, Livre VIII, p.1236.
- SAINT EXUPERY (A. DE)**, *Le Petit Prince, Folio Junior Edition Spéciale*, Ed. Gallimard, 1993.
- STAROBINSKI (J.)**, *Montesquieu*, Editions du Seuil, 2<sup>ème</sup> éd., 1989.

## 2. ARTICLES, NOTES, CONTRIBUTIONS, INTERVENTIONS ET TRAVAUX DE RECHERCHE

–A–

- AFFAKI (B.G.), STOUFFLET (J.)**, « Chronique Droit Bancaire International », *Banque & Droit*, Sept-Oct. 2012, n°145, pp. 21-31.
- ALBIGES (CH.)**, « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Dr. et Pat.* 2006, n°150, p. 74.
- ALBIGES (CH.)**, « La constitution de la fiducie », *Droit et patr.* juin 2008, p. 46.
- ALBIGES (CH.)**, « Retour sur l'articulation entre devoir de mise en garde et exigence de proportionnalité », obs. sous Com., 14 oct. 2015, n° 14-14531, *Gaz. Pal.* 9-10 déc. 2015, p. 15.
- ALBIGES (CH.)**, « Appréciation de la disproportion : conséquences d'une pluralité d'engagements de la caution », Com., 29 sept. 2015, n° 13-24568 et Com., 3 nov. 2015, n°14-26051, *Gaz. pal.* 9-10 déc. 2015, p. 18.
- ALBIGES (CH.)**, « Appréciation de la disproportion : non prise en compte des revenus escomptés », obs. sous Cass. 1ère Civ., 3 juin 2015, n° 14-13126 et Com., 22 sept. 2015, n°14-22913, *Gaz. pal.* 9-10 déc. 2015, p. 17.
- ALBIGES (CH.)**, « La caution dirigeante, non nécessairement avertie et le devoir de mise en garde », *Gaz. Pal.* 2016, n°23, p. 28.
- ANCEL (P.)**, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport aux XVIèmes entretiens de Nanterre, *J.C.P.* 1989, *Cah. Dr. Entr.*, suppl. n°5, p. 4.
- ANCEL (P.)**, « Le cautionnement de marché public, générateur d'une obligation autonome », note sous CE, 14 juin 2000, *D.* 2001, p. 2117 et s, n°11-12.
- ANCEL (P.)**, « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien », *RDC*, oct. 2003, p. 231-232.
- ANDERSON (S.)**, « Land Law Texts and the Explanation of 1925 », C.L.P., *Oxford journals*, 1984, Vol. 37, p. 63.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *R.A.E.*, 1998, p. 18.
- ANSALONI (G.)**, « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009, p. 1672.
- ARRONDEL (L.), LAMARCHE (P.), SAVIGNAC (F.)**, « Consommation et patrimoine des ménages : au-delà du débat macroéconomique... », *Economie et Statistiques*, 2014.
- ATTAL (M.)**, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », *RIDC*, 4-2004, p. 941.

**AUSTEN-BAKER (R.)**, « Implied Terms in English Contract Law, in Commercial Contract Law Transatlantic Perspectives », *Cambridge University Press*, 2013, pp. 225-239.

**AYNES (A.)**, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301.

**AYNES (L), CROCQ (P.)**, « La fiducie protégée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559.

**AYNES (A.)**, « La fiducie-sûreté par et hors les textes », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, Septembre 2014, dossier 41.

–B–

**BARRIERE (F.)**, « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », *Joly* 2007, p. 440.

**BARRIERE (F.)**, (« Dossier coordonné par »), *La fiducie*, *D.* 2007, p.1346.

**BARTHEZ (A.-S.)**, « Cautionnement ou garantie autonome ? N’y aurait-il pas une place pour une garantie hybride ? », *LPA*, 17 mai 2004, p. 8.

**BARTHEZ (A.-S.)**, « L’avenir des sûretés personnelles alternatives », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, Janvier 2016, dossier 4.

**BAUERREIS (J.)**, « Le nouveau droit des conditions générales d’affaires », *RIDC.*, Vol. 54 n°4, Octobre-décembre 2002, p. 1013.

**BENABENT (A.)**, « Un culte de la proportionnalité...un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

**BENADIBA (A.)**, « Le droit de rétention en France et au Québec : une sûreté mobilière fonctionnelle », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 54, n°1, mars 2013, p. 115-143.

**BENEDETTINI (S.), NICITA (A.)**, « Towards the Economics of Comparative Law: the ‘Doing Business’ Debate », in *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, p. 291.

**BERAUDO (J.-P.)**, « La Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985-86, p. 33.

**BERGE (J.-S.)**, « Avotins ou le calme qui couve la tempête », [gdr-elsj.eu](http://gdr-elsj.eu)

**BERLIOZ (P.)**, Cautionnement international : un arrêt qui mérite plus qu’une mention, *JCP G.*, n°44, 26 oct. 2015, pp. 2002-2005.

**BLACHE (D.)**, « La régulation des banques de l’Union européenne face à la crise », *Revue Banque*, 2009, p.18.

**BLAUROCK (U.)**, « L’avenir de la fiducie-sûreté en droit allemand, in Les opérations fiduciaires », colloque de Luxembourg de 1984, éd. FEDUCI et L.G.D.J, Paris 1985, p. 108.

**BLUMANN (C.)**, *Traité modificatif : peut-être la sortie du tunnel*, *JCP G.* 2007, I, n°209, p. 17

**BOFFA (R.)**, « L’opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007, chron. 1161.

**BONNEAU (T.)**, « La directive « crédit hypothécaire », sa genèse, ses objectifs, son périmètre (biens visés, aux divers intervenants et types de prêts), comparaison par rapport au crédit mobilier », *RD Bancaire et fin.*, Mars 2015, dossier n°21.

- BONIFAY (E.),** « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'exequatur des décisions judiciaires », *D.* 2016, p. 1636
- BORDENAVE (A.),** « Gage de stocks : une espérance nouvelle à encourager », *Lexbase Hebdo* n° 381 du 14 mai 2014 — édition affaires (N° Lexbase : N2163BUN)
- BORGA (N.),** « Exclusion du devoir de mise en garde en présence d'une sûreté réelle pour autrui », *D.* 2009, p.1661.
- BORGA (N.),** « Les conditions de validité de l'hypothèque unique », *Etudes RD bancaire et fin.* 2016, 01 mars 2016, dossier 13.
- BORGA (N.),** « Gage des stocks : l'épilogue ? Presque... », *Bull. Joly Ent.*, janv. 2016, p. 32.
- BOURASSIN (M.),** « L'attrait limité du gage de choses fongibles de droit commun », *Réformes du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014
- BOURASSIN (M.),** « La force d'attraction du gage des stocks » : *D.* 2013
- BOURASSIN (M.),** « Réforme du gage des stocks : de l'attraction à l'attractivité », *Gaz. Pal.*, 8 mars 2016, n°10.
- BOUGEROL (L.),** « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, Septembre 2014, dossier 36, n°9
- BOUGEROL (L.), MEGRET (G.),** « La disproportion de l'engagement de la caution doit-elle nuire aux cofidésusseurs ? », *RD banc. fin.*, 2015, p. 26.
- BOUTELLER (P.),** « Gage de stock de biens ou de marchandises », *JCP E.* 20062006, p.1698.
- BROU (K. M.),** « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », *OHADATA* 12-09, p. 10.
- BRUYNEEL (A.),** « L'évolution du droit des sûretés – Constatations et questions in Les sûretés », colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984
- BUSSANI (M.),** « Le droit comparé des sûretés réelles et l'intégration juridique », *Dr et patrimoine*, juin 2001, p. 82
- BURNS (J.W.),** New article 9 of the UCC, the Good, the Bad and the Ugly, *University of Illinois, Law Review*, Vol. 2002, p.29 et s.
- BURSAUX (F.),** « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP N*, 1968, n°115.

–C–

- CABRILLAC (S.),** « Double peine pour le cofidésusseur : sanction de la disproportion et exclusion du bénéfice de subrogation », *Dr. et patr. mai 2015*, p. 22
- CABRILLAC (R.),** « Le nouveau Code civil du Québec », *Recueil Dalloz* 1993, p.297, n°14.
- CABRILLAC (M.),** « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », *Etudes P. Catala, Litec*, 2001, p. 709 et s. spéc n°18.

- CALABRESI (G.), MELAMED (A.D.)**, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », *Harvard Law Review*, 1972, p. 2.
- CAMACHO DE LOS RIOS (M.)**, « Promission indemnitis », *Rev. estud. hist.-juríd.*, Valparaíso nov. 2013, n°35.
- CAMPANA (M.-J.)**, « La clause de réserve de propriété : son évolution dans la législation française », *EUI Working Paper law*, n° 2001/2 (Etude comparée sur la propriété utilisée comme sûreté).
- CANTIN-CUMYN (M.)**, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan », *Les Cahiers de Droit*, Vol. 46, n° 1-2, Mars - Juin 2005, p. 463-479.
- CHAMPAUD (CL.)**, « Contribution à la définition du droit économique », *D.*, 1967, ch.24, p. 215.
- CHAPLIN (H.W.)**, « The story of mortgage law », *Harvard Law Review*, Vol. 4, n°1, 15 avril 1890.
- CORREA DELCASSO (J-P.)**, « Le titre exécutoire européen et l'inversion du contentieux », *RIDC.*, Vol. 53 n°1, Janvier-mars 2001. n°2, p. 63.
- COASE (R. H.)**, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, oct. 1960, p. 44.
- CROCQ (P.)**, « Cautionnement. La sanction d'un engagement disproportionné de la caution en dehors du crédit à la consommation », *RTD Civ.* 1998, p. 157
- CROCQ (P.)**, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.*, 2001, p. 58.
- CROCQ (P.)**, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 58.
- CROCQ (P.)**, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354.
- CROCQ (P.)**, « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC* n°55, déc. 2008, p. 65.
- CROCQ (P.)**, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009.
- CROCQ (P.)**, « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le refus de « Comme il vous plaira » ! », *RTD civ.* 2013
- CROCQ (P.)**, « Panorama Droit des sûretés », *D.* 2014, p. 1610, n°2.
- CURTIS (G.F.)**, « The Theory of the Floating Charge », *The University of Toronto Law Journal*, 1941, Vol. 4, n°1, p. 131.

–D–

- DAGOT (M.)**, « Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes », *JCP N* 1999, p.381.
- DAMMANN (R.)**, « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque & Droit*, sept-oct. 2005, n° 103, p. 16 et s.
- DAMMANN (R.)**, « Fiducie. Les nouvelles opportunités, Table ronde », *JCP E, Cah. dr. entr.*, n° 3, mai-juin 2007, p. 9 et s., spéc. p. 16.



- DECHEIX (P.)**, « La fiducie ou du sens des mots », *D.* 1997.
- DELEBECQUE (PH.)**, « Comment sanctionner l'obligation d'information du banquier à l'égard de sa caution ? », *Rev. sociétés* 1993, p. 415.
- DELEBECQUE (PH.)**, « Le cautionnement et le Code civil : existe-il encore un droit du cautionnement », *RJ com.* 2004, p. 226.
- DESHAYES (O.)**, « L'interprétation des contrats Observations et propositions de modifications », *JCP G*, Supplément au n°21, 25 mai 2015, p. 39-42.
- DI MARTINO (M.)**, « Le nouveau règlement européen sur les procédures d'insolvabilité », *Revue française de comptabilité*, sept. 2015, n°490, p. 12.
- DIFFO TCHUNKAM (J.)**, « Du droit commercial général au droit économique », *Recueil d'études sur l'OHADA et les normes juridiques africaines*, PUAM, Vol. VI, 2013, n°10, p. 173.
- DONDERO (A.)**, « Lettres d'intention : gare au coup de foudre... contractuel ! » *Gaz. Pal.*, 08 juillet 2014 n° 189, p. 5.
- DOSSOU NAKI (H.)**, « Allocation Officielle » lors du Colloque *OHADA et Union Européenne, Les mécanismes d'harmonisation du droit des affaires*, du 2 décembre 2004, p. 34
- Droz (G.A.L.)**, « La conférence de la Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles », *RIDC.*, Vol. 13 N°3, Juillet-septembre 1961, pp. 507- 521.
- DUPICHOT (PH.)**, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G*, 2007.1.121
- DUPICHOT (PH.)**, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, p. 132.
- DUPICHOT (PH.)**, « Fiducie et finance islamique », *D.* 2010, p. 1064.
- DUPICHOT (PH.)**, *L'efficience économique du droit des sûretés réelles*, 2010, conférence dispensée dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental.

–E–

- ELSER (M.), JULIEN-SAINT-AMAND (L.)**, « Les garanties hypothécaires en droit allemand », *LPA*, 23 avril 1997, n°49.
- ELLAND GOLDSMITH (M.)**, « Comfort letters in English law and practice », *1994 Int'l Bus. Law Journal*, 1994, p.527, n°2
- ELLAND GOLDSMITH (M.)**, « Les sûretés réelles mobilières en droit anglais », *Rev. Dr. Aff. Intern.*, 1995, n°145.
- ELLAND GOLDSMITH (M.)**, « Real security over personal property in English law », *Int.Bus. Law Journal*, 1995, p. 145.
- ELLAND GOLDSMITH (M.)**, « Les sûretés de droit anglais », *Dossier Financements de projets, RD Bancaire et fn.*, 2004, p. 158.

**EMMERICH (Y.)**, Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law: entre droit des contrats et droit des biens, *RIDC.*, Vol. 61 n°1, 2009, p. 49.

**ERESEO (N.)**, « Le champ d'application de la directive européenne sur les crédits immobiliers aux consommateurs, Dossier spécial La future réforme du crédit immobilier en France », *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 6

–F–

**FABRE-MAGNAN (M.)**, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », *RDC*, 2012, n°4, p. 1430.

**FABRE-SURVEYER (E.)**, « La province de Québec et le Code civil français », *La revue Légale*, 1906.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « La réforme du droit des contrats : perspective comparative », *La réforme du droit des contrats : projets et perspectives*, *RDC*. 2006, n°1, p. 256.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « Rapport Général », *La confiance légitime et l'estoppel*, *Société de Législation Comparée*, 2007, Vol. 4, pp. 10-11.

**FRANÇOIS (J.)**, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 13 septembre 2001, n° 31.

**FREMEAUX (E.)**, « Pour l'hypothèque rechargeable », *JCP N*, 2016, n°12, p. 1102

**FICKER (H.)**, « L'état du droit comparé en Allemagne », *RIDC*, 1958, p. 708.

**FRISON-ROCHE (M.-A.)**, *Définition du droit de la régulation économique*, *Conc. Distr.*, Recueil Dalloz, 2004

–G–

**GALLOIS (A.)**, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010, p. 335, spéc. n°34.

**GAMBARO (A.)**, « Perspectives on the codification of the law of property », *European Review of Private Law*, 1997, n°4

**GENICON (Th.)**, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p.1551.

**GHESTIN (J.)**, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981

**GIJSBERS (CH.)**, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks », *RLDC* 2012/103, n°5047.

**GIJSBERS (CH.)**, « Gage des stocks : réitération de la position de la cour d'appel de Paris », *D.* 2014, p. 924, n°1.

**GLASSON (E. D.)**, « Le mariage civil et le divorce, Avant-propos », *Aperçus sur les origines du droit civil moderne dans les principaux pays de l'Europe*, Kessinger Publishing, 1880.

- GOLDMAN (B.)**, « Les travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international », *J.D.I. (Clunet)*, 1979, p. 747.
- SIR GOODE (R.)**, « The Banker's Duty of Confidentiality », *Journal of International Banking Law*, 1989, p. 269
- SIR GOODE (R.)**, « The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing », *Uniform Law Review*, 2002, 1-15
- GOURIO (A.)**, « La directive européenne sur le crédit immobilier aux consommateurs », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 10, 5 Mars 2015, p. 1114, n°4.
- GRATTON (L.)**, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p.22
- GRETTON (G. L.)**, « Reception without Integration – Floating Charges and Mixed Systems », 2003, *Tul. Law Review*, p. 307.
- GRIMALDI (M.)**, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 53
- GRIMALDI (M.)**, **DAMMANN (R.)**, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009
- GRIMALDI (M.)**, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de Droit Henri Capitant*, Juin 2011.
- GRIMALDI (C.)**, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, Chr. p. 814.
- GRIMALDI (M.)**, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, *Deffrénois* 1991, art. 35094, spéc. p. 964.
- GULLIFER (L.)**, « The reform of the English law of secured transactions », *Dr et Patr.*, 2012
- GUINCHARD (E.)**, « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD Eur.* 2014, p. 922
- GUINCHARD (E.)**, « Grande Chambre de la CEDH dans Avotins c. Lettonie », [justicecivileeuropeenne.wordpress.com](http://justicecivileeuropeenne.wordpress.com)

–H–

- HARTLEY (T.C.)**, « Le droit du cautionnement et de la garantie au Royaume-Uni et en Irlande », *Etudes*, Commission des Communautés Européennes, Série Concurrence Rapprochement des législations, 1976, n°28, p. 12, n°10.
- HARTLEY (T.C.)**, « The Law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland », *Etudes*, Commission des communautés européennes, Approximation of législation series, 1976, n°28, p. 14.
- HELMUT (H.)**, « La réserve de propriété dans le cadre des opérations commerciales transfrontalières », *RIDC.*, Vol. 47, n°2, Avril-juin, p. 459.
- HENRY (L.-C.)**, « L'articulation entre la procédure principale et la procédure secondaire », in *Le droit européen des procédures d'insolvabilité à la croisée des chemins*, coll. « Grands colloques », Montchrestien Lextenso éditions, 2013, p. 52.

- HEUGAS-DARRASPEN (H.), SALVANDY (J.),** « L'hydre de l'hypothèque rechargeable », *RDI*, Juillet-Août 2015, n°7/8.
- HEUZE (V.),** « De quelques infirmités congénitales du droit uniforme : l'exemple de l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 », *RC* 2000, p. 623.
- HEUZE (V.),** « Assurance-crédit et sûretés personnelles », *D.* 2014, chron. p. 493.
- HOK (G-S.),** « The third real estate forum : mortgage lending in Europe, Law of land registration and mortgages in Germany », in <http://www.hypotheca-europae.net/Bericht-Deutschland.htm>
- HOUIN (R.),** « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ com.* fév. 1982, numéro spécial, p. 7 et s., spéc. p. 10
- HOUIN (R.),** *Les privilèges du Trésor et des administrations publiques en matière de faillite*, Etudes de droit contemporain, T.III, 1959, p. 66.
- HOUIN-BRESSAND (C.), PEROCHON (F.),** « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? », *Etudes RD bancaire et fin.*, 01 Mars 2016, dossier 16, n°4.
- HOUTCIEFF (D.),** « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? » in *La confiance en droit privé des contrats*, Thèmes et commentaires Actes, Dalloz, 2008, p. 95, n°28.

–I–

- ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUE (P.-G.), SAWADOGO (F.M.),** « OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés, avec la participation des professeurs François Anoukaha, Ndiaw Diouf, Babacar Gueye et al. », *Juriscope* 2014.
- ISSA-SAYEGH (J.),** « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », D-06-09.
- ISSA-SAYEGH (J.),** « Commentaire de l'acte Uniforme portant Organisation du droit des sûretés », OHADATA D-07-20.
- ISSA-SAYEGH (J.),** « Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : exemple des Actes uniformes OHADA », *Rev. Dr. Uniforme*, 1999-1.

–J–

- JACQUE (J.-P.),** « CJUE – CEDH : 2 – 0 », *RTD Eur.* 2014, p. 823.
- JACQUES (PH.),** « Regards sur l'article 1135 du Code civil », *Dalloz*, p. 206, n°104.
- JALUZOT (B.),** « Méthodologie du droit comparé », Bilan et perspectives, *RIDC*, 1-2005, p. 36.
- JAMBORT (S.),** « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly Sociétés*, 01 juin 2007 n° 6, p. 668.
- JEULAND (E.),** « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », in *Travaux du Comité 2008-2010*, p. 55

- JOBIN (P.-G.)**, « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.* 1993, p. 911.
- JOBIN (P.-G.)**, « Chronique de droit civil québécois », *RTD Civ.* 1999, p. 747 et s.
- JOBIN (P.-G.)**, « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? », *RIDC.*, Vol. 52 n°1, Janvier-mars 2000. p.51.
- JUILLET (CH.)**, « Le critère de distinction du cautionnement et de la garantie autonome », *JCP E*, n° 51, 23 Décembre 2010, p. 2124.
- JUILLET (CH.)**, « Les standards juridiques en droit des sûretés », *Rev. dr. Aff.*, 2014/02, p. 73.
- JUILLET (CH.)**, « La sûreté hypothécaire unique en droit français », *Etudes RD bancaire et fin.*, Mars 2016, dossier 12, n°22.
- JUILLET (CH.)**, **LEGEAIS (D.)**, **MARTIAL-BRAZ (N.)**, **ROUSSEL-GALLE (PH.)** sur le thème « Quelle réforme pour le droit des sûretés ? », *RD bancaire et fin.*, mars – mai 2016.
- JULIENNE (M.)**, « Les gages spéciaux : modèles pour le droit commun ? », *chron. D.* 2016, p. 1266.
- JUNG (P.)**, « La protection de la confiance en droit allemand des contrats », in *La Confiance*, 11<sup>ème</sup> journées bilatérales franco-allemandes, Paris, 22 et 23 novembre 2012, Société de Législation Comparée, 2012, Vol. 12, p. 31 et s.

–K–

- KAHN (PH.)**, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *JDI*, 1966.
- KIRSCH (M.)**, « Historique de l'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) », *Recueil Penant*, n°826, Janv-Avril 1998, p. 130.

–L–

- LABAYLE (H.)**, « Brexit : mauvais génis et apprentis sorciers », *gdr-elsj.eu*.
- LABOULAYE (E.)**, « Sur l'Esprit des lois, de Montesquieu », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1969, vol.1, p.169.
- LACHIEZE (CH.)**, « La délégation-sûreté », *D.* 2006, *chron.* p. 234.
- LAFONT (S.)**, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC* fév. 2009, p. 31 et s.
- LAGARDE (X.)**, « Réformer l'injonction de payer – Défense d'une proposition », *JCP* 2008, I, p. 165.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, « L'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et les devoirs d'explication et de mise en garde à la charge du prêteur, in Dossier spécial La future réforme du crédit immobilier en France », *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 10, n°31.

- LASSERRE CAPDEVILLE (J.), BOURDALLE (N.),** « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit* 2006, n°107, p. 17 ;
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.),** « Les arrêts Jauleski, Seydoux et Guigan : l'avènement du devoir de mise en garde », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, Septembre 2015, dossier 47.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.),** « Deux règles essentielles largement laissées à la liberté des Etats membres : le délai de réflexion et le remboursement anticipé du crédit, Dossier spécial La future réforme du crédit immobilier en France », *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, pp. 15-17
- LE GALLOU (C.),** « Mise en garde du banquier : l'emprunteur doit prouver », *RLDC*, 2014, n°118, n°5517.
- LE GALLOU (C.),** « L'hypothèque rechargeable : un jeu de cache-cache ou de qui perd quoi ? », *RLDC* avr. 2015, p. 30.
- LE GALLOU (C.),** « Mentions manuscrites de la caution : faire des lignes pour protéger ? », *RLDC*, 2015, n° 131, au sujet des arrêts Cass. 1ère Civ, 9 juill. 2015, n° 14-21.763 ; Cass. 1ère Civ., 9 juill. 2015, n° 14-24.287.
- LE GALLOU (C.),** « Clause de réserve de propriété et droit international privé », *RLDC*, 2016, n°2776.
- LE TOURNEAU (PH.), POUMAREDE (M.),** « Bonne foi », *Rép. Civ. Dalloz*, 2009, n°43.
- LE TOURNEAU (PH.),** « Les professionnels ont-ils du cœur ? », *Rec. Dalloz Sirey*, 1990, p.21-26.
- LEBEL (L.), LE SAUNIER (P.-L.),** « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », *Les Cahiers de Droit*, Vol 47, n°2, juin 2006, p. 179-238.
- LELART (M.),** « Un exemple d'intégration institutionnelle : l'évolution de la zone franc, du Traité de Maastricht au Traité de l'UEMOA », *Revue Tiers Monde*, T. 38, n°152 (octobre-décembre 1997), pp. 897-918.
- LEBON (C.),** « Vorlagebeschluss of June 29, 1999 — The Protection of "Vulnerable Sureties" as to German, French, Belgian, Dutch, English and Scottish Law », 2001 *European Review of Private Law*, Issue 2/3, pp. 417-440.
- LEGEAIS (D.),** « Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003, p. 1433 et *RD bancaire et fin.* sept. Oct 2003, n°178.
- LEGEAIS (D.),** « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés* 2013, p. 680.
- LEGEAIS (D.),** « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2014, dossier 42, n°3.
- LEGEAIS (D.),** « Droit bancaire: les décisions de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 12 juillet 2005, dix ans plus tard », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 5, Septembre 2015, dossier 46.
- LEGEAIS (D.),** « Réforme des sûretés (1<sup>re</sup> partie) », *Revue de Droit bancaire et financier*, Janvier 2016, dossier n° 1.
- LEJEUNE (F.),** « Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail », *Journal Not.*, 1986.

- LEMMENS (P.)**, « Les effets de la CEDH dans certains domaines du droit civil », *RUDH*, 1992, p. 447.
- LEMONTEY (J.)**, « Les débuts de la CNUDCI et l'expérience française, in La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : à propos de 35 ans d'activité », *LPA*, 18 décembre 2003, no 252, pp. 19-20.
- LEVY (J.PH.)**, « Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles », *The Legal History Review*, Volume 55, n°3
- LIBCHABER (R.)**, *Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007*, Defrénois 2007. art. 38 631.
- LINGARD (J.R.)**, « Comfort letters Under English law », *Int. Fin. L. Rev.*, 1986, p. 36
- LOHOUES-OBLE (J.)**, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC.*, Vol. 51 n°3, Juillet-septembre 1999, pp. 544.
- LOPEZ DE TEJADA (M.), D'AVOUT (L.)**, « Les non dits de la procédure européenne d'injonction de payer, Règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 », *Rev. Crit. DIP*, 2007, p. 717.

–M–

- MACORIG-VENIER (F.), SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, « Les créanciers dans l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme des Entreprises en difficulté », *Rev. Proc. Coll.*, janv. Févr. 2009, in Dossier Réforme des procédures collectives : ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, n°9, p. 65, n°47.
- MACORIG-VENIER (F.)**, « L'évolution générale des sûretés réelles depuis 25 ans, in Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit », *Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques*, PUSST, 2005, p. 413, spéc. p.420
- MACORIG-VENIER (F.)**, « L'exclusivité, in Sûretés réelles et Entreprises en difficulté », Colloque du CRAJEFÉ-CERDP, 19-20 mars 2010, Nice, *LPA*, 11 févr. 2011, n°30, p. 59.
- MACORIG-VENIER (F.)**, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et Patr.* Janv. 2010, n°188, p. 26.
- MAINGUY (D.)**, « Le problème posé par le théorème de Coase, le droit de l'environnement et l'intérêt général environnemental », in *Droit et sentiments*, Rencontres Montpellier Sherbrooke, CNRS 2012.
- MALLARME (S.)**, *Quelques médaillons et portraits en pied*, in *Œuvres complètes*, cité par P. LEGRAND, « Analyse différentielle des juriscultures », in *L'avenir du droit comparé un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de Législation Comparée, 2000, p. 324
- MALAUURIE (PH.)**, intervention in *La fiducie : une révolution dans notre droit ?*, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires de Paris II, Paris, 8 juin 1990 : *Banque et droit*, n°15, janv.-févr. 1991, p.11
- MANCUSO (S.)**, « The new African law, Beyond the difference between Common Law and Civil Law », OHADA D-10-48, p.5.

- MARKESINIS (B.),** *Unité ou divergence ; à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain*, RIDC 2001, pp. 807-808.
- MARTIAL-BRAZ (N.),** « Grandeur et décadence du droit de rétention », *Rev. Lamy dr. civ.* 2011, n° 81
- MARTIAL-BRAZ (N.),** « L'opposabilité de l'hypothèque unique », *Etudes RD bancaire et fin.*, 2016, 01 Mars 2016 dossier n°14, n°13.
- MARTIN (L.-M.),** « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Banque*, 1975, p.1138.
- MASSIAS (F.),** « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Eur. Dr. Privé*, 1994, p. 47.
- MATTERA (A.),** « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2002, p. 217.
- MAZEAUD (D.),** « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme ! », *Dr. Et patr.*, Oct. 2014
- MAZILLE (CL.),** « Brexit v. droit d'être en retrait : quel équilibre pour une Europe à géométrie variable ? », [gdr-elsj.eu](http://gdr-elsj.eu).
- MC CORMACK (G.),** « Personal Property Security Law Reform in England and Canada », *Journal of Business Law*, 2002.
- MEGRET (G.),** « Utiles précisions sur l'appréciation de la disproportion et sur le devoir de mise en garde de la caution », *AJ Contrats d'affaires – Conc. – Distrib.*, 2015 p.372.
- MENJUCQ (M.),** « L'efficacité des sûretés à l'épreuve des procédures transfrontalières », *Revue des procédures collectives*, n° 3, Mai 2009, étude 12.
- MESTRE (J.),** « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.* 1986, p. 101
- MIGNOT (M.),** « Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », *RLDC* mai 2006, n°2050
- MIGNOT (M.),** « La loi applicable au cautionnement », *Gaz. Pal., G.*, 8 oct. 2015, n°280, pp. 9-10.
- MILANO (L.),** « Protection des droits fondamentaux et mécanismes de reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne », *JCP E*, 2016, n°30-35, p.898.
- MOLFESSIS (N.),** « Le principe de proportionnalité en matière de garantie », *Banque et Droit*, n°71, mai-juin 2000, n°22.
- Moliere (A.),** « L'époux qui autorise la conclusion d'un cautionnement par son conjoint doit-il être mis en garde ? », *D.* 2016, p. 1415
- MONATERI (P. G.),** « Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne : la synecdoque française », *R.I.D.C.*, Vol. 36, n°1, Janvier-mars 1984.
- MONATERI (P. G.),** « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *R.I.D.C.*, 1999, p. 1001
- MOULY (C.),** « Les sûretés personnelles traditionnelles en droit français », in *Les sûretés*, colloque FEDUCI, Bruxelles, 1984, p. 143.



- MOULY (C.)**, « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque* 1987, p. 1166
- MOULY (C.)**, « Hypothèques, Définitions, Caractères, Effets », *J.-Cl. Civ. Not.*, art. 2114-2117, n°4.
- MOURONT (M.)**, « Discours du XVIIème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », *Gaz. Pal.*, 1978, 2, Doctr. p. 611.
- MUIR-WATT (H.)**, « Rapport de synthèse », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, p. 178.
- MUNIZ ESPADA (E.)**, « Regard critique depuis l'Espagne sur la directive relative au crédit hypothécaire », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, Mars 2015, p.24.

–N–

- NIBOYET (M.-L.)**, « La révision de la Convention de Bruxelles par le règlement du 22 déc. 2000 », *Gaz Pal. Spéc. contentieux jud. Internat. et europ.*, 10-12 juin 2001.
- NOURISSAT (C.)**, « Le contentieux de la 2ème génération en matière de coopération judiciaire civile : le cas « Goldbet Sportwetten » », publié au gdr-elsj.eu le 3 juillet 2013.
- NOURISSAT (C.)**, « Le statut en droit international privé de la loi nationale de transposition d'une directive européenne : discussion autour des conclusions de l'AG dans l'affaire « Unamar » », gdr-elsj.eu.
- NOURISSAT (C.)**, « Jeu de l'exception d'ordre public en matière d'exécution transfrontière dans l'espace intra-européen : inversion ou perversion du contentieux après l'arrêt Meroni ? », gdr-elsj.eu, 5 juin 2016.

–O–

- OPPETIT (B.)**, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chronique 111.
- ORTSCHEIDT (P.)**, *Possession et clause de réserve de propriété en droits français et allemand*, *RIDC*, Vol. 35, n°4, Octobre-décembre 1983

–P–

- PARKS (J.L.)**, « The rights of a pledgor on transfer of a pledges », *Minnesota Law Review*, Vol. 6, feb. 1922.
- PAYAN (G.)**, « Saisie européenne des avoirs bancaires et transparence patrimoniale : Les jalons posés par le Parlement européen », *LPA*, 1er-2 septembre 2011, pp. 8-14.
- PAYETTE (L.)**, « La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau Code civil du Québec », *RGD (Revue Générale de Droit)*, 1992, n°23, pp 373-384.
- PEDAMON (M.)**, « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.*, 1981-I, pp.5-9.
- PEDAMON (M.)**, « Claude Witz et Filippo Ranieri (dir.). La réforme du droit allemand des obligations - Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects », *RIDC.*, Vol. 57 n°3, 2005. pp. 859-863.

- PELICHET (M.)**, « Le trust et les institutions analogues – la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985, in *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse* », Cedacac 1994, p. 136
- PENNINGTON (R.R.)**, « The Genesis of the Floating Charge », *The Modern Law Review*, Vol. 23, n°6.
- PEROCHON (F.)**, « La clause de réserve de propriété, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* », colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 36.
- PICOD (F.)**, « La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH. – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg », *JCP G*, n° 6, février 2015, 145.
- PICOD (Y.)**, « Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise », *D.* 2002, chron., p. 1971
- PICOD (Y.)**, « Observations conclusives », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 2, Mars 2015, p. 28, n°2.
- PIEDELIEVRE (S.)**, « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.* 2008, p. 2950.
- PIETTE (G.)**, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006, p. 1688.
- PIETTE (G.)**, « Gage des stocks et droit commun du gage » : *Lexbase Hebdo* n° 638, 8 janv. 2016.
- PIETTE (G.)**, « Réforme du gage des stocks : "mais dans quel état j'erre ?" » *N° Lexbase* : N1251BWA, n°643, 11 février 2016.
- PISANI-FERRY (J.)**, **BISMUT (CL.)**, « L'union économique et monétaire : principes et implications » in *Perspectives et réflexions stratégiques à moyen terme*, *Revue économique*, Numéro Hors Série, 1993, pp. 121-142.
- POMART (C.)**, « La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *LPA*, 27 mars 2008 n° 63, p. 19
- PONS (J.-F.)**, « Marché commun, Marché unique et politique européenne de la concurrence de 1957 à 2007 », *50 ans après le Traité de Rome*, *Revue d'économie financière*, n°88, 2007, pp. 171-184.
- PONSOT (D.)**, « Le droit de l'OHADA, une source d'inspiration pour les législateurs nationaux ? », *OHADA-D-10-20*, p. 2.
- PONTHOREAU (M.-C.)**, « Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, 1, 2005, p. 15
- POSEZ (A.)**, « La publicité foncière est-elle devenue constitutive de droit ? », *D.* 2015, n°44, 2609
- PRAICHEUX (S.)**, « Les sûretés sur les marchés financiers », *Banque* 2004, n° 493.
- PRAICHEUX (S.)**, « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 1, Janvier 2010, dossier 6, n°1
- PRÜM (A.)**, « L'autonomie des garanties à première demande », *RD banc.et fin.*, mai-juin 2006, p. 13.

## -R-

- RANIERI (F.)**, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition de la civil Law », *RIDC.*, 1998, p. 1072.
- REMET (TH.)**, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », *RDC*, 31 mars 2015, p. 199.
- ROBINNE (S.)**, « L'Antichrèse », *Evolution des sûretés réelles : regards croisés*, Université-Notariat, LexisNexis Litec, 2007.
- ROHMERT (A.)**, « Le cautionnement à première demande en droit allemand - une sûreté hybride », *Revue de Dr. Bancaire et de la Bourse*, 1994, n°43.
- ROSSI (T.)**, « La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé », *Droit international privé*, D&R Partner, 1990, p. 112.
- ROSSIGNOL (H.)**, Extraits du Rapport du 17ème congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978), « L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », *Gaz. Pal.* 1978, 2, p. 613.
- RZEPECKI (N.)**, « Les mesures de transposition maximale dans la directive européenne sur le crédit immobilier », Dossier spécial *La future réforme du crédit immobilier en France*, *Gaz. Pal. Journal Spécial des Sociétés*, n°235 à 237, p. 12.

## -S-

- SACASAS (R.), WIESNER (D.)**, « Comfort letters : the business and legal implications », *Banking L.J.*, 1987 n°104, p.313.
- SACASAS (R.)**, « The comfort letter trap : parent companies beware », *Banking L.J.*, 1989, n°106, p.173.
- SACCO (R.)**, « Le droit muet », *RTD civ.*, 1995, p.783.
- SACHSE (H. R.)**, « Purchase money security interest in Common Law and the French system of civil law », *Mc Gill Law Journal*, Vol. 15, 1968, p. 73-82, spéc. p.77.
- SANNINO (P.)**, « Une nouvelle procédure simplifiée pour le recouvrement des petites créances », *JCP G* 2016, p.385
- SAVY (R.)**, « La notion de droit économique en droit français », *AJDA*, mars 1971, pp. 132-138.
- SCHMID (C.U.), HERTEL (C.)**, « Real Property Law and Procedure in the European Union : General Report », 2005, *European University Institute of Florence*, p. 85.
- SCHOLLEN (A.)**, « Les lettres de parrainage ont-elles toujours de bonnes intentions ? », 1994, *Int. Bus. Law Journal*, 1994, n°7, p. 793.
- SERMET (L.)**, « La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la propriété », Dossiers sur les droits de l'homme N 11, Les éditions du Conseil de l'Europe Strasbourg, 1991, p.24.
- SIMLER (PH.)**, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G I*, 1990, p. 387.
- SIMLER (PH.)**, « La délégation du maître de l'ouvrage », *RDI* 1996, 150
- SIMLER (PH.)**, « L'hésitation était légitime », *Dalloz*, 2007, p. 807.

- SIMLER (PH.)**, *Les principes fondamentaux du cautionnement : entre accessoire et autonomie*, Bull. d'information de la Cour de cassation, Communications, 15 oct. 2013
- SOINNE (J.)**, « La publicité des garanties financières de l'entreprise : gage d'efficacité », *Rev. proc. coll.*, mars 2005, n° 1, p. 30 et s.
- SIREY (J.-B.)**, « Antichrèse » in *Jurisprudence de XIXe siècle, ou Table tricennale du Recueil Général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, 1834, numérisée et disponible en ligne sur Bibliothèque Municipale de Lyon ([www.bm-lyon.fr](http://www.bm-lyon.fr))
- SPARKES (P.)**, « Real Property Law and Procedure in the European Union Report from England and Wales », disponible sur le site de l'European University Institute.
- STERN (W. B.)**, « Comparative law : the history of the language problem and the use of generic terms », Law Library, 1962
- STEVEN (A.J.M.)**, « Accessoriness and Security over Land », *The Edimburgh Law review*, 2009, Vol. 13, n°3.
- STOFFEL-MUNCK (PH.)**, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr et patr.*, 2012, n°213.
- STORME (M.E.)**, « Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union », *RIDC*, 1996, p. 235.

–T–

- TALL (A.B.)**, « L'Organisation commune africaine, malgache et mauricienne », *Journal of African Law*, Vol. 16, No. 3 (1972), pp. 304-309, spéc. p. 304.
- TERRE (F.)**, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G*, n° 25, 15 Juin 2009, p.31, point 1.2.
- THERY (PH.)**, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr et patr.* Avril 2001, p. 53.
- THEVENOZ (L.)**, « Trust et Fiducie, la Convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise », Actes du Colloque du 11 décembre 2003, Coll. Grands Colloques, p. 35.
- THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTC Civ.* 1997, p. 382.
- TIGER (PH.)**, « Introduction générale des travaux », in OHADA et Union Européenne, Les mécanismes d'harmonisation du droit des affaires, Association du notariat francophone, déc. 2004, p.28.
- TOLEDO-WOLFSOHN (A.-M.)**, « La réforme du droit anglais des sûretés », *Revue Lamy Droit Civil*, 2014, n°120.
- TOUCHETTE (J.)**, « Le bijuridisme canadien : coexistence de deux systèmes juridiques institutionnels », *Revue Générale du Droit*, 2002, n°32, pp. 117-130.

–V–

- VALETTE ERCOLE (V.)**, « La protection précontractuelle du consommateur dans la nouvelle directive sur le crédit hypothécaire », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, Mars 2015, p. 23, n°26.
- VAN DEN HAUTE (E.)**, « Intégration du marché européen du crédit hypothécaire : retour de l'euro-hypothèque au banc de touche ? », *REDBF (Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier)*, 2008, pp. 417-436.
- VAN ERP (S.)**, *Security interests, a secure start for the Development of European Property Law*, University of Maastricht, 2008, p. 3.
- VAN VLIET (L.)**, « The German Grundschuld », *The Edimburgh Law Review*, 2012, Vol.16, n°2.
- VINCENSINI (C.)**, **TAUGOURDEAU (E.)**, « La justification économique de l'Union économique et monétaire : ex ante, ex post ou inexistante ? » *Revue française d'économie*, volume 24, n°2, 2009, pp. 57-83.
- VUILLEMIN-GONZALES (C.)**, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, p.3338.

–W–

- WORTLEY (B. A.)**, « Le « trust » et ses applications modernes en droit anglais », *RIDC.*, Vol. 14, n°4, Oct-Déc.1962.
- WEHRENS (H.G.)**, « Real security regarding immovable objects – Reflections on a Euro-Mortgage », in *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004, p. 769.
- WITZ (C.)**, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République Fédérale d'Allemagne », *RIDC.*, 1985, Vol. 37, n°1.
- WITZ (C.)**, « Rapport introductif - Les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe », *La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque de Paris du 29 novembre 1990. Bulletin Joly n°4 bis, 1991.

–Y–

- YEO (V.)**, « Visiting an old friend – the 'Romalpa' clause », *Singapore Academy of Law Journal*, 1997, n°9.
- YONDO BLACK (L.)**, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Dr et patr.*, n°197, nov. 2010, p. 48.

–Z–

- ZENATI-CASTAING (F.)**, « La proposition de refonte du livre II du Code civil », *RTD Civ.* 2009, p.211, n°30.

**ZIMMERMANN (R.)**, « The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition », *Oxford University Press*, 1996, p. 137, n°1.

**ZWEIGERT (K.)**, « Du sérieux de la promesse. Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *RIDC.*, Vol. 16, 1964, p.34.

### 3. INSTRUMENTS JURIDIQUES ET DOCUMENTS OFFICIELS

#### 3.1. Source internationale

##### 3.1.1. Organisation des Nations Unies

*Charte des Nations-Unies*, San Francisco, 26 juin 1945 (vig. 24 oct. 1945).

*Report of the Uncitral*, 13th session, in *Uncitral Yearbook*, XI (1980), première partie, II, A (A/35/17)

*Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, signée à Vienne le 11 avril 1980, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988.

##### 3.1.2. UNIDROIT

« Textes de la CNUDCI, de la Conférence de La Haye et d'Unidroit sur les sûretés : Comparaison et analyse des principaux éléments des instruments internationaux relatifs aux opérations garanties » disponible sur [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)

Guide CNUDCI

A/5728, Mémoire du 9 décembre 1964

Convention de Cap Town puisqu'elle a déposé ses instruments d'adhésion auprès d'Unidroit le 26 juillet 2016

##### 3.1.3. Autres organisations internationales

**Convention du 15 avril 1958** sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

**Convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985** relative à la loi applicable aux trusts et à sa reconnaissance

#### **Banque Mondiale**

- *Understanding Regulation*, rapport Doing Business 2004
- Doing Business dans les Etats membres de l'OHADA en 2012, publié le 25 janvier 2012, consultable <http://francais.doingbusiness.org/reports/regional-reports/ohada>, consulté le 3 mars 2015.
- Rapport Doing Business, OHADA, 2014
- Report, Doing Business 2016

## 3.2. Source régionale

### 3.2.1. Conseil de l'Europe

#### 3.2.1.1. Conventions et Résolutions

*Statuts du Conseil de l'Europe*, Londres, 5 mai 1949, STE n°1 (vig. 3 août 1949).

*Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Rome, 4 nov. 1950, STE n°5 (vig. 3 sept. 1953).

*Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention*, Strasbourg, 11 mai 1994, STE n°155 (vig. 1<sup>er</sup> nov. 1998).

*Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, Strasbourg, 13 mai 2004, STCE n°194 (vig. 1<sup>er</sup> juin 2010).

*Protocole n°15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 24 juin 2013, STCE n°213.

*Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Strasbourg, 2 oct. 2013, STCE n°214.

#### 3.2.1.2. Autres documents

Travaux préparatoires de l'article 1 du premier protocole additionnel à la Conv. EDH, Conseil de l'Europe, 1976, p. 3

### 3.2.2. Union européenne

#### 3.2.2.1. Droit primaire

*Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 18 avr. 1951, 261 RTNU 140 (vig. 23 juil. 1952).

*Traité instituant la Communauté économique européenne*, Rome, 25 mars 1957, 298 RTNU 11 (vig. 1<sup>er</sup> janv. 1958).

*Acte unique européen*, Luxembourg, 17 fév. 1986, La Haye, 28 fév. 1986, JOCE L 169/1 du 29 juin 1987 (vig. 1<sup>er</sup> juil. 1987).

*Traité sur l'Union européenne*, Maastricht, 7 fév. 1992, JOCE C 191/1 du 29 juil. 1992 (vig. 1<sup>er</sup> nov. 1993).

*Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes*, Amsterdam, 2 oct. 1997, JOCE C 340/1 du 10 nov. 1997 (vig. 1<sup>er</sup> mai 1999).



***Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne***, Lisbonne, 13 déc. 2007, JOUE C 306/1 du 17 déc. 2007 (vig. 1<sup>er</sup> déc. 2009).

***Traité sur l'Union européenne (version consolidée)***, JOUE C 326/13 du 26 oct. 2012.

***Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)***, JOUE C 326/47 du 26 oct. 2012.

***Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*** JOUE C 83 du 30 mars 2010, p. 201.

***Protocole n°21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice***, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326/295 du 26 oct. 2012.

***Protocole n°22 sur la position du Danemark***, Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JOUE C 326/299 du 26 oct. 2012.

### **3.2.2.2. Droit dérivé**

#### **3.2.2.2.1. Règlements**

**Règlement (CE) n° 1346/2000** du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160, 30.6.2000, p. 1–18

**Règlement (CE) n° 44/2001** du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

**Règlement (CE) n° 805/2004** du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143, 30.4.2004, p. 15–39PE et Cons. UE, règl. n°1896/2006, 12 déc. 2006, JOUE n° L. 399, 30 déc. 2006, p. 1–32

**Règlement (CE) n° 1896/2006** du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, JO L 399 du 30.12.2006, p. 1–32

**Règlement (CE) n° 861/2007** du Parlement européen et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer. Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées

**Règlement (CE) n° 1393/2007** du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale («signification ou notification des actes»), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil.

**Règlement (CE) n°593/2008** du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) JO L 177, 4.7.2008, p. 6–16

**Règlement (UE) n°1215/2012** du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale JO L 351, 20.12.2012, p. 1–32

**Règlement (UE) n°655/2014** du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale JOUE n° L 189, 27.6.2014, p. 59–92

**Règlement (UE) n°848/2015** du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), JO L 141, 5.6.2015, p. 19–72

**Règlement (UE) n°2421/2015** du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer JO n° L 341, 24.12.2015, p. 1–13

**Règlement (UE) n°679/2016** du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

### **3.2.2.2.2. Directives**

**Directive 93/13/CEE** du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs JOCE L 95/29 du 21/04/93

**Directive 95/46/CE** du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 – 0050

**Directive 2000/31/CE** du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

**Directive 2002/47/CE** du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, JO L 168 du 27.6.2002, p. 43–50

**Directive 2008/48/CE** du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil

**Directive 2012/17/UE** du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2012 modifiant la directive 89/666/CEE du Conseil et les directives 2005/56/CE et 2009/101/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'interconnexion des registres centraux, du commerce et des sociétés JO L 156, 16.6.2012, p. 1–9

**Directive 2014/17/UE** du Parlement européen et du Conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n°1093/2010 JOUE L246 du 23 septembre 2015 p.11

**Directive (UE) 2016/680** du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des

infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil

**Directive (UE) 2016/681** du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière)

### 3.2.2.2.3. Décisions

**Décision 2001/470/CE**: Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, JO L 174 du 27.6.2001, p. 25–31

**Décision n°568/2009/CE** du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale JO L 168 du 30.6.2009, p. 35–40

### 3.2.2.2.4. Propositions de règlements et directives

**Proposition de règlement** du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale /\* COM/2011/0445 final - 2011/0204 (COD) \*/ / texte n°52011PC0445

**Proposition de règlement** du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM (2012) 130 final du 21/03/2012

**Proposition de Directive** du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services COM 2016/0128

### 3.2.2.3. Recommandations, résolutions, communications, conclusions, études, avis et rapports

**Conseil européen** de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, *Conclusions de la Présidence*, [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm).

**Conclusions du Conseil européen**, EUCO 79/14, Bruxelles, 26 et 27 juin 2014.

**Livre vert** « sur l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union européenne : la saisie des avoirs bancaires », COM (2006) 618 final, 24 oct. 2006.

**Livre vert** sur l'«exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs », COM (2008) 128 final, 6 mars 2008.

**Livre Vert** sur « Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne », COM/2005/0327, 19 juillet 2005.

**Livre Blanc** sur « l'intégration du marché européen du crédit hypothécaire » {SEC(2007) 1683} {SEC(2007) 1684}/\* COM/2007/0807 final \*/ , publié le 18 décembre 2007.

**Rapport d'initiative du Parlement européen**, 10 mai 2011.

**Rapport de la Commission** au parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen sur l'application du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, COM (2012) 743 final, p. 17.

**Rapport d'un groupe d'expert** à la commission, *The development of a European Capital Market*, Report of a group of Experts appointed by the EEC Commission, également appelé "Rapport Segré".

**Rapport d'un groupe d'expert**, *Draft Common Frame of Reference* présenté par le Groupe d'études pour un Code civil européen, dirigé par Ch. Von Bar, Sellier, 2009.

**Communication de la Commission** « concernant le droit européen des contrats », COM (2001) 398.

**Communication de la Commission** au Conseil et au Parlement européen, *Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations*, COM (2004) 401 final, 2 juin 2004.

**Communication de la Commission** au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *L'Acte pour le marché unique II Ensemble pour une nouvelle croissance* /\* COM/2012/0573 final \*/

**Recommandation de la Commission** du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement Journal officiel n° L 069 du 10/03/2001 p. 0025 – 0029.

**Avis n°2011/0204(COD)** de la commission des affaires économiques et monétaires à l'intention de la commission des affaires juridiques sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale (COM(2011)0445 – C7-0211/2011 – 2011/0204(COD)).

**Avis du Comité économique et social** européen sur le Livre vert, *Le crédit hypothécaire dans l'Union européenne [COM(2005) 327 final]*, (2006/C 65/21).

**Union Internationale du Notariat Latin/Commission des Affaires Européennes**, *La cédula hypothécaire suisse et la dette foncière allemande – Étude comparative, base d'une future Euro-hypothèque*, 1988.

**Résolution du Parlement européen** sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne (2006/2102(INI)), P6\_TA (2006)0487, Point 30 à 33.

**Résolution du Parlement européen** 23 mars 2006 sur « le droit européen et la révision de l'acquis : la voie à suivre », P6\_TA\_(2006)0109.

**Résolution du Parlement européen** du 7 septembre 2006 sur « le droit européen des contrats » P6\_TA\_PROV(2006)0352.

#### 3.2.2.4. Communiqués de presse

Communiqué de presse du 31 mars 2011 de la Commission européenne (IP/11/383).

Communiqué de presse du 27 mars 2003 de la Commission européenne (IP/03/442).

### **3.2.3. Autres organisations régionales européennes**

#### **3.2.3.1. Conventions**

*Traité instituant l'Union économique Benelux*, La Haye, 3 fév. 1958, 381 RTNU 165 (vig. 1<sup>er</sup> nov. 1960).

*Convention instituant l'Association européenne de libre échange*, 4 janv. 1960, Stockholm, 370 RTNU 3 (vig. 3 mai 1960), consolidée et amendée au 1<sup>er</sup> juil. 2013.

*Convention en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles)*, 25 fév. 2005, n°M\_2004\_02, Moniteur Belge 26 avr. 2006, p. 133 (vig. 1<sup>er</sup> sept. 2006).

*Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 30 oct. 2007, Lugano, 2658 RTNU 197 (vig. 1<sup>er</sup> janv. 2010).

*Traité portant révision du Traité instituant l'Union économique Benelux*, La Haye, 17 juin 2008, RTNU n°5471 (vig. 1<sup>er</sup> janv. 2012).

#### **3.2.4. Autres instruments régionaux**

*Convention américaine relative aux droits de l'Homme* « Pacte de San José, Costa Rica », San José, 22 nov. 1969, 1144 RTNU 123 (vig. 18 juil. 1978).

*Convention de Vienne* du 11 avril 1980.

*Traité portant Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*, Publié au Journal Officiel n°4, 1<sup>er</sup> novembre 1997.

*Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général* signé le 17 avril 1997 révisé par un nouvel Acte Uniforme le 15 décembre 2010.

*Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés*, signé le 15 décembre 2010 à Lomé, publié dans le Journal Officiel n° 22 du 15/02/2011, disponible sur le site [ohada.com](http://ohada.com)

*Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté*, signé le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam et entré en vigueur le 24 déc. 2015, disponible sur le site [ohada.com](http://ohada.com)

### **3.3. Source nationale**

#### **3.3.1. France**

##### **3.3.1.1. Les sources constitutionnelles**

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 27 août 1789.

Constitution du 4 oct. 1958 (maj. de la révision constitutionnelle du 23 juil. 2008).

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF n° 0051 du 2 mars 2005, p. 3697.

Loi constitutionnelle n°2008-764 du 23 juil. 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République, JORF n°0171 du 24 juil. 2008, p. 11890.

Loi organique n°2009-1523 du 10 déc. 2009 relatives à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 déc. 2009, p. 21379.

### **3.3.1.2. Les sources légales**

Loi n°80-335 du 12 mai 1980 dite Loi Dubanchet JORF du 13 mai 1980 page 1202

Loi Neiertz du 31 décembre 1989 n°89-1010 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles JORF n°1 du 2 janvier 1990 page 18

Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique JORF n°179 du 5 août 2003 page 13449

Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, Loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, JORF 27 juil. 2005, p. 12160

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 JORF n°44 du 21 février 2007 page 3052 texte n° 3

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie JORF n°0181 du 5 août 2008 page 12471

Loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés, n°2009-1255 JORF n°0243 du 20 octobre 2009 page 17410.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation JORF n°0065 du 18 mars 2014 page 5400

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques JORF n°0181 du 7 août 2015 page 13537

Ordonnance du 23 mars 2006 n°2006-346 relatives aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, p. 4475.

Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie JORF n°0026 du 31 janvier 2009 page 1854

Ordonnance du 27 juin 2013 n°2013-544 JORF n°0148 du 28 juin 2013 page 10682

Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 JORF n°0025 du 30 janvier 2016

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JORF n°0035 du 11 février 2016

Ordonnance du 14 mars 2016 (Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, relative à la partie législative du Code de la consommation JORF 16 mars 2016

Ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, entrée en vigueur partielle le 1<sup>er</sup> juillet 2016 JORF n°0073 du 26 mars 2016

### **3.3.1.3. Les sources Réglementaires**

Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière tel que modifié par l'ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 - art. 14 JORF du 7 janvier 1955

Décret n°2016-607 du 13 mai 2016 JORF 15 mai 2016

Décret n°2016-567, 10 mai 2016, JORF 11 mai 2016

### **3.3.1.4. Rapports et question devant l'Assemblée nationale**

M. GRIMALDI (dir.), Rapport du groupe de travail relatif à la réforme des sûretés remis au garde des Sceaux, Paris 28 mars 2005.

Rapport de l'Inspection Générale des Finances et de l'Inspection Générale des Services Judiciaires, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, nov. 2004.

M. PINAULT, Cour de cassation, *Rapport Général*, Rapport du groupe de travail n°1 sur l'Incertitude et la Sécurité juridique.

Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri DE RICHEMONT, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 11 octobre 2006.

Bull. de la Banque de France, Etudes, °137, Mai 2005, p. 43.

Question écrite n° 06210 de M. Philippe Marini publiée dans le JO Sénat du 13/11/2008 - page 2258 / Réponse du Ministère de la Justice publiée dans le JO Sénat du 08/01/2009 - page 74.

### **3.3.2. Allemagne**

Loi du 26 novembre 2001, dite loi de modernisation du droit des obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), entrée en vigueur le 2 janvier 2002.

### **3.3.3. Royaume Uni**

*Judicature Acts* de 1873-1875

*Law of Property Act* de 1925

*Misrepresentation Act* de 1967

*Consumer Credit Act* de 1974

*Statute of Frauds* de 1676

*Insolvency Act* de 1986

*Unfair terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999

*Enterprise Act* de 2002

*Land Registration Act* de 2002

*Companies Act* de 2006 (Amendment of Part 25 Regulations, relatif aux sûretés, entré en vigueur le 6 avril 2013).

*Companies Act 2006 (Amendment of Part 25) Regulations de 2013*

### **3.3.4. Autres sources étrangères**

*Personal Property Security Act* du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle Zélande

Loi du Québec :

Loi de 1998 relative à la vente à tempérament et du crédit-bail. L.Q. 1998, c.5

Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés (L.R.Q., c. T-11.002), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

## **4. JURISPRUDENCE**

### **4.1. Régionale**

#### **4.1.1. Cour européenne des droits de l'Homme**

CEDH, *X. c/ Autriche*, 4 oct. 1966, Recueil des décisions, vol.21

CEDH, *Wiggins c/ Royaume-Uni*, 8 févr. 1978, requête n°7456/76

CEDH, *X c/ France*, 6 oct.1982, DR 31

CEDH, *Yarrow et autres c/ Royaume Uni*, 21 janv. 1983, DR 30

CEDH, *James et autres c/ Royaume-Uni*, 21 févr. 1986, requête n°8793/79

CEDH, *Agosi c/ Royaume Uni*, 24 oct.1986, Série A n°108.

CEDH, *Mellacher c/ Autriche*, 19.12.1989, requête n°10522/83; 11011/84; 11070/84

CEDH, *Gasus Dossier Und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, 23 févr. 1995, requête n°15375/89

CEDH, *Air Canada c/ Royaume-Uni*, 5 mai 1995, Série A n°316

CEDH, *Iatridis c/ Grèce*, 19 oct. 2000, requête n°31107/96

CEDH, *Oneryildiz c/ Turquie*, 18 juin 2002, requête n°48939/99

CEDH, *Lindner et Hammermayer c/ Roumanie*, 3 déc. 2002, requête n°35671/97

CEDH, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, requête n°45036/98

CEDH, *Lecarpentier et autre c/ France*, 14 févr. 2006, requête n°67847/01

CEDH, *Mazellie c/ France*, 27 juin 2006, n°5356/04

CEDH, *Hamer*, 27 nov. 2007, n°21861/03

CEDH, Grande chambre, *Medvedyev c/ France*, 29 mars 2010, requête n°3394/03



CEDH Grande chambre, *Depalle c/ France*, 29 mars 2010, requête n°34044/02  
CEDH, *Moulin c/ France*, 23 nov. 2010, requête n° 37104/06  
CEDH, *Ceni*, 16 déc. 2014, requête n°25376/06  
CEDH, *Lebedinschi c/ République de Moldova*, 16 juin 2015, requête n°41971/11  
CEDH, Gde Ch., *Avotins c/ Lettonie*, 26 mai 2016, requête n°17502/07

#### 4.1.2. Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 15 juil. 1964, *Costa c./Enel*, aff. 6/64  
CJCE, 30 juin 1966, *Vaassen Gobbels*, aff. 61/65  
CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral* dit « *Cassis de Dijon* », aff. 120/78  
CJCE, 21 mai 1980, *Denilauler*, aff. 125/79  
CJCE, 5 mai 1982, *Gaston Schul Douane-expéditeur b.v. et Inspecteur des droits d'importation et des accises de Roosendaal*, aff. C-15/81  
CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, aff. 34-82  
CJCE, 26 mars 1987, *Commission c/ Conseil*, aff. C-45/86  
CJCE, 18 nov. 1987, *Maizena e.a.*, C-137/85, Rec. 1987 p. 4587  
CJCE, 10 janv. 1990, *Reichert I*, aff. C-115-88  
CJCE, 22 mai 1990, *Règlement Post-Tchernobyl*, aff. C-70/88,  
CJCE, 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, aff. C-331/88,  
CJCE, 11 juin 1991, *Commission c/ Conseil*, arrêt dit *Dioxyde de titane*, aff. C-300/89  
CJCE, 17 juin 1992, *Jacob Handte*, aff. C-26/91  
CJCE, 19 janv. 1993, *Shearson Lehman Hutton*, aff. C-89/91  
CJCE, 17 mars 1993, *Commission c. Conseil*, aff. C-155/91  
CJCE, 17 mai 1994, *George Lawrence Webb c/ Lawrence Desmond Webb*, aff. C-294/92  
CJCE, 9 juin 1994, *Norbert Lieber c/ Willi S. Göbel and Siegrid Göbel*, aff. C-292/93  
CJCE, 12 nov. 1996, *Royaume-Uni c/ Conseil*, aff. C-84/94  
CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-233/94  
CJCE, 17 sept. 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96  
CJCE, 27 oct. 1988, *La Réunion européenne*, aff. C-51/97  
CJCE, 16 mars 1999, *Trummer et Mayer*, aff. C-222/97  
CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. jointes C-369/96 et C-376/96  
CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98  
CJCE, 30 janv. 2001, *Espagne c/ Conseil*, aff. C-36/98  
CJCE, 6 déc. 2001, *Avis 2/00*, Rec. p. I-9713  
CJCE, 7 févr. 2000, *Commission c/ Italie*, aff. C-279/00

CJCE, 19 sept. 2002, *Huber*, aff. C-336/00  
CJCE, 12 déc. 2002, *Commission c/ Conseil*, aff. C-281/01  
CJCE, 29 avr. 2004, *Commission c/ Parlement européen*, aff. C-338/01  
CJCE, 2 mai 2006, *Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne*, aff. C-436/03  
CJCE, 28 sept. 2006, *Ahokainen et Leppik*, aff. C-434/04  
CJCE, 11 déc. 2007, *Laval et Viking*, aff. C-438/05.  
CJCE, 14 mai 2008, *Pilato c/ Bourgault*, aff. C-109/07  
CJCE, 28 avril 2009, *Apostolide*, aff. C-420/07  
CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone*, aff. C-58/08  
CJUE, 5 juil. 2012, *ERSTE Bank Hungary Nyrt c/ Magyar Állam BCL Trading GmbH*,  
aff. C-527/10  
CJUE, 26 févr. 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11  
CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F*, aff. C-168/13  
CJUE, 13 juin 2013, *Goldbet Sportwetten GmbH*, aff. C-144/12  
CJUE, 17 oct. 2013, *Unamar c/ Navigation Maritime Bulgare*, aff. C-184/12  
CJUE, Ord., 13 févr. 2014, *Merck Canada c/ Accord Healthcare Ltd.*, aff. C-555/13  
CJUE, 17 juil. 2014, *Morcillo et García c/ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*,  
aff. C-169/14  
CJUE, Ass. Plén., 18 déc. 2014, Avis n°2/13  
CJUE, 28 janv. 2015, *Harald Kolassa c/ Barclays Bank plc*, aff. C-375/13  
CJUE, 16 juil. 2015, *Diageo Brands BV c/ Simiramida-04 EOOD*, aff. C-681/13  
CJUE, 19 nov. 2015, *P. c. Q.*, aff. C-455/15  
CJUE, 25 mai 2016, *Rudolfs Meroni*, aff. C-559/14  
CJUE, 7 juil. 2016, *Emmanuel Lebek c/ Janusz Domino*, aff. C-70/15

## **4.2. Nationale**

### **4.2.1. France**

#### **4.2.1.1. Conseil constitutionnel**

CC, DC n°71-44 du 16 juil. 1971 « Liberté d'association ».  
CC, DC n° 2009-589DC du 14 oct. 2009  
CC, DC n°2010-85 QPC du 13 janv. 2011  
CC, DC n°2010-85QPC du 13 janv. 2011  
CC, DC n°2013-214 QPC du 14 juin 2013, « Jeremy F. »

CC, DC n°2015-715DC du 5 août 2005

#### **4.2.1.2. Cour de cassation**

##### **CH. DES REQUETES**

Cass. Req., 13 février 1834, D.P. 1834, 1, 118 ; « Arrêt Caquelard »

Cass. Req., *Lizardi*, 6 janv. 1861

Cass. Req., 1<sup>er</sup> avril 1890, DP 91. 1. 364

Cass. Req., 21 nov. 1905

Cass. Req., 10 mars 1915, *D.P.* 1916, I, 241

##### **CH. MIXTE**

Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, no 03-18.210

Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 nos 05-21.104, 06-11.673, D. 2007. 2081

Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, Bull., n° 5

Cass. ch. mixte, 27 février 2015, n° 13-13.709

##### **CH. SOCIALE**

Cass., Soc., 31 mai 1972, n°71-40424, Bull. n° 388 p. 354

##### **CH. COMMERCIALE**

Cass. Com., 11 mai 1982, n°80-13025

Cass. Com., 8 nov. 1983, Bull. civ. IV, n°298

Cass. Com., 21 déc. 1987, n°85-13173

Cass. Com., 15 mars 1988, n°86-13687

Cass. Com., 28 nov. 1989, n°87-19626, Bull. civ. IV, n° 300, p. 201

Cass. Com., 19 mars 1991, n°89-16464

Cass. Com., 15 oct. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n°288

Cass. Com., 28 janv. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°35

Cass. Com., 3 nov. 1992, Bull. civ. 1992, IV, n°335

Cass. Com., 1<sup>er</sup> fév. 1994

Cass. Com., 9 mai 1995, n°92-20811

Cass. Com., 22 avril 1997, Bull. civ. 1997, IV, n°100. JCP E 1998, 223

Cass. Com., 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n°141 ; RTD Civ. 1997 p. 107

- Cass. Com., 3 juin 1997, n°95-13365, Bull. 1997 IV n° 165 p. 147
- Cass. Com., 17 juin 1997, Bull., civ., IV, n°188
- Cass. Com., 7 oct. 1997, JCP éd. E, 1998, p. 812
- Cass. Com., 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n°181
- Cass. Com., 18 mai 1999, Bull. civ. IV, n°102
- Cass. Com., 17 nov. 1999, D. 2000, p. 407
- Cass. Com., 28 nov. 2000, Allium, n°98-11335
- Cass. Com., 9 juillet 2002, Bull. civ. IV, n°117
- Cass. Com., 8 octobre 2002, n° 99-18619, Bull. 2002 IV n°136 p. 152.
- Cass. Com., 24 sept. 2003, n°99-15518.
- Cass. Com., 8 octobre 2003, n°01-10144, JCP G 2004, I, 141, n°8
- Cass. Com., 12 juillet 2005, Bull. civ. IV, n°175
- Cass. Com., 11 janv. 2005, n°02-12370
- Cass. Com., 5 avril 2005, n°02-18914
- Cass. Com., 19 avril 2005, n°01-12347,
- Cass. Com., 28 juin 2005, n°03-16.794, Bull. 2005 IV n°140 p. 151
- Cass. Com., 12 juillet 2005 n°03-20365 Bull. 2005 IV n°161 p. 172
- Cass. Com., 12 juillet 2005, n°04-10214, Bulletin 2005 IV
- Cass. Com., 7 mars 2006, Bull. Civ. IV, n° 62
- Cass. Com., 27 juin 2006, n°04-19239
- Cass. Com., 20 fév. 2007, n°05-18882
- Cass. Com., 13 nov. 2007, n°06-12284, Bull. civ. IV, n°236
- Cass. Com., 24 mars 2009, n°08-13034, Bull. civ. IV, n° 43.
- Cass. Com., 20 oct. 2009, JCP 2009, 492
- Cass. Com., 15 déc. 2009, n° 08-14949
- Cass. Com., 16 mars 2010, n°08-21511, Bull. 2010, IV
- Cass. Com., 13 juill. 2010, n°10-12154
- Cass. Com., 5 oct. 2010, n° 09-14.673
- Cass. Com., 3 nov. 2010 n°09-14744 Bull. 2010, IV, n° 168
- Cass. Com., 17 mai 2011, n°09-16186, Bull. 2011, IV, n° 78
- Cass. Com., arrêt Belvédère, 13 nov. 2011, (10-25.633 ; 10-25.731 ; 10-25.908)
- Cass. Com., 31 janv. 2012, n°10-24694
- Cass. Com., 13 mars 2012, n°10-30923
- Cass. Com., 2 octobre 2012, JCP E 2012, 1748, n°12
- Cass. Com., 2 oct. 2012, Dr et par. Fév. 2013, p. 87

Cass. Com., 2 oct. 2012, n°11-23401, Inédit  
Cass. Com., 5 février 2013, n°12-11720  
Cass. Com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763, Bull. civ. I V, n° 29  
Cass. Com., 22 mai 2013, n°11-24812, Bull. 2013, IV, n°84  
Cass. Com., 4 juin 2013, n°12-18216 et n°12-15518  
Cass. Com., 18 juil. 2013, n°12-14.493 Bull 2013, IV, n° 106  
Cass. Com., 26 nov. 2013, n°12-27390  
Cass. Com., 28 janv. 2014  
Cass. Com., 11 juin 2014, n°13-17.997 et n°13-18.112, Bull. 2014, IV, n° 103  
Cass. Com., 13 janvier 2015, n° 13-24875  
Cass. Com., 22 sept. 2015, n°14-22913  
Cass. Com., 29 sept. 2015, n°13-24568  
Cass. Com., 13 oct. 2015, n° 14-19.734  
Cass. Com., 9 fév. 2016, n°14-23210 et Cass. Com., 9 février 2016, n° 14-20.304  
Cass. Com., 31 mai 2016, n°13-25509

## **CH. CIVILE**

Cass. Civ., 15 mars 1897 : D. 1897, 1, 280  
Cass. Civ., 18 mai 1898, DP 1900, 1, 481

## **1<sup>RE</sup> CH. CIVILE**

Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 8 juillet 1969, DIAC JCP 1970. II  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 3 mai 1973, rev. Crit. DIP 1974. 100  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 1<sup>er</sup> juillet 1981, JDI 1982.148.  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 7 juin 1988, n°86-18264, Bull. civ. I, n°173, p. 120  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 10 juillet 1990, n°88-17.556, Inédit  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 8 janv. 1991, n°89-16741  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 26 nov. 1991  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 17 mars 1992, Bull. civ. I, n°84  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 16 mai 1995, n°92-20.976  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 22 oct. 1996, n°94-15615, Bull. civ. I, n°362, p. 254  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 1<sup>er</sup> février 2005, Bull. civ. I, n°55  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 12 juillet 2005, n°03-10921  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 12 oct. 2011, n°10-19517 (inédit). JDI 2012, p. 1335

Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 7 mai 2008, n°07-11692, Bull. civ. I, n°125  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 18 sept. 2008, Bull. civil I, n°203  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 18 février 2009, n°08-11221, Bull. civ. I, n°36  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 4 mai 2012, n° n°11-11461, Bull. 2012, I, n° 97  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 15 janv. 2015, n°13-23489 ; Cass. com, 29 sept. 2015, n°13-24568  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 3 juin 2015, n°14-13126  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 16 sept. 2015, n°14-10373, jurisdata n°2015-020553  
Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 25 nov. 2015, n°14-21.332

## **2<sup>E</sup> CH. CIVILE**

Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 19 mars 1956  
Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 23 oct. 2008, n°07-20035, Bulletin 2008, II, n° 224  
Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 8 janv. 2015, n°13-21044, Bulletin  
Cass. 2<sup>ème</sup> Civ., 19 février 2015, n°13-27691

## **3<sup>E</sup> CH. CIVILE**

Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 20 mars 1996, Bull. civ. III, n°71  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 18 décembre 2002, n°01-12143, Bull. Civ. III, p. 226.  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 8/01/2009, n° 08-12649  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 25 fév. 2009, n°07-20096  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 31 oct. 2012, n°11-16304, Maison de la poésie. Bull. civ. III, n°154  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 21 mai 2014, n°12-23607, Bull. 2014, III, n° 71  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 28 janv. 2015, n°14-10013, D. 2015, p. 599  
Cass. 3<sup>ème</sup> Civ., 15 oct. 2015, 14-20.400, Bull. n°1103

### **4.2.1.3. Cour d'appel**

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. A, 2 mars 1995  
Cour d'appel de Paris pôle 5, ch. 8, 3 mai 2011, n° 10/13656  
Cour d'appel de Besançon, 10 avril 2013  
Cour d'appel de Paris pôle 5, ch. 9, 27 fév. 2014, n° 13/03840  
Cour d'appel de Paris, 18 sept. 2014, D. 2014, p. 1874  
Cour d'appel de Paris, 20 nov. 2014, n°14/00309  
Cour d'appel de Versailles 10 mars 2015, n°13-05398

#### 4.2.2. Allemagne

BVerfGE 1989, 214 NJW 1994, p. 36  
RG, 19 juin 1915, RGZ 87, p. 211 et s  
BGH 18 déc. 1954, NJW 55 p. 337  
BGH, NJW-RR, 1990, p. 1265  
BGH 24 fév. 1994, ZR 93/93, WM 1994, p. 676  
BGH, NJW 1997, p. 1435  
BGH NJW 1998, p. 2280  
BGH, NJW, 2001, n°1022 et article § 242 du BGB  
BGH, 14 oct. 2004, XI ZR 121/02, NJW 2004  
BGH, 27 fév. 2007, XI ZR 195/05  
BGH, NJW-RR 1986

#### 4.2.3. Royaume-Uni

*Actionstrenght v. International Glass Engineering*, 2003, AC 541  
*Adde Associated Japanese Bank (International) Ltd v. Crédit du Nord*, 1989, 1 WLR 255  
*Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium* [1976] 1 W.L.R. 676  
*Bannister v Bannister* [1948] 2 All ER 133  
*Bechervaise v Lewis*, 1872, LR 7 CP 372  
*Binions v Evans* [1972] Ch 359  
*Bulbinder Singh Sandhu v. Jet Star Retail Limited*, 2010 EWHC B17  
*Central London Property trust v. High Trees House*, 1947, K.B. 130  
*China-Pacific S.A. v. Food Corp'n. Of India (the Winson)*, 1982, A.C. 936  
*Coggs v. Barnard*, 1703, 2 Ld. Raym. 909, 92 E.R. 107  
*Cooke v. Haddon*, 1862, 3 F. & F. 229, 176 E.R. 103  
*Coutts & Co v. BrowneLecky*, 1946 2 Ail E.R. 207 1947 K.B. 104  
*Cramaso LLP v. Ogilvie-Grant*, 12 février 2014, [2014] UKSC 9 ; Statute of Frauds de 1676  
*Director General of Fair Trading v. First National Bank pls.*, 2001, UKHL, 52, 1 AC  
*Edward Owen Engineering Ltd. V. Barclays Bank International Ltd.*, 1978 QB 159  
*Garrard v. James* (1925) 1 cg. 616  
*Hodgson v Marks* [1971] Ch 892  
*Illingtonworth v Houldworth*, 1904, AC n°355  
*Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd*, 1989, QB 433  
*Jones v. Marshall*, 1889, 24 QBD 269

*Lloyds TSB Bank Plc v Shorney and another*, 20 juill. 2001, [2001] All ER (D) 277  
*The Moorcock* 14 PD 64 CA  
*Oughtred v IRC* [1960] AC 206  
*Ottaway v Norman* [1972] Ch 698  
*Royal Bank of Scotland plc v. Etridge*, 2002, 2 AC 773  
*Scott v Forster Pastoral Co Pty Ltd*, 2000, 35 A.C.S.R. 294  
*Stadium Finance Co Ltd. v. Helm*, 1965 109 Sol. Jo. 471  
*Santley v. Wilde*, 1899, 2 Ch. 474, 68 L.J.Ch. 683  
*Thyssen v Armour Edelstahlwerke AG* [1991] 2 AC 339  
*Tournier v. National Provincial and Union Bank of England* 1923  
*Walford v. Miles*, 1992, 2 AC, 128  
*Wardens & Commodity of the Mastery of Mercers of the City of London v New Hampshire Insurance Company*, 1992, 1 WLR 792  
*Yorkshire Railway Wagon Co. v. Maclure* (1881) 19 Ch. D. 478  
*Court of Appeal in Clough Mill Ltd v Martin* [1985] 1 WLR 111



#### **4.2.4. Canada**

Cour Suprême du Canada, Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant contre Blouin, 2003, R.C.S. 666, 2003 CSC 3

## 5. SITES INTERNET

**AED** : [www.analyseeconomiquedudroit.com](http://www.analyseeconomiquedudroit.com)

**Bibliothèque numérique des universités Grenoble 2 et 3**, <http://bibnum-stendhal.upmf-grenoble.fr/items/show/66>

**Bibliothèque Municipale de Lyon en ligne** ([www.bm-lyon.fr](http://www.bm-lyon.fr))

**Conférence de La Haye de droit international privé**, <http://www.hcch.net/>.

**Conseil de l'Europe**, <http://www.coe.int/>.

**Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH)**, <http://www.echr.coe.int/>.

**Liste des conventions**, <http://conventions.coe.int/>.

**Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)**,  
<http://www.unidroit.org/>.

***European Business register***, [www.Ebr.org](http://www.Ebr.org)

**Notaires européens**, [www.notaries-of-europe.eu](http://www.notaries-of-europe.eu)

**Organisation des Nations-Unies (ONU)**, <http://www.un.org/>.

**Union européenne (UE)**, <http://www.europa.eu/>.

**Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)**, <http://curia.europa.eu/>.

**EUR-Lex**, <http://eur-lex.europa.eu/>.

**Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale**,  
<http://ec.europa.eu/civiljustice/>.

**European University Institute**, [www.eui.eu](http://www.eui.eu)

***The platform for EU interparliamentary exchange*** [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)

**Université Panthéon Assas, Paris 2** : <https://docassas.u-paris2.fr/>

## INDEX

*Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe*

### -A-

Abstraction (principe de) : 13, 50  
Accessoire (principe de) : 20 et s., 51  
Antichrèse-bail : 36

### -B-

BERD : 160  
Bien (CEDH) : 157  
Bonne foi : 66  
Brexit : 4

### -C-

Cautionnement  
- à première demande : 25, 395-398  
- écrit : 69  
- en droit anglais : 22-24  
- en droit allemand : 22-24  
- histoire : 21  
- obligation d'information : 74, 75, 77  
- mentions : 70  
- proportion : 80 et s.  
- devoir de mise en garde : 85 et s.  
- substituts au (cautionnement) : 381 et s.

Charge :

Compétences implicites (théorie des) :  
209 et s.

Convention EDH : 4, 5, 156

Convention de la Haye sur la vente à  
caractère international d'objets mobiliers  
corporels : 161

Convention de la Haye sur la loi  
applicable au *trust* et sa reconnaissance:  
129, 162

Clause de réserve de propriété : Voir  
*réserve de propriété*

CNUDCI : 165 et s.

Crédit-bail : 39

Crédit hypothécaire : 146 et s.

Conseil de l'Europe : 4-5, 203, 390

Conflit de juridictions et de lois : 125-  
128

*Culpa in contrahendo* (droit allemand) :  
27, 58, 62

### -D-

Déjudiciarisation : 116

*Doing business* : 8, 178-179

Dépossession : 92, 93

Données personnelles : 289, 319, 322,  
357

Droits européens (délimitation) : 4-5

### -E-

Eurohypothèque : 231, 262-264, spéc.  
268, 314

EULIS : 287, 291

Exclusivité : 39, 368

- positive : 46 et s.  
- négative : 40 et s.

Exequatur : 118

### -F-

Fiducie-sûreté : 46, 48

*Floating charge* : 52, 53

<p><b>-G-</b></p> <p>Gage de droit commun avec dépossession : 31</p> <p>Gage de stocks : 52, 53</p> <p>Gage immobilier : 54</p> <p>Garantie autonome : 60, 61, 62</p> <p>Garanties personnelles (substitués au cautionnement) : 380 et s.</p> <p>Garanties financières : 142 et s.</p> <p><i>Grundschild</i> : 54, 55, 263-264</p> <p><b>-H-</b></p> <p>Hypothèque conventionnelle : 26-28</p> <p>Hypothèque québécoise : 194, 197, 312</p> <p>Hypothèque rechargeable : 55, 313</p> <p><b>-I-</b></p> <p>Interprétation complétive : 71, 72</p> <p><b>-L-</b></p> <p>Litige purement interne : 226, 227, 236</p> <p>Loi de police : 131 et s.</p> <p>Loi de police et publicité : 135 et s.</p> <p>Lettre d'intention : 57, 58</p> <p>Loyauté : 66, 67</p> <p>- loyauté contractuelle : 70 et s.</p> <p>- loyauté du contractant : 74 et s., 76</p> <p><b>-M-</b></p> <p>Méthode de comparaison</p> <p>- but : 6</p> <p>- de droit économique : 7</p> <p>- d'économie du droit : 8</p>	<p>- juridiques : 10, 11</p> <p>Mise en garde : 85 et s., 149</p> <p><b>-O-</b></p> <p>OHADA</p> <p>- histoire : 172</p> <p>- organisation juridique : 173</p> <p>- droit des affaires : 174</p> <p>- Acte Uniforme des sûretés : 176 et s.</p> <p>Opposabilité</p> <p>- par dépossession : 96</p> <p>- par notification : 97, 98, 99</p> <p>- par enregistrement : v. <i>Publicité</i></p> <p><b>-P-</b></p> <p>Pacte comissoire : 33</p> <p>Privilèges</p> <p>- enregistrement : 356, 357</p> <p>- rang : 358</p> <p>- suppression privilèges généraux : 336, 337, 338 et 339</p> <p>- suppression privilèges spéciaux : 341, 344</p> <p>- suppression privilèges de l'administration : 345</p> <p>- nouvelle classification : 350, 351</p> <p>- nouvelle catégorie : 352</p> <p>- faible valeur : 358</p> <p>Principe d'attribution : 208</p> <p>Principe de subsidiarité : 217</p> <p>Principe de proportionnalité : 220</p> <p>Procédures civiles d'exécution européenne : 112, 113, 114</p> <p>Procédure législative ordinaire : 242 et s.</p> <p>Propriété (droit de) : 39, 42, 47</p> <p>Proportionnalité : 81, 83,</p>
---	---

Publicité

- foncière : 90, 91
- constitutive : 101
- déclarative : 100

*Purchase money security interest* : 190

**-R-**

Reconnaissance mutuelle : 228

Rétention (droit de) : 363-368

Règlement européen insolvabilité : 120  
et s., 330, 337

Régulation : 7

Registre

- registre national unique : 320 et s.
- registre européen : 121, 286 et s.

Réserve de propriété : 41 et s., 369  
- publicité réserve de propriété : 370-371

**-S-**

*Security interest* : 184, 189, 298

Sûreté préférentielle conventionnelle  
unique : 307 et s.

Sûretés

- notion : 2
- définition : 3
- histoire : 13

**-T-**

Trust : 46 et s.

**-U-**

UNIDROIT : 163 et s.

UCC : 183



## TABLE DES MATIERES

<b>Remerciements .....</b>	<b>v</b>
<b>Sommaire .....</b>	<b>vii</b>
<b>Principales abréviations .....</b>	<b>ix</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE I – SÛRETÉS EN DROITS EUROPÉENS .....</b>	<b>27</b>
<b>TITRE I – APPROCHE COMPARATIVE ENTRE LES GRANDS MODÈLES EUROPÉENS DE DROIT DES SÛRETÉS .....</b>	<b>29</b>
<b>CHAPITRE I. La convergence des techniques .....</b>	<b>31</b>
Section I. Similitude des sûretés traditionnelles .....	31
§I. Le principe de l'accessoire de la sûreté.....	32
A. Le principe de l'accessoire dans les sûretés personnelles .....	32
B. Le principe de l'accessoire dans les sûretés réelles .....	37
§II. La dépossession du bien grevé.....	43
A. Dépossession d'un bien meuble corporel .....	43
B. Dépossession d'un bien immeuble .....	46
Section II. Analogie des nouvelles techniques de sûretés.....	49
§I. La recherche d'une exclusivité sans la dépossession .....	50
A. L'exclusivité négative : la propriété réservée.....	51
B. L'exclusivité positive : la propriété transférée .....	57
§II. La recherche d'un assouplissement du principe de l'accessoire.....	64
A. Mouvement similaire d'assouplissement du principe de l'accessoire dans les sûretés réelles dans les trois modèles .....	65
1. Sûretés déterminées sur des biens indéterminés .....	66
2. Sûretés indéterminées sur des biens déterminés .....	69
B. Assouplissement identique du principe de l'accessoire dans les sûretés personnelles .....	72
1. La garantie d'un soutien au débiteur .....	73
2. La certitude d'une somme d'argent .....	77
Conclusion du Chapitre.....	81
<b>CHAPITRE II. La différence des moyens de régulation.....</b>	<b>83</b>
Section I. La régulation des sûretés personnelles par la bonne foi .....	84
§I. La régulation opportune par le devoir de loyauté.....	85
A. Manifestation de la loyauté contractuelle par l'exigence d'un écrit avec mentions.....	85
B. Manifestation de la loyauté du contractant par l'obligation d'information .....	91
§II. La régulation excessive de la coopération par la proportionnalité et le devoir de mise en garde .....	96
A. La proportion .....	96
B. Le devoir de mise en garde .....	103
Section II. La régulation des sûretés réelles par les formalités de publicité .....	106

§I. La publicité constitutive sanctionnée par la nullité .....	107
A. La publicité foncière .....	107
B. La publicité factuelle.....	109
§II. La publicité informative sanctionnée par l'inopposabilité.....	111
A. L'absence volontaire de formalisme d'opposabilité pour les propriétés garanties.....	112
B. Le formalisme similaire requis pour les autres techniques de sûretés .....	114
Conclusion du Chapitre.....	119
Conclusion du Titre.....	121
<b>TITRE II – ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES D'UN DROIT DES SÛRETÉS EN DROIT EUROPÉEN.....</b>	<b>123</b>
<b>CHAPITRE I. État des lieux du droit des sûretés en droit européen .....</b>	<b>125</b>
Section I. Les sûretés dans l'ordre juridique de l'Union européenne .....	125
§I. La coopération judiciaire, vecteur d'une présence indirecte des sûretés en droit européen	126
A. Les sûretés dans les procédures européennes aménageant la défaillance.....	127
1. Les sûretés dans les procédures civiles d'exécution européenne .....	127
a. Les procédures civiles d'exécution européenne, étrangères au créancier titulaire d'une sûreté.....	128
b. Les procédures civiles d'exécutions européenne, ferment d'un droit européen des sûretés.....	131
2. Les sûretés dans les procédures relatives au droit de l'insolvabilité .....	136
a. L'absence de prise en compte des sûretés, un désavantage pour le droit européen de l'insolvabilité .....	137
b. Le droit de l'insolvabilité, précurseur d'un droit européen des sûretés .....	139
B. Les sûretés dans les instruments généraux de règlement de conflit de juridictions et de lois .....	141
1. Apparition d'une forme d'uniformité .....	141
2. Atténuation de l'harmonisation par les lois de police.....	148
a. Fonctionnement général des lois de police en matière de sûretés.....	148
b. Conflit de lois de police lors des mesures de publicité.....	152
§II. Le marché intérieur, vecteur d'une présence restreinte du droit des sûretés en droit européen.....	155
A. Les garanties financières, un instrument sectoriel .....	155
1. Un champ d'application étroit .....	156
2. Une portée limitée.....	158
B. Le crédit hypothécaire, un instrument à finalité consumériste .....	159
1. Un instrument de crédit défectueux .....	160
2. Un instrument consumériste fructueux .....	164
Section II. Les sûretés dans l'ordre juridique international ayant des conséquences en droit européen .....	167
§I. La présence minimale des sûretés dans le droit du Conseil de l'Europe .....	168



§II. La présence considérable des sûretés dans les textes issus des organisations internationales .....	174
A. Les propositions inopérantes de la Conférence de la Haye .....	175
B. Les propositions de détail d'Unidroit .....	178
C. Les propositions modèles de la CNUDCI.....	180
Conclusion du Chapitre .....	185
CHAPITRE II. Les expériences extra-européennes, perspectives dynamiques pour un droit des sûretés en droit européen.....	187
Section I. Le droit intégral commun des sûretés de l'OHADA .....	188
§I. Une union politique et juridique forte .....	188
A. Une union politique possible malgré des traditions juridiques différentes .....	189
B. Un droit commun support d'une réelle union juridique .....	191
§II. Un droit commun intégral des sûretés solide.....	193
A. L'Acte Uniforme des Sûretés de 1998, prologue d'une association économique.....	194
B. L'Acte Uniforme des Sûretés de 2010, avènement d'une véritable union économique..	195
Section II. Le droit sectoriel commun des sûretés en Amérique du Nord .....	200
§I. L'inauguration américaine remarquée d'un possible droit commun sectoriel des sûretés..	201
A. Le besoin d'une économie forte, finalité omniprésente dans l'élaboration d'un droit commercial sectoriel commun.....	201
B. <i>Le security interest</i> , sûreté modèle pérenne.....	204
§II. Le droit québécois des sûretés .....	210
A. L'alliance accomplie de deux traditions juridiques différentes.....	210
B. L'adaptation réussie de l'hypothèque aux exigences contemporaines du crédit .....	212
Conclusion du Chapitre .....	218
Conclusion du Titre .....	219
Conclusion de la Partie I.....	221
<b>PARTIE II – SÛRETÉS DE DROITS EUROPÉENS.....</b>	<b>223</b>
<b>TITRE I – PROPOSITIONS POUR UN DROIT EUROPÉEN DES SÛRETÉS .....</b>	<b>225</b>
CHAPITRE I. Cadre juridique nécessaire pour un droit européen des sûretés .....	227
Section I. Compétence de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés.....	228
§I. Les principes directeurs relatifs aux compétences de l'Union européenne en matière d'édiction d'un droit européen des sûretés .....	228
A. La délimitation des compétences de l'Union par le principe d'attribution.....	228
1. Recherche d'une compétence de l'Union européenne en matière de droit des sûretés	228
2. Détermination des compétences de l'Union européenne en matière de droit des sûretés .....	233
B. L'exercice des compétences par les principes de subsidiarité et de proportionnalité .....	238
1. Le principe de subsidiarité appliqué à un droit européen des sûretés.....	238
2. Le principe de proportionnalité appliqué à un droit européen des sûretés .....	241

§II. Applicabilité des bases juridiques choisies .....	243
A. Les conditions d'applicabilité de l'article 81 du traité FUE pour l'élaboration d'une eurohypothèque .....	243
1. Les conditions indispensables à l'utilisation de l'article 81 du traité FUE .....	244
a. Une coopération judiciaire en matière civile ayant une incidence transfrontière ...	244
b. La coopération fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires .....	247
2. Les conditions subsidiaires à l'article 81 du traité FUE au regard du but poursuivi ...	249
a. La condition négative : ne pas nuire au marché intérieur en assurant « notamment » son bon fonctionnement .....	249
b. La condition positive de moyens « visant » à assurer l'un des objectifs décrits.....	251
B. Les conditions d'applicabilité de l'article 114 du traité FUE pour l'élaboration d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles .....	254
1. Les exclusions de l'article 114 du traité FUE.....	255
2. Le recours à l'article 114 du traité FUE doit être justifié par le but poursuivi .....	255
Section II. Mise en œuvre des bases juridiques choisies .....	257
§I. La mise en œuvre procédurale.....	257
A. L'utilisation de la procédure législative ordinaire .....	257
B. Les dérogations nationales éventuelles à écarter .....	260
§II. La mise en œuvre matérielle .....	262
A. Le choix du règlement pour un rapprochement des législations par superposition fondé sur l'article 81 .....	264
B. Le choix de la directive pour un rapprochement des législations par substitution fondé sur l'article 114.....	265
Conclusion du Chapitre .....	269
CHAPITRE II. Mise en place de mécanismes effectifs dans une approche prospective.....	271
Section I. Elaboration d'une eurohypothèque .....	272
§I. Les précédents projets .....	272
A. Des projets rejetés.....	272
B. Un projet délaissé.....	277
§II. Contenu d'une eurohypothèque .....	279
A. Champ d'application et constitution d'une eurohypothèque .....	279
1. Objet, champ d'application et définitions de l'eurohypothèque.....	280
2. Les règles de constitution de l'eurohypothèque .....	284
a. Les règles de constitution de fond.....	284
b. Les règles de constitution de forme .....	286
B. Réalisation et effets de l'eurohypothèque .....	288
1. Effets de l'eurohypothèque .....	288
2. Réalisation de l'eurohypothèque .....	289
Section II. Instauration d'un registre interconnecté européen de publicité.....	291

§I. Le système EULIS, premier pas d'une prise en compte de la publicité foncière au niveau européen.....	292
§II. Le système EULIS, prémices d'un registre interconnecté européen de publicité réelle....	296
A. L'harmonisation de la publicité foncière par l'EULIS, corollaire de l'élaboration d'une eurohypothèque .....	297
B. L'EULIS, socle d'un registre interconnecté européen de publicité des sûretés réelles mobilières .....	300
Conclusion du Chapitre .....	305
Conclusion du Titre .....	307
<b>TITRE II – REPENSER LE DROIT INTERNE DES SÛRETÉS À LA LUMIÈRE DES DROITS EUROPÉENS.....</b>	<b>309</b>
CHAPITRE I. Repenser les sûretés réelles .....	311
Section 1. Lisibilité du droit français des sûretés par une rationalisation des sûretés accordant un droit de préférence.....	312
§I. Insertion d'une sûreté préférentielle conventionnelle unique .....	313
A. Notion et technique.....	313
1. Notion .....	314
a. Raisons justifiant une sûreté préférentielle conventionnelle unique.....	314
b. Délimitation de la sûreté préférentielle conventionnelle unique .....	317
2. Technique .....	323
a. Les conditions de validité de fond .....	323
b. Le formalisme de spécification.....	324
c. Le formalisme de publication.....	330
B. Fonctionnement et réalisation .....	337
1. Fonctionnement .....	337
2. Réalisation .....	338
§II. Assainissement des sûretés préférentielles non conventionnelles .....	342
A. Suppression.....	343
1. Suppression de certains privilèges généraux .....	343
a. Suppressions souhaitées .....	344
b. Suppressions inopportunes au regard du droit européen .....	345
2. Suppression de certains privilèges spéciaux.....	348
3. L'opportunité d'une suppression des privilèges de l'Administration.....	353
B. Clarification .....	354
1. Clarification par une nouvelle classification .....	355
2. Clarification par une nouvelle mise en œuvre .....	358
Section 2. Simplification du droit français des sûretés par un encadrement des sûretés accordant un droit exclusif .....	363
§I. Suppression de la rétention, exclusivité factuelle perturbatrice inopportune.....	364
A. Illisibilité du droit de rétention .....	364

---

B. Infructuosité du droit de rétention.....	367
§II. Perfectionnement des mécanismes d'exclusivité juridique .....	370
A. L'inopportunité d'un perfectionnement de la propriété réservée .....	371
B. La nécessité d'un perfectionnement de la propriété cédée .....	373
Conclusion du Chapitre .....	377
<b>CHAPITRE II. Repenser les sûretés personnelles .....</b>	<b>379</b>
Section I. Les solutions internes proposées pour repenser le droit des sûretés personnelles .....	380
§I. La recherche de nouvelles sûretés personnelles .....	381
A. Une crise du cautionnement.....	381
B. Le développement de mécanismes de garanties .....	382
§II. La recherche d'une nouvelle classification .....	387
A. La remise en cause de la classification des sûretés personnelles injustifiée au regard du droit interne.....	387
B. La remise en cause de la classification des sûretés personnelles injustifiée au regard des droits européens .....	393
Section 2. Le cautionnement à première demande.....	395
§I. L'exemple du cautionnement à première demande de droit allemand.....	396
§II. La pertinence d'un cautionnement à première demande en droit français.....	399
Conclusion du Chapitre .....	405
Conclusion du Titre .....	407
Conclusion de la Partie II .....	409
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>411</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>415</b>
<b>INDEX .....</b>	<b>479</b>
<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>483</b>