

## PARTIE 2 - LES SURETES REELLES

Une sureté réelle est un droit réel accordé à un créancier en garantie du paiement de sa créance, le plus souvent par le débiteur de cette créance mais cela peut être aussi accordé par un tiers (cautionnement réel).

Ce droit réel cela peut être tout d'abord un simple droit de préférence cad un droit qui permet au créancier qui en bénéficie de faire vendre le ou les biens grevés par la sureté et qui lui permet ensuite d'être préféré sur ce prix de vente (d'être payé en 1<sup>er</sup>) : cela correspond à la catégorie des sûretés réelles traditionnelles.

Ce droit réel cela peut aussi être un droit de propriété conféré au créancier à titre de garantie du paiement de sa créance : soit le débiteur est défaillant, le créancier va conserver la propriété ; soit le débiteur paye ce qu'il doit au créancier, le créancier restitue la propriété du bien donné en garantie. Cela correspond à la catégorie des propriétés sûretés.

### Chapitre préliminaire – Le droit de rétention

C'est le droit qu'a un créancier de retenir de jusqu'au complet paiement de sa créance une chose qu'il devait restituer. Ce droit est consacré dans l'art 2286 Cciv. En adoptant un texte général relatif au droit de rétention, l'ordo du 23 mars 2006 a innové.

Avant la réforme du droit des sûretés, il n'y avait pas dans le code civil de texte général relatif au droit de rétention. On ne trouvait dans le code civil que des articles qui consacraient le droit de rétention que dans des cas particuliers. Cela pouvait être les rapports contractuels synallagmatiques dans l'art 1612 Cciv : le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix. Cela pouvait être aussi des situations non contractuelles, l'art 2277 al 1 Cciv : l'acquéreur d'un meuble perdu ou volé peut refuser de le restituer à son propriétaire tant que ce dernier ne lui en a pas remboursé le prix d'achat. Certaines lois spéciales en dehors du code civil avaient consacré le droit de rétention.

C'est la JP qui à partir de la deuxième moitié du 19<sup>ème</sup> siècle qui va généraliser le droit de rétention en admettant son existence dans des hypo où pourtant le droit de rétention n'était pas expressément prévu par un texte. On peut observer que cette généralisation par la JP n'a pas été systématique. Il ne suffit pas qu'un créancier détienne un bien appartenant à son débiteur pour que systématiquement un droit de retenir ce bien lui soit reconnu. Pour qu'il se voit reconnaître un tel droit il faut que certaines conditions, déjà dégagées par la JP puis consacrées par la réforme du droit des sûretés, soient remplies.

### Section 1 – Les conditions du droit de rétention

Le droit de rétention c'est finalement une application au droit du crédit du droit de se faire justice à soi-même. A l'image de ce droit qui ne peut être ni totalement nié ni totalement admis, le droit de rétention n'est admis que de manière exceptionnelle par les textes et la JP.

Pour que le droit de rétention soit admis il faut que 3 conditions soient réunies :

- une créance
- un pouvoir de blocage du bien
- un lien de connexité entre la créance et le pouvoir de blocage.

#### I. L'existence d'une créance

Le droit de rétention étant l'accessoire de la créance qu'il garantit, il suppose nécessairement que cette créance existe. En conséquence, le droit de rétention va disparaître lors de l'extinction de la créance

garantie et il va se transmettre avec la créance garantie. Cela a été reconnu par un arrêt, ch com, 25 nov 1997 : affirme qu'une caution peut opposer le bénéfice de subrogation à un créancier qui avait volontairement mis fin à son droit de rétention alors qu'il n'était pas encore payé par le débiteur. Admettre ce bénéfice de subrogation, c'est admettre que le droit de rétention aurait pu se transmettre.

Il ne suffit pas que la créance garantie existe, il faut en plus qu'elle présente certaines qualités : ce sont des qualités liées au fait que le droit de rétention s'apparente à une forme de saisie. En retenant le bien, le créancier saisit lui-même le bien entre ses mains. Puisqu'il ressemble à une saisie, la créance dans l'hypothèse d'un droit de rétention doit présenter les mêmes qualités que celles prévues pour pratiquer une saisie.

- La JP considère que la créance doit être certaine.

Ainsi dans un arrêt, 3<sup>ème</sup> civ, 3 mai 1996, la Cour de cassation a refusé le bénéfice du droit de rétention à un garagiste qui avait fait des réparations importantes sur ce véhicule mais sans avoir un accord exprès du client sur le montant des réparations. La créance n'était pas certaine de ce fait le garagiste ne peut pas opposer un droit de rétention.

- La créance doit être liquide, cette liquidité n'est pas exigée au jour où le créancier oppose son droit de rétention mais seulement au jour où le débiteur agit en justice pour réclamer la restitution de son bien.

- La créance garantie doit être exigée. Avec toutefois 2 exceptions :

- l'exigibilité n'est pas exigée lorsque l'insolvabilité du débiteur est déjà avérée. C'est le cas si le débiteur fait déjà l'objet d'une PC.

- l'exigibilité n'est pas exigée dans le cas particulier d'un droit de rétention conventionnel.

## II. L'existence d'un pouvoir de blocage

Pour retenir il faut d'abord tenir.

La JP et la doctrine ont considéré pendant très longtemps que le droit de rétention supposait l'existence d'une main mise matérielle sur un bien corporel.

Aujourd'hui le domaine d'application du droit de rétention est beaucoup plus large, il s'est produit une dématérialisation du droit de rétention selon la doctrine. Cela s'est manifesté de 2 manières différentes :

- à propos de l'objet du droit de rétention
- à propos de la main mise exercée sur cet objet

### A. L'objet du droit de rétention : des choses corporelles au bien incorporel.

Il est certain que le droit de rétention peut s'exercer en principe sur n'importe quel bien corporel y compris des documents. Par ex, il est fréquent qu'un droit de rétention soit exercé sur les documents d'immatriculation d'un véhicule (carte grise), ce qui va permettre en pratique d'empêcher le débiteur de revendre le véhicule qu'il a acheté tant qu'il n'a pas payé sa dette.

Il y a une limite à ce principe : le droit de rétention ne peut avoir pour objet qu'un bien qui se trouve dans le commerce juridique. Arrêt, ch com, 26 oct 1999 : un commissionnaire de transport impayé ne peut pas exercer son droit de rétention sur des montres contrefaites car elles sont hors commerce.

Le droit de rétention peut-il aussi avoir pour objet un bien incorporel ?

Le législateur l'a admis une 1<sup>ère</sup> fois dans une loi 2 juillet 1996 : le nantissement de comptes de titres financiers.

Ces titres financiers se sont des biens incorporels, pourtant le législateur a affirmé dans l'art L 211-20 CMF que « le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers ». Cela se traduit par la possibilité de bloquer le compte.

La réforme du droit des sûretés par l'ordo 23 mars 2006 a consacré un droit de rétention sur un bien incorporel en donnant au créancier le pouvoir de bloquer le paiement de la créance nantie.

Aujourd'hui il y a donc un droit de rétention peut résulter d'une main mise sur un objet immatériel.

## **B. De la main mise matérielle au droit de rétention fictif.**

En principe, le droit de rétention suppose que le créancier exerce un pouvoir effectif sur le bien. Cela a pour csqce que le droit de rétention cesse, si le créancier cesse de bloquer le bien.

Par ex : un créancier rétenteur procède à une saisie du bien pour le faire vendre aux enchères. Ce créancier va perdre de ce fait le bénéfice de son droit de rétention, en faisant vendre le bien il a nécessairement cessé de le bloquer. En conséquence, il ne peut pas prétendre au report de son droit de rétention sur le prix de vente.

Encore faut il que le dessaisissement du créancier ait été volontaire.

Si le dessaisissement lui a été imposé par ex par une décision judiciaire imposant la vente du bien, dans ce cas la JP comme les textes considèrent que le droit de rétention n'est pas perdu, le droit de rétention doit se reporter sur le prix de vente : arrêt, ch com, 4 juillet 1962. Cela a été consacré en droit des PC dans l'art L 642-20-1 al 3 Ccom. Assez curieusement la 3<sup>ème</sup> civ dans un arrêt 22 oct 2002 considère que ce texte ne s'applique qu'aux biens meubles et non pas dans le cas où un immeuble serait retenu.

Cette distinction entre dessaisissement volontaire et involontaire a été consacré dans le nouvel art 2286 al 2 Cciv : le droit de rétention ne se perd que par le dessaisissement volontaire.

Si on admet ainsi que le droit de rétention puisse continuer à exister en cas de dessaisissement involontaire, on admet nécessairement qu'il puisse y avoir droit de rétention dans une hypo où il n'y a plus de main mise matérielle.

Le législateur est allé plus loin encore dans le sens d'une dématérialisation du droit de rétention en admettant parfois l'existence d'un droit de rétention sans qu'il n'y ait jamais eu de main mise matérielle sur le bien. Ceci a été admis dans le cas du gage de véhicule automobile.

A l'époque législateur va vouloir favoriser le développement de l'industrie automobile en favorisant la vente à crédit de ce véhicule : une loi 29 déc 1934 va permettre au vendeur de bénéficier d'un gage sur l'automobile en garantie du paiement du prix de vente. A cette époque, de manière générale, la constitution du gage supposait en principe la dépossession du débiteur. Le législateur va admettre que ce gage soit ici un gage sans dépossession et un gage qui requière seulement pour être opposable aux tiers l'accomplissement d'une formalité de publicité. Seulement si on voulait vraiment développer les ventes de véhicule à crédit il fallait que ce gage soit véritablement efficace. Pour cela, le législateur va reconnaître au créancier gagiste un droit de rétention fictif sur le véhicule. C'est reconnu dès 1934, cela a été réaffirmé dans la réforme du droit des sûretés, le nouvel art 2352 : par la délivrance de la déclaration, le créancier gagiste sera réputé...

Ce droit de rétention fictif il a la même force qu'un droit de rétention matériel. En principe il a le même effet. Traditionnellement, on disait qu'il n'y avait qu'une seule exception qui se produisait en cas de conflit entre un droit de rétention fictif et un droit de rétention matériel : le droit de rétention matériel l'emportait.

Cela a été affirmé par un arrêt, ch com, 11 juin 1969. Dans l'hypo d'un conflit opposant un vendeur à crédit d'un véhicule auto (fictif) et le garagiste qui avait fait des réparations et qui conservait le véhicule, le garagiste l'emporte car il détient matériellement le bien.

Le législateur a consacré quelques autres hypothèses de droit de rétention fictif. Puis malheureusement le lég a plus récemment décidé d'aller encore plus loin dans le sens d'une dématérialisation du droit de rétention : la loi 4 août 2008. Elle a créé au sein de l'art 2286 Cciv un nouveau cas de droit de rétention : « désormais un droit de rétention fictif est attaché à tout gage sans dépossession constitué après l'entrée en vigueur de cette loi ».

Cette réforme est particulièrement critiquable pour 2 raisons :

-1<sup>ère</sup> critique : cette réforme dénature le droit de rétention en admettant son existence dans des hypothèses où le créancier n'a absolument aucun pouvoir de blocage du bien. C'est grave car jusqu'à présent toutes les hypothèses dans lesquelles le lég avait admis un droit de rétention fictif étaient des hypo où le créancier avait toujours un minimum de pouvoir de blocage du bien. Ex du gage de véhicule auto, le créancier peut bloquer le bien. En effet, le jour où le débiteur va vouloir vendre le véhicule qu'il n'a pas payé totalement il va devoir justifier d'un certificat de non-gage devant la préfecture. Le créancier a donc une forme de pouvoir de blocage.

Gage du nantissement de comptes de titres financiers : le créancier quand il le veut il envoie une lettre à l'établissement teneur de compte pour que le compte soit bloqué.

A chaque fois il y avait un minimum de pouvoir de blocage. Ici on va l'admettre pour n'importe quel gage sans droit de dépossession, où il n'y a même pas un minimum de pouvoir de blocage. Ce qui est aberrant du point de vue du concept de droit de rétention.

2<sup>ème</sup> critique : cette réforme déprécie le droit de rétention en admettant qu'il puisse exister sans être véritablement efficace. Ce droit n'empêche pas le débiteur de se servir du bien. Si le débiteur vend le bien, ce droit de rétention totalement fictif n'empêche pas le débiteur de délivrer le bien à un tiers acquéreur. Le tiers acquéreur qui ne sera pas plus laissé vis-à-vis de ce droit de rétention fictif que ne l'était le débiteur initial. On a du mal à comprendre la création de ce droit de rétention complètement fictif.

Le droit de rétention n'est efficace que dans la mesure où il gêne. Ce droit de rétention est complètement inefficace.

Ceci est à nuancer : il est inefficace que dans la mesure où le débiteur est en bonis, que dans la mesure où il ne fait pas l'objet d'une procédure collective. Dans la réforme du droit des PC qui va suivre on va se préoccuper du sort du droit de rétention fictif et on va en limiter l'efficacité. A contrario, on lui a créé une efficacité en cas de liquidation judiciaire.

### **III. L'existence d'un lien de connexion**

Ce n'est pas parce qu'un créancier a la détention d'un bien, qu'il peut retenir ce bien. Encore faut-il pour cela qu'il y ait un lien particulier entre sa détention et la créance garantie : un lien de connexité. La lecture des arrêts relatifs au droit de rétention montre que la JP admet 3 sortes de lien de connexité, ce qui a été consacré dans le nouvel art 2286 Cciv.

#### **❖ La connexité matérielle.**

Il y a connexité matérielle lorsque la créance garantie a pris naissance à l'occasion de la détention du bien retenu.

Par ex, le possesseur d'un bien qui a fait des dépenses pour en assurer la conservation, le véritable propriétaire lui demande la restitution, le possesseur a le droit de se faire rembourser. Il peut refuser de restituer le bien tant que les dépenses ne lui sont pas remboursées.

#### **❖ La connexité juridique**

Il y a connexité juridique lorsque la créance et la détention procèdent d'un même rapport juridique sans que ce rapport pour autant n'ait eu pour objet essentiel la création du droit de rétention.

Par ex, un contrat de transport fait naître une créance au profit du transporteur, c'est ce contrat qui rend le transporteur détenteur du bien. Il y a donc un lien de connexité juridique entre la créance et la rétention.

Dans ce cas particulier, le droit de rétention s'apparente à une exception d'inexécution.

Une difficulté particulière apparaît lorsqu'il y a successivement plusieurs créances entre un même créancier et un même débiteur. Un garagiste effectue une réparation sur un véhicule, il n'est pas payé et il a confiance en son client et lui accorde un crédit. Il remet le véhicule à son client. 6 mois plus tard,

le même client qui n'a toujours pas payé confie le même véhicule au même garagiste pour une autre réparation, il effectue la 2<sup>ème</sup> réparation mais il ne restitue pas le véhicule au client. La question est alors la suivante : peut-il exercer son droit de rétention pour garantir aussi le paiement de la 1<sup>ère</sup> créance ?

La JP considère en principe que non, le droit de rétention ne s'étend pas aux créances antérieures. Il peut opposer son droit de rétention uniquement pour la 2<sup>ème</sup> facture : arrêt, Lobry, ch com, 23 juin 1964.

Il en irait différemment si toutes les créances relevaient d'un contrat unique, par ex d'un contrat d'entretien, la JP considère que dans cette hypothèse particulière le droit de rétention peut être invoqué pour le paiement de l'ensemble des créances : arrêt, ch com, 29 nov 1967.

### ❖ **La connexité conventionnelle**

Il y a connexité universelle lorsqu'un débiteur remet un bien à un créancier pour garantir le paiement de sa dette sans pour autant donner ce bien en gage. Il y a alors création d'un droit de rétention conventionnel qui ne permet que de retenir le bien et qui ne confère pas les droits d'un créancier gagiste, cela ne donne pas le pouvoir de faire vendre le bien et d'être préféré sur le prix de vente. Ici, le droit de rétention va naître d'un rapport juridique mais c'est un rapport juridique qui a pour objet de faire naître le droit de rétention.

La réalité de ce droit de rétention conventionnel a été discutée en doctrine puis admise par un arrêt, ch com, 31 mai 1994. Cette JP a été expressément consacrée dans le nouvel art 2286 Cciv.

## Section 2 – Les effets du droit de rétention

Ces effets sont à la fois très forts en pratique et très limités en théorie. Très forts parce que le droit de rétention c'est le pouvoir de dire non mais très limités car il n'y a pas de droit d'agir au profit du créancier détenteur.

### I. Un pouvoir de refus

Le droit de rétention c'est le pouvoir de dire non. Il place son bénéficiaire dans une situation de fait qui d'une part exclut le concours des autres créanciers et qui d'autre part est en principe opposable erga omnes.

#### A. La force de l'exclusivité

Le créancier peut conserver le bien tant qu'il n'est pas totalement payé, un paiement partiel ne suffit pas à mettre fin au droit de rétention car le droit de rétention est indivisible.

De ce fait, l'exercice du droit de rétention va entraîner la paralysie des droits que pourraient avoir d'autres créanciers sur le bien retenu. Le rétenteur va se retrouver dans une situation d'exclusivité, il va nécessairement passer avant tous les autres créanciers puisque le seul et unique moyen de débloquer la situation consiste à payer totalement ce créancier.

Cette exclusivité est très importante pour le créancier rétenteur, cela lui donne la possibilité de primer tous les autres créanciers y compris des créanciers qui auraient un rang favorable au sien. Ainsi la JP a décidé que le droit de rétention d'un créancier gagiste lui permet d'échapper à la primauté du privilège du trésor public : arrêt, 2<sup>ème</sup> civ, 26 juin 1958. Arrêt, ch com, 15 oct 1991 : échapper à la primauté du super privilège des salariés.

Cette force du droit de rétention a également été retenue en droit des PC. Ainsi par ex dans la procédure de sauvegarde l'art L 622-7 II Ccom qui reconnaît « qu'il ne peut être mis fin de la rétention que par le paiement intégral de la créance du rétenteur ».

Arrêt, ch com, 20 mai 1997 : la Cour de cass fait de cette règle un principe général auquel il ne peut être dérogé que par une disposition législative expresse.

En pratique, la force du droit de rétention dépendra de la valeur du bien retenu pour le débiteur. Le droit de rétention n'est efficace que si le bien vaut plus que le montant de la dette garantie, c'est la disproportion qui fait l'efficacité.

Cela peut être efficace en fonction du besoin du débiteur par ex si il en a besoin pour son activité pro ou s'il espère revendre le bien plus cher.

Cette efficacité du droit de rétention va supposer si on est en PC que le créancier ait déclaré en temps voulu sa créance à la PC. En effet, pour pouvoir opposer un droit de rétention à une PC il faut que le créancier détenteur puisse se prévaloir vis-à-vis de la PC d'une créance, d'un pouvoir de blocage et d'un lien de connexité. Mais s'il n'a pas déclaré en temps voulu sa créance elle est inopposable à la PC. Dès lors nécessairement, son droit de rétention va être également inopposable.

En revanche, si le créancier déclare bien sa créance à la PC, il peut opposer son droit de rétention, pour pouvoir mettre fin à cette rétention il faut payer le créancier : art L 622-7 Ccom, art L 642-20-1 Ccom. On le comprend dans la mesure où le rétenteur dispose d'un pouvoir de blocage.

Dans toutes ces hypothèses on comprend que les organes de la PC aient intérêt de récupérer le bien qui est bloqué et pour le récupérer qu'il faille payer. Tout ceci est logique parce que le rétenteur bloque le bien.

Si le créancier ne bloque rien du tout : si on a un droit de rétention totalement fictif.

Logiquement non. On pouvait penser que ces textes n'auraient pas du s'appliquer. C'est ce que pensait la doctrine. Mais tout va changer avec l'ordo du 18 déc 2008, il a cru que ce droit de rétention totalement fictif était efficace. Ainsi, le législateur s'est dit qu'il fallait limiter cette efficacité en faisant une distinction selon que l'entreprise débitrice est en sauvegarde ou en redressement judiciaire ou qu'elle est en liquidation judiciaire. On va affirmer que le droit de rétention fictif n'est pas opposable en cas de sauvegarde ou de redressement. A contrario, il est efficace en cas de liquidation judiciaire.

Ce droit de rétention purement effectif pour lequel on pouvait douter qu'il ait le moindre intérêt, par la réforme ce droit a une efficacité en cas de liquidation judiciaire.

Cette force du droit de rétention est d'autant plus importante qu'en principe le droit de rétention est opposable à tous.

## B. L'opposabilité du droit de rétention

Le droit de rétention est en principe opposable à tous sauf exception légale : opposable à tous les autres créanciers du débiteur de la créance garantie, au tiers acquéreur du bien...

Il n'est pas besoin que le droit de rétention soit publié, arrêt, 3<sup>ème</sup> civ, 16 déc 1998 : l'opposabilité du droit de rétention n'est pas subordonné à la publicité foncière.

Ceci est justifié chaque fois que le droit de rétention naît de la détention du bien cad d'une situation de fait : arrêt, 3<sup>ème</sup> civ, 13 nov 1984. Comme toute situation de fait, le droit de rétention dès lors qu'il s'agit d'un droit de rétention matériel (situation de fait), ce droit va être opposable alors même qu'il n'est pas publié.

Cela a posé un problème lorsque le débiteur de la créance garantie n'est pas le propriétaire du bien retenu. Le propriétaire du bien retenu bien qu'il soit étranger à la dette peut-il subir le droit de rétention du créancier ? Ce qui supposerait que ce propriétaire devrait payer une dette qui n'est pas la sienne pour récupérer le bien.

La réponse varie en fonction du lien de connexité qui est à la base du droit de rétention :

- si c'est un lien de connexité matériel, la créance du rétenteur va être né de la conservation de la chose retenue, elle est profitable au propriétaire et donc la JP admet que le droit de rétention soit opposable au propriétaire : arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 22 mai 1962.
- Il en va de même lorsque la rétention repose sur un lien de connexité qui est à la fois matériel et juridique : arrêt 1<sup>ère</sup> civ 7 janv 1992.

- Si c'est un lien de connexité juridique, il faut comparer les dates de naissance du droit de rétention et du droit de propriété.
  - o **Si le droit du propriétaire est né après le droit de rétention** : la JP a toujours admis que le droit de rétention lui soit opposable parce qu'on ne peut pas retenir la solution contraire sinon il y aurait pour conséquence qu'il suffirait au débiteur d'aliéner le bien retenu pour que le droit de rétention soit inefficace.
  - o **Si le droit du propriétaire est né avant le droit de rétention** : le droit de rétention s'apparente à une exception d'inexécution, cela pourrait expliquer qu'en application du principe de l'effet relatif du contrat cela pourrait supposer que le droit de rétention ne soit pas opposable au propriétaire étranger de la dette: arrêt CE 2 juillet 2003.

Le principe de l'effet relatif du contrat ne devrait pas être invoqué dans une hypo où il est en réalité question que de l'opposabilité d'une situation de fait. Mais en dehors de cas particulier de manière générale le droit de rétention est opposable à tous.

## II. Le refus d'un droit d'agir

### A. Le principe

Le droit de rétention ne confère aucun droit d'agir sur le bien retenu. A la différence du créancier gagiste, le rétenteur n'a pas le droit de faire vendre le bien. Il n'a aucun droit de préférence sur le bien et il ne peut pas s'en faire attribuer la propriété.

Agir serait même dangereux pour le rétenteur car la JP considère que s'il fait vendre le bien, il renonce ainsi à son droit de rétention et il peut alors subir l'éventuelle primauté d'autres créanciers. Cela a été affirmé dans un arrêt, ch com, 15 janv 1957 et arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 11 avril 1962.

La chambre commerciale a ainsi pu affirmer dans un arrêt, ch com, 20 mai 1997 que « le droit de rétention n'est pas une sûreté et il n'est pas non plus assimilable au gage ».

En revanche elle a eu tort dans un arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 7 janv 1992 en affirmant que « le droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel », elle a cru bon de l'affirmer pour justifier l'opposabilité erga omnes. C'est une erreur pour plusieurs raisons :

- affirmer que le propre d'un droit réel est d'être erga omnes c'est faux, les droits personnels sont aussi opposables erga omnes
- l'opposabilité erga omnes ...
- dire que c'est un droit réel est curieux dans la mesure où le droit de rétention ne confère aucune prérogative sur le bien.

Ce principe d'absence de droit d'agir sur le bien est un principe qui peut recevoir une exception.

### B. L'exception

Cette exception on peut l'envisager dans le cas particulier où le droit de rétention aurait pour objet des biens périssables. Le créancier rétenteur a une obligation de conservation du bien retenu : arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 7 nov 2006. Or, s'agissant de biens périssables la meilleure façon d'en conserver la valeur tout en préservant les droits à la fois du rétenteur et de leurs propriétaires consiste le plus souvent à vendre les biens en temps utiles.

On a un ex dans la JP avec un droit de rétention exercé sur des prunes.

Le créancier rétenteur doit vendre ces biens périssables en temps utile, cet acte de disposition peut être analysé comme un acte conservatoire. Cela a été reconnu par une loi 23 juin 2006, art 784 al 3 Cciv.

Si on considère qu'un tel acte de disposition est imposé par l'obligation de conservation il faut dire qu'exceptionnellement le rétenteur a un droit d'agir et en même temps il ne s'agit pas ici d'un



dessaisissement volontaire, il serait donc logique d'admettre que le droit de rétention existe et se reporte sur le prix de vente consigné par le rétenteur. La JP ne l'a pas encore affirmé.

## Titre 1- Les sûretés réelles traditionnelles

Elles confèrent au créancier un droit de préférence sur un ou plusieurs biens appartenant de manière générale au débiteur ou à un tiers (cautionnement réel), le droit de faire vendre ce ou ces biens et d'être préféré sur ce prix de vente par rapport aux autres créanciers.

Une réserve : ce droit de préférence ne permet pas forcément de primer tous les autres créanciers du débiteur car il est possible que ces autres créanciers soient eux-mêmes titulaires d'une sûreté réelle sur le ou les biens concernés. Dans ce cas un classement doit être opéré par le législateur.

Ces sûretés réelles traditionnelles peuvent naître de 3 sources :

- Elles peuvent être de source conventionnelle (cas le + fréquent)
- Elles peuvent être de source légale lorsque c'est la loi qui décide de garantir une créance en raison d'une qualité particulière de la créance ou d'une qualité particulière du créancier que le législateur veut particulièrement protéger.
- Elles peuvent être de source judiciaire, elles constituent alors des mesures conservatoires. Le juge peut autoriser le créancier à prendre à titre conservatoire une sûreté sur un bien appartenant à son débiteur.

En toute hypothèse, les sûretés réelles traditionnelles présentent plusieurs points communs :

- Étant des droits réels, les sûretés réelles sont indivisibles. Tout le bien grevé répond de la totalité de la dette.
  - o Si la créance se divise entre plusieurs créanciers, chacun des créanciers pourra saisir la totalité du bien grevé.
  - o Si la dette se divise entre plusieurs débiteurs, le bien grevé continue à répondre entièrement de chaque fraction de la dette.
- Étant des droits de préférence, les sûretés réelles traditionnelles ont pour objet la valeur du bien grevé. Ainsi la subrogation réelle (le maintien du droit en dépit de la variation de son objet) joue pleinement son rôle. Elles ont une sorte de vocation naturelle à se reporter sur n'importe quel bien qui viendrait remplacer le bien initialement grevé. Par ex, si le bien grevé est détruit, la sûreté réelle se reporte automatiquement sur l'indemnité d'assurance.
- Étant seulement des droits de préférence sur la chose d'autrui, les sûretés réelles traditionnelles sont soumises à un numéris clausus. L'art 2285 Cciv nous dit que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Cela implique que les sûretés réelles traditionnelles ne puissent exister que dans la mesure où leur existence a été admise par le législateur.

Les sûretés réelles traditionnelles peuvent être classées en fonction de leur objet :

- Certaines portent sur l'ensemble des biens du débiteur, ce sont des privilèges généraux.
- Certaines portent sur les biens mobiliers du débiteur, ce sont les sûretés réelles mobilières.
- Certaines portent sur les biens immobiliers, ce sont les sûretés réelles immobilières.

## Chapitre préliminaire – Les privilèges généraux

Ce sont des droits de préférence qui présentent plusieurs caractéristiques communes :

- **Ils sont conférés par la loi**, ce sont des sûretés légales. Ils ne sont accordés qu'en raison d'une qualité particulière de la créance qu'ils garantissent. De ce fait, les privilèges généraux sont d'interprétation stricte.



- **Ils portent sur tous les biens du débiteur** (meuble et immeuble), à la différence des sûretés réelles spéciales (un ou plusieurs biens déterminés).
- **Ils sont occultes**, leur opposabilité n'est soumise à aucune formalité de publicité. Les privilèges généraux sont donc une menace pour le crédit du débiteur, en effet quand un débiteur souhaite obtenir du crédit, il faut alors qu'il puisse donner en garantie un bien à son futur créancier et il faut que le créancier puisse savoir de manière précise si ce bien fait déjà ou non l'objet d'une sûreté au profit d'un autre créancier. Ceci n'est possible que si l'autre sûreté a été publiée. Il apparaît donc que si une sûreté demeure occulte et qu'en dépit de cela elle est néanmoins opposable aux autres créanciers, une telle sûreté fait planer une menace sur les autres créanciers qui vont hésiter à accorder du crédit à un débiteur. A cause de cela, le code civil n'avait initialement admis que quelques privilèges généraux. Par la suite, le législateur a multiplié ces privilèges, ce qui a abouti à remettre en cause le crédit des débiteurs, notamment le crédit immobilier ; pour remédier à cela le décret du 4 janv 1955 a transformé la plupart des privilèges généraux d'une part en des privilèges généraux mobiliers (cela réduit le pb d'insécurité aux seuls biens meubles) et d'autre part en des hypothèques légales (elles ne sont opposables que si elles sont publiées). A la suite de ce texte, il n'est plus resté que 2 privilèges généraux. Mais les réformes du droit des PC intervenues en 1985 et 2005 ont à nouveau menacé la sécurité du crédit en créant 2 autres privilèges généraux.

## Section 1 – Les créances garanties par un privilège général

### I. Les frais de justice

Le privilège des frais de justice est traditionnellement classé parmi les privilèges généraux, il est mentionné comme tel aussi bien en matière de meuble par l'art 2331 Cciv qu'à propos des immeubles par l'art 2375 Cciv.

Pourtant on pourrait hésiter à lui attribuer cette qualification. Si le privilège des frais de justice est général, ce n'est pas parce qu'il porte sur tous les biens du débiteur, c'est seulement parce qu'il peut porter sur n'importe quel bien du débiteur. Le fondement de ce privilège est que celui qui par un acte de procédure assure la conservation ou la réalisation d'un bien du débiteur, fait un acte utile à la préservation des droits des autres créanciers susceptibles de profiter de cet acte. En conséquence, il doit être payé avant eux sur le produit de la réalisation du bien en question.

Ce fondement particulier a trois conséquences :

- L'existence de ce privilège suppose que l'acte ait été utile aux autres créanciers.
- Ce privilège ne peut être opposé qu'aux seuls créanciers à qui l'acte a été utile.
- Ce privilège ne peut s'exercer que le ou les biens ayant fait l'objet de cet acte.

Une particularité doit être notée qui existe dans le cas des créances des organes de la PC : par ex frais de justice exposés par un mandataire liquidateur. Étant donné que la PC concerne l'ensemble des biens du débiteur, que les actes du mandataire liquidateur va bénéficier à la totalité de la PC donc à tous les créanciers, exceptionnellement le privilège bénéficiera à tous les débiteurs et sera opposable à tous les créanciers (à reprendre).

### II. Les salaires

Privilège qui repose sur plusieurs fondements :

- Par la richesse économique qu'ils créent au sein de l'entreprise, l'activité des salariés profite aux autres créanciers de l'entreprise.
- Le fait que les créances salariales ont pour la plupart d'entre elles un caractère alimentaire.

Si on simplifie le contenu des articles 2331 et 2375 Cciv, on retient que ces 2 textes confèrent aux salariés un privilège sur les meubles et immeubles de leur employeur, un privilège garantissant les 6 derniers mois de salaires et tous les autres accessoires (congés payés, indemnité de licenciement...). En pratique, ce privilège général n'est pas suffisant pour protéger les salariés, bon nombre d'entreprises louent leurs locaux et ont des actifs essentiellement mobiliers. Or, sur les meubles le privilège des salariés est en principe primé par les privilèges fiscaux de 1<sup>er</sup> rang. La conséquence en est que si les dettes fiscales sont importantes (ce sera le cas si c'est une entreprise en difficulté) et que l'actif mobilier de l'entreprise est limité, le risque c'est que les salariés restent impayés en dépit de leurs privilèges.

Pour éviter cela le législateur a créé au sein des PC en 1935 en plus des privilèges prévus par le code civil, un super privilège des salariés qui présentent 2 avantages :

- il permet au salarié de l'emporter sur tous les autres créanciers en cas d'ouverture d'une PC.
- Les créances super privilégiées doivent être payées sur les premiers fonds dont peuvent disposer les organes de la PC.

La contrepartie de cette force : le domaine d'application est limité. Le super privilège ne garantit que les rémunérations dues au titre des 60 derniers jours de travail ainsi que leurs accessoires dans la limite d'un plafond mensuel fixé par décret identique pour tous les salariés.

L'affaire Lipp a montré en 1973 que même ce super privilège pouvait ne pas être suffisant parce que dans cette affaire il n'y avait plus d'actifs du tout. De ce fait, les salariés même super privilégiés ne pouvaient rien recevoir.

Alors une loi 27 déc 1973 a créé l'association pour la gestion du régime de la garantie des salariés (AGS) dont le rôle est de garantir une partie des créances salariales. Elle va payer aux créanciers une partie de ce qui leur est dû et l'AGS va exercer un recours subrogatoire contre l'entreprise.

### III. Les créances de new money

Avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde de 2005 réformant les PC, les créanciers qui participaient à une tentative de règlement amiable des difficultés d'une entreprise ne bénéficiaient par la suite d'absolument aucun avantage si cette tentative n'était pas couronnée de succès. Si malgré les efforts de ces créanciers, l'entreprise faisait quand même l'objet de l'ouverture d'une PC, ses créanciers étaient traités comme n'importe quel créancier antérieur à l'ouverture de la PC. Ceci n'était pas de nature à inciter les créanciers à aider une entreprise en difficulté. La loi de 2005 pour remédier à cela a créé au sein du nouvel art L 611-11 Ccom un nouveau privilège au profit des créanciers qui acceptent de participer à la nouvelle procédure de conciliation pour permettre le redressement de l'entreprise.

Ce privilège pour exister suppose la réunion de plusieurs conditions :

- 1<sup>ère</sup> condition : ce privilège n'existe que si une PC (sauvegarde, redressement, liquidation) est ouverte ultérieurement.
- 2<sup>ème</sup> condition : ce privilège ne bénéficie aux seuls créanciers ayant fourni un nouveau bien ou un nouveau service au débiteur ou aux créanciers ayant consenti un nouvel apport en trésorerie. Cela exclut le simple fait d'accorder un simple délai au débiteur.
- 3<sup>ème</sup> condition : ce privilège n'est attribué qu'en cas d'homologation de l'accord de conciliation. Cette condition n'est pas toujours remplie, les créanciers ne vont pas toujours demander l'homologation car si il y a un jugement d'homologation cela implique que ce soit public or un créancier ne tient pas forcément à ce qu'un autre débiteur sache les efforts qu'il peut consentir en cas de difficultés.

- 4<sup>ème</sup> condition : ce privilège suppose que le créancier privilégié déclare bien sa créance en temps voulu à la PC. Même si il a un privilège de new money il reste un créancier antérieur à l'ouverture de la PC.

#### **IV. Les créances nées après l'ouverture d'une PC**

L'ouverture d'une PC n'est pas nécessairement synonyme d'arrêt de l'activité de l'entreprise. Au contraire, le maintien de cette activité doit être favorisé autant que possible et il faut donc encourager tous ceux qui acceptent de contracter avec une entreprise en dépit du fait qu'elle fasse l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement.

Même dans le cas d'une liquidation judiciaire, le bon déroulement de la procédure de liquidation va nécessairement impliquer la naissance de nouvelles créances, cela suppose que ces nouveaux créanciers soient privilégiés. Pour ces raisons, le droit des PC a toujours favorisé les créanciers dont la créance est née après l'ouverture d'une PC en leur permettant d'être payés parmi les premiers créanciers, parmi les préférés.

Toutefois, avant la réforme du 26 juillet 2005 le droit de préférence était accordé au créancier dont la créance était née régulièrement après l'ouverture de la PC, ce droit de préférence n'était pas un véritable privilège cela est affirmé dans un arrêt, ch com, 5 fév 2002. Ce n'est pas un véritable privilège car les conditions d'octroi de la préférence étaient que la créance était née après l'ouverture, le droit de préférence ici n'était pas lié à une qualité intrinsèque de la créance ou du créancier, il était simplement question d'une date de naissance. Or, un véritable privilège n'est accordé qu'en fonction d'une qualité.

Cela a changé avec la loi du 26 juillet 2005, le droit de préférence attaché aux créances nées après l'ouverture est reconnu par l'art L 622-17 Ccom (sauvegarde et redressement judiciaire) et l'art L 641-13 Ccom (liquidation judiciaire). Ces 2 textes ont en commun le fait de délimiter le domaine d'application de ce droit de préférence non seulement en fonction de la date de naissance de la créance mais aussi en fonction de son utilité pour le redressement de l'entreprise ou pour le déroulement de la PC et donc par référence à une qualité intrinsèque de la créance.

Le domaine d'application du droit de préférence a donc été restreint en 2005, ce n'est plus simplement pour les créances utiles mais en même temps ce droit s'est transformé en un véritable privilège.

#### **Section 2 – Les effets des privilèges généraux**

Ces effets se limitent à l'octroi d'un droit de préférence au créancier qui en bénéficie, un privilège général ne peut jamais conférer un droit de suite efficace à son bénéficiaire ; parce que soit il est invoqué à propos d'un meuble et dans ce cas la son opposabilité va se trouver paralysé par le fait qu'un tiers acquéreur va invoquer l'application de l'art 2276 Cciv, si il a été invoqué à propos d'un immeuble pour être opposable à un tiers il faudrait qu'il soit publié, ce qui n'est pas prévu par les textes. Ainsi les privilèges généraux se trouvent dénués de droit de suite.

S'agissant du droit de préférence, le rang qui est conféré par la loi aux privilèges généraux varie selon que le débiteur est in bonis ou selon qu'il fait l'objet d'une PC.

#### **I. Les effets des privilèges généraux en présence d'un débiteur in bonis.**

##### **A. Le rang des privilèges généraux sur les meubles.**

##### **a) Le rang des privilèges généraux entre eux.**

Ce rang est déterminé par l'art 2331 Cciv qui classe à la fois les privilèges portant sur les biens (meubles et immeubles) du débiteur lorsqu'ils sont exercés sur des meubles et d'autre part les privilèges qui portent seulement sur tous les biens meubles du débiteur, les privilèges généraux mobiliers.

Le classement des privilèges généraux est également déterminé par des textes spéciaux relatifs à certains privilèges généraux mobiliers et notamment au privilège du trésor public.

Pour l'essentiel, le classement est le suivant :

- les frais de justice
- les privilèges fiscaux de 1<sup>er</sup> rang
- les privilèges généraux de l'art 2331 et en suivant l'ordre prévu par ce texte
- les privilèges fiscaux de 2<sup>nd</sup> rang

#### ***b) Le rang des privilèges généraux par rapport aux autres sûretés***

On mettra à part ici les sûretés qui échappent au concours des autres créanciers et qui vont forcément l'emporter sur toutes les autres, celles conférant un droit de rétention et les propriété-sûretés. Ici cela concerne seulement que les rapports entre un privilège général et une sûreté réelle traditionnelle spéciale ne conférant pas un droit de rétention.

Le principe est que sauf dérogation prévue par la loi, les privilèges spéciaux mobiliers l'emportent sur les privilèges généraux sur les meubles. Cette règle a été d'abord énoncée par la Cour de cass avant d'être consacrée par l'ordo du 23 mars 2006 dans le nouvel art 2332-1 Cciv.

Cette règle va s'appliquer non seulement lorsqu'un privilège général est en concours avec un privilège spécial sur un meuble mais aussi lorsqu'il est en concours avec un gage ou un nantissement ne conférant pas de droit de rétention.

Cette règle est justifiée par le fait que la valeur des biens meubles est souvent faible, si l'on avait adopté une solution inverse l'exercice des privilèges généraux aurait pu absorber toute la valeur du bien meuble concerné alors que ce bien constitue la seule et unique garantie du titulaire de la sûreté spéciale.

Il faut savoir que la loi apporte plusieurs exceptions à cette primauté et notamment le législateur a prévu que les privilèges des frais de justice et les privilèges fiscaux de 1<sup>er</sup> rang l'emportent sur les sûretés mobilières spéciales. C'est important en pratique, cela a pour conséquence que ces sûretés n'ont aucun intérêt en pratique, par ex un nantissement de fonds de commerce.

### **B. Le rang des privilèges généraux sur les immeubles.**

#### ***a) Le rang des privilèges généraux entre eux.***

Ce rang est déterminé par l'art 2375 Cciv qui classe en 1<sup>er</sup> les frais de justice et en 2<sup>nd</sup> le privilège des salaires.

#### ***b) Le rang des privilèges généraux par rapport aux autres sûretés.***

On met là aussi à part les sûretés conférant un droit de rétention et les propriété-sûretés en soulignant toutefois qu'en pratique elles sont rarement utilisées en matière immobilière.

Le problème concerne seulement le classement un privilège général et un privilège immobilier spécial ou une hypothèque. Ici, à l'inverse des meubles, le principe posé par l'art 2376 Cciv c'est que les privilèges généraux l'emportent sur les privilèges spéciaux immobiliers et les hypothèques.

Toutefois, cette primauté des privilèges généraux se trouve tempérée en pratique par un principe de subsidiarité. En effet, cette primauté n'existe que dans l'hypothèse où les titulaires de privilèges généraux n'ont pas trouvé dans le patrimoine de leur débiteur suffisamment de biens meubles pour être payés. En effet, les titulaires de privilèges généraux ne peuvent agir sur les immeubles qu'après avoir agit sur les meubles de leur débiteur et uniquement à la condition qu'ils n'aient pas trouvé suffisamment de meubles pour les satisfaire.

## **II. Les effets des privilèges généraux en cas d'ouverture d'une PC.**

Il faut là aussi mettre à part les suretés qui échappent au concours : conférant un droit de rétention, les propriété-suretés.

Pour les autres sûretés, leur classement en cas d'ouverture d'une PC est déterminé par 2 textes : l'art L 622-17 Ccom (sauvegarde et redressement) et l'art L 641-13 Ccom (liquidation).

**En cas de sauvegarde ou de redressement**, le classement est le suivant :

- Le super privilège des salariés.
- Les frais de justice postérieurs à l'ouverture de la PC.
- Les créances bénéficiant du privilège de new money.
- Les créances salariales nées après l'ouverture de la PC et dont le paiement n'a pas été avancé par l'AGS.
- Les créances résultant d'un prêt ou d'un délai de paiement accordé à l'occasion de l'exécution d'un contrat en cours et qui ont été consenties au débiteur après l'ouverture de la PC.
- Les créances nées après l'ouverture de la PC et qui ont été utiles au redressement de l'entreprise ou au déroulement de la procédure en respectant le rang qu'elles peuvent avoir entre elles.
- Les créances nées avant l'ouverture de la PC en suivant l'ordre qui leur serait appliqué si le débiteur était in bonis.

**En cas de liquidation judiciaire**, le classement est le suivant : 2 catégories de créanciers vont venir s'intercaler.

- entre le 3<sup>ème</sup> rang et le 4<sup>ème</sup> rang va venir s'intercaler les créances antérieures à l'ouverture de la PC garanties par des sûretés immobilières
- entre le 5<sup>ème</sup> rang et le 6<sup>ème</sup> rang viennent s'intercaler les créances salariales nées de la poursuite de l'exploitation et dont le montant a été avancé par l'AGS en application de l'art L 3253-8 Code du travail.

Il faut noter que ces classements sont souvent eux-mêmes bouleversés en pratique par l'application d'une autre règle du droit des PC.

Les art L 622-17 et L 641-13 Ccom prévoient dans leur 1<sup>er</sup> alinéa que les titulaires de créances utiles nées après l'ouverture de la PC ont le droit d'exiger le paiement de leurs créances à l'échéance.

Or, la JP affirme que ce paiement à l'échéance il doit être immédiatement effectué par les organes de la PC alors même nous dit la Cour de cass qu'il n'y aurait pas de fonds suffisants pour assurer le respect du classement des créanciers privilégiés. On peut remarquer que cet avantage a été récemment étendu aux privilèges de new money puisque l'art L 626-20 Ccom issu de l'ordonnance du 12 mars 2014 nous dit que les créances bénéficiant du privilège de new money ne peuvent pas faire l'objet de remise ou de délais de paiement. Elles aussi doivent être payées à l'échéance.

## Sous-titre 1 : Les sûretés mobilières

1804 : les rédacteurs du CCiv avaient réparti en 2 catégories distinctes :

- nantissement : cad sûretés réelles dont la c° impliquait une dépossession du constituant au profit du créancier. Comprendait le gage (meubles) et l'antichrèse (immeubles).
- Sûreté réelles sans dépossession : essentiellement l'hypothèque

Cette clarté initiale du CCiv disparaît par la suite. En effet, le législateur crée de nombreux gages sans dépossession, gages souvent qualifiés par la loi de nantissement.

Le terme « nantissement » cessant alors de désigner une catégorie regroupant toutes les sûretés caractérisées par la dépossession pour devenir de plus en plus une sûreté portant sur des éléments incorporels.

Voulant mettre fin à ce désordre terminologique, il a été décidé que la dépossession cesserait d'être une condition de validité du gage (car existence de gages sans dépossession).

Cela impliquait que la qualification des sûretés réelles ne soit plus fondée sur l'existence/absence de dépossession du constituant.

**Ordonnance du 23 mars 2006** : substitue à la classification antérieure une nouvelle classification, effectuée en fonction de l'**objet de la sûreté**. Distingue désormais :

- sûretés mobilières.
  - o Meubles corporels : gage
  - o Meubles incorporels : nantissement
  - o Sûretés légales : privilèges mobiliers
- sûretés immobilières

## Chapitre 1 – Le gage

**2333 CCiv** : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un **bien mobilier** ou un **ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.*** »

Def. issue de la réforme de 2006.

La logique aurait voulu que l'ordonnance supprime en même temps les gages spéciaux, créés antérieurement par le législateur parce que le droit commun du gage était inadapté aux besoins de la pratique. Or, cela n'a pas été fait, maintien des gages spéciaux préexistants. La chancellerie en a même créé un de plus dans le CCom (le gage des stocks).

## Section 1 - La constitution du gage

Avant la réforme du droit des sûretés, la validité d'un gage supposait à la fois l'existence d'un accord de volonté des parties et la remise du bien qui en faisait l'objet. Cela faisait du gage un **contrat réel**. L'ordonnance de 2006 met fin à cette dualité. Si l'accord de volonté est toujours nécessaire (I), il n'en va plus de même s'agissant de la remise du bien (II).

### I. L'accord de volonté

#### A) Les parties à l'accord de volonté

- Le créancier bénéficiaire du gage : n'importe quel créancier peut, a priori, bénéficier d'un gage. Seule exception, s'agissant du **prêt sur gage** (**L. 514-1** et **L. 571-12 CMF**) : réservé aux EC municipal.

- Le constituant du gage : peut être aussi bien le **débiteur de la dette garantie** qu'un tiers. En revanche, le constituant doit être, en principe, le propriétaire du bien donné en gage. À défaut, la JP a cependant toujours admis que si le gage était un gage avec dépossession, et si le créancier était de bonne foi, alors il pouvait se prévaloir de l'application de 2276 CCiv pour pouvoir opposer son droit de gage au véritable propriétaire.

Toutefois, on peut se demander si cette décision ne serait pas remise en cause par la réforme du droit des sûretés - **2335 CCiv** : « le gage de la chose d'autrui est nul ».

On peut douter que cette JP soit remise en cause, pour plusieurs raisons :

- car on ne comprend pas l'utilité de 2335 CCiv.
- ce texte est une énormité, totalement incompatible avec la reconnaissance de la possibilité envisagée par la réforme de donner en gage un bien futur

Pour sortir de cette impasse, seule possibilité : interpréter strictement, de la même manière qu'on interprète 1599 CCiv (« la vente de la chose d'autrui est nulle »).

La CCass, à propos de 1599 : il s'agit d'une **nullité relative**, protégeant uniquement l'acquéreur.

Ici, il faut adopter la même interprétation, et considérer que ce texte ne fait qu'édicter une nullité relative pour protéger le créancier bénéficiaire du gage. Or, le créancier ne l'invoquera jamais → on est donc débarrassé de ce texte.

#### B) L'écrit constatant l'accord de volonté

Exigence d'un écrit remonte au XVI<sup>e</sup> siècle. Introduite pour empêcher que la c<sup>o</sup> d'un gage ne permette une fraude au paiement des autres créanciers. Ex : en antichrèze un gage qu'on constitue au profit un créancier complice, afin d'empêcher la saisie du bien concerné par les autres créanciers.

Ainsi, la c<sup>o</sup> d'un gage doit être constaté par **acte authentique** ou par **acte sous seing privé enregistré** → donne date certaine à la c<sup>o</sup> du gage.

Cette exigence était une **simple condition d'opposabilité** du gage, et concernait tous les gages sauf exception légale (ex : gage commercial).

Cette exigence a été maintenue par l'ordonnance de 2006, mais lui a donné une portée différente. Pour tous les gages constitués à partir du 25 mars 2006 :



**2336 CCiv** : « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature »

→ l'exigence d'un écrit a été à la fois renforcée et allégée :

- renforcée : devenu une **condition de validité du gage**.

Cette condition de validité est liée au *principe de spécialité des sûretés réelles*. Ce principe de spécialité implique que la/les créances garanties sont déterminées ou déterminables, et que le(s) bien(s) donnés en garantie sont déterminés ou déterminables. Pour cela, il faut nécessairement un écrit dans lequel la créance garantie et le bien grevé sont indiqués.

→ cela fait du contrat de gage un contrat **solennel**, avec comme conséquence que cette exigence s'applique désormais en matière de gage civil et commercial (**tous** les gages).

- allégée : il n'est plus nécessaire que l'écrit soit authentique ou sous seing privé enregistré. Peut se faire par un acte sous seing privé non enregistré → il ne faut plus que l'écrit ait date certaine. Dans la pratique, les cas de fraude par antedate ne se rencontrent quasiment jms. C'est donc sur le tiers contestant la date que pèsera la charge de la preuve contraire.

## II. La disparition de la nécessité de la remise du bien

### A) Raisons de la disparition de l'exigence de dépossession

Ancien article 2076 CCiv : exigeait que le constituant se dépossède du bien soit au profit du créancier soit au profit d'un tiers conservant le bien pour le compte du créancier (gage avec entierement). À défaut de dépossession, cela ne constituait qu'une promesse de gage.

Avantage de la dépossession pour le créancier : a un droit de rétention matériel sur le bien.

Inconvénients :

- pour le créancier : tenu de conserver le bien, stocker
- pour le constituant (surtout) : ne peut plus utiliser le bien en question.

Afin de remédier à ces inconvénients, le législateur crée de nombreux gages spéciaux sans dépossession, que l'on trouve dans des lois spéciales, réglementées hors du CCiv. → rendait donc parfois artificiel la distinction nantissement / hypothèque. Parmi ces gages spéciaux, 2 grandes catégories qui peuvent être distinguées :

- Ceux dont la **validité** est subordonnée à une exigence de publicité → la notion de dépossession y était totalement absente, puisque ces gages ne conféraient jms de droit de rétention. Il en était ainsi jusqu'à la loi du 4 août 2008. Ex : gage de l'outillage et du matériel d'équipement régi par L. 525-1 et s. CCom.
- Ceux dont l'**opposabilité** était subordonné à une exigence de publicité → l'idée de dépossession n'a jamais été totalement absente, dans la mesure où l'accomplissement de cette formalité de publicité confère au créancier une possession fictive du bien → droit de rétention fictif. Ex : gage du vendeur à crédit de véhicule automobile.

Ainsi, en 2006, le CCiv ne reflétait plus la réalité du droit français.

Ordonnance du 23 mars 2006 : décide, de manière générale, que l'exigence de dépossession ne serait plus une condition de validité du gage. La dépossession n'est plus qu'une condition **d'opposabilité du gage au tiers**, pouvant être remplacé par l'accomplissement d'une formalité de publicité si les parties veulent faire un gage sans dépossession (2337 CCiv).

Ainsi, pour tous les biens meubles corporels les parties ont le choix :

- recourent à un gage avec dépossession. La dépossession constitue l'opposabilité
- recourent à un gage sans dépossession. L'opposabilité du gage au tiers est obtenu par l'accomplissement de formalité de publicité.

Cette publicité du gage ne peut être qu'une **publicité personnelle** : se fait référence à la localisation du constituant de la sûreté. En effet, on ne peut avoir de système de publicité réelle, car un tel système ne se conçoit que si l'objet de la sûreté a une localisation fixe (immeuble, meuble faisant l'objet d'immatriculation).

2 décrets du 23 décembre 2006 prévoient que la publicité des gages doit avoir lieu sur un registre tenu au nom du constituant au greffe du TCom.

Cette pub est particulièrement efficace. La réforme de 2006 résous, par avance, les conflits pouvant se poser entre les créanciers gagistes et les tiers. Prévoit que :

- les conflits entre créanciers gagistes successifs sont réglés en fonction de l'ordre des inscriptions (**2340 al. 1**)
- en cas de conflit entre un créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession et un créancier bénéficiant d'un gage avec dépossession, c'est celui qui a rempli le 1<sup>e</sup> la condition d'opposabilité qui l'emporte. Dans le cas où c'est le gagiste sans dépossession qui publié avant la mise en dépossession (et donc l'emporte) - **2340 al. 2** : le gagiste sans dépossession l'emporte, nonobstant le droit de rétention de l'autre créancier.
- Le créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession / tiers acquéreur : si le créancier a publié son gage avant que le bien soit vendu au tiers, cela crée une **présomption irréfragable de connaissance pesant sur les tiers**. Le tiers ne peut pas se prévaloir de 2276. **2337 al. 3 CCiv**.

## B) Conséquences de la disparition de l'exigence de dépossession

Avant la réforme : le gage ne pouvait, en principe, avoir pour objet un bien futur. Il supposait, pour sa validité, la remise effective du bien.

En revanche, hors du droit commun, rien ne s'oppose (conformément à **1130 CCiv**) à ce que le gage spécial sans dépossession puisse avoir pour objet un bien futur.

Réforme : en faisant disparaître de manière générale l'exigence de dépossession, elle permet d'admettre que **le gage de droit commun puisse porter sur des meubles corporels actuels ou futurs**, dès lors qu'ils sont **déterminables**. (cf. **2331 al. 1 et 2336 CCiv**)

Cette admission de gage de chose future a permis de consacrer la réalité de la c<sup>o</sup> d'un gage sur des stocks renouvelables - 2336 CCiv.

**2341 et 2342 CCiv** : règlent précisément les effets d'un tel gage de chose fongible, en distinguant que les biens ont été remis au créancier ou non.

Dans le cas où les biens fongibles sont laissés à la possession du constituant, ce dernier peut aliéner les biens grevés à charge de les remplacer par la même quantité de chose équivalente (2342 CCiv).

Une entreprise fabrique des charges électriques, et achète du cuivre. Cette richesse de cuivre va lui permettre d'obtenir du crédit : constitue un gage sur le cuivre. Dans le même temps, on lui permet de continuer à vendre le cuivre, le travailler. Seule limite : chaque fois qu'elle en utilise, elle devra remplacer de sorte à ce que le gage soit toujours de même niveau.

Mais la chancellerie a ressenti le besoin de réglementer le gage de stock, et ont cru utile de créer un gage de stock dans le CCom (**L. 527-1 et s. et R. 527-1 et s. CCom**).

Est-ce pour obtenir un gage plus souple ? Non, c'est même le contraire : le régime du gage de stock est **plus strict** que celui du gage de chose fongible du CCiv, sans que l'on puisse en comprendre la raison.

Ex :

- Écrit qui constate le gage de stock doit comporter, à peine de nullité, des mentions obligatoires (de telles mentions ne sont pas exigées par le CCiv.
- Le gage du CCom doit être publié dans un délai de 15j à peine de nullité
- Le pacte comissoire, autorisé dans le droit commun du gage, est interdit dans le gage de stock

... 20%.

Le gage du CCom est, évidemment, inadapté aux besoins de la pratique. Problème : cela a fait naître une insécurité juridique.

Les constituants, comme les créanciers, veulent constituer un gage de stock sur le terrain du gage de chose fongible réglementé par le CCiv. Problème : est-ce possible ? Le législateur a-t-il entendu imposer le régime juridique spécial ? Il faudrait faire jouer le principe de la liberté contractuelle et admettre que les parties ont le choix.

Arrêté du 1<sup>e</sup> fev. 2007 : détermine les catégories de biens susceptibles d'être publiés. Dans cette catégorie, on trouve des biens fongibles susceptibles d'être stockés.

Logiquement, on devrait admettre la liberté contractuelle, et dire que les parties ont le choix.

Malheureusement, ce n'est pas la solution retenue par la JP – **Com. 19 février 2013** : « *s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 CCom, les parties, dont l'une est un EC, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meuble sans dépossession* ».

Cet arrêt est tout à fait critiquable.

Heureusement, lorsque la CA Paris a statué sur renvoi, elle a résisté (**27 février 2014**). On attend mtn que l'Ass. Plen. se prononce. EXAMEN. TD 7.

## Section 2 - Les effets du gage

### I. Effets antérieurs à l'échéance de la créance garantie

#### A) Obligation de conservation des biens donnés en gage

**2344 CCiv** : l'obligation de conservation pèse sur celle des 2 parties qui à la détention du bien.

- Gage avec dépossession : restitution au constituant lorsque le débiteur aura payé sa dette → le créancier doit conserver le bien sous peine de devoir payer des D&I au constituant. Le créancier **ne peut pas disposer** du bien gagé. Exception : lorsque le bien gagé est un bien périssable.
- Gage sans dépossession : obligation de conservation pèse sur le constituant, car la valeur doit être préservée dans la perspective d'une réalisation du gage à l'échéance.  
Si le constituant ne respecte pas cette obligation, le créancier peut invoquer la déchéance du terme de l'obligation garantie soit solliciter un complément de gage (**2342 CCiv**).  
C'est la même idée qui se trouve dans le gage de choses fongibles. s

#### B) Le sort des fruits

Avant la réforme : la JP considérait qu'étant donné que le bien grevé n'était remis qu'à titre de garantie, le créancier n'avait pas le droit d'user de ce bien, ni d'en percevoir les fruits, à moins que les parties ne l'aient voulu ou que la loi en ait voulu autrement.

Après la réforme : principe = **les fruits du bien gagé sont perçus par celui qui détient le bien.**

- constituant : les fruits lui sont acquis, car il est propriétaire du bien
- créancier (gage avec dépossession) : il perçoit les fruits, mais ils ne peuvent être pour lui une source d'enrichissement. **2345 CCiv** : les fruits doivent être imputés sur la dette garantie, s'imputent d'abord sur les intérêts et ensuite sur le K (les parties peuvent déroger à cette règle d'imputation sur les intérêts).

## II. Effets postérieurs à l'échéance de la créance garantie

Possibilités :

- Le débiteur paie totalement la dette garantie → le gage disparaît, le bien est restitué au constituant (si c'était avec dépossession). Le gage étant indivisible, seul un **paiement total** peut mettre fin.
- Le débiteur est défaillant :
  - le créancier peut faire vendre le bien grevé et d'être préféré sur le prix.
  - Le créancier peut avoir le droit de bénéficier d'une situation d'exclusivité

### A) Le droit de vendre le bien et d'être préféré sur le prix

Le créancier gagiste impayé peut provoquer la vente forcée du bien.

En toute hypothèse, que le créancier soit ou non en possession du bien gagé, cette vente doit toujours être ordonnée en justice, selon les modalités prévues pour les procédures civiles d'exécution. Les parties ne peuvent pas déroger à ce principe (concernant le contrôle judiciaire). Une clause qui prévoirait une vente à l'amiable sans aucun contrôle (la clause de voie parée) est en effet **expressément interdite (2346 CCiv)**.

**2333 CCiv** : le créancier gagiste a un droit de préférence sur le prix de vente ainsi obtenu, lui permettant d'être payé avant les créanciers chirographaires.

Mais ce créancier gagiste va devoir subir la primauté d'autres créanciers ayant éventuellement un rang supérieur au sien (et n'a pas toujours de droit de rétention, lui permettant d'exclure le concours avec les autres créanciers).

Le droit de préférence attaché au gage, en pratique, n'est pas toujours très favorable : même si le constituant est in bonis, le droit de préférence du créancier gagiste subit la primauté du privilège des frais de justice, les privilèges fiscaux de 1<sup>e</sup> rang, et c'est bien pire en cas de PC (superprivilège des salariés, privilège de new money...).

Dès lors, il est très important pour un créancier gagiste de jouir d'une situation d'exclusivité sur le bien, car le droit de préférence ne lui accorde pas une protection suffisante.

### B) Les possibilités de bénéficier d'une situation d'exclusivité sur le bien grevé

Avant 2006 : le législateur avait reconnu au créancier gagiste 2 possibilités de bénéficier d'une situation d'exclusivité sur le bien donné en gage :

- L'exercice d'un droit de rétention, spécifique à certains gages
- La faculté de demander l'attribution judiciaire du bien : commune à tous les gages, sauf exception légale

Les rédacteurs du CCiv, à cette époque, avaient prohibé le pacte comissoire (convention par laquelle le créancier gagiste et le constituant conviennent que la propriété du bien donné en gage sera automatiquement conférée au créancier en cas de défaillance du débiteur).

Depuis 2006, pacte comissoire autorisé.

### 1. Le droit de retenir le bien gagé

L'existence du droit de rétention a été expressément retenu dans le droit du gage avec dépossession dans l'article **2339 CCiv** : « le constituant ne peut exiger la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie ».

La rétention supposant la détention du bien, il ne pouvait pas exister dans le cas des gages sans dépossession.

La JP avait cependant admis l'existence d'un droit de rétention fictif au profit du créancier gagiste chaque fois que dans des lois spéciales le législateur avait admis que ce créancier, notamment en accomplissant des formalités de publicité, puisse avoir une rétention fictive. C'est notamment le cas pour le gge de véhicule automobile (**2352 CCiv**).

Depuis la **loi du 4 août 2008**, le droit de rétention fictif existe pour **tous les gages sans dépossession (2286 4<sup>e</sup> CCiv)**.

Mais ce nouveau droit de rétention fictif est aberrant et n'a qu'une efficacité limitée.

Au demeurant, il permet au créancier qui en bénéficie d'être protégé en cas de vente forcée du bien dans 2 hypothèses :

- lorsque la vente forcée a lieu à l'occasion de la LJ du constituant
- lorsque le constituant est in bonis et qu'un créancier d'un rang préférable au créancier gagiste ferait saisir et vendre le bien

### 2. Le droit de demander l'attribution judiciaire du bien gagé

Selon l'ancien article 2078 al. 1 CCiv, et selon le nouvel **article 2347 CCiv**, le créancier gagiste peut **faire ordonner en justice que la propriété du bien gagé lui soit attribuée en paiement**.

Dans ce cas, étant donné qu'une sûreté ne peut procurer un enrichissement injuste, « si la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence doit être soit versée au constituant soit consignée au profit des autres créanciers ayant une sûreté sur le bien » (2347 al. 2).

Ceci suppose nécessairement que la valeur du bien soit **déterminée**. Cela peut être fait soit par référence à une expertise ou à une cotation du bien, soit par référence à un accord des parties sur la valeur du bien (**Com., 15 novembre 2005**).

L'attribution judiciaire est particulièrement intéressante pour le créancier gagiste – 2 avantages :

- Lui confère un **droit de propriété** sur le bien → cela lui permet d'échapper au concours des créanciers titulaires d'un privilège général qui à défaut bénéficieraient d'un rang préférable au créancier gagiste. Peut en effet permettre à un créancier gagiste d'échapper au superprivilège des salariés (**Com. 6 janvier 1998**).
- **L. 642-20-1 CCom** : l'attribution judiciaire peut être invoquée en cas de LJ du constituant → permet au créancier gagiste d'échapper aux conséquences de la PC car le bien en sort. **Com., 6 mars 1990** : à contrario, cette attribution ne peut être obtenue si le constituant est seulement en RJ (et a fortiori sauvegarde).

### Domaine d'application

- L'attribution judiciaire bénéficie aux gages civils comme commerciaux (**Com., 31 mai 1960**).
- En outre, peu importe que le gage soit assorti ou non d'un droit de rétention (**AP, 26 octobre 1984**).

Domaine large : s'applique à tous les gages, sauf lorsqu'un texte l'interdit expressément. C'est notamment le cas dans le nantissement du FC.

L'attribution judiciaire est **de droit** : il suffit de la demander au juge pour qu'il soit contraint de l'ordonner. Encore faut-il que le créancier la demande. Dans le cas particulier ou le créancier bénéficie à la fois d'un gage et à la fois d'un cautionnement, le créancier **doit** demander l'attribution judiciaire (→ si ne le fait pas, court le risque que la caution lui oppose le bénéfice de subrogation).

### 3. Le droit de se prévaloir d'un pacte comissoire

Def ° : convention par laquelle le créancier gagiste et le constituant conviennent que la propriété du bien donné en gage sera automatiquement conférée au créancier en cas de défaillance du débiteur

Évolution historique :

Avant 2006 : l'ancien 2078 CCiv (qui reprenait une règle issue du droit romain) avait interdit le pacte comissoire.

La prohibition du pacte comissoire était la protection contre les pratiques usuraires à l'encontre du constituant. Ce que l'on visait était éviter les pratiques du créancier de prêter à un débiteur aux abois qui donnera un gage sur un bien qui vaut beaucoup plus cher, qui ne pourra jamais rembourser.

La finalité protectrice de la règle a été prise en compte par la JP pour assouplir le régime de la nullité du pacte comissoire.

- La JP avait en effet admis que le pacte était valable s'il était stipulé après l'octroi du crédit et la c° du gage.
- **Com. 5 octobre 2004** : la nullité du pacte comissoire = nullité relative (logique : il s'agit de protéger un intérêt particulier).
- **Com., 9 avril 1996** : la prohibition du pacte comissoire ne peut s'appliquer dans le cas particulier du « gage espèce » (gage d'une somme d'argent). Raison : dans ce cas, la valeur du bien gagé est parfaitement déterminé. Lorsque le gage espèce se réalise, c'est simple : compensation entre la somme donnée en garantie et la somme restant due. Dès lors, il n'avait pas de place pour le spoliation du constituant.

Le pacte comissoire était donc par principe interdit, mais connaissait des exceptions.

Ces exceptions sont prises en comptes et consacrées dans la réforme du droit des sûretés. En réalité, la réforme inverse le principe et l'exception : admet en principe la validité du pacte comissoire (**2348 CCiv**).

Cela dit, on a conservé l'esprit de la prohibition antérieure. En effet :

« La valeur du bien est **déterminée** au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, **à défaut de cotation officielle du bien** sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée. »

Donc :

- la valeur du bien doit être déterminée par expertise ou cotation
- respect de la finalité protectrice

Cette innovation théorique a toutefois, en réalité, une portée très limitée. 3 raisons dues à la volonté d'obstruction de la chancellerie :

- **L. 311-23 CConso** : la validité du pacte comissoire est refusée dans le cas d'un gage garantissant le remboursement d'un crédit à la consommation
- **L. 527-2 et -10 CCom** : la validité du pacte comissoire est refusée dans le cas du **gage de stock** du CCom.
- **L. 622-7 CCom** : l'ouverture d'une PC fait obstacle à la réalisation du pacte comissoire. Cette règle s'applique en sauvegarde, RJ, mais également LJ → incompréhensible. En effet, pourquoi empêcher le jeu du pacte comissoire pour une entreprise liquidée ?! Cela retire totalement l'utilité pratique du pacte comissoire.

## Chapitre 2 : Le nantissement

**2355 al. 1 CCiv** : le nantissement est l'affectation en garantie d'une obligation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels présents ou futurs.

Définition commune à tous les nantissements.

La réglementation des nantissements est très hétérogène :

- nantissement judiciaire : régi par les dispositions relatives aux procédures civiles d'exécution
- nantissement de créances : régi par les articles 2356 à 2366 CCiv
- nantissement conventionnels d'autres biens meubles incorporels : soumis aux réglementations spéciales qui leur sont propres, ce qui renvoie ppalemt au nantissement de propriété incorporelle (PI), au nantissement de fonds (L. 342-1 et s. CCom), au nantissement de titres financiers (L. 211-20 CMF).
- Nantissement conventionnels d'autres biens meubles incorporels pour lesquels il n'existe pas de réglementation spéciale : sont régis par les règles applicables au gage de meubles incorporels. Or, la réglementation du gage de meubles corporels s'avère totalement inadaptée au nantissement de meubles incorporels.

Ainsi, seul le nantissement de créance de droit commun fait l'objet d'une réglementation dans le CCiv (que nous étudierons).



## Section 1 – La constitution du nantissement de créance

L'ordo du 23 mars 2006 a simplifié les modalités de constitution du nantissement de créance en s'inspirant du régime juridique applicable à la cession Dailly. Cette volonté de simplification a eu 3 conséquences :

- l'allègement de l'exigence d'un écrit.
- le remplacement de l'exigence d'une signification du nantissement par la simple possibilité d'une notification de ce nantissement.
- La suppression de l'exigence d'une remise du titre.

### I. L'allègement de l'exigence d'un écrit

Avant la réforme du droit des sûretés, l'ancien art 2075 Cciv exigeait pour protéger les tiers à l'encontre d'une fraude commise par un constituant que la constitution du nantissement soit constatée à peine de nullité dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé enregistré.

Cette nécessité d'un écrit à peine de nullité a été reprise au sein du nouvel art 2356 Cciv mais il n'est plus exigé par cet article que cet écrit soit authentique ou qu'il soit enregistré, désormais le nantissement de créance peut être constitué par un acte sous seing privé non enregistré. La seule exigence est ici comme en matière de gage c'est que cet acte comporte la désignation de la ou des créances qui sont nanties ainsi que la désignation de la ou les créances garanties par ce nantissement. On a là aussi une application du principe de spécialité des sûretés réelles.

Selon le nouvel art 2361 Cciv, le nantissement ainsi constitué prend immédiatement effet entre les parties et devient immédiatement opposable à tous les tiers à l'exception du débiteur de la créance nantie.

Il en va de même s'agissant du nantissement d'une créance future, il est opposable aux tiers à la date de l'acte qui le constate à ceci près que le créancier ne pourra acquérir un droit sur cette créance future qu'une fois que celle-ci sera née (art 2357 Cciv).

## II. Le passage de la signification à la notification du nantissement.

Avant l'ordo du 23 mars 2006, la constitution du nantissement d'une créance supposait que ce nantissement soit signifié au débiteur de la créance nantie ou bien accepté par lui dans un acte authentique. Cette signification ou cette acceptation réalisaient alors l'équivalent d'une mise en possession du créancier et elle était une condition de validité du nantissement.

Désormais cette exigence est supprimée et la formalité de la signification est remplacée par la simple possibilité d'une notification qui n'a donc ni la même forme ni la même portée.

### - Différence de forme :

A la différence de la signification, la notification n'est pas nécessairement un acte d'huissier, donc cela laisse place à un formalisme plus souple.

### - Différence de portée :

Cette notification n'est plus une condition de validité du nantissement. La notification n'est désormais qu'une simple condition d'opposabilité du nantissement de créance, comme le gage le nantissement n'est plus un contrat réel. Comme en matière de gage, cette évolution a permis d'entendre le domaine d'application du nantissement de créance : désormais n'importe quelle créance peut faire l'objet d'un nantissement.

L'ordo du 23 mars 2006 consacre expressément dans le nouvel art 2356 Cciv la validité du nantissement d'une créance future dès lors qu'elle est déterminable et affirme dans le nouvel art 2358 al 2 Cciv que le nantissement peut avoir pour objet une fraction de créance à moins que le créancier ne soit indivisible.

Il faut ajouter ici que cette condition d'opposabilité que constitue la notification ne concerne même pas tous les tiers, elle ne concerne que le débiteur de la créance nantie.

S'agissant des tiers en général, le nantissement leur est opposable immédiatement sans formalités.

Ce n'est donc qu'à l'égard du seul débiteur de la créance nantie si il n'est pas intervenu à l'acte de nantissement qu'une notification va être nécessaire pour que le nantissement lui soit opposable selon l'art 2362 Cciv. Pourquoi cette règle ? Il a bien fallu tenir compte du fait que tant que le débiteur de la créance nantie n'a pas connaissance de l'existence du nantissement il peut en toute bonne foi payer le constituant du nantissement qui est toujours son créancier. Son paiement est alors libératoire en application de l'art 1240 Cciv.

En conséquence l'art 2362 Cciv énonce pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte, à défaut seul le constituant reçoit valablement paiement de la dette.

En revanche, une fois que cette notification est effectuée le bénéficiaire du nantissement est alors bien protégé, en effet l'art 2363 Cciv nous dit « qu'après notification seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement, tant en capital qu'en intérêts ». Cela veut dire que la notification va créer l'équivalent d'un droit de rétention au profit du bénéficiaire du nantissement puisque la notification permet au bénéficiaire du nantissement de créance de bloquer en quelque sorte le paiement de la créance nantie. Cela confère ainsi une situation d'exclusivité sur le paiement de la créance.

## III. La disparition de l'exigence d'une remise du titre

Avant la réforme du droit des sûretés, une JP ancienne décidait que la constitution du nantissement imposait que la mise en possession du bénéficiaire de la sûreté soit également effectuée par la remise du titre constatant la créance nantie.

Cette vieille exigence avait été cependant abandonnée par un arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 10 mai 1983 qui avait affirmé que si la tradition est impossible, la mise en possession dans ce cas est suffisamment réalisée par la signification du nantissement au débiteur.

Cette évolution jurisprudentielle a été achevée par l'ordonnance du 23 mars 2006, elle supprime complètement l'exigence d'une remise du titre comme condition de validité du nantissement de créance. Depuis le 25 mars 2006, le nantissement de créance est donc devenu beaucoup plus simple à constituer.

## Section 2 - Les effets du nantissement de créance

Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, les effets du nantissement de créance n'étaient guère réglementés par le Cciv, la seule chose qui était prévue c'était que contrairement à ce qui était le droit commun du gage à l'époque, le créancier nanti pouvait percevoir les intérêts de la créance donnée en nantissement à charge de les imputer sur le montant de la créance garantie.

S'agissant des autres effets du nantissement, le Cciv ne disait absolument rien ce qui semblait sous entendre que ces autres effets devaient être régis par le droit commun du gage.

Le droit commun du gage de meubles corporels était inadapté au nantissement de créance qu'il s'agisse des effets antérieurs à l'échéance de la créance dont le paiement est garanti ou qu'il s'agisse également des effets postérieurs à cette date.

### I. Les effets du nantissement antérieurs à l'échéance de la créance garantie

S'agissant des effets antérieurs, l'ordo du 23 mars 2006 vient résoudre un problème : quel doit-être le sort de la créance nantie lorsque celle-ci vient à échéance avant la créance garantie ?

La doctrine était partagée. Certains auteurs affirmaient que le créancier bénéficiaire du nantissement pouvait dans cette hypothèse obtenir le paiement de la créance nantie et leur raisonnement était le suivant : il consistait à considérer que le bénéficiaire d'un nantissement de créance a une obligation de conservation du bien nanti. Or, la vocation de la créance nantie est d'être payée par son débiteur lors de son échéance et tout retard en la matière augmente le risque que cette créance ne soit pas payée. Ainsi, plus on tarde, plus on court le risque que l'objet du nantissement disparaisse. Il consistait à dire qu'il fallait se faire payer la créance nantie au jour où elle échue. D'autres auteurs comme Legeais avaient une opinion inverse en considérant que si la créance garantie n'est pas échue, la défaillance du débiteur n'est pas établie et ces auteurs affirmaient que dès lors le créancier ne peut pas exiger le paiement de la créance nantie car ce serait réaliser la sûreté et on ne peut pas la réaliser alors que la défaillance du débiteur principal n'est pas établie.

L'ordo du 23 mars 2006 a adopté la 1<sup>ère</sup> opinion et résout ce problème de la manière suivante :

- Elle affirme dans un nouvel art 2263 Cciv qu'après notification seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement.
- La réforme ajoute dans le nouvel art 2364 al 2 Cciv que si la créance garantie n'est pas échue, le créancier conserve ici les sommes payées à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée.
- L'art 2364 al 2 Cciv énonce qu'en cas de défaillance ultérieure du débiteur de la créance garantie énonce que huit jours après une mise en demeure restée sans effets, le créancier affecte les fonds au remboursement de la créance garantie dans la limite des sommes impayées.

Il ressort de ces textes qu'à l'échéance de la créance nantie le bénéficiaire du nantissement peut en exiger le paiement et on voit que le nantissement de créance se transforme en un gage de somme d'argent jusqu'à l'échéance de la créance garantie. Quand va arriver la date d'échéance de la créance

garantie soit le débiteur exécute son obligation et on lui restitue les fonds soit il ne l'exécute pas et ces fonds demeurent la propriété du bénéficiaire du nantissement et on fait une compensation entre les montants de ce fonds et celui de la créance garantie non payée.

## **II. Les effets du nantissement postérieurs à l'échéance de la créance garantie**

Il n'y a pas de difficultés si le débiteur de la créance garantie paie au créancier ce qui lui est dû, la créance est éteinte et le nantissement disparaît.

### ***Lorsque le débiteur de la créance garantie est défaillant : que se passe-t-il ?***

Le créancier peut réaliser son nantissement. Il est évident qu'en pratique le seul mode de réalisation recevable consiste à reconnaître à ce créancier le droit de se faire payer la créance donnée en nantissement. Mais avant l'ordonnance du 23 mars 2006, ce mode de réalisation pouvait sembler pour certains auteurs se heurter à la prohibition du pacte comissoire.

Avec la réforme du 23 mars 2006, étant donnée que la prohibition du pacte comissoire a été supprimée, chaque fois que le bien a une valeur déterminée ou déterminable il était logique que cette prohibition soit supprimée dans le cas d'un nantissement de créances.

En conséquence l'ordonnance affirme dans les nouveaux articles 2363, 2364 et 2365 Cciv :

- Si la créance nantie est échue, seul le créancier bénéficiaire du nantissement reçoit valablement le paiement de la créance nantie, ce paiement s'imputant alors sur la créance garantie.
- Si la créance nantie n'est pas échue, le créancier peut se faire attribuer cette créance soit par le juge (attribution judiciaire) soit dans les conditions prévues par la convention (mise en œuvre d'un pacte comissoire).

L'efficacité de ce pacte comissoire est limitée en cas d'ouverture d'une PC ouverte à l'encontre du constituant. Le nouvel article L 622-7 Ccom prévoit que l'ouverture d'une PC à l'encontre du constituant d'une sûreté fait obstacle à la réalisation d'un pacte comissoire. Seulement cet obstacle ne va avoir qu'un effet très limité, cette disposition dans le cas du nantissement de créance va seulement avoir pour effet de retarder la réalisation de la sûreté par le créancier parce que lui seul pouvant recevoir un paiement de la part du débiteur de la créance nantie, il lui suffira alors d'étendre l'échéance de la créance nantie pour pouvoir être payé.

On voit ainsi que le nantissement de créance a acquis avec la réforme de 2006 une efficacité très forte puisque le créancier bénéficiaire du nantissement à partir du moment où il a notifié le nantissement est fort bien protégé même en cas de PC à l'égard du débiteur.

## **Chapitre 3 – Les privilèges mobiliers**

A l'image des privilèges généraux, les privilèges mobiliers sont des droits de préférence conférés par la loi et qui ne sont accordés qu'en raison d'une qualité particulière de la créance qu'il garantisse. En conséquence comme les privilèges généraux, les privilèges mobiliers sont d'interprétation stricte. A la différence des privilèges généraux, les privilèges mobiliers ne portent pas sur tous les biens du débiteur, seulement les biens meubles.

### **Section 1 – Les créances garanties par un privilège mobilier**

Il existe deux grandes catégories de privilège mobilier :

- Les privilèges mobiliers généraux qui portent sur tous les biens meubles du débiteur.
- Les privilèges mobiliers spéciaux qui portent sur certains biens meubles du débiteur.

### **I. Les privilèges mobiliers généraux**

Certains privilèges mobiliers généraux sont énoncés par l'art 2331 Cciv qui énonce une liste de privilèges regroupant à la fois des privilèges absolument généraux portant à la fois sur les meubles (déjà étudiés) et les immeubles et des privilèges mobiliers généraux.

Ces privilèges mobiliers généraux concernent par ex les frais funéraires ou les fournitures de subsistance. En pratique, ces privilèges ont peu d'importance car les sommes concernées sont d'un faible montant. Beaucoup plus important, ce sont les PMG créés en dehors du Cciv au profit du trésor public et des organismes de prévention sociale et de prévoyance pour 2 raisons :

- Ces privilèges bénéficient d'un rang particulièrement avantageux.
- Le montant des sommes concernées est souvent très important.

L'existence de ces privilèges s'ils avaient un caractère totalement occulte pourrait décourager les créanciers d'accorder du crédit au débiteur. Pour éviter cela, le législateur a décidé qu'en cas d'ouverture d'une PC à l'encontre du débiteur et si les sommes privilégiées sont impayées depuis plus de 9 mois et si les sommes sont supérieures à un montant fixé par décret (15 000 euros actuellement), ces privilèges ne pourront être exercés que s'ils ont fait l'objet d'une formalité de publicité ; publicité qui se fait au greffe du tribunal de commerce ou au greffe du TGI selon que le débiteur est ou non inscrit au RCS. A défaut, le fisc et les organismes sociaux sont déchus de leurs privilèges.

### **II. Les privilèges mobiliers spécifiques**

A la différence des PMG, ils ne portent que sur un ou plusieurs meubles déterminés du débiteur. Ils se répartissent en 2 grandes catégories :

- Ceux qui sont fondés sur une idée de gage tacite conféré au créancier
- Ceux qui sont fondés sur la conservation ou l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.

#### **A. Les privilèges fondés sur une idée de gage tacite**

Plusieurs privilèges mobiliers spéciaux reposent sur l'idée selon laquelle en raison de la volonté tacite des parties ou en raison de l'usage, certains biens spécialement concernés par certaines créances sont tacitement affectés à la garantie du paiement de ces créances. Tel est le cas selon l'art 1322 Cciv du privilège de l'hôtelier sur les bagages de son client et du privilège du transporteur sur les biens transportés et le privilège du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant l'immeuble loué. Ce dernier privilège est le plus important en droit civil.

#### ***Le privilège du bailleur d'immeuble :***

Il garantit tous les loyers impayés échus et non prescrits mais il est souvent limité par des règles spéciales notamment pour les baux ruraux et commerciaux, il faut s'avoir qu'en cas d'ouverture d'une PC ce privilège ne garantit que les deux dernières années de loyer. Ce privilège s'exerce sur tous les biens meubles garnissant le local loué y compris sur des biens n'appartenant pas au débiteur à moins que le bailleur lui-même ait eu connaissance que ces meubles appartenaient aux tiers lors de leur introduction dans l'immeuble loué.

Cela a pour conséquence qu'en cas de conflit entre un bailleur d'immeuble et un vendeur impayé bénéficiant d'une clause de réserve de propriété ayant pour objet un meuble garnissant le local loué, de façon originale c'est le privilège du bailleur de l'immeuble qui l'emporte.

Autre originalité, le bailleur peut s'opposer au déplacement des meubles par son locataire, ce qui s'apparente à une forme édulcorée de droit de rétention ; si les meubles ont été déplacés sans son consentement, l'art 2332 al 5 Cciv confère au bailleur un droit de suite qui est exorbitant puisqu'il peut s'exercer non seulement contre le locataire et il peut même s'exercer contre un tiers acquéreur même de bonne foi.

En pratique, ce droit de suite a une efficacité quasi inexistante car il est limité par 2 conditions :

- Il suppose l'exercice d'une saisie revendication dans un bref délai à compter du déplacement. Par ex pour les baux d'habitation le délai est de 15 jours.
- Il ne peut pas être mis en œuvre s'il reste dans les lieux loués suffisamment de biens meubles pour garantir sa créance.

### **B. Les privilèges fondés sur la conservation ou l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur**

Ces privilèges reposent sur l'idée selon laquelle il est légitime que celui qui a permis l'introduction d'un bien ou la conservation de la valeur d'un bien dans le patrimoine du débiteur puisse se faire payer sur ce bien par préférence à tous les autres créanciers qui profitent indirectement de cette introduction ou de cette conservation.

Cette idée est appliquée de manière générale s'agissant de la conservation des biens puisque l'art 1332 Cciv accorde un privilège à tout créancier ayant exposé des frais pour la conservation d'une chose. On reconnaît de manière générale un privilège au conservateur.

En revanche, s'agissant de l'introduction d'un bien dans le patrimoine du débiteur cette idée n'a été appliquée par le législateur que dans des cas spécifiques.

Ainsi, par exemple, l'art 2332 Cciv confère au vendeur de meubles qui n'a pas reçu le paiement immédiatement un privilège sur le meuble vendu. En pratique, ce privilège est assez illusoire car en application de l'art L 624-11 Ccom son bénéfice est perdu en cas d'ouverture d'une PC à l'encontre de l'acheteur du bien. Si on ajoute à cela le fait que l'ouverture d'une PC empêche également notre vendeur impayé d'agir en résolution du contrat de vente pour défaut du paiement du prix, on comprend alors très bien pourquoi les vendeurs à crédit de biens mobiliers ne peuvent se protéger de manière efficace qu'en stipulant dans le contrat de vente une clause leur réservant la propriété du bien tant qu'il n'ont pas été intégralement payés.

## **Section 2 - Les effets des privilèges mobiliers**

Si on laisse de côté ici le droit de suite qui est rarement efficace en pratique car il se heurte à l'application de l'art 2276 Cciv, les effets des privilèges mobiliers se limitent en pratique à l'exercice d'un droit de préférence. Quel est le rang de ce droit de préférence et comment est-il classé par rapport aux autres sûretés conférant elles aussi un droit de préférence ?

Si le débiteur fait l'objet d'une PC : les règles de classement sont d'abord déterminées par les art L 622-17 et L 641- Ccom (déjà étudié).

Si le débiteur est in bonis : voir Cécile.

Nous n'avons pas envisagé les règles de conflit entre deux privilèges spéciaux ou bien entre un privilège général et un gage sans dépossession. S'agissant de ce dernier, on sait aujourd'hui que c'est le gage sans dépossession qui l'emporte puisque le législateur l'a doté d'un droit de rétention fictif dans l'art 1286 Cciv. Donc en réalité on n'a qu'à envisager le cas de conflit entre PS.

Les règles spéciales relatives à de tels conflits sont aujourd'hui pour l'essentiel énoncées par l'art 2332-3 Cciv :

- les conflits entre PS ayant le même fondement
- les conflits entre PS ayant des fondements différents.

## **I. Les conflits entre des privilèges spéciaux ayant un même fondement**

Trois hypothèses peuvent être envisagées.

- Il peut s'agir d'un conflit entre **deux PS fondés sur l'idée de gage.**

Le créancier qui l'emporte est celui dont le droit est devenu opposable aux tiers en premier. Pour la date, on se réfère soit à la date de naissance de la créance garantie si le privilège n'est pas soumis à publicité soit à la date d'accomplissement de la formalité de publicité dans le cas inverse.

- Il peut s'agir d'un conflit entre **deux privilèges fondés sur l'idée d'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.**

Par ex un conflit de privilèges de vendeurs successifs d'un même bien meuble.

Dans ce cas c'est le créancier le plus ancien qui l'emporte. La solution est assez évidente parce que lorsque B a vendu un meuble à C c'était un meuble déjà grevé d'un privilège au profit de A.

- Il peut s'agir d'un conflit entre **deux privilèges fondés sur l'idée de conservation d'un bien.**

C'est toujours le créancier le plus récent qui l'emporte et cela parce qu'en assumant les derniers frais relatifs à la conservation de ce bien, il l'a conservé au profit du débiteur mais aussi au profit de tous les créanciers du débiteur.

## **II. Les conflits entre des privilèges spéciaux ayant des fondements différents**

- En cas de conflit entre le **privilège du conservateur** et un **privilège spécial fondé sur l'idée de gage.**

C'est le privilège du conservateur qui l'emporte si les frais de conservation ont été postérieurs à la naissance de l'autre sûreté. On distingue selon que l'effet de conservation a été utile ou non au créancier.

- En cas de conflit entre un **privilège de conservation** et un **privilège fondé sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.**

C'est le privilège du conservateur qui l'emporte car son intervention par définition a été nécessairement utile au créancier concurrent.

- En cas de conflit entre un **privilège fondé sur l'introduction d'une valeur** dans le patrimoine du débiteur et un **privilège fondé sur l'idée de gage.**

Celui fondé sur l'idée de gage l'emporte si son titulaire ignorait l'existence de l'autre sûreté, cela a été affirmé pour le bailleur d'immeuble et la JP l'a étendu aux autres privilèges fondés sur l'idée de gage.



## Sous-titre 2 – Les sûretés réelles immobilières

Art 2373 al 1 Cciv : les sûretés sur les immeubles sont les privilèges, le gage immobilier et les hypothèques.

Il faut remarquer que le législateur a employé le pluriel s'agissant des privilèges et des hypothèque et le singulier pour le gage.

S'agissant du gage immobilier cela s'explique facilement car il n'y a qu'une seule sorte, il s'agit d'une sûreté immobilière avec dépossession très rarement utilisée, elle était appelée antichrèse jusqu'à une loi du 12 mai 2009.

Ce changement d'appellation est particulièrement malvenu pour 2 raisons :

- L'ordo du 23 mars 2006 avait fait en sorte que chaque terme utilisé en droit des sûretés corresponde à une catégorie bien particulière de sûreté. On rompt avec cette logique en 2009 en introduisant une confusion en employant le mot gage pour une sûreté immobilière.
- L'utilisation de ce terme montre une ignorance totale des changements de l'ordonnance de 2006, le gage n'est plus nécessairement avec dépossession. Or, l'antichrèse suppose au contraire pour sa validité la dépossession du constituant.

S'agissant des privilèges, l'emploi du pluriel dans l'art n'est pas surprenant lui même car les privilèges immobiliers sont tout aussi divers que les privilèges spéciaux mobiliers.

S'agissant de l'hypothèque, l'emploi du pluriel est plus étonnant.

Selon l'art 2396 Cciv, il existe 3 catégories d'hypothèques :

- **L'hypothèque légale** : sûreté accordée par le législateur en raison de la nature particulière de la créance garantie, sûreté qui ressemble aux privilèges mobiliers spéciaux.
- **L'hypothèque judiciaire** : sûreté conservatoire et sûreté provisoire. Sûreté que le juge peut accorder à un créancier qui entend bénéficier d'une protection très rapidement. Sûreté qui se transformera ultérieurement en hypothèque définitive si le créancier obtient la condamnation en justice de son débiteur.
- **L'hypothèque conventionnelle** : elle va naître de la rencontre des volontés. C'est de loin, la plus forte.

## Chapitre 1 – L’hypothèque conventionnelle

L’hypothèque est un droit réel qui confère à un créancier le pouvoir de faire vendre un ou plusieurs immeubles appartenant à son débiteur ou parfois appartenant à une caution réelle ; droit réel qui lui permettra ensuite d’être payé par préférence sur le prix de vente obtenu.

### Section 1 – La constitution de l’hypothèque conventionnelle

#### I. La forme de l’hypothèque

Selon les articles 2296 et 2297 Cciv, la constitution d’une hypothèque sur un immeuble situé en France suppose nécessairement, à peine de nullité, un acte notarié rédigé par un notaire français et même si le contrat est passé dans un pays étranger.

On peut donner 2 justifications à cette exigence de solennité :

- La constitution d’une hypothèque sur un immeuble est un acte grave pour le constituant : il lui sera plus difficile plus tard en principe de vendre l’immeuble.
- L’acte constitutif d’une hypothèque est en principe destiné à être publié au service de la publicité foncière : une telle publication ne peut être effectuée en général que pour des actes authentiques.

Cette exigence de solennité s’applique non seulement à l’hypothèque mais également au mandat pouvant être donné par le constituant pour constituer une hypothèque.

Cette exigence ne s’applique pas à la promesse d’hypothèque : elle peut être faite par acte sous seing privé. Cette promesse ne crée aucun droit réel au profit de son bénéficiaire, cela ne vaut rien.

Pour constituer une hypothèque ou pour un mandat de constitution d’hypothèque il faut obligatoirement l’intervention d’un notaire.

En contrepartie la JP fait peser sur le notaire une lourde responsabilité, la responsabilité du notaire peut être engagée dans 3 hypothèses :

- Si l’acte constitutif est irrégulier.
- Si l’acte constitutif n’a pas été publié en temps utile.
- Si le notaire a mal évalué l’immeuble donné en garantie.

#### II. Les créances susceptibles d’être garanties par une hypothèque

Le principe de spécialité de l’hypothèque veut que l’hypothèque ne puisse garantir que des créances déterminées ou déterminables. Le droit français à la différence de certains droits étrangers n’admet pas l’hypothèque omnibus (l’hypothèque garantissant un ensemble indéterminé de dettes).

Ce principe de spécialité qui existe depuis 1804 a été maintenu par l’ordonnance du 23 mars 2006 mais la réforme des sûretés lui a apporté un assouplissement important en créant l’hypothèque rechargeable, elle a été supprimée à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014 et pour de mauvaises raisons par l’art 46 de la loi du 17 mars 2014.

#### A. Le principe de spécialité quant à la créance garantie

Si un immeuble pouvait être hypothéqué pour la garantie de toutes les créances susceptibles de naître au profit de tel créancier sans aucune limitation, dans ce cas là le crédit de ce débiteur serait ruiné par la 1<sup>ère</sup> hypothèque qu'il consentirait.

La protection du crédit de son constituant cad la possibilité d'utiliser par la suite son immeuble en garantie d'autres dettes, suppose nécessairement que les tiers puissent savoir précisément quelles sont les créances qui sont déjà garanties par une hypothèque sur l'immeuble.

Pour cette raison l'art 2421 Cciv énonce que même si une hypothèque peut être constituée en garantie de créance présente ou en garantie de créance future :

- cela suppose que la ou les créances garanties soient déterminées ou déterminables.
- cela suppose aussi que la cause des créances garanties cad leur fait générateur soit indiqué dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

Pour la même raison, l'art 2423 Cciv exige que l'acte constitutif mentionne à peine de nullité le montant maximum en capital pour lequel l'hypothèque est prise.

***L'hypothèque ici n'est pas de manière générale constituée pour une durée déterminée :***

- Lorsque l'hypothèque garantit une créance déjà née.

L'hypothèque durera tant que cette créance ne sera remboursée.

- Lorsque l'hypothèque garantit une ou plusieurs créances futures.

le fait qu'elle ait une durée indéterminée pourrait aboutir à ce que l'immeuble soit éternellement grevé. Pour empêcher cela l'art 2423 al 3 Cciv prévoit que dans cette hypothèse le constituant peut à tout moment résilier l'hypothèque sauf pour lui à respecter un préavis de 3 mois. Ce texte ajoute qu'une fois résiliée l'hypothèque ne demeure que pour la garantie des créances qui sont nées antérieurement à cette résiliation. On retrouve ici la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement.

Bien qu'il soit tout à fait justifié par la protection du crédit du constituant, ce principe présente néanmoins un inconvénient pratique.

Supposons qu'un débiteur ait constitué une hypothèque pour garantir le paiement d'un prêt et que par la suite alors que le 1<sup>er</sup> prêt est totalement remboursé, ce débiteur souhaite à nouveau utiliser son immeuble pour garantir le remboursement d'un 2<sup>ème</sup> crédit dont l'existence n'avait pas pu être envisagée initialement.

La 1<sup>ère</sup> hypothèque du fait de son caractère accessoire est éteinte, pour garantir le 2<sup>nd</sup> prêt il est nécessaire de reconstituer une nouvelle hypothèque mais cela implique de payer de nouveaux des frais, qui sont assez importants. Ce paiement des frais aurait pu être évité si l'on avait pu continuer à utiliser la même hypothèque en garantie du nouveau prêt.

C'est pour pallier cet inconvénient que l'ordonnance du 23 mars 2006 avait créé l'hypothèque rechargeable avant qu'elle ne soit supprimée à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014.

## **B. L'hypothèque rechargeable**

Elle doit toujours être étudiée même si supprimée car elle n'a pas totalement disparu. L'art 46 de la loi 17 mars 2014 n'a abrogé l'ancien art 2422 Cciv qu'à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2014 ce qui implique que les hypothèques rechargeables constituées avant cette date ont été constituées valablement et continuent à produire effet.

Elle est régie par l'ancien art 2422 Cciv dont les dispositions sont toutes d'OP.

Il s'agissait d'une hypothèque dont l'acte constitutif contenait une clause que l'on appelle la clause de rechargement prévoyant expressément que cette hypothèque pourrait être réutilisée pour garantir de nouveaux crédits qui ne sont pas nécessairement déterminés ou déterminables à la date de l'hypothèque et ce alors même que la créance initialement garantie par l'hypothèque aurait déjà été totalement payée.

Il y avait là une exception très importante au principe d'accessoire, l'hypothèque survit à l'extinction de la dette qu'elle a garanti initialement.

Cette réutilisation ultérieure de l'hypothèque s'appelle le rechargement de l'hypothèque. Ce rechargement pouvait avoir lieu soit au profit du même créancier, soit au profit de créanciers différents. Cette précision était tout à fait essentielle parce qu'à défaut le constituant aurait risqué d'être économiquement prisonnier de son créancier.

Ce rechargement pouvait avoir lieu pour garantir n'importe quel type de crédit même un crédit à la consommation, à l'exception toutefois d'un crédit revolving (crédit rechargeable).

Ce rechargement donnait lieu à la rédaction d'une convention de rechargement, cette convention devait faire l'objet d'un acte notarié. Si l'hypothèque rechargeable était utilisée pour garantir un crédit à la consommation ou si elle avait pour objet la résidence principale, sa constitution et son rechargement étaient soumis à un formalisme spécifique, plus stricte régi par les art L 313-14-1 et suivants du CConso.

Ce système était économiquement intéressant pour le constituant, lorsqu'un débiteur propriétaire d'un immeuble doit constituer une nouvelle hypothèque pour un nouveau crédit il lui faut payer pour la constitution de l'hypothèque des droits d'enregistrement importants (0,715% du montant pour lequel l'hypothèque est prise).

En revanche, si au lieu de cela le constituant rechargeait une hypothèque rechargeable pour garantir un nouveau crédit, étant donné que la publicité de la convention de rechargement se fait par voie de mention en marge, cela ne donnait lieu qu'au paiement de la contribution de sécurité immobilière au taux de 0,05%.

Cela revenait donc pour le constituant à se créer pour l'avenir une sorte de réserve de crédit hypothécaire à moindre coût.

Cet avantage était toutefois limité.

L'hypothèque rechargeable ne peut être réutilisée que dans la limite du montant pour lequel elle a été constituée la première fois ; quels que soit les rechargements ultérieurs ils ne peuvent jamais grever l'immeubles au delà du montant initialement garanti.

Exemple :

Si une hypothèque a été constituée à hauteur de 100 pour garantir une dette initiale de 80. Par la suite, une convention de rechargement est conclue pour garantir une dette d'un montant de 50. Les droits de préférence des deux créanciers hypothécaires ne pourront jamais être exercés que dans la limite de 100.

- Si les deux créances n'étaient pas payées du tout, la conséquence serait que le 1<sup>er</sup> créancier hypothécaire pourrait être payé en totalité mais le 2<sup>nd</sup> créancier hypothécaire qui subira la primauté du 1<sup>er</sup> ne pourra exercer ce droit de préférence que sur ce qui reste c'est-à-dire 20.

- Si la 1<sup>ère</sup> créance était payée totalement ou au moins si le 1<sup>er</sup> créancier avait reçu au moins 50 du débiteur, le 2<sup>nd</sup> créancier pourrait exercer ce droit de préférence pour la totalité de sa créance c'est-à-dire 50.

Plus la première tête est payée, plus la situation des créanciers subséquents s'améliore.

Le montant maximum pour lequel une hypothèque est prise n'est pas nécessairement égal au montant de la créance garantie, si il est fixé librement par les parties il peut être inférieur ou supérieur à la créance garantie.

Plus le montant pour lequel une hypothèque rechargeable est prise ab initio, plus son intérêt économique augmente.

Fixer un montant initial de garantie élevé c'est s'exposer à payer des droits d'enregistrement élevés dès le départ, ces droits on les paye par rapport au montant garanti.

### III. Les biens susceptibles d'être grevés par une hypothèque

En principe, tous les immeubles et tous les droits réels immobiliers sont susceptibles d'être hypothéqués.

On peut aussi le faire sur un immeuble faisant l'objet d'une indivision à ceci près que cela est risqué lorsque l'hypothèque est constituée par un seul indivisaire. Dans ce cas, l'efficacité de l'hypothèque dépendra alors des résultats du partage de la division comme le rappelle l'art 1414 Cciv.

- En raison de l'effet déclaratif du partage, l'hypothèque sera pleinement efficace si l'immeuble est placé dans le lot que l'indivisaire a constitué.

- En revanche, si l'immeuble est placé dans le lot d'un autre indivisaire, l'hypothèque sera totalement inefficace.

#### ***Ce principe connaît plusieurs restrictions :***

- On ne peut hypothéquer un droit réel immobilier qui est par nature inaliénable ou insaisissable.

Pour réaliser une hypothèque immobilière il faut le saisir et le vendre donc ici on ne peut pas l'hypothéquer. Cela exclut donc un simple droit d'usage et d'habitation ainsi que les droits et les biens immobiliers hors commerce selon l'art 2297 Cciv.

Il existe une exception à cette restriction : une loi 25 juillet 1994 a prévu que sous certaines conditions un immeuble du domaine public peut être hypothéqué.

#### *Qu'en est-il lorsque l'insaisissabilité ou l'aliénabilité du bien est seulement temporaire ?*

Dans ce cas, il semble qu'une hypothèque devrait logiquement pouvoir être constituée. L'inaliénabilité ou l'insaisissabilité temporaire devraient seulement paralyser temporairement l'efficacité de l'hypothèque.

- Pourtant la Cour de cass en a décidé autrement dans le cas d'une inaliénabilité temporaire: l'inaliénabilité temporaire entraîne la nullité de l'hypothèque (arrêt, 1<sup>ère</sup> civ, 23 fév 2012).
- Par comparaison, on peut remarquer que dans un arrêt rendu à propos de la déclaration notariale d'insaisissabilité d'un immeuble, la chambre commerciale a une autre position : la déclaration notariale d'insaisissabilité d'un immeuble n'empêche pas l'inscription d'une hypothèque judiciaire (arrêt, ch com, 11 juin 2014).
- On ne peut hypothéquer que des immeubles déterminés.

Le principe de spécialité de l'hypothèque s'applique également aux biens grevés. Selon l'art 2418 Cciv l'acte constitutif de l'hypothèque doit contenir, à peine de nullité, la désignation de l'immeuble ou des immeubles grevés par l'hypothèque.

- On ne peut hypothéquer que des immeubles présents : art 2419 Cciv.

Les immeubles futurs ne peuvent faire l'objet que d'une simple promesse d'hypothèque. L'hypothèque de la chose d'autrui est frappée de nullité et d'une nullité absolue selon la JP. C'est un principe ancien puisqu'il a été posé par la loi du 11 brumaire an VII. Ce principe a été posé en réaction contre l'hypothèque générale sur tous les immeubles qui étaient attachés dans l'ancien droit à tout acte notarié créateur d'obligations. La loi de l'an VII rompt avec cette hypothèque générale pour protéger le constituant en l'empêchant de sacrifier son crédit à venir.

Ce principe de la prohibition d'un immeuble futur connaît toutefois des exceptions très importantes.

Art 2420 Cciv : on peut hypothéquer un immeuble futur dans 3 hypothèses.

- Lorsque le constituant ne possède pas d'immeubles présents ou lorsque le ou les immeubles qu'ils possèdent ne sont pas suffisants pour garantir la créance.
- Lorsqu'un immeuble présent déjà hypothéqué a perit ou a été dégradé de telle manière que sa valeur est devenue insuffisante pour garantir la créance hypothécaire. Si le créancier veut un complément de sûretés, on va pouvoir hypothéquer l'immeuble futur.
- Lorsque le constituant a un droit de construire un bâtiment futur sur le terrain d'autrui.

Il n'est pas nécessaire en plus que l'hypothèque soit publiée. Une hypothèque qui n'est pas publiée est parfaitement valable.

## Section 2 – La publicité de l'hypothèque

C'est la condition de son efficacité dans la mesure où une hypothèque n'est opposable aux tiers que si elle a fait l'objet d'une inscription au registre de la publicité foncière et il en va de même de la convention de rechargement d'une hypothèque rechargeable. Bien que la convention de rechargement soit seulement publiée par la voie de mention en marge, la publication de rechargement est requise à peine d'inopposabilité du rechargement aux tiers.

### I. La réalisation de l'inscription

L'inscription d'une hypothèque est effectuée par le service de la publicité foncière à la suite du dépôt par le créancier de 2 bordereaux identiques requérant cette inscription. L'un des 2 bordereaux est destiné à être conservé par le service de la publicité foncière tandis que l'autre sera restitué au déposant avec mention de l'accomplissement de la formalité de dépôt.

L'efficacité de cette inscription suppose toutefois, d'une part, que les conditions de l'inscription qui sont énoncées par les articles 2426 et 2428 Cciv ainsi que par les décrets du 4 janvier 1955 et du 14 octobre 1955 soient réunies. Il faut, d'autre part, que la formalité de dépôt ne se heurte pas à un des événements énumérés par l'art 2427 Cciv qui emportent arrêt du cours des inscriptions.

#### A. Les conditions de l'inscription

Le droit de la publicité foncière est très technique et minutieux ainsi les conditions sont très nombreuses et très détaillées.

Il faut relever seulement 2 points importants :

- La question des mentions obligatoires devant figurer sur les bordereaux.

Les bordereaux d'inscription doivent contenir de nombreuses mentions obligatoires destinées à faire connaître aux tiers les caractéristiques essentiels de l'hypothèque : la désignation précise de la créance garantie, l'éventuelle clause de rechargement de l'hypothèque, le montant du capital garanti par l'inscription en indiquant le montant en principal et les clauses susceptibles d'affecter ce montant (le taux d'intérêt ou une clause de réévaluation).

L'hypothèque ne sera opposable que dans la mesure de ce qui est porté à la connaissance des tiers.

- La question du contrôle exercé lors du dépôt des bordereaux.

Ces bordereaux vont faire l'objet de contrôles du service de la publicité foncière, mais il ne contrôle que la régularité formelle de bordereaux, il ne contrôle pas la validité des actes qu'on lui demande de publier.

## **B. La question de l'arrêt du cours des inscriptions.**

Il faut souligner qu'à la différence de certaines hypothèques légales ou judiciaires, la publicité d'une hypothèque conventionnelle n'est soumise à aucun délai : elle peut avoir lieu à n'importe quel moment.

En pratique, le créancier le plus souvent va inscrire son hypothèque le plus rapidement possible et cela parce que l'hypothèque va prendre rang à la date du dépôt des bordereaux, attendre ici ce serait prendre le risque qu'un tiers acquéreur du bien ou un autre créancier hypothécaire vienne publier le titre avant. Attendre ce serait aussi prendre le risque un des événements qui arrêtent le cours des inscriptions.

Cette expression « arrêt du cours des inscriptions » est l'expression traditionnelle mais elle n'est pas tout à fait exacte. Tous ces éléments n'empêchent pas toujours le créancier d'inscrire son hypothèque, parfois ils rendent seulement l'inscription inefficace.

Selon l'art 2427 Cciv, il y a 4 événements qui arrêtent le cours des inscriptions :

- L'ouverture d'une PC à l'encontre du constituant de l'hypothèque.

Le jugement d'ouverture de la PC entraîne interdiction des inscriptions ultérieures.

- En cas de décès du constituant et d'acceptation de sa succession à concurrence de l'actif net par l'un de ses héritiers.

Dans ce cas, l'état du patrimoine du défunt se trouve cristallisé au jour du décès et une hypothèque conventionnelle constituée par le défunt avant son décès publiée après le décès serait inefficace.

- La publication d'un commandement de saisie de l'immeuble hypothéqué.

Cette publication a pour conséquence de rendre une inscription d'hypothèque ultérieure inopposable au créancier saisissant (art L 321-5 du code des procédures civiles d'exécution). Ici c'est une inopposabilité partielle, ne concerne que le créancier saisissant.

- La publication d'une mutation de l'immeuble grevé.

C'est-à-dire un transfert de propriété de l'immeuble grevé. La publication de l'hypothèque suppose que le constituant soit propriétaire du bien, s'il ne l'est plus le service de la publicité foncière doit refuser l'inscription.



## II. Les effets de l'inscription

### A. La détermination des effets de l'inscription

L'effet de l'inscription est de rendre l'existence de l'hypothèque opposable aux tiers.

#### a) L'opposabilité résultant de l'inscription

Dans certains pays, l'inscription est une condition de l'existence mais ce n'est pas le cas en France. En conséquence, le défaut d'inscription n'empêche pas le créancier d'invoquer son hypothèque à l'encontre de son débiteur ou des héritiers de son débiteur.

Dans le cas des héritiers, l'indivisibilité de l'hypothèque permet au créancier hypothécaire d'échapper au principe de divisibilité des dettes héréditaires posé par l'art 1220 Cciv, il pourra se faire payer en totalité sur le prix de vente attribué à un seul des héritiers.

L'inscription a ici pour seul effet de rendre les droits du créancier hypothécaire opposables aux tiers. S'agissant des intérêts de la créance garantie : leur garantie par l'hypothèque sera opposable aux tiers si l'inscription en a bien fait état mais selon l'art 2432 al 1 Cciv cette garantie des intérêts sera toujours limitée aux 3 dernières années d'arriérés calculés par rapport au jour où la sûreté produit effet.

Pourquoi cette règle ?

Si on se contentait de dire que les intérêts sont garantis par l'hypothèque les tiers seraient incapables de savoir quel est le montant garanti : on aurait le montant en capital, le taux d'intérêt mais on ne saurait pas sur quelle durée l'appliquer. L'art 2432 Cciv parle ainsi d'une limite de 3 ans.

Il en va différemment s'agissant d'un éventuel transfert du bénéfice de l'hypothèque. Par exemple dans l'hypothèse où la créance hypothécaire serait cédée. Le bénéfice de l'hypothèque suit mais selon l'art 2430 Cciv les modifications affectant la personne du créancier doivent faire seulement l'objet d'une publication sous la forme d'une mention en marge de l'inscription déjà existante pour la sûreté concernée. De manière générale selon la JP, une inscription en marge n'est pas requise à peine d'inopposabilité.

Pourquoi on a cette solution dans la JP ?

Parce que les tiers se moquent de savoir qui est le créancier hypothécaire, cela ne leur porte pas préjudice.

#### b) Les tiers affectés par l'opposabilité résultant de l'inscription

##### 1) Les règles générales.

La catégorie des tiers concernés par l'inscription d'une hypothèque est beaucoup plus vaste que dans le cas de la publicité de la vente d'un immeuble.

Dans le cas de la vente d'un immeuble, les tiers concernés par l'opposabilité de la publicité sont seulement les tiers ayant acquis du même auteur un droit réel sur l'immeuble soumis à publicité et ayant publié ce droit. Si la vente immobilière n'est pas publiée, seuls ces tiers ainsi définis pourront se prévaloir de l'inopposabilité qui en résulte.

Dans le cas de l'inscription d'une hypothèque, tous les tiers sont concernés. Tous peuvent se prévaloir d'un défaut de publicité, y compris par exemple les simples créanciers chirographaires du constituant. Ainsi, par exemple une hypothèque ne sera opposable à un tiers acquéreur que si elle a été inscrite avant la publicité de la vente de l'immeuble au profit du tiers acquéreur. A défaut, elle lui sera

inopposable. Elle lui sera inopposable même si le tiers acquéreur avait par un autre moyen connaissance de l'existence de l'hypothèque (arrêt, 3<sup>ème</sup> civ, 17 juillet 1986).

Soit c'est publié, c'est opposable aux tiers. Soit ce n'est pas publié et ce n'est pas opposable aux tiers.

Une hypothèque constituée au profit d'un créancier A ne sera opposable à un créancier B si le créancier A a publié sa créance avant B. Ce qui compte ce n'est pas la date des actes constitutifs mais la date des inscriptions.

## *2) Les règles spécifiques à l'hypothèque rechargeable.*

L'hypothèque rechargeable présentait un avantage pour les créanciers bénéficiant d'une convention de rechargement, cet avantage tient au fait que ces créanciers bénéficient vis-à-vis des tiers du rang initial de cette hypothèque.

Certes entre tous les créanciers bénéficiant de l'hypothèque rechargeable, leurs rangs respectifs sont déterminés en fonction de la date d'inscription de leurs droits. Mais à l'égard de tous les autres tiers, ils bénéficient tous du rang initial de l'hypothèque rechargeable.

Ex : une hypothèque rechargeable a été constituée et inscrite en 2007 sur un immeuble au profit d'un créancier A (créancier initial). Une autre hypothèque est constituée sur le même immeuble et elle est inscrite en 2008 au profit d'un créancier B. Ultérieurement, une convention de rechargement de l'hypothèque est inscrite en 2009 au profit d'un créancier C.

Dans quel ordre vont-ils exercer leurs droits de préférence ?

Le créancier A passe le 1<sup>er</sup> mais s'agissant de C à l'égard de B bénéficie du rang initial de l'hypothèque rechargeable donc il passe avant B.

→ L'ordre c'est A, C, B.

Pour un créancier il va être plus avantageux de bénéficier d'une recharge dans une hypothèque de 1<sup>er</sup> rang que de bénéficier d'une hypothèque de 2<sup>nd</sup> rang. Ici, tout va dépendre de la valeur de l'immeuble et du montant pour lequel l'hypothèque rechargeable aura été pris dès le départ.

En pratique, ceci ne pose pas de problèmes pour les créanciers susceptibles de bénéficier d'une hypothèque conventionnelle car par définition ces créanciers avant de consentir un crédit ils vont aller se renseigner au service de la publicité foncière. Ces créanciers vont connaître le caractère rechargeable de cette hypothèque.

Par exemple : un immeuble vaut 200 avec une hypothèque rechargeable à hauteur de 140. Un créancier dans cette hypothèse pourrait se contenter d'une hypothèque ordinaire pour se faire garantir 60.

Un problème peut se poser pour les créanciers qui n'ont pas le choix car leur hypothèque leur est octroyée soit par la loi soit par le juge parce que cette hypothèque légale ou judiciaire ne peut être qu'une hypothèque ordinaire, il n'existe pas de recharge légale ou judiciaire d'une hypothèque rechargeable. Pour ces créanciers leur hypothèque peut être inefficace si il y a eu rechargement.

Ex : un immeuble vaut 100 et une hypothèque rechargeable à hauteur de 100 pour un créancier A. il est totalement payé. Un créancier B inscrit une hypothèque légale ou judiciaire. Il se croit protégé seulement ultérieurement un créancier C titulaire d'une créance de 110 bénéficie d'une recharge dans l'hypothèque initiale. L'hypothèque judiciaire de B devient a posteriori inefficace.

S'agissant de l'hypothèque judiciaire conservatoire, le pb a été résolu dans l'ordonnance de 2006. Le nouvel art 2425 al 5 Cciv énonce que l'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire est

réputée d'un rang antérieur à celui conféré par une convention de rechargement qui ne serait publiée ultérieurement.

Si on reprend l'exemple, dans le cas où B serait titulaire d'une hypothèque judiciaire l'ordre serait A, B, C.

Lors de la réforme de 2006, ce pb n'avait été envisagé que pour les hypothèques conservatoires mais rien n'était prévu dans le cas des hypothèques légales. L'hypothèque rechargeable tellement voulue par cette réforme pouvait constituer un moyen de rendre inefficace l'hypothèque légale du trésor public.

A l'occasion de la loi de finance pour 2007 et de la loi de financement de la sécurité sociale, il a été prévu que la faveur faite à l'hypothèque judiciaire conservatoire s'appliquerait également à l'hypothèque légale du trésor public ainsi qu'à l'hypothèque légale des organismes gestionnaires d'un régime obligatoire de protection sociale.

## B. La durée des effets de l'inscription

L'inscription peut prendre fin soit de manière naturelle par péremption à l'issue de la durée déterminée par la loi soit de manière provoquée par les parties ou par la juge.

Il faut souligner qu'en toutes hypothèses cette fin ne concerne que l'inscription et non pas la sûreté elle-même, donc cela ne remet en cause que l'opposabilité de la sûreté aux tiers et non pas l'existence de la sûreté. Elle cesse d'être opposable mais elle existe toujours.

En conséquence, pour une même sûreté une 2<sup>ème</sup> inscription peut parfaitement être prise après la fin d'une 1<sup>ère</sup> inscription (arrêt, 3<sup>ème</sup> civ, 25 avril 2007).

L'inconvénient c'est que la 2<sup>ème</sup> inscription, prend rang à sa date et ne prend pas acte à la date de la 1<sup>ère</sup> inscription

### a) La péremption de l'inscription

La durée des effets de l'inscription est en principe laissée au choix du créancier, il va indiquer dans les bordereaux la date extrême des effets de l'inscription. Ce choix n'est pas totalement libre et s'exerce dans les limites posées par l'art 2434 Cciv.

Quelles sont ces limites ?

- Si la créance garantie a des échéances de remboursement déterminées : ex d'un prêt.

La date extrême des effets de l'inscription est au maximum égale à la date de la dernière échéance plus un an sans toutefois que la durée totale de l'inscription puisse excéder 50 ans.

- L'échéance de la créance garantie n'est pas déterminée : ex d'une ouverture de crédit en compte courant.

La durée de l'inscription est d'un maximum de 50 ans.

- L'hypothèque rechargeable.

La durée maximale est de 50 ans. C'est une durée systématiquement choisie car elle est la plus conforme à l'intérêt du débiteur.

Cette péremption naturelle de l'inscription à l'issue d'une durée maximale se justifie par la volonté de faire en sorte que les recherches effectuées à la conservation des hypothèques ne soient pas rendues trop difficiles par l'obligation de remonter trop loin dans le temps.

Cette péremption peut être évitée par le renouvellement de l'inscription qui à la différence de la prise d'une nouvelle inscription permet de conserver le rang de l'inscription initiale. Ce renouvellement peut avoir lieu jusqu'à l'expiration du dernier jour d'efficacité de l'inscription initiale.

### *b) La cessation provoquée des effets de l'inscription*

Cette cessation des effets de l'inscription peut être provoquée par les parties ou par le juge et cela soit par une radiation, soit par une réduction de l'inscription.

#### ❖ La radiation de l'inscription

Elle est effectuée par une mention portée en marge de l'inscription existante. C'est un acte grave car la radiation va mettre totalement fin aux effets de l'inscription de l'hypothèque.

La radiation peut être soit volontaire, soit judiciaire.

- Lorsqu'elle est volontaire : la radiation suppose le consentement des personnes intéressées (art 2240 Cciv).

Dans le cas d'une hypothèque ordinaire, la JP a toujours admis que cette radiation puisse résulter d'un acte unilatéral du créancier, le créancier donne main levée de l'hypothèque.

Il ne peut pas en aller de même dans le cas de l'hypothèque rechargeable, elle est constituée cette fois dans l'intérêt du créancier mais aussi dans l'intérêt du constituant : elle ne peut pas voir son inscription cesser d'effets par la seule volonté du créancier.

- Lorsqu'elle est judiciaire : la radiation suppose un jugement passé en force de chose jugée.

Elle pourra être ordonnée soit parce que le créancier refuse de donner main levée de l'inscription alors que l'inscription est devenue injustifiée par ex lorsqu'il a été totalement payé. Elle pourra être ordonnée dans le cas d'une radiation imposée par la loi, par exemple en matière de PC.

#### ❖ La réduction de l'inscription

C'est une forme de radiation partielle permettant de ne pas gaspiller le crédit hypothécaire du constituant, elle peut être consentie par le créancier lorsqu'il a été partiellement payé.

Cette réduction peut être également judiciaire (art 2445 Cciv) qui prévoit la possibilité d'une réduction des inscriptions excessives lorsqu'elles ont été prises sur le fondement d'une évaluation par le créancier de la créance garantie.

### Section 3 – Les effets de l'hypothèque

L'hypothèque est un droit réel donc un droit qui s'exerce sur le bien grevé quel que soit le propriétaire de ce bien. C'est également un droit de se faire payer par préférence sur le prix de vente de l'immeuble.

- I. Les effets de l'hypothèque en cas de vente de l'immeuble grevé par le constituant.

L'existence de l'hypothèque ne fait pas perdre au constituant son droit de disposer de l'immeuble même si on a hypothéqué un immeuble, on peut toujours le vendre. Toutefois si elle a été inscrite avant la publication de la vente de l'immeuble, le droit du créancier hypothécaire sera opposable au tiers acquéreur. Le créancier pourra donc exercer un droit de suite à l'encontre de ce tiers. Il le pourra à moins que ce tiers détenteur n'ait procédé à la purge des privilèges et des hypothèques.

#### **A. Le droit de suite**

Ce droit est reconnu par les **articles 2461 et 2477 CCiv**. **Pour exercer son droit de suite, le créancier – lorsque sa créance sera exigible – va adresser au tiers détenteur de l'immeuble une sommation de payer la créance garantie ou de délaisser.**

Le délaissement est une faculté liée à la nature même de l'hypothèque. En effet, l'H est un droit réel sur la chose d'autrui, ce qui implique que autrui (celui qui subit l'exercice du droit réel) ne soit tenu qu'en sa seule qualité de propriétaire du bien grevé, et non pas à titre personnel.

De ce fait, si le propriétaire du bien grevé abandonne cette propriété, s'il délaisse le bien, il va cesser d'être tenu au titre de l'hypothèque.

Le tiers détenteur peut se libérer en délaissant le bien, il peut se libérer aussi en payant la créance garantie. C'est notamment ce qu'il fera s'il n'a pas encore payé le vendeur de l'immeuble et si la créance hypothécaire est inférieure à la valeur de l'immeuble.

Dans ce cas, on pourrait se dire que le tiers acquéreur court alors le risque qu'il y ait d'autres créanciers hypothécaires à payer qui exerceraient à leur tour ultérieurement un droit de suite. Cependant, ce risque est limité si le tiers détenteur a payé un créancier hypothécaire de premier rang. En effet dans ce cas là, le tiers détenteur est en effet subrogé dans les droits de ce créancier.

Exemple : un tiers détenteur aurait acheté un immeuble pour un prix de 100 000 euros. Prix retenu en cas de saisie ou de revente de cet immeuble. Sur cet immeuble il y a deux sûretés qui sont inscrites : une hypothèque de 1<sup>er</sup> rang pour un montant de 80 000 et une de 2<sup>nd</sup> rang pour un montant de 50 000.

Supposons que le tiers détenteur paie A le créancier de 1<sup>er</sup> rang. Il se trouve alors subrogé dans les droits de A (2251 II CCiv). Il bénéficie donc de l'hypothèque de 1<sup>er</sup> rang.

En conséquence, lorsque B hypothécaire de 2<sup>nd</sup> rang va vouloir exercer son droit de suite, il ne peut l'exercer que dans la mesure où, après l'exercice de la primauté de l'hypothèque de 1<sup>er</sup> rang, son droit demeure opposable à l'acquéreur. Cad que B ne peut exercer son droit de suite qu'à hauteur de  $100\,000 - 80\,000 = 20\,000$ .

Le tiers acquéreur paiera finalement 80 000 à A, 20 000 à B. et il fera ainsi l'acquisition d'un immeuble libéré de toute hypothèque.

Les risques pour le tiers détenteur sont donc limités dans cette hypothèse. En revanche, si le tiers détenteur avait déjà payé le vendeur, la situation serait totalement différente.

Bien sûr le tiers acquéreur du bien bénéficie de la garantie d'éviction qui lui est due par son vendeur, il a donc un recours contre lui pour obtenir le remboursement de ce qu'il a dû payer au créancier hypothécaire. Mais ce recours reste fort d'être illusoire en pratique, car son vendeur risque d'être insolvable.

Dans ce cas, le tiers détenteur court finalement le risque de payer deux fois. A moins qu'il n'ait pris la précaution de procéder à la purge des sûretés lors de la vente.

## B. La purge

La procédure de purge est régie par les **articles 2476 à 2587 CCiv**. Il s'agit d'une procédure assez complexe qui **permet à l'acquéreur d'un immeuble de proposer au créancier ayant inscrit une sûreté sur cet immeuble de leur offrir en paiement le prix de vente.**

Si les créanciers acceptent cette offre, ils vont alors se payer sur le prix de vente. Dans ce cas le prix de vente est consigné à leur profit et cette consignation a pour conséquence que l'immeuble est purgé, libéré, de tout privilège et de toute hypothèque (**2281 CCiv**).

Si un créancier veut refuser cette offre, ce qu'il fera s'il ne lui semble pas que le prix de vente corresponde à la valeur réelle, il faut que ce créancier requiert la mise en vente aux enchères de l'immeuble et cela en offrant lui-même un prix supérieur du 10<sup>ème</sup> s'il n'y avait pas d'autres enchérisseurs. Cela veut donc dire que l'immeuble va être vendu au minimum au prix de vente proposé + 1/10<sup>ème</sup> et les créanciers inscrits exerceront leur droit de préférence sur le prix qui sera finalement obtenu à l'issue des enchères. Là aussi la distribution du prix de vente à l'issue des enchères entraînera la purge de toutes les sûretés revendiquées.

Cette procédure de purge étant assez complexe elle n'est en réalité que rarement utilisée. La pratique notariale est la suivante :

⇒ 1<sup>ère</sup> hypothèse (rare en pratique) : la créance hypothécaire n'est pas exigible au jour de la vente.

Dans ce cas l'acquéreur va tout simplement reprendre à sa charge la dette hypothécaire, en contrepartie d'une diminution correspondante du prix de vente.

Rare pcq le plus souvent les SR immobilières garantissent le paiement d'un prêt, souvent pour l'acquisition de l'immeuble, et de manière générale dans un prêt immobilier il y a une clause d'exigibilité anticipée en cas de vente de l'immeuble.

⇒ 2<sup>ème</sup> hypothèse (la plus fréquente) : la créance hypothécaire est exigible au jour de la vente.

Dans ce cas la pratique notariale a inventé la technique de la purge amiable. Le notaire va rechercher un accord entre le vendeur, l'acheteur et tous les créanciers inscrits. En application de cet accord on va prévoir que l'acquéreur remet le prix de vente au notaire contre quittance, le notaire ensuite utilise le prix de vente pour payer les créanciers qui en contrepartie donnent main levée de leurs sûretés, et le reliquat du prix de vente est ensuite remis par le notaire au vendeur.

Cette technique a été expressément consacrée par la réforme de 2006 dans le nouvel **article 2475 CCiv.**

## I. Les effets de l'hypothèque à l'échéance de la créance garantie

### A. Les effets de l'hypothèque en cas de paiement de la créance garantie

Dans cette hypothèse, si on met à part le cas de l'hypothèque rechargeable (laquelle survit à l'extinction des créances qu'elle garantit), le principe est que **l'hypothèque disparaît en raison de son caractère accessoire.**

Mais encore faut-il que le paiement soit total, car l'hypothèque (comme toutes les sûretés réelles) est **indivisible.**

Cette indivisibilité de l'hypothèque a également trois autres conséquences :

→ Si la créance garantie se divise entre plusieurs créanciers, l'indivisibilité de l'hypothèque a pour conséquence que **chacun des créanciers peut saisir la totalité de l'hypothèque.**

→ Si c'est la dette dont le paiement est garanti qui se divise, par ex entre plusieurs héritiers du débiteur, l'indivisibilité de l'hypothèque a cette fois pour conséquence que **chacun des nouveaux codébiteurs peut être poursuivi pour la totalité de la dette**, à partir du moment où il est propriétaire de l'immeuble.

*L'héritier est tenu personnellement pour sa part et hypothécairement pour le tout.*

→ *Si c'est la propriété de l'immeuble hypothéqué qui est divisée*, dans ce cas, selon Dumoulin (16<sup>ème</sup> siècle), « *l'hypothèque est toute entière dans le tout et toute entière dans chacune des parties* », cad que l'indivision n'a pas d'influence.

## B. Les effets de l'hypothèque à défaut de paiement de la créance garantie

En cas de défaillance du débiteur il y a trois possibilités qui s'offrent au créancier :

### 1. Provoquer la vente forcée de l'immeuble

**Il faut respecter les formalités de la saisie immobilière** car l'article L311-3 CPCE pose le principe de la nullité de la clause de voie parée, cad de la clause permettant à un créancier de faire vendre le bien grevé sans avoir à respecter aucune formalité.

Cette saisie va avoir l'avantage de rendre l'immeuble indisponible pour le débiteur, cela dès la date du commandement de payer qu'on lui adresse selon L321-2 CPCE.

Cette saisie va entraîner une vente forcée qui peut se faire soit de manière amiable, soit aux enchères. Le prix de vente qui va être ainsi obtenu va être distribué par le juge de l'exécution aux créanciers saisissant et aux créanciers ayant un droit de préférence sur l'immeuble, cela en respectant l'ordre de leur classement.

La saisie immobilière ici, pour pouvoir distribuer le prix de vente en respectant l'ordre des préférences, suppose que **les autres créanciers (les saisissants) aient fait connaître leur droit de préférence à la procédure de saisie**, et pour cela ils doivent déclarer leur créance à la procédure, à peine d'être déchus du bénéfice de leur sûreté (L331-2 CPCE).

Cet exercice des droits de préférence lors de la procédure de distribution du prix de vente suppose nécessairement que les sûretés sur l'immeuble se transforment en cette occasion en des droits de préférence sur le prix de vente. Les droits des créanciers changent alors d'objet : jusqu'à présent leur objet c'était l'immeuble, désormais c'est le prix de vente obtenu.

De ce fait, l'immeuble se trouve libéré de la charge qui pesait sur lui, avec pour conséquence que l'acquéreur de l'immeuble, à l'issue de la vente forcée, va recevoir un bien sur lequel ne pèse plus aucune sûreté. L322-14 CPCE.

### 2. Demander l'attribution judiciaire du propriétaire

L'ordonnance du 23 mars 2006 a étendu à l'hypothèque la possibilité de demander l'attribution judiciaire du bien grevé, qui auparavant n'avait été prévu qu'en matière de gage.

**Elle concerne en principe toutes les hypothèques conventionnelles avec toutefois deux exceptions :**

- L'attribution judiciaire n'est pas possible si l'immeuble grevé est la résidence principale du constituant au jour de la réalisation de l'hypothèque.
- L'attribution judiciaire n'est pas possible non plus selon l'article L313-14-1 CConso dans le cas particulier d'une hypothèque rechargeable qui garantirait un crédit régit par le CConso.

**Cette attribution judiciaire a de nombreux points communs avec l'attribution du gage :**

- L'attribution est de droit si le créancier la demande. Le tribunal ne peut pas la refuser.

- La valeur de l'immeuble doit faire l'objet d'une évaluation par un expert.
- Si cette valeur est supérieure au montant de la dette, le créancier doit restituer le surplus au constituant.

**Cette question des effets de l'attribution judiciaire se complique un peu s'il y a deux créanciers hypothécaires voire plus.**

A est titulaire d'une hypothèque de 1<sup>er</sup> rang et B d'une de 2<sup>nd</sup> rang :

→ A a une créance exigible en premier ; A demande et obtient l'attribution judiciaire, dans ce cas évidemment B ne pourra ultérieurement exercer son droit de préférence que sur la somme consignée (dans l'hypothèse où la valeur de l'immeuble serait supérieure à la somme qui restait due à A).

S'il n'y a pas de somme consignée ou si elle n'est pas suffisante pour satisfaire B, tant pis pour B parce que B ne peut pas exercer un droit de suite sur l'immeuble.

→ Supposons maintenant que ce soit la créance de B qui soit exigible en premier. Dans ce cas B PEUT demander l'attribution judiciaire (CC l'a expressément admis). B obtient l'attribution judiciaire. Evidemment ça ne peut pas porter préjudice à A puisque le droit de A est opposable à B. Donc A pourra exercer son droit de préférence sur la somme éventuellement consignée par B mais s'il n'y en a pas ou si cela ne suffit pas à le satisfaire, cette fois, A pourra exercer son droit de suite à l'encontre de B parce que le droit de A est préférable à celui de B.

→ Enfin, si A et B demande tous les deux en même temps l'attribution judiciaire, dans ce cas ben sûr l'attribution judiciaire doit être effectuée au profit de A premier en rang et B ne peut exercer son droit de préférence que sur la somme restante.

### **3. Mettre en œuvre un éventuel pacte comissoire**

La réforme a également admis la mise en œuvre d'un pacte comissoire. Sous certaines conditions :

- La valeur de l'immeuble doit faire l'objet d'une évaluation par un expert.
- Si la somme est supérieure, la somme représentant la différence est remise aux autres créanciers et s'il n'y en a pas on la consigne.

Egalement des exceptions :

- Pas possible lorsque l'immeuble est la résidence principale du constituant de la sûreté.
- Pas possible dans le cas d'une hypothèque rechargeable qui garantirait un crédit régit par le CConso.

En outre : **article L622-7 CCom** nous dit que **le pacte ne peut pas être mis en œuvre si le constituant fait l'objet d'une PC à son encontre.**

Cette admission est purement théorique ; en pratique illusoire.

Là aussi la question des effets se complique un peu lorsqu'il y aurait 2 créanciers hypothécaires mais les solutions sont les mêmes qu'en matière d'attribution judiciaire.



## Chapitre 2 – L'étude des privilèges immobiliers spéciaux

### Section 1 – Le droit commun des privilèges immobiliers spéciaux

#### I. Les caractéristiques communes

Les privilèges immobiliers spéciaux (PIS) présentent plusieurs caractéristiques qui les font parfois ressembler aux hypothèques conventionnelles (HC) ou au contraire les en distingue.

Tout d'abord, à la différence des hypothèques conventionnelles, **les PIS ont une origine exclusivement légale ; leur existence est donc liée à la nature particulière de la créance qu'ils garantissent**, et DONC ils doivent faire l'objet d'une interprétation stricte.

A la différence également des HC, **les PIS ne permettent pas à leur titulaire de bénéficier de l'attribution judiciaire.**

→ Il y a 2 réponses ministérielles qui disent le contraire au motif que l'attribution judiciaire se trouve inclus dans un chapitre qui concerne aussi bien les privilèges que les hypothèques.

MAIS, l'article 2258 CCiv fait expressément référence à l'existence d'un bien hypothéqué et d'un créancier hypothécaire impayé.

DONC cette référence exprès à l'hypothèque fait qu'on peut douter que l'attribution judiciaire puisse être demandée dans le cas d'un PIS.

A voir ce que dira la CC à ce propos.

#### Il y a néanmoins des ressemblances :

On y retrouve tout d'abord le **principe de spécialité de la garantie**, ainsi que le **principe de spécialité de l'objet de la sûreté**. Les PIS portent, dès l'acte qui leur donne naissance, sur un ou plusieurs immeubles déterminés. Cela les différencie des privilèges généraux et des hypothèques légales.

On retrouve également le **principe de l'indivisibilité de la sûreté réelle**. Aussi, **l'absence de dépossession du débiteur**. Egalement, **l'existence d'un droit de suite et d'un droit de préférence**.

Enfin, **une opposabilité** qui est, le plus souvent, liée à l'accomplissement d'une formalité de publicité.

Sur le dernier point (l'opposabilité), il faut souligner deux éléments caractéristiques :

- Il existe un PIS qui est exceptionnellement occulte. Il s'agit du privilège du syndicat de copropriété.
- La publicité en matière de PIS n'est pas attributive de rang. En effet, en matière de PIS, l'inscription du privilège doit avoir lieu dans un délai fixé par le législateur. Si la formalité de publicité est bien accomplie dans ce délai, l'opposabilité du privilège rétroagit au jour de l'acte qui lui a donné naissance.

*Par exemple, on vend l'immeuble, on publie le privilège, ce privilège va prendre rang à la date de la vente de l'hypothèque.*

Ce n'est que dans le cas particulier où ce délai ne serait pas respecté que le privilège s'inscrit en rang. On peut toujours l'inscrire mais ne bénéficie plus de l'effet rétroactif. On dit que le privilège dégénère en une hypothèque légale. **Article 2386 al 2 CCiv.**

*Dans rapport Grimaldi il était proposé de mettre fin à cette rétroactivité, parce que c'est un avantage qui présente peu d'utilité en pratique. Ça n'a pas été repris dans l'ordonnance du 23 mars 2006.*

## II. Les règles de classement

Il faut procéder par distinctions successives :

- 1<sup>ère</sup> question à se poser en cas de conflit entre plusieurs sûretés sur un même immeuble : existe-t-il des sûretés immobilières ayant été constituées du chef d'un précédent propriétaire de l'immeuble grevé ?

En effet, en application de la règle « *truc en latin* » et du droit de suite, **les PIS ne peuvent pas l'emporter sur des créanciers inscrits sur l'immeuble et tenant leurs droits d'un précédent propriétaire de l'immeuble.**

*Par ex, un privilège ne peut jamais l'emporter sur une hypothèque qui serait née du chef d'un précédent propriétaire.*

Pour la même raison, **l'article 2374 I CCiv** énonce qu'en cas de ventes successives d'un immeuble et de conflit de privilèges de vendeurs, nécessairement le 1<sup>er</sup> vendeur va être préféré par rapport au 2<sup>nd</sup> et ainsi de suite.

Même solution en cas de partage successif d'un immeuble et de conflit de privilèges entre les copartageants.

Supposons qu'il n'y en ait pas. Que des sûretés du chef du même propriétaire.

- 2<sup>ème</sup> question : existe-t-il ou non des privilèges généraux venant en concours avec notre PIS ?

Si c'est le cas, le principe posé par **l'article 2376 CCiv** est que **les privilèges généraux l'emportent sur les PIS.**

Cette primauté est tempérée par un principe de subsidiarité ; cette primauté n'existe QUE dans le cas où les titulaires de privilèges généraux n'ont pas trouvé dans le patrimoine de leur débiteur suffisamment de biens meubles pour être payés.

Supposons qu'il n'y ait pas de privilèges généraux. Que des sûretés immobilières.

- 3<sup>ème</sup> question : y a-t-il ou non parmi ces sûretés spéciales entrées en conflit le privilège du syndicat de copropriété ?

Si c'est le cas, **le privilège du syndicat de copropriété l'emporte** parce qu'il est occulte.

Cependant, tel n'est le cas **QUE pour les créances relatives aux charges de travaux de copropriété de l'année en cours et des deux dernières années échues (article 2374 I bis CCiv).**

EN REVANCHE, s'agissant des deux années antérieures aux deux dernières années échues, le privilège du syndicat de copropriété vient en concours avec le privilège du vendeur d'immeuble et celui du prêteur de deniers.

Supposons que dans le conflit de sûretés immobilières, il n'y ait pas non plus de privilège du syndicat de copropriété. Il ne reste plus que le cas d'un conflit entre un PIS et une autre sûreté immobilière spéciale dont l'opposabilité dépend de l'accomplissement d'une formalité de publicité.

Dans ce cas, on procède par la date à laquelle chaque sûreté est devenue opposable aux tiers. De manière générale, c'est la date d'inscription de la sûreté, mais dans le cas particulier des PIS cela peut être la date du fait générateur du privilège (si bien inscrit dans le délai prévu).

Enfin, dans le cas où on aurait un conflit entre deux PIS, inscrits dans le délai prévu par le législateur, et ayant le même fait générateur (*ex : conflit entre privilège du vendeur d'immeuble et celui du prêteur de deniers*), dans ce cas les privilèges doivent venir en concours.

## Section 2 – Le droit spécial des privilèges immobiliers spéciaux

En pratique, le privilège le plus important est celui du prêteur de deniers (II), mais pour comprendre celui-ci il faut au préalable étudier également le privilège du vendeur d'immeuble (I).

### I. Le privilège du vendeur d'immeuble

#### Article 2374 I CCiv.

Ce privilège s'applique à **tous les contrats emportant transfert de propriété d'un immeuble, ou d'un droit immobilier susceptible d'être hypothéqué (*ex : nue-propriété ou usufruit*), en contrepartie du paiement d'un prix**.

→ Va donc s'appliquer à toutes les ventes immobilières et au contrat d'échange lorsqu'il concerne un immeuble et donne lieu au paiement d'une soulte.

Ce privilège a pour assiette l'immeuble vendu, ainsi que toutes les améliorations de l'immeuble.

Il va garantir la créance du prix de vente ainsi que ses éventuels accessoires tels qu'ils ont été stipulés dans l'acte.

S'agissant des intérêts, le privilège va subir évidemment la limite inhérente à toute inscription de sûreté (art 2432 CCiv = 3 ans).

Selon l'article 2379 CCiv, ce privilège doit être inscrit dans un délai de deux mois à compter de la vente.

Cette inscription dans le délai légal est importante, non seulement parce qu'elle évite au privilège de dégénérer en hypothèque légale (va pouvoir rétroagir au jour de la vente), mais aussi parce que cette inscription dans le délai de 2 mois est bien souvent la condition de la survie de l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix prévue par l'article 1654 CCiv, dans la mesure où l'article 2379 al 2 prévoit qu'à défaut d'inscription dans le délai de deux mois, l'action résolutoire ne pourra être exercée au préjudice de tiers ayant acquis et publié un droit sur l'immeuble.

→ Cette règle concerne l'action résolutoire légale (celle prévue par l'art 1654), en revanche elle ne concerne pas l'application d'une clause résolutoire conventionnelle qui aurait été publiée en même temps que l'acte de vente. **3<sup>ème</sup> civ, 8 juillet 1992**.

### II. Le privilège du prêteur de deniers (PPD)

#### o Son existence :

*Un établissement de crédit prête de l'argent à une personne pour acquérir un immeuble. En pratique, l'établissement de crédit va verser l'argent au vendeur de l'immeuble, il le paie. De la sorte, il est subrogé dans les droits du vendeur d'immeuble, donc subrogé dans le bénéfice du privilège du vendeur d'immeuble. Cela suffit à ce qu'il soit protégé.*

→ Alors, pourquoi ajouter un PDD ?

Le PDD existe parce que la subrogation dans le cas du privilège du vendeur d'immeuble n'est pas suffisante pour assurer la protection du prêteur de deniers.

C'est à cause de cette insuffisance qu'une **loi du 16 juillet 1971** a accordé au prêteur de deniers un **privilège autonome** donc qui existe même en l'absence de subrogation au privilège du vendeur d'immeuble ; **article 2374 II CCiv.**

Tout l'intérêt de cette autonomie tient à ce que le PDD permet de garantir les intérêts au taux conventionnel du prêt. Ce ne serait pas possible si l'on était simplement subrogé dans la créance du vendeur d'immeuble qui elle ne produit pas d'intérêts.

Cela ne veut pas dire pour autant que la subrogation dans le bénéfice du privilège du vendeur a perdu tout intérêt pour le prêteur de deniers. Elle conserve toujours un intérêt dans la mesure où elle peut permettre au prêteur de deniers de bénéficier de l'action résolutoire du vendeur d'immeuble.

#### ○ Ses conditions :

- Il faut que l'acte de prêt ait été rédigé sous forme authentique (prêt notarié).
- Il faut que les fonds prêtés aient été affectés au paiement du prix de l'immeuble.
- Il faut que le vendeur ait donné quittance de ce prix par acte authentique et en précisant que le prix a bien été payé au moyen de la somme empruntée.

La JP nous dit que tout ceci doit faire l'objet d'une véritable constatation par le notaire lui-même dans l'acte, **2<sup>ème</sup> civ, 19 février 1986**.

Ces formalités sont requises à peine d'inopposabilité du prêt aux tiers ; **3<sup>ème</sup> civ, 18 février 1987**.

Ce privilège doit être inscrit dans le même délai que celui du vendeur d'immeuble ; 2 mois.

Il a également la même assiette.

Le privilège du prêteur de deniers est donc susceptible d'entrer en conflit avec le privilège du vendeur d'immeuble dans l'hypothèse où l'acquéreur paierait une partie du prix immédiatement grâce à un prêt consenti par un établissement de crédit et une autre partie à terme parce que le vendeur d'immeuble lui aurait consenti des délais de paiement.

Dans cette hypothèse, les banques se protègent systématiquement en exigeant du vendeur d'immeuble qu'il leur consente une cession de ... (qu'il accepte que l'autre passe avant) et qu'il renonce à son action résolutoire pour défaut de prix vendu.

## Titre 2 – Les propriétés sûretés

Les évolutions du droit des PC jusqu'en 1985 ont eu pour conséquence une forte diminution de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles, à un moment pourtant où le créancier en a le plus besoin. Le crédit ne pouvant pas se concevoir sans garantie qui soit efficace, ce phénomène a conduit la pratique et le législateur à redécouvrir d'autres formes de sûretés réelles, qui existaient déjà en droit romain ; les sûretés fondées sur l'utilisation du droit de propriété, lesquelles ne confèrent pas au créancier un simple droit de préférence mais d'un droit exclusif sur le bien.

Cela a un double avantage lié au fait que le bien ne figure pas dans le patrimoine du débiteur mais dans celui du créancier : d'une part, tout risque de concours sur ce bien avec des créanciers du débiteur est par définition exclu, d'autre part, le créancier échappe en principe aux conséquences de l'ouverture d'une PC à l'encontre de son débiteur. Mais ce principe connaît quelques exceptions.

Cette redécouverte des sûretés fondées sur l'utilisation du droit de propriété a été progressive. Le législateur a d'abord admis la possibilité pour le créancier de retenir la propriété d'un bien tant qu'il n'est pas totalement payé avant d'aller plus loin et d'admettre qu'un débiteur puisse transmettre, à titre de garantie d'une créance, la propriété d'un de ses biens.

### Chapitre 1 – La propriété réservée

L'utilisation de la propriété retenue à titre de garantie suppose nécessairement l'existence d'un contrat emportant transfert de propriété et liant le créancier et son débiteur.

*Ce qui en pratique peut correspondre à deux hypothèses :*

- Hypothèse dans laquelle le créancier d'un producteur, ou un revendeur, qui vend un bien à un acquéreur, tout en faisant crédit à cet acquéreur :

Etant donné que le privilège mobilier du vendeur est inefficace en pratique en cas d'ouverture d'une PC, les vendeurs de meubles ont eu l'idée de se protéger en stipulant dans leur contrat une clause de réserve de propriété qui énonce que le vendeur reste propriétaire du bien vendu tant qu'il n'est pas intégralement payé de son prix de vente.

→ Section 1

- Hypothèse dans laquelle le créancier est un établissement de crédit qui finance l'acquisition d'un bien par un de ses clients :

Dans ce cas, l'établissement de crédit peut acheter le bien à la place de son client et il lui loue ensuite ce bien tout en consentant à ce client une PUV à la fin de la période de location, vente qui aura lieu le plus souvent pour un montant résiduel et souvent symbolique. Cela correspond au cas du crédit-bail dont les loyers sont nettement plus élevés car servent en réalité à rembourser à l'établissement de crédit le financement de l'acquisition du bien.

→ Section 2

## Section 1 – La clause de réserve de propriété

**L'article 2367 Cciv** définit la clause de réserve de propriété comme étant une **convention par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie**.

Il peut s'agir ici de n'importe quel contrat à titre onéreux ayant un effet translatif. Notamment, il pourrait s'agir ici d'un contrat d'entreprise, mais en pratique on observe que dans la plupart des cas ce contrat est un contrat de vente.

On observe également en pratique que la clause de réserve de propriété est devenue extrêmement fréquente en matière de vente de meuble à crédit.

On observe également que, le plus souvent, cette réserve de propriété s'accompagne d'un transfert de possession du bien concerné (le bien vendu étant immédiatement livré à l'acquéreur en dépit du fait qu'il n'a pas encore été payé).

Cette clause de réserve de propriété a toujours été valable parce que le fameux principe du transfert immédiat et solo consensu de la propriété en cas de vente n'est pas une règle d'OP. Mais pendant longtemps cette clause était inefficace en pratique car la JP affirmait qu'elle était inopposable à la PC de l'acquéreur, au motif que les autres créanciers devaient pouvoir se fier à la solvabilité apparente de leur débiteur et au fait que le bien concerné était en sa possession.

La nécessité de conférer au vendeur de meuble une garantie qui soit vraiment efficace a conduit le législateur à briser cette JP ; **loi DUBANCHET du 12 mai 1980**. Cette loi a admis, sous certaines conditions, l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la PC.

Cela explique que de 1980 à 2006 cette clause ne figurait qu'au sein des PC (où on la trouve d'ailleurs toujours dans la partie des PC dans le CCom).

Ceci va changer avec la réforme du droit des sûretés. En raison de l'importance de cette clause, les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 vont décider d'intégrer sa réglementation au sein du code civil → nouveaux **articles 2367 et suivants**. On reconnaît expressément à cette clause la qualité d'accessoire de la créance garantie et même la qualité de sûreté.

→ Qualité qui avait déjà été reconnue précédemment par la JP notamment lorsque la **chambre commerciale avait affirmé dans deux arrêts de principe rendus le 15 mars 1988** que le bénéfice de la réserve de propriété se transmet avec la créance garantie.

Il faut toutefois noter ici que la JP, d'une manière assez critiquable, ne fait pas une totale application de ce caractère accessoire. Elle considère en effet que lorsque l'extinction de la créance garantie résulte d'un défaut de déclaration de cette créance en temps voulu, cela ne fait pas perdre au bénéficiaire de la réserve de propriété son droit de propriété.

C'est une solution qui avait été admise en matière de PC par un arrêt **Com, 9 janvier 1996**. Aujourd'hui en matière de PC le pb ne se pose plus parce que le défaut de déclaration n'est plus sanctionné par l'extinction de créance. En revanche le pb se pose toujours dans un autre domaine ; notamment en matière de rétablissement personnel où la même solution a été reprise par un arrêt **2<sup>ème</sup> civ, 27 février 2014**.

Cette introduction de la réserve de propriété dans le code civil s'est faite sans grande modification de son régime juridique car la loi du 26 juillet 2005 (*ayant habilité le gouvernement à légiférer le gouvernement en matière de sûreté*) avait prévu que cette introduction devait se faire à droit constant.

### **I. La constitution de la réserve de propriété**

*La constitution de la réserve de propriété est d'une extrême simplicité, d'où son succès.*

S'agissant tout d'abord de son opposabilité aux tiers ; il n'y a AUCUNE condition de publicité. La clause de réserve de propriété est **opposable aux tiers aussitôt qu'elle existe**, cad à la date du contrat qui la contient.

S'agissant de sa validité, il suffit que cette clause ait été **conclue par écrit** ; **article 2368 Cciv**. Cette exigence est très légèrement renforcée par le droit des PC qui exige que la clause ait été stipulée par écrit au plus tard au moment de la livraison du bien concerné.

**Com, 3 juillet 2012** a admis que la clause puisse être stipulée APRÈS la livraison dans le cas exceptionnel où le contrat de vente ne serait conclu qu'après la livraison du bien.

*Cette exigence d'un écrit a été assoupli à la fois par la JP et par le législateur :*

→ Tout d'abord par la JP lorsque la CC a décidé qu'il n'est pas nécessaire que la clause ait été formellement acceptée par l'acquéreur du bien. Pour la JP, l'exécution du contrat en connaissance de l'existence de la clause vaut acceptation de celle-ci.

Ex : **Com, 31 janvier 2012** : *cette acceptation peut être déduite des relations d'affaires entre les parties et de l'exécution du contrat sans protestation.*

→ Par le législateur lorsque la loi du 10 juin 1994 réformant le droit des PC a admis que la clause puisse figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenu entre les parties (L624-6 al 2 Ccom). En pratique cela veut dire qu'elle peut figurer dans des conditions générales de vente auxquelles les parties se réfèrent. Cela évite d'avoir à répéter expressément la clause de réserve de propriété pour chaque vente.

## **II. Les effets de la réserve de propriété**

La réserve de propriété est indivisible et de ce fait elle **permet au créancier de demeurer propriétaire du bien tant qu'il n'est pas intégralement payé et d'exiger la restitution du bien en cas de défaut du paiement du prix à l'échéance**. Exercera une action en revendication.

En cas de défaillance du débiteur, ce n'est pas la propriété du bien qui est restituée au créancier (il l'avait déjà). Ce qui lui est restitué, outre la détention matérielle du bien, c'est le droit de disposer à nouveau librement de ce bien. Affirmé par **l'article 2371 al 1**.

Dans ce cas, la réserve de propriété (comme toute sûreté réelle), ne pouvant pas être une source d'enrichissement injuste pour le créancier, la valeur du bien repris doit être imputée à titre de paiement sur le solde de la créance garantie. **Article 2371 al 2**.

→ Si cette valeur excède le montant qui restait dû de la créance garantie, le créancier doit alors payer au débiteur une somme égale à la différence. **Article 2371 al 3**.

*L'efficacité de cette action en revendication est soumise à deux conditions importantes en cas d'ouverture d'une PC :*

- L'une est spécifique au droit des PC ; le respect de droit d'agir en revendication (A).
- L'autre s'applique en toute hypothèse ; exigence d'une existence en nature du bien revendiqué (B).

### **A. Le délai pour agir en revendication**

Lorsque le débiteur fait l'objet de l'ouverture d'une PC, le créancier doit en principe commencer par **adresser aux organes de la PC une demande amiable en revendication, cela dans un délai de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure (L624-9 Ccom)**.

*Il existe une exception depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 dans le cas de la sauvegarde accélérée ; l'exigence ne s'applique pas.*

En cas de refus dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande amiable, le créancier doit alors (selon **l'article R624-13**) **saisir le JC d'une action en revendication dans un délai d'un mois à compter de ce refus.**

**(!)** Le respect de ces deux délais pour agir est particulièrement important puisqu'à défaut le créancier perd la possibilité d'opposer son droit de propriété à la PC.

**Il existe toutefois un moyen d'échapper à cette exigence de délai. Il consiste à publier la clause de réserve de propriété.**

La loi du 10 juin 2014 a organisé cette publicité avec deux particularités :

- Publicité n'est pas une condition d'opposabilité aux tiers.
- Publicité permet au créancier d'obtenir certains avantages en cas d'ouverture ultérieure d'une PC à l'encontre de son débiteur. L'un d'eux est que l'action en revendication va être remplacé par une action en restitution du bien, laquelle n'est soumise à aucun délai.

## **B. L'existence en nature du bien revendiqué**

La revendication du bien suppose que ce bien existe toujours en nature entre les mains du débiteur ou aussi éventuellement entre les mains d'un tiers qui le détiendrait pour le compte du débiteur (**Com, 10 mai 2012**).

La charge de la preuve de cette existence en nature du bien pèse en principe sur le créancier revendiquant. Mais, il en va toutefois différemment en cas d'ouverture d'une PC lorsque les organes de la procédure n'ont pas respecté leur obligation de procéder à l'inventaire des biens du débiteur en difficulté. Dans ce cas, renversement de la charge de la preuve.

Cette existence en nature au jour de l'ouverture de la PC suppose par ex que le bien revendiqué n'ait pas été transformé par le débiteur. Mais la JP interprète souvent cette exigence d'une manière libérale, notamment en cas d'incorporation de ce bien dans un autre bien, en admettant alors que l'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage (aujourd'hui **article 2370 Cciv**).

En outre cette règle de l'existence en nature est également tempérée dans trois autres hypothèses :

- **1<sup>ère</sup> hypothèse : lorsque la réserve de propriété a pour objet des biens fongibles.**

On a une réserve de propriété sur des biens fongibles, ils ont été livrés au débiteur et ils se trouvent mélangés dans son stock avec des biens identiques. Avant 1994 la Cour de cass affirmait que ce mélange faisait perdre son droit de propriété au vendeur cad au bénéficiaire de la clause de propriété. C'est logique car le droit de propriété est un droit réel et ce qui caractérise un droit réel c'est le fait que son titulaire puisse exercer un pouvoir immédiat sur le bien. Bien évidemment s'agissant de biens fongibles mélangés dans le stock ce caractère immédiat disparaît nécessairement.



Cette JP va être brisée par la loi 10 juin 1994 réformant le droit des PC : elle va prévoir dans l'art L 624-16 al 3 Ccom que le bénéficiaire de la réserve de propriété en dépit du mélange des biens fungibles peut quand même exercer son action en revendication dès lors qu'il trouve dans le stock du débiteur des biens de même espèce et de même qualité.

Cette réforme finalement transforme la nature du droit de propriété car du fait du mélange c'est une sorte de droit portant sur le stock du débiteur. Le droit de propriété qui portait sur les biens fungibles devient le droit de revendiquer non plus les biens vendus mais une partie du stock du débiteur.

La seule difficulté qu'on pourrait avoir en la matière c'est à propos de la question de l'identification des biens, la Cour de cass abandonne aux juges du fond le fait de savoir si on a à faire à des biens fungibles ou non.

*Ex : une entreprise livre des médicaments à une pharmacie. On retrouve dans le stock de la pharmacie les boîtes livrées mais est-ce que ce sont des biens fungibles ? Que va-t-on prendre en compte pour savoir si c'est fungible ? La molécule, le dosage, la marque, la date de péremption ? on passe de plus en plus du caractère fungible à celui de corps certain.*

**Remarque :** si on a plusieurs bénéficiaires de clause de réserve de propriété et dans le stock on trouve les biens fungibles à revendiquer mais il n'y en a pas assez pour tout le monde : on va répartir les biens entre eux en fonction des montants qui leur restent dus.

#### - 2<sup>ème</sup> hypothèse : le cas de la destruction du bien

Si le bien objet de la réserve de propriété se trouve détruit, le droit de propriété du créancier se reporte sur l'indemnité d'assurance, phénomène de subrogation réelle (le droit de propriété change d'objet). Cette subrogation réelle a été admise par un arrêt, ch com, 1<sup>er</sup> oct 1985 et puis cela a été consacré par le législateur dans le droit des PC (art L 624-18 Ccom) et dans l'art 2372 Cciv.

#### - 3<sup>ème</sup> hypothèse : la revente du bien

En matière de réserve de propriété de manière générale le bien est toujours livré à l'acquéreur. Comme le bien lui a été livré matériellement, de ce fait il a la possibilité de le revendre. S'il le revend à un tiers acquéreur et si ce dernier est de bonne foi (ignore la réserve de propriété) il sera protégé par l'art 2276 Cciv (en fait de meubles, possession vaut titre). L'action en revendication ne pourra pas être exercée contre le tiers acquéreur par l'application de cet article.

Cela serait pareil si le bénéficiaire de la clause se trouvait confronté d'un créancier gagiste qui aurait un gage avec dépossession. Là aussi la bonne foi du créancier gagiste est présumée.

Arrêt, ch com, 11 sept 2012 : la Cour de cass affirme qu'aucune obligation ne pèse sur les banques en leur qualité de créancier gagiste de vérifier lors de la constitution du gage que les marchandises litigieuses ne sont pas grevées d'une clause de réserve de propriété.

Si l'on revient au cas plus classique de la revente du bien : le bénéficiaire ne peut pas agir contre le tiers acquéreur mais l'art L 624-18 Ccom et l'art 2372 Cciv protègent le créancier bénéficiaire de la clause de réserve de propriété en prévoyant que si le tiers acquéreur n'a pas encore payé le prix de revente du bien le droit de propriété du bénéficiaire de la réserve de la propriété se reporte sur la créance du prix de revente. On retrouve ici un mécanisme de subrogation réelle (comme le cas de l'indemnité d'assurance).

Ce report de la réserve de propriété sur la créance du prix de revente a lieu au moment même de la revente du bien (arrêt, ch com, 20 juin 1989). C'est particulièrement important dans le cas particulier où on a un conflit sur cette créance de revente entre d'un côté le bénéficiaire de la réserve de propriété et d'un autre côté un établissement de crédit auquel la créance du prix de revente a été cédée.

On est dans la situation suivante : X a vendu avec réserve de propriété un bien à Y. Y revend le bien à un tiers acquéreur de bonne foi Z. Z n'a pas encore payé sa dette vis-à-vis de Y. Le droit de propriété de X se trouve reportée sur la créance de Y contre Z.

Problème : Y pour garantir un crédit qui lui a été accordé par sa banque B a cédé en garantie la créance du prix de revente (créance qu'à Y contre Z). Y fait l'objet d'une PC. Y est insolvable, on ne pourra rien obtenir de ce côté là. Un conflit apparaît contre X qui prétend obtenir paiement de la créance et B qui dit devoir être payé car la créance lui a été cédée.

Pour régler un tel conflit : il faut savoir à quel moment chacun est devenu propriétaire du bien.

- S'agissant de la banque B elle est devenue propriétaire à la date à laquelle la créance lui a été cédée et c'est opposable aux tiers tout de suite.
- S'agissant de X c'était plus compliqué parce que avant la réforme de 2006 le texte qui prévoyait la subrogation réelle était un texte spécifique au droit des PC. D'où une hésitation en la matière, qu'est ce qui déclenche le jeu de la subrogation réelle est ce que c'est la revente du bien ou est ce que c'est l'ouverture de la PC ?

Selon le choix qu'on faisait la solution était différente. Dans la pratique, on avait la revente à Z ensuite Y cède sa créance à B et ultérieurement Y placé en PC. Dans l'arrêt du 20 juin la Cour de cass nous dit que la subrogation réelle opère dès le jour de la revente du bien, le bénéficiaire de la réserve de propriété l'emporte sur la banque bénéficiaire de la cession de créance du prix de revente.

Il ne pourrait en aller différemment que dans l'hypothèse très exceptionnelle en pratique où la créance du prix de revente aurait été cédée à la banque avant que la revente n'ait eu lieu : cession de créance future. On a un seul cas en JP : arrêt, ch com, 14 déc 2010. Aujourd'hui la subrogation réelle n'est plus subordonnée à la PC donc le jeu de la subrogation réelle joue obligatoirement au jour de la revente (à reprendre).

La Cour de cass considère que lorsque le bénéficiaire de la réserve de propriété est ainsi subrogé sur la créance du prix de revente, le sous-acquéreur ne peut pas opposer au bénéficiaire de la réserve de propriété les exceptions qu'il aurait pu opposer à son propre vendeur (arrêt, ch com, 18 janv 2011).

## Section 2 – Le crédit-bail

Articles L 313-7 et suivants et R 313-3 et suivants CMF.

C'est un contrat qui a plusieurs caractéristiques essentielles.

Il se caractérise par un achat du bien par le crédit bailleur, cet achat est suivi d'un contrat de louage du bien au profit du crédit-preneur conclu pour une durée irrévocable et qui est assorti d'une PUV du bien consentie par le crédit bailleur au profit du crédit preneur pour un prix symbolique.

Il se caractérise également par le fait que le prix à verser pour lever l'option d'achat doit tenir compte au moins pour partie des loyers versés. En pratique ce sont des loyers plus importants que les loyers ordinaires car ils correspondent aux remboursements progressifs de l'acquisition du bien. On va calculer la durée du contrat de telle manière que l'ensemble des loyers permette à lui seul le remboursement de ce financement. De ce fait, on comprend pourquoi le montant pour la levée de l'option est symbolique.

Le contrat de crédit-bail se caractérise également par son objet, il ne peut pas avoir n'importe quel objet. Cet objet peut être soit des biens d'équipement ou du matériel d'outillage, cela peut être un immeuble à condition qu'il soit destiné à un usage professionnel, cela peut être un fonds de commerce ou d'établissement artisanal ou les éléments incorporels de ce fonds. Tous ces objets ont un point commun : ils présentent un caractère professionnel. Le véritable crédit-bail suppose que le crédit preneur soit professionnel.

Le crédit-bail permet de fournir une très bonne garantie à l'établissement de crédit, conduit à lui conférer la propriété du bien tant qu'il n'a pas été entièrement remboursé. Ce n'est pas la finalité du crédit bail en pratique, s'il est très utilisé c'est beaucoup plus à cause de ses avantages fiscaux, il permet des déductions fiscales plus importantes que dans le cas d'une vente financée par un emprunt auprès d'une banque.

Il faut avoir conscience de ce que le crédit-bail est essentiellement une technique de financement. De ce fait, son régime juridique s'inspire beaucoup plus du prêt que du louage. Le contrat de louage en matière de crédit-bail est fortement dénaturé ce qui tient au fait que les sociétés de crédit-bail entendent bien s'y tenir à leur strict rôle de financiers. La société de crédit-bail va donner mandat au crédit preneur pour acheter le bien en son nom et pour son compte et pour en effectuer sa réception. La société de crédit-bail va s'exonérer dans le contrat de presque toutes les obligations qui pèsent normalement sur un bailleur, en contrepartie elle transfère au crédit preneur les actions dont elle dispose à l'encontre du vendeur du bien.

### **I. L'opposabilité aux tiers des droits du crédit bailleur**

Si l'on considère le crédit-bail comme une opération de crédit conférant au créancier la propriété du bien en garantie du remboursement de son financement, il peut alors sembler logique si l'on veut protéger les tiers de porter cette situation à leur connaissance et donc d'obliger le crédit bailleur à publier le contrat de bail : cela a été fait par le législateur dans un décret 4 juillet 1972 codifié au sein des articles R 313-3 et suivants CMF pour les immeubles et les meubles.

❖ **Le crédit bail immobilier** : le régime applicable est celui de la propriété foncière.

Cependant, ce régime est tout à fait inadapté dans le cas du crédit-bail. En matière de crédit la publicité foncière a pour objet normalement de protéger le tiers ayant acquis sur un bien appartenant au débiteur un droit concurrent de celui du créancier. Mais en matière de crédit bail le bien n'appartient pas au débiteur il appartient au créancier. On applique le régime de la publicité foncière en matière de baux de longue durée ce qui a pour effet que les tiers qui voudraient se prévaloir d'un défaut de publicité du contrat ne peuvent être que les ayant cause du crédit bailleur. Il aurait fallu que ce soit les ayant cause du crédit preneur.

La conséquence c'est que dans un arrêt, ch com, 15 mai 2001 la Cour de cass a jugé que les organes de la PC du crédit preneur ne peuvent pas invoquer le défaut d'accomplissement des formalités de publicité par le crédit preneur.

Donc le crédit-bail immobilier même non publié est opposable à la PC du crédit preneur.

❖ **Le crédit bail mobilier** : il doit être publié dans un registre spécifique au greffe du tribunal de commerce et la formalité de publicité doit être renouvelée tous les 5 ans.

L'art R 313-10 CMF : le défaut est sanctionné par l'inopposabilité aux tiers en général du droit de propriété du crédit bailleur sauf si le crédit bailleur peut établir que les tiers avaient eu connaissance par un autre moyen de l'existence du contrat de crédit bail.

En cas d'ouverture d'une PC, il est impossible de rapporter la preuve de la connaissance par les tiers de l'existence du contrat. Ce n'est pas possible parce que la ch com dans un arrêt 16 mars 1993 indique que dans cette hypothèse il ne suffit pas au crédit bailleur de prouver que tel ou tel créancier avait

connaissance de l'existence du contrat il faudrait prouver qu'absolument tous les créanciers du crédit preneur avait une telle connaissance ce qui est impossible.

En toute hypothèse, la protection accordée au crédit bailleur par la publicité n'est pas parfaite ; elle ne la protégera pas contre un sous acquéreur de bonne foi dans le cas où on aurait 2 ventes successives. Le crédit preneur revend le bien à X et X le revend à Y : s'agissant de X il peut savoir qu'il y avait un contrat de crédit bail il suffit qu'il se renseigne au greffe de ce fait le contrat lui sera opposable. Mais si X revend Y, Y a aucun moyen de savoir qu'il y a eu antérieurement un crédit bail car il ne connaît pas le crédit preneur, il est forcément de bonne foi. La ch com dans un arrêt 14 oct 1997 a jugé dans cette hypothèse que même si le contrat de bail a été publié le crédit bailleur ne pourra exercer aucun droit de suite contre le 2<sup>nd</sup> sous acquéreur.

## **II. Les conséquences de la défaillance du crédit preneur**

Il faut comparer la situation d'un prêteur et d'un crédit bailleur en cas de défaillance du débiteur :

- Dans le cas du prêteur, lorsque l'emprunteur est défaillant, le prêteur va pouvoir agir pour obtenir le remboursement de la totalité de la somme qui lui reste due si une clause de déchéance du terme a été prévue au contrat.
- Dans le cas d'un contrat de crédit-bail, la défaillance du crédit preneur ne peut pas avoir un effet similaire dans la mesure où la défaillance ne va entraîner que la résiliation du crédit-bail. cela veut donc dire que le crédit bailleur pourra reprendre le bien et le vendre mais cela ne va pas lui procurer l'ensemble des sommes qui lui auraient été payées par le crédit preneur si le contrat aurait pu aller jusqu'à son terme normal.

Pour aligner le plus possible le régime du crédit-bail sur le régime du prêt, les crédit bailleurs en pratique vont insérer dans leur contrat une clause pénale prévoyant qu'en cas de défaillance du crédit preneur et de résiliation du contrat que le crédit bailleur pourra demander à titre d'indemnité de résiliation de payer une somme égale à l'intégralité ou à une fraction très importante des loyers restants à courir au jour de la résiliation du contrat.

Il y a un risque de spoliation ici du crédit preneur si cette indemnité est excessive : il peut être évité par le recours au pouvoir modérateur du juge, lequel a été introduit en matière de clause pénale par le législateur en 1975 à l'art 1152 Cciv.

Les avantages de cette technique pour le créancier se trouvent réduits en cas d'ouverture d'une PC à l'encontre du crédit preneur par la règle de la continuation des contrats en cours. Ces règles permettent aux organes de la PC d'exiger la continuation du contrat de crédit-bail sans que le crédit bailleur puisse opposer le défaut en paiement des loyers antérieurs au jugement d'ouverture.

## **Chapitre 2 – La propriété transmise**

Cette possibilité d'une transmission du droit de propriété à titre de garantie est une possibilité qui n'a été admise que récemment en droit français et cela d'une manière très progressive.

Dans un 1<sup>er</sup> temps, cette possibilité n'a concerné que certains types de biens tels que des créances, des instruments financiers ou des sommes d'argent.

- 1<sup>ère</sup> reconnaissance législative de ce mécanisme : la loi Dailly du 2 janv 1981 qui a créé la cession de créance professionnelle à titre de garantie.

- 2<sup>nd</sup>e reconnaissance législative : une loi du 31 déc 1993 a consacré la légalité de la pension livrée : c'est une remise de titres en propriété qui est effectuée par une banque au profit d'une autre banque pour garantir le remboursement d'un prêt interbancaire à très court terme.
- Une loi du 2 juillet 1996 va prévoir dans son art 52 que les opérations entre banques ayant pour objet des instruments financiers peuvent aussi être garanties par des aliénations fiduciaires de VM, de titres.
- Cela va être étendu aux systèmes de paiement interbancaires par une loi du 2 janv 1998.

L'emploi de la propriété sûreté se trouve généralisé à toutes les opérations interbancaires. Cette évolution a été consacrée dans une directive européenne du 6 juin 2002 transposée en droit français par une ordonnance du 24 fév 2005.

À la même époque, la JP va dans le même sens, la ch commerciale dans un arrêt du 9 avril 1987 consacre expressément la validité du gage espèce (gage ayant pour objet une somme d'argent). Or, ce gage entraîne un transfert de propriété au profit du créancier.

Ici c'est une utilisation qui ne concerne que certaines catégories de biens.

Il n'était guère étonnant que par la suite on assiste à une nouvelle généralisation du mécanisme à tous les biens, c'est ce qui va se produire par l'introduction par la loi du 19 fév 2007 de la fiducie sûreté au sein du Cciv.

Cette généralisation a été effectuée par le législateur sous la condition de respecter le régime juridique de la fiducie sûreté, lequel prévoit que seul les établissements de crédit, les compagnies d'assurance et les avocats puissent avoir la qualité de fiduciaire. Ceci a conduit la Cour de cassation à refuser d'aller au delà de la volonté du législateur en admettant qu'une aliénation fiduciaire à titre de garantie qui serait effectuée en dehors de la fiducie sûreté et en dehors des textes qui en prévoient expressément la possibilité.

C'est là la seule raison qui puisse expliquer que dans un arrêt rendu le 19 déc 2006, la ch commerciale a refusé d'admettre la validité d'une cession de créance de droit commun à titre de garantie, elle l'a disqualifié en un nantissement de créance alors que pourtant toute la JP antérieure pouvait donner à penser qu'elle allait admettre la validité de la cession de créance et que par ailleurs il n'y aucune raison théorique de s'y opposer.

Si la consécration législative en 2007 de la fiducie sûreté n'était guère étonnante on pouvait en revanche s'interroger sur son utilité pratique. Si les aliénations fiduciaires à titre de garantie qui existaient déjà étaient très utilisées en pratique (notamment c'est le cas de la cession Dailly), en revanche la fiducie sûreté de la loi de 2007 semblait devoir être un produit de niche.

Tout ceci est en train d'évoluer considérablement.

## Section 1 – La fiducie sûreté

Elle a été introduite au sein des articles 2011 et suivants du Cciv par une loi du 19 fév 2007. L'un des principaux défauts de ce texte tenait à ce que ses auteurs n'avaient pas voulu distinguer la fiducie sûreté de la fiducie gestion alors pourtant que ces 2 formes de sûretés ne poursuivent pas les mêmes finalités et ne suscitent pas les mêmes problèmes. De ce fait, décider de leur appliquer des dispositions législatives identiques, cela ne pouvait aboutir qu'à une réglementation inadaptée et lacunaire.

Dès sa promulgation il était évident que cette loi devait être rapidement réformée, dans une période de 2 ans le régime juridique de la fiducie va être réformé à 4 reprises. Il va être réformé par la loi du 4 août 2008 puis par l'ordonnance du 18 déc 2008 puis par une ordonnance du 30 janv 2009 (réglemente de manière spécifique la fiducie sûreté) puis par une loi du 12 mai 2009.

Ces nouveaux textes permettent de constituer une fiducie sûreté sur n'importe quel bien ou ensemble de biens présents ou futurs. Pour autant, la nouvelle réglementation n'est pas applicable aux cessions à titre de garantie qui avaient été déjà reconnues par le législateur, cela ne remet pas en cause les textes précédents. Dans cette nouvelle fiducie sûreté, le législateur n'a entendu réglementer que les fiducie-sûretés donnant lieu à la constitution d'un patrimoine d'affectation.

## I. La constitution de la fiducie sûreté

### A. Les conditions de validité de la fiducie sûreté

#### 1) Le domaine d'application rationae personae de la fiducie sûreté

❖ **S'agissant du bénéficiaire de la fiducie** : cela peut être n'importe quelle personne.

❖ **S'agissant du fiduciaire** :

La loi du 19 fév 2007 avait limité la possibilité de constituer une fiducie aux seules personnes morales soumises à l'IS.

Cette restriction va être supprimée par la loi du 4 août : elle permet à toutes les personnes morales et physiques de constituer une fiducie. L'une des raisons de l'exclusion était la volonté d'empêcher que les dispositions du droit des sûretés protectrices d'un constituant personne physique puissent être détournées en utilisant la fiducie sûreté. Par ex les dispositions relatives à la protection du logement. L'extension quant aux personnes aurait du être accompagnée de la reprise des dispositions protectrices.

❖ **S'agissant du fiduciaire** :

La volonté du législateur de lutter contre le risque de blanchissement de somme d'argent a conduit à réserver la qualité de fiduciaire uniquement aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement, aux compagnies d'assurance et aux avocats. Le point commun de toutes ces personnes est qu'elles ont l'obligation de faire des déclarations de soupçons.

#### 2) Les conditions de forme de la fiducie sûreté

La loi du 19 fév 2007 avait déjà exigé que ce contrat soit constaté par écrit, à peine de nullité (art 2018 Cciv) et le législateur a énoncé que ce contrat devait être enregistré dans un délai d'un mois à compter de sa conclusion (art 2019 Cciv).

L'ordonnance du 30 janv 2009 requiert un acte notarié non seulement lorsque les biens donnés en fiducie sont des immeubles (c'était déjà le cas avant) mais aussi lorsque « les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision » (art 2012 Cciv), quelque soit la nature du bien.

***Le contrat de fiducie doit selon l'art 2018 Cciv contenir plusieurs mentions obligatoires :***

- La désignation des biens transférés ou les éléments permettant leur désignation si ce sont des biens futurs.
- La durée de la fiducie.
- L'indication de l'identité du constituant.

- L'indication de l'identité du fiduciaire.
- L'indication de l'identité du ou des bénéficiaires de la fiducie.
- La mission du fiduciaire et l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition du bien.

**Dans le cas particulier d'une fiducie sûreté** : l'ordonnance du 30 janv 2009 a prévu aux articles 2372-2 et 2488-2 Cciv que le contrat devait aussi contenir à peine de nullité l'indication de la dette garantie et aussi la valeur estimée du bien qui a été transféré dans le patrimoine fiduciaire.

Il y a une certaine rigidité de la fiducie sûreté mais elle a été compensée par **la reconnaissance de la fiducie sûreté rechargeable**. Elle a été consacrée par l'ordonnance du 30 janv 2009 au sein des articles 2372-5 et 2488-5 Cciv.

On y retrouve au sein de dispositions d'OP à peu près les mêmes règles que l'hypothèque rechargeable :

- La nécessité de ce que le caractère rechargeable de la sûreté soit expressément prévu dans le contrat de fiducie.
- La faculté de rechargement peut être effectué au profit du créancier initial ou au profit de tout autre créancier.
- La nécessité d'enregistrer à peine de nullité en matière immobilière ou de publier la convention de rechargement.

Il existe une différence :

- Le rechargement de l'hypothèque rechargeable ne peut être effectué que dans la limite de la somme qui avait été prévue initialement dans l'acte constitutif.
- Or, une telle limitation n'existe pas dans le cas de la fiducie rechargeable : les textes ont prévu qu'en cas de rechargement le patrimoine fiduciaire ne peut être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.

Par la suite, la loi du 12 mai 2009 est allée plus loin : elle a modifié ces articles pour faire en sorte que même cette petite limite de la valeur estimée au jour de la recharge ne s'applique plus que dans l'hypothèse où le fiduciaire est une personne physique.

La loi du 17 mars 2014 qui a supprimé l'hypothèque rechargeable n'a pas remis en cause la validité de la fiducie sûreté rechargeable.

### 3) L'absence de constitution en période suspecte pour garantir une dette antérieurement contractée

Dans la loi du 19 fév 2007, le refus initial de distinguer fiducie-sûreté et fiducie-gestion avait conduit le législateur à affirmer que toute fiducie constituée en période suspecte était obligatoirement nulle.

Or, un gage ou une hypothèque constitué en période suspecte n'est frappé de nullité que si ils garantissent une dette antérieurement contractée.

Désormais l'art L 632-1 I 9<sup>ème</sup>ment Ccom qu'une fiducie constituée en période suspecte n'est pas nulle si le transfert de propriété des biens concernés est intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée.



L'application de cette nouvelle règle a été étendue à la fiducie rechargeable (art L 632-1 I 10<sup>ème</sup>ment).

## B. L'opposabilité aux tiers de la fiducie sûreté

Le registre national des fiducies prévu par l'art 2020 Cciv ne remplit absolument pas une fonction de publicité, il n'est pas destiné à être consulté par les tiers, il ne peut être consulté que par les administrations chargées de lutter contre le blanchiment et l'évasion fiscale.

La loi du 19 fév 2007 n'a exigé une publicité qu'en matière d'immeubles dans l'art 2019 Cciv, à peine de nullité.

Cette loi ne permet pas de constituer avec suffisamment de sécurité pour le créancier une fiducie sûreté sans dépossession ayant pour un objet un bien meuble corporel : il risque de se voir opposer l'application de l'art 2276 Cciv par un tiers acquéreur de bonne foi. On pouvait aussi regretter que s'agissant d'une créance faisant l'objet d'une fiducie sûreté, il n'avait été prévu aucune réglementation spécifique ce qui impliquait alors d'en revenir au droit commun cad le droit de la cession de créance de droit commun : dans ce cadre, l'opposabilité aux tiers suppose que la cession soit signifiée au débiteur cédé. Cet inconvénient a aujourd'hui disparu car la loi du 4 août 2008 a décidé d'aligner les règles gouvernant l'opposabilité du transfert de créances en matière de fiducie sûreté sur celles applicables au cas de la cession Dailly (art 2018-2 Cciv).

## II. Les effets de la fiducie sûreté

La réglementation de la fiducie sûreté présente l'intérêt de protéger le fiduciaire (le constituant de la sûreté) d'une manière suffisante avant l'échéance de la créance garantie tout en conférant au créancier une garantie efficace en cas de défaillance de son débiteur.

### A. Les effets de la fiducie sûreté avant l'échéance de la créance garantie

Le débiteur transfère un bien qui appartient à un fiduciaire seulement à titre de garantie. Si le débiteur paie sa dette à l'échéance, la propriété du bien devra lui être restituée.

Ceci suppose qu'entre temps les créanciers personnels du fiduciaire n'aient pas pu appréhender le bien qui a été donné en garantie, pourtant ils le peuvent normalement.

Pour protéger le fiduciaire, il y a deux techniques envisageables :

- **1<sup>ère</sup> technique** : on démembre la propriété fiduciaire en conférant au bénéficiaire de la fiducie un droit réel au transfert de la propriété du bien, droit réel qui va être opposable aux tiers. C'est la technique que l'on trouve en matière de trust.
- **2<sup>ème</sup> technique** : on laisse intact la propriété fiduciaire et on admet que les biens donnés en fiducie forment un patrimoine d'affectation distinct du patrimoine personnel du fiduciaire. Solution adoptée en droit français.

La loi du 19 fév 2007 a affirmé que les biens donnés en fiducie ne se confondent pas avec les biens personnels du fiduciaire et vont constituer un patrimoine autonome. Cela a 2 conséquences importantes :

- L'ouverture d'une PC à l'encontre du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire : art 2024 Cciv.
- Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances qui sont nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine : art 2025 al 1 Cciv.



## B. Les effets de la fiducie sûreté à défaut de paiement de la créance garantie

Initialement, le législateur n'avait pas réglementé les effets de la fiducie sûreté en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie.

### 1) Les modalités de droit commun de réalisation de la fiducie sûreté

Les articles 2372-3 et 2488-3 Cciv envisagent deux hypothèses :

- 1<sup>ère</sup> hypothèse : **le créancier a la qualité de fiduciaire.**

Si le débiteur est défaillant à l'échéance, cette défaillance a pour effet non pas de conférer au créancier la propriété du bien donné en garantie (il l'a déjà) mais de lui faire recouvrer la libre disposition de ce bien.

- 2<sup>ème</sup> hypothèse : **le créancier est bénéficiaire de la fiducie mais il n'avait pas la qualité de fiduciaire, il s'agissait d'un tiers.**

Si le débiteur est défaillant à l'échéance, cela lui confère la propriété du bien donné en garantie, il peut exiger du fiduciaire que la propriété du bien lui soit transférée.

Le contrat de fiducie peut donner au créancier la possibilité de ne pas devenir propriétaire du bien mais d'exiger à la place que le bien soit vendu par le fiduciaire et que le paiement lui soit ensuite remis.

→ En toutes hypothèses, ces modalités de réalisation ne peuvent jamais créer un enrichissement injuste au profit du créancier.

Les articles 2372-3 et 2488-3 Cciv s'inspirent des règles applicables en matière de gage ou d'une hypothèque :

- Ils imposent que la valeur du bien donné en garantie soit déterminé par un expert désigné à l'amiable ou judiciaire à moins en matière mobilière que le bien ait en en lui-même une valeur objectivement déterminable (cas d'une somme d'argent ou d'un bien faisant l'objet d'une cotation officielle).
- Ils imposent que le créancier restitue la différence éventuelle de valeur entre la valeur du bien donné en garantie et le montant de la dette qui restait due.

Comme en matière de gage, les auteurs de l'ordonnance de 2009 n'ont pas affirmé que toute clause contraire est réputée non écrite pour la restitution éventuelle de la différence de valeur, on pourrait donc prévoir que l'excédent de valeur reste définitivement attribué au créancier. Mais comme dans le cas du gage si on prévoit ça il s'agira d'une clause pénale, si elle est excessive elle pourra être révisée par le juge.

### 2) La réalisation de la fiducie sûreté en cas d'ouverture d'une PC à l'encontre du fiduciant

La loi du 4 août 2008 a habilité le gvt à légiférer par voie d'ordonnance pour adapter les effets de la fiducie sûreté en cas d'ouverture d'une PC.

#### a) Les effets de la fiducie sûreté en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire

**La fiducie sûreté avec dépossession** : le bien a été remis au fiduciaire.

Les droits du fiduciaire ne peuvent pas être altérés en cas d'ouverture d'une PC en raison du droit de rétention effectif du fiduciaire.

Selon l'art L 622-7 II Ccom, le juge commissaire peut autoriser le débiteur à payer des créances antérieures au jugement pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire lorsque ce retour est justifié par la poursuite de l'activité.

**La fiducie sûreté sans dépossession** : les effets de la fiducie sûreté sont restreints.

- Art L 622-23-1 Ccom : pose le principe de la paralysie de la fiducie sûreté pendant la période d'observation et tant qu'un plan est correctement exécuté.
- Art L 622-13 VI Ccom : les règles de la continuation des contrats en cours ne s'appliquent pas au contrat de sureté mais s'appliquent à la convention en exécution de laquelle le débiteur s'il est fiduciaire conserve l'usage des biens transférés dans un patrimoine fiduciaire.

Le fiduciaire ne pourra obtenir la restitution des biens lorsqu'il sera mis fin à la convention de libre disposition (art L 624-10-1 Ccom).

#### *b) Les effets de la fiducie sûreté en cas de liquidation judiciaire*

Les règles relatives à la continuation des contrats en cours ne sont plus applicables (art L 641-11-1 VI Ccom). Il n'y a donc aucun obstacle à la réalisation de la fiducie sûreté si ce n'est la nécessité de revendiquer le bien en temps voulu.

## Section 2 – La cession de créance à titre de garantie

Elle est apparue avec la loi Dailly du 2 janv 1981 qui est aujourd'hui codifiée aux art L 313-23 et suivants CMF. Cette loi a permis de céder des créances professionnelles au moyen d'un bordereau (le bordereau Dailly) afin de garantir le remboursement d'un crédit qui est consenti par le cessionnaire au profit du cédant.

Une telle cession peut avoir 2 conséquences possibles à l'échéance de la créance garantie :

- Soit le cédant ne paie pas sa dette au créancier cessionnaire : celui-ci va pouvoir être payé en réalisant sa garantie cad en obtenant le paiement de la créance cédée.
- Soit le cédant paie sa dette : le créancier cessionnaire doit lui rétrocéder la créance qui avait été initialement cédée à titre de garantie, cela suppose qu'entre temps il ait conservé la substance de cette créance. pour cette raison le cessionnaire même s'il dispose de tous les pouvoirs sur la créance cédée (par ex il a le pouvoir d'accorder des délais de paiement au débiteur cédé) il peut voir sa responsabilité engagée vis-à-vis du cédant si avant d'être payé par le cédant il a laissé disparaître les chances de recouvrement de la créance cédée en garantie. Cela a été affirmé par un arrêt, ch com, 8 janv 1991.

Avant la loi Dailly, une créance ne pouvait guère être utilisée comme support d'un crédit accordé à une banque au moyen de l'escompte d'un effet de commerce.

Ex : une entreprise a une créance sur un client et a accordé un délai de paiement. Cette entreprise a besoin de trésorerie donc en réalité elle a besoin d'être payée tout de suite. Cette entreprise va émettre une lettre de change qui matérialise la créance et on va la faire escompter par la banque (la banque va payer le prix de cette créance moins les intérêts qu'elle accorde ainsi cad moins les agios) ; cette lettre de change est le support du crédit accordé par la banque.

Ce mécanisme présente plusieurs inconvénients liés au fait qu'il faut toujours matérialiser la créance dans un titre cambiaire :

- La lourdeur du mécanisme : pour chaque créance il faudra une lettre de change. D'où un coût pour la banque pour stocker toutes ces lettres de change.
- La rigidité du mécanisme : le crédit qui va être accordé par la banque c'est forcément le montant de la créance moins les agios.
- Le domaine d'application limité du mécanisme : on ne peut mobiliser des créances par des lettres de change que dans le cas de créances à court terme.

Avec la loi de 1981, le législateur a voulu à la fois supprimer les inconvénients de la lettre de change mais trouver une technique qui procure une sécurité presque aussi grande. C'est exactement ce qui va être fait avec la cession Dailly : elle permet de céder à titre de garantie plusieurs créances à la fois avec un seul bordereau. Dans la pratique, on a des cas où on a un bordereau pour 1000 créances cédées. La cession Dailly peut être une cession à titre de garantie sans qu'il y ait achat au sens classique des créances cédées, elle ne se fait pas en contrepartie de la remise d'un prix avec pour conséquence que le crédit garanti n'est pas nécessairement égal au montant de la créance moins les agios, le mécanisme est moins rigide.

En général la banque accorde une ouverture de crédit en compte courant à l'entreprise cliente. En contrepartie, l'entreprise va céder un volume de créances, ils vont s'accorder sur un pourcentage. En général on convient que le client doit céder entre 110 et 120% du volume du crédit.

La cession Dailly peut garantir aussi bien un crédit actuel qu'un crédit futur ou la garantie d'un crédit passé cad déjà accordé par un établissement de crédit. De manière générale, les parties vont conclure un contrat cadre qui définit les modalités des cessions à titre de garantie qui vont par la suite intervenir.

La cession Dailly peut concerner n'importe quelle créance professionnelle pas nécessairement des créances à court terme.

## **I. Le domaine d'application**

### **A. Les conditions relatives aux personnes**

Art L 313- 23 CMF

#### **Le cédant et le débiteur cédé :**

Ils peuvent être soit une personne physique agissant dans le cadre de son activité professionnelle soit une personne morale. La qualité de professionnel n'est exigée que dans le cas de personne physique.

Par ex cela a pour conséquence qu'une entreprise ne peut pas céder par bordereaux Dailly des créances sur des consommateurs personnes physiques.

En outre, il existe une autre limitation : le cédant ne peut être que le bénéficiaire du crédit dont le remboursement est garanti. La cession Dailly présente une spécificité par rapport aux autres sûretés réelles, c'est la seule sûreté réelle conventionnelle qui ne puisse pas servir de support à un cautionnement réel puisque le cédant cela ne peut être que le bénéficiaire du crédit.

#### **Le cessionnaire :**

Cela ne peut être qu'un établissement de crédit ou une société de financement.

Là encore cela vient limiter de la domaine d'application, la cession Dailly ne peut pas garantir du crédit interentreprises.

## B. Les conditions relatives aux créances cédées

Les conditions posées par la loi de 1981 étaient déjà très souples à l'origine, elles le sont devenues encore plus depuis la loi bancaire du 20 janvier 1984.

- **S'agissant d'une créance cédée par une personne morale** : il n'y a pas de limite. Toutes les créances peuvent être cédées.
- **S'agissant d'une créance cédée par une personne physique** : la créance doit être professionnelle.

C'est là la seule limite, parce que sous cette réserve on peut tout céder : délictuelle, actuelle, future, acte unilatéral, légale...

Cette possibilité de céder toutes créances de manière générale a toutefois été un temps limitée en cas d'ouverture d'une PC à l'encontre du cédant.

Dans un arrêt, ch com, 26 avril 2000, la Cour de cass avait affirmé que « le jugement d'ouverture de la PC à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive (loyers en l'espèce) postérieurement à ce jugement d'ouverture ».

→ Cela supposait que la Cour de cass ait considéré que les créances de loyers naissent au fur et à mesure du contrat de bail et non toutes entières au moment de la conclusion du contrat, cela venait à confondre date de naissance et date d'exigibilité de la créance.

→ Cela impliquait que la Cour de cass considère que l'ouverture de la PC empêche le transfert de propriété des créances alors que pourtant la cession était antérieure à la PC. Or, aucun texte n'affirme cela dans le droit des PC, le législateur a d'ailleurs affirmé la validité des créances futures.

Par la suite, la JP a heureusement évolué et finalement cette solution a été abandonnée dans un arrêt, ch com, 22 nov 2005 l'ouverture d'une PC n'affecte pas l'efficacité d'une cession Dailly antérieure y compris dans le cas d'une créance naissant d'un contrat à exécution successive. Les loyers postérieurs au jugement d'ouverture iront donc à la banque, elle pourra s'en faire payer.

Une condition doit être néanmoins respectée : il faut que les créances cédées soient individualisées ou déterminées ou individualisables ou déterminables, cela doit se trouver indiqué dans le bordereau selon l'art L 313-23 CMF. Faute de désignation suffisante, la cession est nulle. Ce vice ne pourra pas être réparé par la suite, cela a été affirmé dans un arrêt, ch com, 9 avril 1992.

Cela veut dire qu'une entreprise ne peut donc pas céder à sa banque toutes ses créances de manière générale, il faut que ce soit suffisamment précisé dans le bordereau.

## II. Les conditions de forme

Le bordereau Dailly est un titre formaliste, il doit comporter plusieurs mentions obligatoires à peine de nullité et la JP est très stricte : ici toute erreur même vénielle est sanctionnée par la nullité.

Selon l'art L 313-23 CMF, il faut :

- **La dénomination « acte de cession de créance professionnelle ».**
- **Une mention qui indique que l'acte est soumis aux dispositions de la loi du 2 janv 1981 (art L 313-23 CMF à L 313-34 CMF).**

- Le nom de l'établissement de crédit cessionnaire.
- L'individualisation des créances cédées ou l'indication des éléments permettant cette individualisation.

Seulement 2 autres mentions obligatoires qui ne sont pas dans l'art L 313-23 CMF doivent apparaître :

- La signature du bordereau par le cédant (art L 313-25 CMF) : l'article ne dit pas que c'est sanctionnable par la nullité mais pour l'ensemble de la doctrine la sanction c'est la nullité.
- La date de la cession (art L 313-25 CMF) : c'est un élément essentiel donc c'est forcément une condition de nullité. selon l'art L 313-27 c'est à cette date que la cession devient opposable aux tiers mais aussi elle prend effet à cette date entre les parties. Cela a été consacré dans un arrêt, ch com, 14 juin 2000.

La mention de la date aurait une importance encore plus grande si on appliquait à la cession Dailly les nullités de la période suspecte. S'agissant des nullités obligatoires de la période suspecte, on a dans l'art L 632-1 Ccom une liste de cas qui génèrent la nullité et la Cour de cass nous dit que c'est une liste limitative devant faire l'objet d'une interprétation stricte. Or dans cette liste, s'agissant des sûretés on vise seulement gage, nantissement, hypothèque. La Cour de cass dans un arrêt, ch com, 28 mai 1996 a énoncé que la cession Dailly même effectuée en période suspecte ne tombe pas sous le coup des nullités obligatoires. Quant aux nullités facultatives de l'art L 632-2 Ccom éventuellement cela pourrait s'appliquer en cas de cession Dailly seulement dans un arrêt, ch com, 20 fév 1996 la Cour de cass affirme que la cession Dailly ne peut pas être annulée sur le terrain des nullités facultatives lorsqu'elle a eu lieu en exécution d'une convention cadre conclue avant la cessation des paiements. En pratique, ce sera toujours le cas.

### III. Les effets

#### A. Les effets de la cession entre les parties

Il faut noter 2 particularités importantes par rapport à une cession de créance de droit commun.

1<sup>ère</sup> particularité : le cédant garantit non seulement l'existence de la créance cédée au jour de la cession mais en plus son paiement par le débiteur cédé.

2<sup>ème</sup> particularité : le cédant conserve le pouvoir de se faire payer la créance cédée tant que le cessionnaire n'a pas notifié la cession au débiteur cédé.

Dans la pratique, la banque accorde une ouverture de crédit et en échange l'entreprise cède un volume de créances suffisant. Mais l'entreprise continue à gérer ses créances et à s'en faire éventuellement payer par ses clients. Dès qu'elle s'en fait payer, elle en cède de nouvelles de sorte que le volume reste constant. On explique cela par l'existence d'un mandat qui est donné par le cessionnaire au cédant pour se faire payer les créances (expresse si prévu dans la convention cadre mais très souvent tacite). Dès que l'entreprise va connaître des difficultés, la banque va notifier la cession au débiteur cédé ce qui a pour conséquence de révoquer le mandat et à partir de là le débiteur cédé ne pourra payer que le cessionnaire

#### B. L'opposabilité de la cession aux tiers.

La grande différence par rapport à la cession de créance de droit commun c'est que la cession Dailly n'a pas besoin d'être signifiée ou notifiée au débiteur cédé pour être opposable aux tiers, dès qu'elle existe elle est opposable à tous les tiers.

En conséquence, si on a un conflit entre deux cessionnaires successifs d'une même créance le premier cessionnaire l'emporte sur le second et cela même si le second cessionnaire avait par exemple notifié en premier l'existence de sa cession, ce qui compte c'est la date de la cession.

Ex : la même créance est cédée une 1<sup>ère</sup> fois à la banque X une 2<sup>ème</sup> fois à la banque Y. Y notifie sa cession de créance au débiteur cédé.

Le débiteur cédé va payer la banque Y vu qu'il ne connaît qu'elle, il fait un paiement de bonne foi et libératoire. La banque X va pouvoir agir contre la banque Y pour lui demander la restitution du paiement sur le terrain de l'enrichissement sans cause. Peu importe que Y n'ait pas eu connaissance de la 1<sup>ère</sup> cession, la bonne foi de l'enrichi n'est pas un obstacle à l'action de in rem verso.

La cession Dailly ne confère pas une sécurité totale au cessionnaire, son droit d'obtenir le paiement de la créance cédée peut être remis en cause dans certaines hypothèses notamment lorsque le débiteur cédé peut lui opposer des exceptions :

- C'est le cas lorsque les exceptions sont nées avant la notification de la cession : pour savoir si les exceptions sont opposables ou non la Cour de cass depuis un arrêt, ch com, 14 déc 1993 se réfère à la date de la notification et non pas à la date de la cession.
- C'est le cas pour des exceptions nées après la notification lorsqu'elles sont inhérentes à la dette cela a été affirmé dans un arrêt ch com, 9 fév 1993.
- C'est le cas de la compensation de dettes connexes cela a été affirmé dans un arrêt, ch com, 15 juin 1993. **Partiel : sujet théorique ou pratique.**