

**GROUPE DE TRAVAIL RELATIF A LA REFORME DU DROIT DES
SURETES**

**RAPPORT A MONSIEUR DOMINIQUE PERBEN,
GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE**

Ce rapport a pour objet de présenter à Monsieur Dominique Perben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, le texte d'un projet de réforme du droit des sûretés, que le Groupe de travail, constitué en juillet 2003, avait reçu pour mission de concevoir et de rédiger. Il vise à souligner les principaux axes de la réforme proposée.

PRÉSENTATION DU GROUPE DE TRAVAIL

Le groupe de travail est présidé par le Professeur Michel Grimaldi, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.

Il est composé de : Monsieur Laurent Aynès (professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I), Madame Annie Bac (Fédération Bancaire Française), Monsieur Pierre Crocq (professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II), Madame Dominique Dos-Reis (conseiller à la Cour d'appel de Paris), Madame Éliane Frémeaux (notaire à Paris), Monsieur Alain Gourio (BNP-Paribas), Monsieur Alain Provansal (avocat au Barreau de Marseille), Monsieur Philippe Simler (professeur à l'Université Robert Schuman de Strasbourg) et Monsieur Hervé Synvet (professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II).

Le secrétariat en est assuré par la Chancellerie et par Monsieur Philippe Dupichot (maître de Conférences à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, avocat au Barreau de Paris).

ORIENTATIONS GÉNÉRALES DE LA RÉFORME

Conformément aux recommandations de Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, la mission et la réflexion du groupe ont été guidées par les deux grandes orientations suivantes.

► En premier lieu, le Groupe s'est attaché à rendre au droit français des sûretés les qualités de lisibilité et d'accessibilité, et qui sont, pour les citoyens comme pour les agents économiques, les conditions de la sécurité juridique nécessaire au développement du crédit. Aujourd'hui, en effet, la conjonction de plusieurs facteurs à eu raison de la clarté et de la cohérence de notre droit : la dispersion des textes, l'accumulation de réformes ponctuelles accomplies sans vision

d'ensemble, l'intensité d'une activité jurisprudentielle parfois incertaine et fluctuante font que le droit français des sûretés ne réussit plus ni à rendre sûrs ceux qui dispensent le crédit, ni à protéger avec clarté ceux qui y recourent.

Dans cet esprit, l'idée a été retenue que le Code civil - dont il a été dit maintes fois, lors de la célébration de son bicentenaire, qu'il était la « constitution civile de la France » - devait redevenir le siège privilégié de la matière : le lieu où apparaisse clairement l'architecture du droit des sûretés et où soient annoncés les principes qui le gouvernent.

Aussi est-il proposé d'ajouter au Code civil un Livre quatrième intitulé "*Des sûretés*", lequel serait divisé en deux titres qui, conformément à la distinction qui a toujours ordonné la matière, seraient respectivement nommés "*Des sûretés personnelles*" (Titre 1) et "*Des sûretés réelles*" (Titre 2). De même, il est suggéré de « rapatrier » dans le Code civil le nantissement du compte d'instruments financiers, actuellement prévu et réglementé par le Code monétaire et financier, puisqu'il s'agit d'une sûreté que tout citoyen peut constituer et que l'on sait la part croissante qu'occupent les valeurs mobilières dans les patrimoines des français.

En outre, l'insertion dans le Code civil de *principes directeurs du droit des sûretés* se propose de limiter les inconvénients du morcellement de la matière : ces principes guideraient utilement l'interprétation des législations spéciales maintenues en dehors du Code civil ; ils en favoriseraient aussi l'harmonisation là où elle est souhaitable.

► En second lieu, et sur le fond, la réforme proposée poursuit plusieurs buts.

La modernisation et l'actualisation des textes désuets, pour certains contemporains de l'adoption du Code civil, ont de façon générale constitué une priorité.

Certaines solutions novatrices, récemment souhaitées par les Pouvoirs publics ou réclamées de longue date par les praticiens, ont été accueillies afin de concourir au développement du crédit et de sauvegarder la compétitivité juridique du marché français. A cet effet, le Groupe s'est attaché à proposer ou à formuler des solutions de nature à favoriser le crédit : le crédit immobilier ou à la consommation, par l'institution de l'hypothèque dite *rechargeable* et de l'hypothèque dite *inversée* (encore que cette dernière appelle de sérieuses réserves) ; les crédits commerciaux, par la consécration d'un gage sur *stocks*, même futurs, et par la reconnaissance de sûretés réelles garantissant des créances futures. Mais, là où il suggère des innovations, le groupe, soucieux des intérêts du débiteur, a veillé à proposer des solutions équilibrées, qui gardent le débiteur de sa propre faiblesse comme d'éventuels abus du créancier.

Le droit des sûretés, ainsi remis en ordre et rénové, retrouverait l'accessibilité qui constitue l'un des atouts des systèmes de droit écrit, et resterait fidèle à l'équilibre des intérêts qui constitue l'un des traits majeurs de la tradition juridique française. Il est permis d'espérer qu'il renforcerait ainsi l'attractivité du droit français.

BRÈVE DESCRIPTION DE LA RÉFORME

I. CRÉATION D'UN LIVRE QUATRIÈME DU CODE CIVIL CONSACRE AUX SÛRETÉS ET S'OUVRANT SUR DES PRINCIPES DIRECTEURS

Le Code civil en son état actuel prévoit et régleme les différentes sûretés dans des chapitres divers (articles 2011 et suivants, 2071 et suivants du Code civil notamment), et ce sans définitions ni plan d'ensemble : il entretient ainsi un éclatement de la matière, d'autant moins justifié que les contrats constitutifs de sûretés ne sont plus aujourd'hui des "petits contrats" mais des auxiliaires indispensables du crédit.

D'où la suggestion, déjà signalée, de dédier aux sûretés le Livre quatrième du Code civil, qui serait intitulé "*Des sûretés*" et dont la numérotation commencerait à l'article 2284 du Code civil.

Bâti autour de deux titres, le premier traitant "*Des sûretés personnelles*" et le second "*Des sûretés réelles*", son plan vise à rendre aussi claire que possible la présentation d'une matière réputée complexe.

Comme il a été dit, il s'ouvrirait sur quelques *principes directeurs du droit des sûretés*, parmi lesquels figurent l'affirmation que la sûreté garantit l'exécution d'une obligation, qu'elle ne saurait être une source d'enrichissement pour le créancier, et qu'elle constitue un accessoire de la créance (articles 2287 et suivants du projet).

Une *définition* des sûretés personnelle et réelle est également proposée : les premières consistent en *l'engagement* pris envers le créancier par un *tiers non tenu à la dette* ; les secondes résultent de *l'affectation* d'un bien *au paiement préférentiel* du créancier (article 2288).

Quant au droit de *rétenion* qui ne fait l'objet que de textes épars dans le Code civil, il serait consacré en tant que tel, avec cette précision qu'il s'éteint par le dessaisissement volontaire du rétenteur (article 2286).

Enfin, dans le double souci d'*articuler ses dispositions avec celles des lois sur les procédures d'insolvabilité* et de souligner que le *Code civil constitue le droit commun*, un article prévoit que le Livre consacré aux sûretés reste applicable en cas d'ouverture d'une telle procédure sauf dans la mesure où la loi organisant cette procédure y déroge expressément (article 2290).

II. DES SURETES PERSONNELLES (TITRE I)

S'agissant du premier titre, relatif aux sûretés personnelles, il serait divisé en trois chapitres. Pour l'essentiel, le Groupe de travail y défend les orientations suivantes :

- Une réforme du cautionnement (A) ;
- La réception de sûretés personnelles issues de la pratique (B).

A. Réforme du cautionnement

Alors que les textes qui le régissent sont longtemps restés inchangés, le cautionnement est depuis peu entré dans un cycle de réformes ponctuelles, mais dont la succession et l'ampleur rendent nécessaire une *mise à jour* de son régime. En outre, la sécurité et l'efficacité de cette sûreté sont régulièrement remises en cause par une jurisprudence fluctuante, inspirée, envers la caution, tantôt par un esprit de rigueur, tantôt par un souci de protection.

Aussi, le groupe préconise-t-il une vaste modernisation du Code civil (a) ainsi que l'instauration d'un équilibre entre la protection raisonnée de la caution (b) et une nécessaire restauration de l'efficacité de cette sûreté (c).

a. Modernisation du Code civil

Le souci de modernisation en profondeur des articles 2011 et suivants du Code civil a conduit à préciser de nombreux concepts et à clarifier la formulation de certaines règles, afin de rendre plus lisible le régime du cautionnement et de limiter ainsi la chicane.

Le Titre I "*Des sûretés personnelles*" s'ouvrirait ainsi sur un Chapitre I "*Du cautionnement*", totalement refondu.

La définition même du cautionnement *personnel* serait dorénavant celle d'un contrat par lequel une caution s'oblige à payer la dette d'un débiteur en cas de défaillance de celui-ci (article 2292).

Quant à celle du cautionnement *réel*, il est proposé de mettre un terme aux incertitudes jurisprudentielles et de restaurer la sécurité juridique en exprimant clairement sa nature de sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui, et en précisant même que, par suite, le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet (article 2295). Cette mise au net aurait une portée d'autant plus grande qu'il serait dorénavant prévu, dans une disposition commune à toutes les sûretés réelles conventionnelles, que celles-ci peuvent être consenties en garantie de la dette d'un tiers (article 2326).

Une typologie claire des différents cautionnements est désormais proposée, qui distingue suivant que le cautionnement est :

- de source conventionnelle, judiciaire, ou légale (article 2293);
- simple ou solidaire (article 2294) ;
- spécial ou général quant aux dettes garanties (article 2302).

Les notions de *certification* de caution et de *sous-cautionnement* sont également définies (articles 2296 et 2297).

Des dispositions désuètes traitant du cautionnement légal ont été supprimées.

Au contraire, les recours de la caution contre le débiteur principal et contre ses cofidélus ont été rendus plus intelligibles, et ce en rupture, parfois, avec certaines solutions prétorienne qui ont paru discutables (articles 2315 et suivants). Le régime de ses recours avant paiement a notamment été actualisé (article 2319).

b. Protection de la caution personne physique

Le Groupe a été sensible à la raison d'être des réformes du droit du cautionnement, réalisées notamment par les lois du 29 juillet 1998 et du 1^{er} août 2003, qui ne dispensent leur protection qu'aux seules cautions personnes physiques, à l'exclusion des cautions personnes morales.

Mais il a considéré comme souhaitable, d'une part, de restituer une certaine cohérence à un ensemble législatif dont l'éparpillement entre différents codes est regrettable, et, d'autre part, de limiter, dans certains cas, cette protection aux seules physiques n'intervenant pas à titre professionnel, en excluant les dirigeants ayant accordé un cautionnement dans l'exercice de leurs fonctions.

Ainsi, il propose que tout acte de cautionnement sous seing privé souscrit par une personne physique donne lieu à la rédaction d'un écrit revêtu par elle-même de la mention du montant en toutes lettres et en chiffres de son engagement en principal. Et le mandat sous seing privé de se porter caution serait soumis aux mêmes dispositions. Mais, en cas d'absence ou d'insuffisance de la mention requise, il resterait au créancier la possibilité d'établir par tous moyens que la caution avait conscience de la nature et de l'étendue de son engagement (article 2300).

Ensuite, il suggère qu'aux nombreuses obligations d'information qui se superposent aujourd'hui soit substituée une unique obligation de portée générale, par laquelle tout créancier serait tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus durant la période de silence fautif. Dans le cas où le cautionnement serait à durée indéterminée, le créancier professionnel serait, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation (article 2307).

En outre, il préconise la consécration législative de l'exigence de proportionnalité du cautionnement, mais dans le cas seulement où la caution est une

personne physique agissant à titre non professionnel : l'engagement serait alors réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent d'y faire face (article 2305).

Enfin, serait conservée la règle suivant laquelle l'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver une caution personne physique du minimum de ressources fixé au Code de la consommation (article 2314).

c. Restauration de l'efficacité du cautionnement

Contrebalançant cette protection raisonnée des cautions qui en sont le plus dignes, une restauration de l'efficacité du cautionnement s'impose : une fois la protection dispensée, la rigueur de l'exécution doit assurer la sécurité du crédit et prévenir d'éventuelles manœuvres dilatoires.

C'est pourquoi, tout en réaffirmant le principe du caractère *accessoire* du cautionnement (articles 2298, 2308 et 2321), le groupe suggère que la caution ne puisse se prévaloir ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure d'insolvabilité, sauf disposition contraire dans la loi organisant cette procédure (article 2308, alinéa 2). Il est en effet regrettable pour le crédit que l'efficacité de la sûreté soit menacée au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie.

Le même souci conduit le Groupe à proposer certaines modifications du droit des sociétés, qui visent à maintenir, sauf clause contraire, l'obligation de la caution pour les dettes nées postérieurement à certains événements (fusion ou scission) affectant la personnalité morale du créancier.

Enfin, certains membres du Groupe ont tenu à ce que soit proposée, sous la forme d'une variante, une disposition qui, renversant la jurisprudence actuelle, autoriserait la clause aux termes de laquelle les héritiers de la caution seraient tenus des dettes nées postérieurement au décès de leur auteur (article 2304).

*

B. Réception de certaines sûretés personnelles issues de la pratique

En marge du cautionnement et à la faveur du principe de liberté contractuelle de nouvelles sûretés personnelles sont apparues dans la pratique des affaires et s'y sont développées au point d'y devenir usuelles.

Considérant les difficultés de qualification auxquelles elles donnent parfois lieu en jurisprudence, et soucieux du rayonnement international du droit français, le Groupe a considéré que la garantie autonome (a) et la lettre d'intention (b) devaient être consacrées par le Code civil.

a. Garantie autonome

La réception par le droit français de la garantie autonome apparaîtrait dans un Chapitre II intitulé "*De la garantie autonome*".

Celle-ci s'y trouverait définie de façon assez innovante comme l'engagement par lequel un tiers s'oblige, en contemplation d'une obligation, à verser une certaine somme, soit à première demande, soit suivant des modalités convenues (article 2323, alinéa 1). Puis se trouverait aussitôt énoncé le trait qui la caractérise : le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie (article 2323, alinéa 2). Par là-même, serait marquée son originalité par rapport au cautionnement, qui tient à l'objet de l'obligation du garant, tenu de verser une certaine somme et non de payer la dette du débiteur,

En outre, afin tout à la fois de confirmer son originalité et de tenir certaines personnes à l'abri de sa rigueur, il serait précisé :

- dans le Code de la consommation, qu'elle ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier ;

- à l'article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, qui régit les baux d'habitation, qu'elle ne peut être souscrite qu'aux lieu et place du dépôt de garantie visé à l'article 22 et dans la limite du montant visé par cet article.

b. Lettre d'intention

Sur l'opportunité d'introduire au Code civil la lettre d'intention, le Groupe a balancé. Mais, finalement, la majorité de ses membres a jugé cette introduction opportune, toujours dans le souci de doter la France d'un Code civil qui, par sa modernité, pût favoriser la circulation du droit français.

De cette garantie, qui ferait l'objet d'un Chapitre III intitulé "*De la lettre d'intention*", une définition originale est proposée, aux termes de laquelle la lettre d'intention, parfois appelée lettre de confort, est un engagement de faire ou de ne pas faire, souscrit par un tiers, en des termes variables, et ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers un créancier (article 2324).

Là encore, l'impératif de sécurité juridique a conduit le Groupe à faire apparaître l'irréductibilité de cette garantie à un cautionnement, l'émetteur de la lettre s'engageant à apporter, par son action ou son abstention, un soutien au débiteur, et renforçant ainsi, mais indirectement, la situation du créancier.

II. DES SURETES RÉELLES (TITRE II)

Le titre second intitulé "*Des sûretés réelles*" s'ouvrirait sur une typologie des sûretés réelles (article 2325), qui distinguerait suivant :

- leur source légale, judiciaire ou conventionnelle ;
- leur nature, mobilière ou immobilière ;
- leur assiette, générale ou spéciale.

Il y serait également énoncé, en exergue, que les sûretés réelles conventionnelles peuvent être consenties par le débiteur ou par un tiers : seraient ainsi confirmées la vocation générale du cautionnement réel, et aussi sa nature de sûreté réelle (article 2326).

*

A. DES SURETES SUR LES MEUBLES (SOUS-TITRE I)

S'agissant en premier lieu des sûretés réelles mobilières, le projet propose :

- l'édiction de règles de classement des privilèges mobiliers (1);
- la refonte du gage de meubles corporels (2);
- l'actualisation du nantissement de meubles incorporels (3);
- la reconnaissance de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie (4).

Ces propositions concernent ainsi les quatre figures majeures de sûretés mobilières. Etant ici observé, que par souci de clarté terminologique, il a paru judicieux de distinguer dorénavant les vocables de *gage* et de *nantissement*, qui seraient réservés, le premier aux meubles *corporels*, le second aux meubles *incorporels*.

1. Édiction de règles de classement des privilèges mobiliers

Outre une énumération plus lisible des différents privilèges mobiliers, le Groupe suggère de consacrer la règle suivant laquelle ils sont d'interprétation stricte (article 2328), et surtout d'énoncer les principes essentiels de leur classement, afin que les solutions des conflits qui peuvent les opposer soient plus sûres (articles 2331 et suivants).

Ainsi, par exemple : les privilèges spéciaux priment, sauf disposition contraire, les privilèges généraux ; les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble s'exercent selon un ordre préétabli ; s'agissant des conflits entre privilèges de nature similaire, il est dit qu'entre les conservateurs du même

meuble, la préférence est donnée au plus récent et qu'entre les vendeurs du même meuble, elle est donnée au plus ancien ; quant au droit de préférence conféré par le gage ou le nantissement, il s'exercera sauf disposition contraire au rang du privilège du vendeur de meuble.

2. Refonte du gage de meubles corporels

Plus ambitieuse encore serait la réforme du gage : sûreté dont la complète refonte s'impose, notamment si l'on souhaite renforcer l'attractivité du droit français.

Notre droit, en effet, souffre du principe traditionnel suivant lequel, en l'absence d'un texte spécial, une sûreté mobilière implique la dépossession de celui qui la constitue. Certes, les textes spéciaux instituant une sûreté mobilière sans dépossession sur tel ou tel bien se sont multipliés au fil des années. Mais, d'une part, leur foisonnement entache d'une extrême complexité le droit français des sûretés mobilières ; d'autre part, il reste le cas des autres biens, pour lesquels demeure insatisfait le besoin d'une sûreté réelle qui conserve au constituant, qui est le plus souvent le débiteur, la détention de son bien.

La création, dans un chapitre II intitulé "*Du gage*", d'une sûreté réelle mobilière conventionnelle sans dépossession, qui serait polyvalente, a donc semblé opportune (a). Deux autres propositions attendues par la pratique prolongent cette innovation majeure : l'extension de l'assiette du nantissement (b) et l'assouplissement de ses modes de réalisation (c).

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

Inspiré du *security interest* institué par l'article 9 du Code de commerce Uniforme des États-Unis d'Amérique, mais sans en être une simple copie, le gage sans dépossession dont le Groupe souhaite la consécration, non seulement renforcerait l'attractivité du droit français, mais faciliterait aussi la reconnaissance en France de certaines sûretés constituées sous l'empire de lois étrangères.

Cependant, le Groupe a considéré qu'il convenait de conserver, à côté d'un gage *sans* dépossession, un gage *avec* dépossession. Car, pour des raisons tenant à la sécurité des tiers, un gage sans dépossession doit être publié, sur un registre tenu à cet effet, et certains emprunteurs peuvent ne pas souhaiter pareille publicité de leur endettement. Une alternative serait donc ouverte entre un gage avec dépossession et un gage soumis à publicité.

Ainsi, le gage, dont la formation n'exigerait plus la remise de la chose, et qui n'aurait donc plus la nature d'un contrat *réel*, serait :

- formé, parfait par l'établissement d'un *écrit* contenant la désignation de la ou des dettes garanties, ainsi que de l'espèce, de la nature et de la quantité des biens donnés en gage (article 2336, alinéa 1) ;
- opposable aux tiers par la publicité qui en serait faite ou par la *dépossession* du constituant qui remettrait, au créancier ou à un tiers convenu, le bien gagé (article 2336, alinéas 2 et 3).

Il va de soi qu'une telle réforme supposerait que fût effectivement institué et organisé un système de publicité personnelle. Cela a été fait récemment, et avec succès, dans certains pays, tel le Québec. Le texte proposé ne pouvait, sur ce point, que renvoyer à un décret (article 2337).

Mais à cette condition, la réforme envisagée permettrait de fixer clairement le rang des créanciers, suivant l'ordre de leur inscription.

Enfin, suivant que le gage aurait été constitué avec ou sans dépossession, le créancier disposerait ou non d'un droit de rétention.

b. Extension de l'assiette du gage

Le principe de la spécialité du gage quant aux créances garanties et aux biens grevés a été conservé.

Toutefois, s'agissant des biens grevés, le groupe propose des règles de nature à permettre ou à consolider le gage portant sur des choses futures ou sur un ensemble de biens.

Cette innovation figurerait dans la définition même du gage : convention par laquelle un créancier se fait consentir le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers du constituant sur un bien mobilier ou sur un *ensemble* de biens mobiliers corporels, actuels ou *futurs* (article 2335) .

En outre, lorsque le bien nanti est fongible ou constitue l'élément d'un ensemble, le détenteur pourrait l'aliéner si la convention l'y autorise, et les droits du créancier gagiste s'exerceraient alors sur le bien qui en serait la représentation (article 2339). Serait ainsi grandement facilitée la constitution du gage sur stocks, qui est aujourd'hui nécessaire au développement du crédit commercial.

Enfin, dans le cas où le gage est avec dépossession et porte sur des choses fongibles, le créancier devrait les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent, afin de conserver à la sûreté une assiette individualisée ; et, si la convention le dispensait de cette obligation, il acquerrait la propriété des choses gagées, à charge d'en restituer de même quantité et qualité (article 2338). Ce dispositif clarifierait heureusement le régime du gage-espèces.

c. Assouplissement des modes de réalisation

Parce que l'efficacité d'une sûreté implique la simplicité et la rapidité de ses modes de réalisation, et que tel est bien le sens de l'évolution actuelle du droit positif, mais qu'il convient de protéger le débiteur et les autres créanciers d'une procédure sommaire qui serait de nature à les spolier, il est proposé :

- de maintenir la prohibition de la clause de voie parée (article 2341);
- de reconduire la faculté d'attribution judiciaire du bien gagé, mais après une expertise, d'ordre public, destinée à en déterminer la valeur, sauf si le bien fait l'objet d'une cotation sur un marché (article 2342) ;
- de lever l'interdiction du pacte comissoire, mais sous la même condition d'expertise (article 2343).

Sur cette dernière mesure, une opinion dissidente, favorable au maintien de la prohibition du pacte comissoire, a été émise par le représentant des avocats, qui a fait valoir la protection due au débiteur.

*

3. Actualisation du nantissement de meubles incorporels

En tête d'un Chapitre III intitulé « *Du nantissement* », le nantissement serait défini, par analogie avec le gage, comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers incorporels, actuels ou futurs (article 2345).

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

a. Refonte du nantissement de créances

Le nouveau régime aurait vocation à s'appliquer au nantissement de *toute* créance, notamment à celui d'une police d'assurance-vie, sans préjudice toutefois des législations spéciales, telle celle relative au nantissement du droit d'exploitation du logiciel, actuellement codifiée à l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle (article 2346).

Le nantissement de créances souffre actuellement, d'une part, d'un formalisme trop lourd, calqué sur celui de la cession des créances civiles, et, d'autre part, de modes de réalisation inadaptés à des meubles incorporels.

L'actualisation qui en est proposée vise à concilier les impératifs de sécurité et d'efficacité. Elle s'inspire notamment de certains atouts de la cession de créances professionnelles, dont le succès est avéré.

La sécurité exige que le nantissement de créance soit constaté par écrit à peine de nullité, qu'il permette, le cas échéant, l'individualisation des créances futures, et qu'il ne soit opposable au débiteur de la créance nantie que par une notification écrite qui en est faite à celui-ci (articles 2349 et 2353).

L'efficacité implique qu'il prenne effet entre les parties et devienne opposable aux tiers dès la date de l'acte, avec cette conséquence que, s'il porte sur une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur celle-ci dès sa naissance (articles 2350 et 2351). Elle suppose aussi que le créancier puisse se faire payer directement par le débiteur de la créance nantie (article 2354).

b. Réception des nantissements de monnaie scripturale et d'instruments financiers

Ce serait une innovation fort importante que d'introduire dans le Code civil ces deux nantissements : l'un totalement nouveau, le nantissement de monnaie scripturale ; l'autre "rapatrié" depuis le Code monétaire et financier, le nantissement d'instruments financiers.

Le *nantissement de monnaie scripturale* serait défini comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom auprès d'un établissement habilité à les recevoir (article 2357).

Son efficacité serait très grande puisqu'il est proposé, d'une part, que nul ne puisse retirer les fonds nantis aussi longtemps qu'une créance garantie subsiste, et, d'autre part, que le créancier puisse se les faire remettre en paiement dans la limite du montant des créances impayées (articles 2362 et 2363). L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité serait ici sans incidence (article 2364).

Quant au *nantissement d'instruments financiers*, certains points de son régime seraient précisés. On mentionnera : la date d'opposabilité du nantissement, qui serait celle de la réception par le teneur du compte de la déclaration du constituant (article 2367, alinéa 3) ; la possibilité reconnue au constituant de constituer plusieurs nantissements successifs sur les mêmes instruments financiers, à condition toutefois d'avoir obtenu l'accord du créancier antérieurement nanti (article 2371) ; enfin, la confirmation que les instruments financiers supplémentaires, inscrits au crédit du compte en exécution d'une clause d'ajustement de la garantie en fonction de l'évolution de la valeur des instruments nantis, sont réputés nantis à la date de la déclaration de nantissement (article 2374).

Sur ce nantissement, les représentants des banques ont souhaité que soit proposée à la Chancellerie un texte alternatif. Ils estiment, en effet, que la sûreté doit rester définie comme celle qui porte sur un *compte* d'instruments financiers, et non sur ces instruments directement : d'où les nombreuses différences de rédaction entre les deux textes soumis à la Chancellerie, mais qui ne touchent pas au fond des

choses. Ils considèrent également la *date d'opposabilité du nantissement* devrait être celle de la déclaration du constituant, et non celle, évidemment plus tardive, de la réception de cette déclaration par le teneur du compte.

*

4. Reconnaissance de la propriété cédée ou retenue à titre de garantie

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

Le Groupe a considéré que l'importance économique de la propriété-garantie justifiait que le Code civil en traitât dans un Livre dédié aux sûretés, et qu'il affirmât la liberté des parties de choisir, le cas échéant, entre la constitution d'une sûreté réelle traditionnelle, gage ou nantissement, et celle d'une propriété cédée ou retenue à titre de garantie.

Aussi, propose-t-il que soient reconnues, mais d'une manière sensiblement différente, les deux formes de propriété-garantie : alors que la propriété cédée à titre de garantie ferait l'objet d'une simple consécration (a), la propriété retenue à titre de garantie serait dotée d'une réglementation d'ensemble (b).

a. Simple consécration de la propriété cédée à titre de garantie

S'agissant de la propriété cédée à titre de garantie, le Groupe avait, au terme d'une réflexion approfondie, abouti à la rédaction d'un texte de huit articles, lorsque la Chancellerie constitua une commission ayant pour mission de faire des propositions sur l'introduction de la fiducie en droit français.

Or, s'il n'est pas certain que toute cession de propriété à titre de garantie relève la technique fiduciaire, l'inverse ne fait aucun doute : la fiducie-sûreté se définit comme un transfert de propriété à titre de garantie. Aussi, dans l'attente des conclusions de la commission récemment constituée par la Chancellerie, le Groupe a-t-il estimé plus sage de se borner à proposer un texte qui, entérinant l'existence de cette forme de propriété-garantie, disposerait simplement que *la propriété d'un bien mobilier peut être cédée en garantie d'une obligation aux conditions prévues par la loi* (article 2379).

Naturellement, le Groupe serait heureux que le texte qu'il a élaboré fût communiqué à la commission en charge de la réflexion sur la fiducie.

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

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

S'agissant de ses conditions de validité, elle devrait être convenue par écrit, lequel pourrait régir un ensemble d'opérations à venir (article 2381).

S'agissant de ses effets, il serait confirmé qu'elle est l'accessoire de la créance garantie (article 2380, alinéa 2). En outre, des dispositions novatrices préciseraient les conditions auxquelles elle s'étend à tout ce que le bien produit et à tout ce qui s'y unit (articles 2383 et suivants). Enfin, parce que le choix de la propriété-garantie ne saurait permettre aux contractants d'éviter certaines règles de publicité et de compromettre ainsi la sécurité juridique, et aussi par souci de transparence et de cohérence de la réforme, il serait prévu que la réserve de la propriété d'un meuble corporel d'une valeur excédant une somme fixée par décret ne produira effet à l'égard des ayants cause à titre particulier du débiteur qu'autant qu'elle aura été publiée selon les modalités prévues pour le gage de meubles corporels (article 2382).

*

C. DES SURETES SUR LES IMMEUBLES (SOUS-TITRE II)

S'agissant des sûretés réelles immobilières, le projet suggère pour l'essentiel les orientations suivantes :

- la consécration de l'antichrèse-bail (1);
- et, surtout, la modernisation de l'hypothèque (2).

Quant à la propriété-garantie, à laquelle la pratique ne semble pas aujourd'hui recourir en matière immobilière, le Groupe a estimé devoir proposer un texte qui, d'une part, en consacre la validité de principe, et qui, d'autre part, réserve les conclusions de la commission constituée sur la fiducie : « *La propriété de l'immeuble peut également être affectée en garantie.* » (article 2388).

1. Consécration de l'antichrèse-bail

Prévue dans un Chapitre 2 intitulé « *De l'antichrèse* », où elle serait désormais définie comme l'affectation d'un immeuble à la garantie d'une obligation avec dépossession du constituant, l'antichrèse continuerait de présenter pour le créancier le double avantage de lui permettre d'appréhender les fruits de l'immeuble,

spécialement le flux de ses loyers, et de lui conférer un droit de rétention (articles 2394 et 2396).

L'innovation principale résiderait dans la consécration de la jurisprudence qui, ayant eu à connaître du mécanisme de l'antichrèse-bail, inventé par la pratique afin de permettre au constituant de conserver la détention de l'immeuble, en a admis l'efficacité. Consacrant la notion de dépossession juridique, en la personne du constituant, la règle nouvelle disposerait que le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même (article 2395).

Pour le reste, le régime de l'antichrèse resterait emprunté à celui de l'hypothèque sur des points essentiels (article 2393), afin d'assurer la cohérence de l'ensemble : ainsi, pour l'opposabilité aux tiers, pour la détermination des droits susceptibles de faire l'objet de la garantie, pour l'exigence d'une forme notariée, ou encore pour les modes de réalisation de la sûreté.

*

2. Modernisation de l'hypothèque

Tout comme la refonte du gage, la modernisation de l'hypothèque serait un apport essentiel de la réforme.

Elle implique quelques modifications ponctuelles comme la simplification de la mainlevée, qui serait désormais requise par le dépôt au bureau du conservateur d'une simple attestation notariée mentionnant le consentement des parties intéressées (article 2448). Cet assouplissement de la mainlevée serait utilement accompagné de mesures qui en allègeraient le coût.

Mais la modernisation de l'hypothèque porterait surtout sur cinq points majeurs :

- le remplacement des privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques légales spéciales (a) ;
- l'actualisation du régime de l'hypothèque conventionnelle (b) ;
- l'institution d'une hypothèque rechargeable et d'une hypothèque inversée (c) ;
- la simplification des modes de réalisation de l'hypothèque (d) ;
- la consécration des modes de transmission à titre principal de l'hypothèque (e).

a. Remplacement des privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques légales spéciales

Le groupe suggère que les actuels privilèges spéciaux immobiliers, dont les plus notables sont le privilège du vendeur d'immeuble et le privilège du prêteur de deniers, soient requalifiés en hypothèques légales spéciales (article 2418), sans que pour autant leur efficacité, qui doit être conservée, s'en trouve diminuée.

Aujourd'hui, en effet, la qualification de ces sûretés légales se justifie par une rétroactivité des effets de leur inscription, qui leur permet, à certaines conditions, de primer telle ou telle sûreté antérieurement inscrite : le privilège du vendeur, s'il est inscrit dans les deux mois de la vente, prend rang à la date de celle-ci, et prime ainsi l'hypothèque qui aurait été inscrite dans l'intervalle du chef de l'acquéreur. Or, cette rétroactivité est inutile pour autant que l'on conserve, comme il se doit, deux règles essentielles et que l'on en précise une troisième :

- la première règle, à conserver, est celle de l'effet relatif de la publicité foncière, suivant laquelle un créancier hypothécaire ne peut prendre inscription si le constituant n'a point publié son droit (d'où il suit que le créancier hypothécaire de l'acheteur ne peut inscrire son hypothèque tant que la vente n'a pas été publiée) ;
- la seconde règle, à conserver, est que, lorsque plusieurs hypothèques sont inscrites le même jour relativement au même immeuble, une hypothèque légale est réputée d'un rang antérieur à celui d'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle (article 2430), (d'où il suit que, dans le cas où le vendeur et le créancier hypothécaire de l'acheteur accompliraient le même jour les formalités de publicité, le premier, parce que titulaire d'une hypothèque légale, l'emporterait) ;
- la troisième règle, qui régit le refus de dépôt du bordereau et le rejet de la formalité, serait précisée, de telle sorte que, désormais, la rétroactivité, à la date du dépôt, de la régularisation du bordereau ne pourrait jamais attribuer rang à une date antérieure à celle de la publication du titre de propriété du débiteur (article 2434), (d'où il suit que le créancier hypothécaire de l'acheteur qui aurait déposé le bordereau avant la publication de la vente ne pourrait, par une régularisation rétroactive, bénéficier d'un rang préférable à celui de l'hypothèque légale du vendeur).

La réforme proposée, dont il vient d'être dit qu'elle n'affecterait pas la sécurité du crédit immobilier, présenterait l'avantage majeur de simplifier et d'unifier le droit hypothécaire, du double point de vue de la terminologie et du fond. Désormais, en matière immobilière, l'hypothèque serait la seule sûreté spéciale, et toute hypothèque (légale, judiciaire ou conventionnelle) n'aurait rang que du jour de son inscription.

Naturellement, il conviendrait que la réforme fût d'une neutralité fiscale absolue.

b. Actualisation du régime de l'hypothèque conventionnelle

Il a paru au Groupe que, si les règles de constitution de l'hypothèque conventionnelle, notamment l'exigence d'un acte notarié, devaient être conservées (articles 2421 et suivants), le régime de la sûreté gagnerait sur d'autres points à être actualisé.

Certaines des réformes proposées participent du double souci, d'une part, de faire de l'hypothèque une garantie plus souple, capable de garantir des relations suivies de crédit et d'offrir une réelle alternative au cautionnement, et, d'autre part, de ne point sacrifier la protection du constituant contre un engagement irréfléchi ou indéfini. C'est dans cet esprit que sont suggérés plusieurs aménagements du principe de spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie. Ainsi, il serait expressément précisé que l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures. Mais il faudrait que celles-ci fussent déterminables (article 2427) ; et si l'hypothèque était consentie pour une durée indéterminée, elle pourrait être résiliée à tout moment par le constituant, sauf à respecter un préavis de trois mois, et, une fois résiliée, elle ne demeurerait que pour la garantie des créances nées antérieurement (article 2429, alinéa 3). Enfin, l'hypothèque (même consentie en garantie de créances présentes) serait toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée, que l'acte notarié devrait mentionner à peine de nullité (article 2429, alinéa 1) : il a semblé que la sécurité du crédit commandait qu'une telle détermination fût effectuée dans l'acte constitutif lui-même, et pas seulement au stade, inchangé, de l'inscription.

Autres propositions notables : la clarification du régime complexe de l'hypothèque de droits ou de biens indivis (article 2425) ; la faculté nouvelle offerte au bénéficiaire d'une promesse de vente, notamment au crédit-preneur, d'hypothéquer le bien qui en forme l'objet, et d'obtenir ainsi le crédit nécessaire à l'acquisition (article 2426, alinéa 2, 4°).

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

A la demande des Pouvoirs publics, le Groupe propose deux textes qui prévoient deux nouvelles variétés d'hypothèques conventionnelles : l'hypothèque rechargeable (article 2428) et l'hypothèque inversée (article 2439).

L'*hypothèque rechargeable* est celle qui peut être réutilisée par le constituant en garantie de nouveaux emprunts : celle qui, consentie pour garantir l'emprunt ayant permis l'acquisition de l'immeuble, peut être ensuite affectée à la garantie d'un emprunt à la consommation. Elle évite ainsi le coût de la constitution d'une nouvelle hypothèque ; et, de ce fait, elle permet à l'hypothèque de concurrencer le système de cautionnement des crédits immobiliers. Le texte proposé par le Groupe la prévoit en ces termes : « *L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles visées par l'acte constitutif, pourvu que celui-ci le prévoie expressément* » (article 2428).

Afin d'éviter que l'emprunteur ne fût « prisonnier » de son banquier et de ne pas entraver le jeu de la libre concurrence entre les banques, cette hypothèque pourrait être « rechargée » au bénéfice d'un nouveau créancier (article 2428, alinéa 2). En outre, pour des raisons tenant à la sécurité du crédit hypothécaire, la convention de rechargement, passée avec le créancier originaire ou avec le nouveau créancier, serait notariée ; et elle devrait être publiée sous la forme d'une mention en marge, à défaut de laquelle la mainlevée serait, le cas échéant, opposable au nouveau créancier (articles 2428, alinéa 3, et 2447, alinéa 2).

L'*hypothèque inversée*, copiée sur le *reverse mortgage* qui a cours aux Etats-Unis d'Amérique, est, schématiquement, celle qui garantit un prêt dont le principal et les intérêts sont pour le tout remboursables *in fine*, en une seule fois, soit au décès de l'emprunteur, soit lors de la vente de l'immeuble hypothéqué. Elle est conçue comme un moyen de garantir, et donc d'obtenir, un crédit remboursable à sa mort, par ses héritiers. Ce qui explique que l'opération soit parfois qualifiée, plus heureusement, de crédit viager hypothécaire.

Le Groupe a émis des doutes sérieux sur l'opportunité de transposer en France un système qui, d'une part, risque d'inciter une personne âgée à un endettement indolore, et donc irréfléchi, puisque la charge du remboursement ne pèsera que sur sa succession, et qui, d'autre part, semble ne connaître qu'un succès très relatif aux Etats-Unis, où pourtant il bénéficierait de la garantie de l'État fédéral (contre le risque d'une longévité exceptionnelle du créancier...).

Néanmoins, conformément à la mission qui lui a été confiée, le Groupe propose, pour le cas où cette transposition serait décidée :

- de porter à 50 ans la durée maximum de conservation de l'inscription (article 2441);
- et, surtout, d'accorder au créancier le droit d'être colloqué pour la totalité des intérêts, au même rang que le principal, lorsque l'hypothèque a été consentie par une personne physique sur l'immeuble qui constitue son logement principal, en garantie d'une dette payable, capital et intérêts, en une seule fois, soit à son décès, soit lors de l'aliénation de l'immeuble (article 2439).

L'hypothèque inversée serait ainsi introduite dans le droit français, mais avec la prudence qui s'impose, et donc pour le seul cas que ses promoteurs ont en vue.

d. Consécration des modes de transmission à titre principal des hypothèques

Le Groupe propose que soient consacrés certains modes de transmission de l'hypothèque dont la validité n'est pas douteuse mais que le Code civil ne mentionne pas : la subrogation à l'hypothèque, par laquelle le créancier cède la sûreté mais conserve sa créance ; la cession d'antériorité, par laquelle il cède son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur, dont il prend la place (article 2487).

e. Simplification des modes de réalisation des hypothèques

Des simplifications considérables seraient apportées aux règles de réalisation et de purge des hypothèques.

S'agissant de la réalisation de la sûreté, il est suggéré que le créancier hypothécaire puisse demander en justice l'attribution judiciaire de l'immeuble et que soit admise la validité du pacte comissoire (articles 2465 et 2466). L'hypothèque se rapprocherait ainsi du gage quant à ses modes de réalisation, ce que justifierait le souci d'efficacité de la sûreté. Mais le constituant et les autres créanciers bénéficieraient, comme au cas de gage, de la protection tenant à une nécessaire estimation par expert de la valeur du bien. S'y ajouterait ici que ces modes simplifiés de réalisation seraient exclus en présence d'un immeuble constituant la résidence principale du débiteur (articles 2465 et 2466).

Ces précautions ont paru insuffisantes au représentant des avocats, qui, au nom de la protection due au débiteur, a maintenu une opposition résolue à ces innovations.

S'agissant de la purge, le projet consacre et consolide la technique de la purge amiable, quotidiennement utilisée dans la pratique notariale (article 2478).

Paris, le 28 mars 2005