



VERS UNE RÉFORME DES SÛRETÉS

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 10 OCTOBRE 2005

PAR MICHEL GRIMALDI*

Laissez-moi d'abord vous dire tous mes remerciements pour la proposition que vous m'avez faites d'exposer, devant votre assemblée, ce que pourrait être le droit des sûretés de demain.

Il m'a été donné le "privilege" de présider un Groupe de travail, une commission ayant reçu mission de réfléchir à une réforme globale du droit des sûretés, et, aussi et surtout, d'en proposer une. Les travaux de cette commission ont abouti à la rédaction de deux textes : l'un prend la forme d'un avant-projet de loi, qui compte près de deux cents articles ; l'autre a le tour d'un exposé des motifs, qui décrit les orientations générales de la réforme suggérée.

Ce sont ces orientations générales que je voudrais présenter ce soir. Mais, au préalable, je ne crois pas inutile de vous dire quelques mots des causes de la réforme en cours, de la méthode suivie pour l'entreprendre et de la technique législative que la commission a mise en œuvre.

- Parmi les causes de la réforme, certaines sont structurelles, d'autres conjoncturelles.

Les causes structurelles tiennent à la nécessité de rendre au droit français des sûretés les qualités de lisibilité et d'accessibilité qui sont nécessaires à la sécurité juridique des citoyens et des agents économiques. En effet, depuis les années 1920-30, plusieurs facteurs se sont conjugués pour ôter au droit français des sûretés une bonne part de la clarté et de la cohérence qu'il avait dans le Code napoléon de 1804.

C'est d'abord, la dispersion des textes hors le Code civil : voyez le droit du cautionnement que l'on trouve désormais tout à la fois dans le Code de consommation, le Code monétaire et financier et des lois non codifiées ; ou encore, les sûretés sur meubles corporels, qui font l'objet d'une multitude de lois spéciales (nantissement du fonds de commerce, du matériel et de l'outillage, des films, des

* Agrégé des facultés de droit, Michel Grimaldi est professeur à l'Université Panthéon - Assas (Paris II). Ce texte est celui de la conférence donnée à l'Association Droit et Commerce le 10 octobre 2005.

logiciels, etc). C'est aussi l'accumulation de réformes ponctuelles réalisées sans vision d'ensemble : voyez, en matière de cautionnement, l'affirmation plus ou moins adroitement réitérée du principe de proportionnalité, et la multiplicité des obligations d'informer où se perdent le créancier, qui doit l'information, et la caution, qui la reçoit. C'est enfin l'intensité d'une activité jurisprudentielle parfois incertaine et fluctuante, où le justiciable, créancier ou débiteur, ne se retrouve plus : voyez, au point de rencontre des sûretés personnelles et des sûretés réelles, l'étendue de l'engagement de la caution réelle. Or, cette situation est d'autant plus fâcheuse que les sûretés sont essentielles au développement du crédit, tant aux particuliers qu'aux entreprises. Si, donc, faute d'être lisible et accessible, leur régime ne parvient ni à rendre sûrs ceux qui dispensent le crédit ni à protéger clairement ceux qui y recourent, l'économie est en panne.

Les causes conjoncturelles se trouvent dans les nombreuses manifestations, colloques et publications, qui célébrèrent, en 2004, le bicentenaire du Code civil français. On souligna alors les vertus de la codification : dans l'ordre interne, elle clarifie et ordonne ; dans l'ordre international, elle facilite le rayonnement du droit qu'elle porte, un droit codifié fournissant un modèle bien plus sûr qu'un droit, si riche soit-il, formé de lois éparses, de strates jurisprudentielles et de théories doctrinales. Et, au fil de cet éloge de la codification, on ne put que constater que, si le Code civil français avait bien été refondu en droit des personnes et de la famille, il ne l'avait pas été en droit civil économique. En particulier, le droit français des sûretés a certes évolué, mais sa modernisation s'est faite hors le Code civil, par des lois particulières et des jurisprudences prétorienne : de ce droit, le Code civil ne donne plus une image fidèle. Qu'il fallût remédier à cet état de choses, c'est le sentiment qu'exprimèrent, cette année-là, le Président de la République, en Sorbonne, le 11 mars, et le garde des Sceaux, à plusieurs reprises.

- *S'agissant de la méthode*, c'est à l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, association créée il y a soixante-dix ans par Henri Capitant, que revient l'initiative de la réforme. C'est elle qui, dès le printemps 2003, attira l'attention du ministre de la Justice sur l'urgence de celle-ci. Et le ministre, accueillant cette suggestion, installa en juillet 2003 une commission restreinte, composée de six universitaires, deux banquiers, un magistrat, un notaire et un avocat.

Cette commission tint, sur 18 mois, des séances qui représentent ensemble plus d'une centaine d'heures de travail et où jamais ne souffla un esprit partisan ou corporatiste. Pour que ses réunions fussent utiles, pour qu'elles ne s'enlisent pas dans des discussions trop théoriques, on procéda à une division du travail en six thèmes ou rubriques : 1. Sûretés personnelles ; 2. Sûretés mobilières corporelles ; 3. Sûretés mobilières incorporelles ; 4. Sûretés immobilières ; 5. Sûretés propriétés ; 6. Privilèges. Sur chacune de ces rubriques, un universitaire et un ou plusieurs praticiens préparaient, non point un rapport, mais un texte de loi qui était ensuite soumis à une discussion générale, article par article. De ce pas, la commission put remettre au garde des Sceaux, le 31 mars 2005, le fruit de ses travaux : un avant-projet de loi avec un exposé des motifs.

Le Gouvernement a souhaité procéder par voie d'ordonnances. Sans doute, par souci de rapidité et d'efficacité. Certains dénonceront la manière, peu démocratique. D'autres répliqueront que le codificateur fait souvent œuvre d'autorité : l'adoption du Code civil passa par l'épuration du Tribunal... Toujours est-il qu'une loi, promulguée le 26 juillet 2005, a habilité le Gouvernement à réformer le droit des sûretés dans un délai de neuf mois. Il est vrai que le Parlement a quelque peu résisté et que l'habilitation n'est que partielle ; mais il a adopté une disposition qui paraît de nature à repousser sensiblement les limites apparentes de l'habilitation : après avoir limité l'habilitation à cinq points précis, énumérés en cinq alinéas, il a autorisé le Gouvernement à “*aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en œuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des [cinq alinéas précédents]*”, et lui a même accordé trois mois de plus pour prendre les ordonnances nécessaires à cette fin.

- S'agissant, enfin de *la technique législative*, il a paru à la commission qu'en matière de sûretés plus qu'ailleurs une bonne législation doit se garder d'être prolix et spéculative. D'où le double souci qui l'a animée dans les propositions législatives qu'elle a formulées.

D'abord, un souci de concision : éviter les textes bavards, ne point céder à la tentation de tout dire. La contrepartie est que l'on ne trouvera pas dans les règles proposées la solution de toutes les difficultés, d'ailleurs innombrables et sans cesse renouvelées, que posent les sûretés. Mais la loi s'épuiserait, et vainement, à vouloir tout prévoir. On renverra, là-dessus, au Discours préliminaire de Portalis qui met en garde le législateur contre la tentation d'entrer dans le détail des choses.

Ensuite, un souci de réalisme dans l'articulation et dans la conception des règles. C'est ainsi que les sûretés réelles sont ordonnées suivant leur objet (meubles ou immeubles ; meubles corporels ou incorporels), et non d'après leur technique (avec ou sans dépossession), comme elles le sont aujourd'hui. Et, dans cet esprit pragmatique, intuitif, les meubles corporels ont été compris comme ceux qui tombent sous le sens : *res quae tangi possunt* (d'où la place, sous le chapitre consacré au nantissement des meubles incorporels, de la sûreté constituée sur instruments financiers). C'est ainsi, encore, que des révolutions, qui étaient concevables et souhaitées par certains, ont été évitées : par exemple, l'abolition de toutes les sûretés mobilières spéciales remplacée par le nouveau gage ou le nouveau nantissement ; ou la réintégration des sûretés propriétés dans le giron des sûretés traditionnelles, c'est-à-dire leur suppression comme catégorie autonome nimbée de l'aurole de la propriété. Mais l'échec eût été garanti, car eût assurément triomphé la contre révolution que n'eussent pas manqué de mener les professionnels pour qui ces sûretés sont d'usage quotidien. C'est ainsi, enfin, que des principes traditionnels de notre droit des sûretés, comme le principe de spécialité quant à la créance garantie, auraient pu être résolument et ouvertement abandonnés. Ce qui, s'agissant de ce principe, eut été rupture vive avec le Code napoléon et ralliement ostensible au système germanique de la dette foncière. La commission a préféré s'en distancier discrètement, implicitement : on le verra avec l'hypothèque rechargeable.

Vous l'aurez compris, le réalisme a paru à la commission avoir les vertus de la prudence.

Sur le fond, la réforme proposée poursuit deux objectifs : rénover la panoplie des sûretés (I) ; équilibrer le régime des sûretés (II).

I. Une panoplie renouvelée

La commission propose une nouvelle présentation de l'ensemble des sûretés et une nouvelle appellation de certaines d'entre elles : les sûretés sont ainsi réordonnées et, pour certaines, renommées.

Voyons cela de plus près et en deux temps : d'abord, une description (A) ; puis quelques observations (B).

A. Description

L'innovation la plus voyante est la création d'un Livre IV du Code civil intitulé "Des sûretés", où se trouvent réunies les sûretés aujourd'hui dispersées dans le Livre III.

Ce nouveau livre se divise en deux titres consacrés, le premier aux sûretés personnelles, le second aux sûretés réelles, suivant une distinction familière au juriste français.

Le premier titre régit en trois chapitres le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. Ces deux dernières "sûretés" issues de la pratique des affaires - et dont on sait que la première est plus rigoureuse que le cautionnement alors que la seconde l'est moins - accèdent ainsi au rang des sûretés nommées. Encore que la garantie autonome y ait déjà accédé, discrètement et singulièrement, avec l'ordonnance du 26 juillet 2005 qui, dans les procédures collectives, la traite comme un cautionnement lorsqu'elle a été consentie par une personne physique (art. L. 611-10, 622-28 et 631-14, C. com.).

Le second titre se divise en deux sous-titres : l'un pour les sûretés sur les meubles, l'autre pour les sûretés sur les immeubles. La rupture est claire avec le Code civil, qui ordonne les sûretés réelles suivant un tout autre critère : suivant qu'elles emportent ou non dépossession, avec, d'un côté, le nantissement qui dépossède, et qui s'appelle gage ou antichrèse selon qu'il porte sur un meuble ou sur un immeuble, et de l'autre, l'hypothèque qui ne dépossède pas, sûreté immobilière sans équivalent en matière mobilière.

Le premier sous-titre distingue quatre catégories de sûretés mobilières, qui font l'objet de quatre chapitres :

- les privilèges mobiliers, généraux ou spéciaux, qui restent les sûretés mobilières, accordés par la loi ;
- le gage, qui désormais se définit comme la sûreté portant sur un meuble corporel ;
- le nantissement, qui devient la sûreté portant sur un meuble incorporel, et pour lequel le projet établit trois corps de règles particulières lorsqu'il porte, soit sur de la monnaie scripturale, soit sur des créances, soit sur des instruments financiers ;
- la propriété-sûreté, sous ses deux variantes que sont la propriété de cédée à titre de garantie ou fiducie-sûreté (usuelle sur les créances) et la propriété retenue à titre de garantie ou réserve de propriété (usuelle sur les meubles corporels).

Le second sous-titre reprend, en trois chapitres, les trois catégories classiques de sûretés immobilières :

- les privilèges immobiliers, qui restent les sûretés immobilières octroyées par la loi, mais dont le nombre diminue très sensiblement : seuls subsistent les privilèges généraux (tels ceux du trésor public), dont le trait marquant est d'être occultes ; les privilèges spéciaux immobiliers existants (tels le privilège du vendeur d'immeuble et le privilège du prêteur de deniers) qui ont pour caractéristique d'être publiés mais de prendre rang à une date antérieure à celle de leur publication deviennent de simples hypothèques légales qui, comme telles, ne prennent rang qu'à la date de leur inscription (il ne s'agit ainsi que d'achever le travail commencé en 1955) ;
- l'antichrèse, qui demeure la sûreté immobilière avec dépossession et dont on sait qu'elle est largement tombée en désuétude, sauf le sursaut de l'antichrèse-bail, d'ailleurs expressément validée, où la dépossession est juridique et non matérielle ;
- l'hypothèque, qui est toujours la sûreté immobilière sans dépossession.

L'avant-projet ne régleme pas les propriétés-sûretés immobilières, comme il le fait pour les mobilières, car la fiducie-sûreté et la réserve de propriété sur immeubles sont inusitées. Un article, cependant, admet, à toutes fins utiles, leur validité : "*La propriété de l'immeuble peut également être affectée en garantie*" (C. civ., art. 2388, al. 2). Une voie est ainsi ouverte à la pratique, libre de s'y engager ou de s'en détourner...

B. Observations

Quelques observations sur cette typologie.

1°/ Le livre "*Des sûretés*" s'ouvre sur des principes généraux, sur des principes directeurs qui ont vocation à s'appliquer à toutes les sûretés : la sûreté ne peut être source d'enrichissement du créancier (C. civ., art. 2287, al. 2) ; elle est un accessoire du droit de créance qu'elle garantit, en ce qu'elle le suit lorsqu'il est cédé (et non pas en ce qu'elle ne pourrait exister sans une créance, ce que l'hypothèque rechargeable, dont il sera question plus loin, dément).

2°/ Le projet n'abroge pas toute une série de sûretés mobilières spéciales qui sont prévues par d'autres codes ou par des lois spéciales (le nantissement du fonds de commerce, le nantissement de l'outillage ou du matériel, le nantissement des logiciels, le nantissement des droits de propriété industrielle, etc.). Mais, d'une part, les textes régissant ces sûretés particulières pourraient, devraient même, être interprétés par référence aux nouvelles dispositions du Code civil, qui formeraient le droit commun de la matière : ainsi le nantissement des contrats d'assurance-vie devrait être définis conformément aux nouvelles règles du nantissement sur créances, comme il l'est d'ailleurs déjà par référence au droit commun du gage (Cass. com., 12 juillet 1965 : parce que le créancier gagiste conserve la gestion de la chose gagée, le souscripteur peut décider de l'affectation des fonds assurés). D'autre part, la réforme déplace vers le Code civil certaines sûretés qui se trouvent ailleurs : par exemple, le nantissement d'instruments financiers, actuellement régi par le Code monétaire et financier, mais qui est une sûreté qu'utilisent tous les particuliers, qui investissent leur épargne à la bourse (et dont la place est donc au Code civil).

3°/ Le projet n'a pas retenu le principe d'une sûreté mobilière unique, sans dépossession et soumise à la publicité, sur le modèle du *security interest* du Code de commerce uniforme des Etats-Unis. Après avoir distingué, suivant l'objet de la sûreté, entre le gage des meubles corporels et le nantissement des meubles incorporels, il prévoit deux variétés de gage : il conserve un gage avec dépossession et non publié (le gage du Code civil), il crée un gage sans dépossession et publié sur un registre personnel.

La commission a considéré qu'il serait artificiel et inopportun de confondre toutes ces sûretés en une sûreté unique. D'abord, sous bien des aspects, les sûretés sur meubles corporels se présentent très différemment des sûretés sur meubles incorporels, qu'il s'agisse du risque de détournement du bien ou de l'exécution de la sûreté en cas de défaillance du débiteur. Ensuite, s'agissant des sûretés sur meubles corporels, certains créanciers peuvent légitimement préférer une sûreté avec dépossession, qui leur confère un droit de rétention dont on sait l'efficacité, et certains débiteurs peuvent avoir la même préférence pour une sûreté qui leur permet de tenir secret leur endettement.

4°/ On a déjà dit que, par souci de clarification, le projet contient de très nombreuses définitions, notamment celles de garanties récemment apparues comme la garantie autonome ou la lettre d'intention. Pour autant, il n'enferme pas ces garanties, en même temps qu'il les nomme, dans une réglementation tatillonne : souvent, il n'énonce qu'un petit nombre de règles (ainsi, pour la garantie autonome) ; parfois même, il se borne à une définition (ainsi, pour la lettre d'intention). Par là, il laisse à la pratique, où ces sûretés sont écloses, le soin de leur devenir : il les abandonne, non sans quelques limites, à la liberté contractuelle qui les a fait naître. Ce n'est là, d'ailleurs, que l'illustration d'une tendance plus générale de la réforme : accroître la liberté des parties pour définir les effets de la sûreté. De nombreuses clauses sont proposées qu'il est loisible aux parties de stipuler ou pas : pacte commissoire, clause d'arrosage du compte d'instruments financiers nantis, clause de recharge de l'hypothèque. De nombreuses

règles sont édictées qu'il est permis aux parties d'écarter : l'obligation pour le créancier gagiste de tenir les choses fongibles séparées de celles de même nature qu'il peut posséder par ailleurs.

5°/ L'avant-projet régleme avec un soin particulier le gage et le nantissement sur somme d'argent, dont l'importance pratique est évidente. Mais il ne le régleme pas comme une sûreté unique. Il a semblé que l'unicité de l'objet - l'argent, la monnaie - était purement apparente et qu'il convenait d'établir des distinctions.

La distinction principale est entre la monnaie fiduciaire et la monnaie scripturale.

- La monnaie fiduciaire (billets, pièces) est un bien corporel. Par conséquent, elle relève du gage des meubles corporels et, en particulier, des règles relatives au gage de choses fongibles, comme celle de l'article 2338 : *“Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. Si la convention le dispense de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées, à charge d'en restituer de même quantité et qualité.”*

- La monnaie scripturale est un bien incorporel. Elle relève donc du nantissement. Mais il convient ici de faire ici une sous-distinction :

. Ou bien le nantissement porte sur le solde d'un compte monétaire. Il a alors pour objet une créance éventuelle du titulaire du compte. Aussi obéit-il aux règles régissant le nantissement de créance.

. Ou bien il porte sur une certaine quantité de monnaie scripturale, donc directement sur de la monnaie scripturale. Il relève alors de règles qui lui sont propres, telles celles le recours à un compte bloqué.

Naturellement, tant la monnaie scripturale que la monnaie fiduciaire peuvent donner lieu à un transfert de propriété à titre de garantie. La commission avait élaboré des textes précis sur le transfert de la propriété des meubles à titre de garantie. Mais, par suite de la constitution d'un groupe de travail sur la fiducie, ils ont été retranchés de l'avant-projet.

II. Un régime équilibré

La tradition juridique française et plus largement la tradition juridique latine cherchent à concilier l'efficacité économique et l'impératif de protection. L'ordre juridique du Code civil ne se réduit pas à un ordre marchand, mais se veut aussi un ordre social : selon la belle expression du doyen Cornu, un Code civil n'est pas *lex mercatoria* mais *res publica*. C'est pourquoi l'avant-projet propose un régime des sûretés qui soit équilibré : un régime qui tienne la balance égale entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur.

Cet équilibre a été recherché dans un assouplissement du régime des sûretés, mais qui ne sacrifie pas la protection du débiteur. Et ce, sur le double terrain de la constitution (A) et de l'exécution (B) de la sûreté.

A. La constitution de la sûreté

- En matière de sûretés personnelles, l'impératif de protection au moment de la constitution de la garantie est particulièrement vif. Car, à la différence de la sûreté réelle, la sûreté personnelle est en elle-même une source d'endettement : alors que l'hypothèque n'endette personne, le cautionnement endette la caution, dont la dette vient s'ajouter à celle du débiteur principal.

Pour satisfaire cet impératif sans pour autant sacrifier le créancier, l'avant-projet accorde au garant une protection dont l'intensité varie en fonction, non seulement de sa qualité personnelle (personne physique, personne morale, professionnel, consommateur), mais aussi de la qualité du créancier (professionnel ou pas). On ne doit pas, en effet, traiter semblablement la caution désintéressée, tel l'ami qui agit à titre gratuit, la caution intéressée, tel le dirigeant social ou l'associé majoritaire qui cautionne sa société, et la caution rémunérée, telle la banque qui fait métier de cautionner. Et l'on ne doit pas non plus traiter semblablement le créancier occasionnel et le créancier professionnel, surtout si ce créancier, telle une banque, fait métier de prêter.

Concrètement, en quoi consiste cette protection ?

En tout premier lieu, il est proposé que la garantie autonome, dont on sait la rigueur, ne puisse garantir un crédit à la consommation : il s'agit de mettre les consommateurs à l'abri d'une sûreté conçue pour des professionnels avertis.

En second lieu, toute une série de mesures sont propres au cautionnement. D'abord, l'avant-projet maintient la règle suivant laquelle tout acte de cautionnement sous seing privé doit porter une mention manuscrite de la caution indiquant le montant, en chiffres et en lettres, de son engagement ; mais, précise le texte, seulement s'il s'agit d'une personne physique. Ensuite, l'avant-projet prévoit que tout créancier professionnel est tenu envers la caution personne physique d'une obligation d'information annuelle qui porte sur le montant des sommes garanties et, si le cautionnement est à durée indéterminée, sur la faculté de résiliation qui appartient alors à la caution. Le tout afin de prévenir le risque d'endormissement de la caution, qui menace le dirigeant social une fois à la retraite. En outre, l'avant-projet maintient une exigence de proportionnalité lorsque le cautionnement est donné par une personne physique agissant à titre non professionnel : l'engagement de la caution est, non point nul, mais réductible s'il était, lors de sa souscription, manifestement disproportionné au patrimoine de son auteur.

- En matière de sûretés réelles, un assouplissement s'imposait tant pour les sûretés mobilières que pour les sûretés immobilières. Leur rigidité est souvent dénoncée, qui leur vient du principe de spécialité - de double spécialité même, quant aux biens et quant à la créance - suivant lequel la sûreté réelle ne peut grever que des biens déterminés et ne peut garantir que des créances individualisées. Mais, ici encore, cet assouplissement ne devait pas sacrifier des intérêts du débiteur.

S'agissant des sûretés mobilières, de nouvelles règles visent à permettre le gage sur stocks. Dès lors, en effet, suivant les textes nouveaux, que le gage peut désormais intervenir sans dépossession, qu'il peut porter sur un bien ou un ensemble de biens, actuels ou futurs, et que, lorsque le bien gagé est fongible, le débiteur peut l'aliéner si la convention l'y autorise, sauf à devoir le remplacer par un bien équivalent sur lequel les droits du créancier sont reportés, la voie est ouverte au gage sur stocks (produits agricoles ou matières premières : pétrole ou charbon).

La protection du constituant n'est pas pour autant délaissée, puisque le gage, avec ou sans dépossession, et le nantissement exigent, pour leur validité, l'établissement d'un écrit. Si le gage cesse d'être un contrat réel, en ce que la remise de la chose n'est plus nécessaire à sa formation, il reste un contrat formaliste : un écrit est requis *ad validitatem*. Cet acte peut être authentique ou sous seing privé, étant ici précisé que, s'il est sous seing privé et qu'il n'est point passé par le constituant pour les besoins de sa profession, il doit être dressé sur support papier ; il ne peut l'être sur support électronique : le souci de protection du débiteur a conduit le législateur à écarter le principe de l'équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique (art. 1108-2, C. civ.).

S'agissant des sûretés immobilières, une innovation majeure mérite qu'on s'y attarde : la création d'une hypothèque rechargeable, qui serait de nature à faciliter le crédit aux particuliers. Il s'agit d'une hypothèque qui peut être réutilisée par le constituant en garantie de nouveaux emprunts : par exemple, d'une hypothèque qui, consentie en garantie d'un emprunt contracté pour acquérir un immeuble, peut être ensuite affectée à la garantie d'un emprunt à la consommation. Pareille hypothèque permet d'éviter le coût - civil (frais de notaire) et fiscal - de la constitution d'une nouvelle hypothèque. Elle est prévue 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*" (avant-projet, art. 2428). Elle ne doit pas être confondue avec l'hypothèque garantissant des créances futures, dont la cause doit être mentionnée dans l'acte (avant-projet, art. 2427). Elle présente trois traits majeurs :

1° elle doit avoir été stipulée comme telle ; toute hypothèque ne serait pas rechargeable ;

2° elle peut être "*rechargée*" au bénéfice d'un nouveau créancier, afin que l'emprunteur ne soit pas "*prisonnier*" de son banquier, et aussi que le jeu de la libre concurrence entre les banques ne soit pas entravé ;

3° pour des raisons tenant à la sécurité du crédit hypothécaire, la convention de rechargement, passée avec le créancier originaire ou avec le nouveau créancier, doit être notariée et publiée.

La protection du débiteur-constituant n'est pas négligée :

1° Suivant la règle édictée pour l'hypothèque garantissant les créances futures et qui vaut pour elle a fortiori, l'hypothèque rechargeable consentie pour une durée indéterminée pourra être résiliée à tout moment par le constituant, sauf à respecter un préavis de trois mois ; et, une fois résiliée, elle ne demeurera que pour la garantie des créances nées antérieurement ;

2° Suivant une règle applicable à toute hypothèque conventionnelle, même garantissant des créances présentes, elle sera toujours consentie, pour le capital,

à hauteur d'une somme déterminée, que l'acte notarié devra mentionner à peine de nullité, la commission ayant estimé que la sécurité du crédit exigeait que le montant de la garantie (qui n'est pas nécessairement celui de la créance) fût déterminé dans l'acte constitutif lui-même, et pas seulement, comme aujourd'hui, au stade de l'inscription (art. 2148, C. civ.).

B. L'exécution de la sûreté

Sur ce terrain, il y a peu à dire des sûretés personnelles, dont l'exécution se réalise comme celle de n'importe quelle autre obligation de somme d'argent. Relevons simplement que l'avant projet propose de conserver la règle suivant laquelle l'action du créancier ne peut avoir pour effet de priver une caution personne physique d'un minimum de ressources fixé au Code de la consommation (C. civ., art. 2314) : protection du débiteur toujours.

Il y a plus à dire et à faire pour les sûretés réelles. Leur exécution relève, en principe, des règles de la saisie mobilière ou immobilière, qui supposent, en principe, une vente par autorité de justice. Or, le créancier muni d'une sûreté réelle a déjà la main sur le bien affecté à la garantie de sa créance, de sorte qu'il paraît possible de lui reconnaître le bénéfice d'une exécution simplifiée : de lui permettre de se payer sur le bien sans avoir à le faire vendre en justice. A cette fin, l'avant-projet ouvre deux possibilités :

1^o/ le créancier impayé pourrait demander l'attribution judiciaire du bien gagé ou hypothéqué, ce qui n'est actuellement possible que pour le premier ;

2^o/ le pacte comissoire, qui, en cas de défaillance du débiteur, confère au créancier impayé, sans intervention judiciaire, la propriété du bien objet de la sûreté, serait valable en matière de gage comme en matière d'hypothèque.

Mais la protection du débiteur, contre une spoliation, et des autres créanciers, contre une sous-évaluation du bien, n'est pas pour autant négligée. D'une part, ces modes simplifiés de réalisation supposeraient toujours une expertise judiciaire de la valeur du bien (sauf s'il est coté sur un marché officiel), afin d'éviter que la sûreté ne fût une source d'enrichissement du créancier ou ne préjudiciât aux autres créanciers ; et, dans le même esprit, la clause de voie parée resterait prohibée. D'autre part, ces mêmes modes simplifiés seraient exclus lorsque la sûreté est une hypothèque qui grève la résidence principale du débiteur.

* *
*

Pour conclure, un mot sur un silence qui a pu vous paraître assourdissant : sur l'absence de toute évocation des procédures d'insolvabilité. Mais ce n'était pas mon sujet et ce n'était pas non plus celui sur lequel la commission avait reçu mission de travailler.

Légiférer sur les sûretés n'est pas légiférer sur les procédures d'insolvabilité. Quand à savoir si légiférer sur les procédures d'insolvabilité, c'est légiférer sur les sûretés, tout dépend de la finalité de la procédure collective. Si celle-ci n'est qu'une procédure collective d'exécution, ce qu'elle a longtemps été, elle n'atteint point les sûretés ; mais si elle est une procédure collective de concours au redressement ou au sauvetage de l'entreprise, ce qu'elle est devenue (à tort ou à raison : c'est une autre affaire), les sûretés tombent naturellement peu ou prou sous son emprise : il appartient alors au législateur des procédures collectives de dire si ceux qui épaulent l'entreprise en difficulté méritent un privilège qui leur donne le pas sur ceux qui lui ont fait crédit, et donc confiance, du temps qu'elle allait bien.

Cela dit, l'avant-projet a, de-ci de-là, marqué la nécessité que les sûretés ne succombent pas sans raison majeure sous la discipline de la procédure collective : ainsi, avec cette disposition, inscrite parmi les principes généraux gouvernant les sûretés, et selon laquelle *“les dispositions du présent Livre restent applicables au cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sauf dans la mesure où la loi organisant cette procédure y déroge expressément”* ; ainsi ensuite, avec cette disposition insérée dans le régime du cautionnement, selon laquelle la caution *“ne peut, sauf texte contraire, se prévaloir ni des causes de suspension et d'interruption des poursuites, ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'une procédure d'insolvabilité”* ; ainsi encore, avec cette consécration, en tête des sûretés réelles, d'un droit de rétention largement défini, dont on sait la force en cas de procédure collective ; ainsi, enfin, avec, en matière de nantissements, l'attribution au créancier sur la créance, sur la monnaie scripturale ou sur les instruments financiers d'un droit exclusif, opposable à tous, qui n'est pas autre chose que l'équivalent, sur meubles incorporels, du droit de rétention, qui ne se perçoit clairement que sur meubles corporels.

De tout cela, de toutes ces idées, de toutes ces règles que la commission a semées, que verra-t-on germer, éclore et fleurir ? On le saura au prochain printemps, qui sera celui des ordonnances annoncées.