



**HAL**  
open science

## Vers un droit commun des sûretés ?

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Vers un droit commun des sûretés?. Recueil Dalloz, 2006, pp.1380. hal-01934994

**HAL Id: hal-01934994**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01934994v1>**

Submitted on 26 Nov 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Vers un droit commun des sûretés ?

**Manuella Bourassin**, Maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre

L'**ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006** renforce-t-elle l'efficacité du droit des sûretés par l'instauration d'un droit commun ?

Au regard des impératifs d'accessibilité, de clarté et de cohérence du droit - composantes essentielles de la sécurité et de l'efficacité juridiques -, la réussite d'une réforme suppose que les règles spéciales viennent compléter ou affiner des règles générales. En effet, l'établissement de corps de règles communes, fondées sur les caractéristiques partagées par les divers mécanismes réglementés, présente de nombreux avantages : il favorise l'économie de textes et leur regroupement, permet l'absorption des créations de la pratique et, par conséquent, assure la prévisibilité et la stabilité du droit applicable, facilite l'interprétation des règles spéciales et évite des différences de régime injustifiées.

Le perfectionnement du droit des sûretés, grâce à l'émergence d'un tel droit commun, a pu paraître compromis par les termes de l'habilitation à réformer cette matière par ordonnance, donnée au gouvernement le 26 juillet 2005. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés redonne au contraire plein espoir. Certes, ce texte appelle certainement des critiques sur le fond, tant au regard du nécessaire renforcement de la sécurité des créanciers, que du non moins nécessaire respect des impératifs d'éthique et de justice contractuelle (sur ces conditions de l'efficacité du droit des sûretés quant à son contenu, qui ne seront pas envisagées ici, V. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006). L'ordonnance mérite en revanche un accueil tout à fait favorable en ce qu'elle ouvre véritablement la voie à une codification stratifiée - dispositions générales complétées par des dispositions spéciales - respectueuse de l'impératif de sécurité juridique.

## **A - La loi d'habilitation du 26 juillet 2005 : les espoirs déçus d'un droit commun**

Au cours des débats préparatoires de la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, le gouvernement et les assemblées ont constamment exprimé leur volonté de rendre au droit des sûretés « *sa pleine cohérence, sa lisibilité et sa simplicité de mise en oeuvre, gage de sécurité juridique* » (V. [www.senat.fr/dossierleg](http://www.senat.fr/dossierleg)). L'habilitation finalement donnée ne laissait cependant guère espérer la réalisation de ces objectifs essentiels, tant l'émergence d'un droit commun paraissait entravée, aussi bien au niveau de l'ensemble des sûretés, qu'à celui des sûretés personnelles ou encore des sûretés réelles.

### **1 - L'idée abandonnée d'un droit commun des sûretés**

Afin de remédier au manque de lisibilité et d'accessibilité du droit des sûretés unanimement dénoncé, le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, présidé par le Professeur M. Grimaldi, avait suggéré, dans son rapport remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005, de regrouper l'ensemble des sûretés dans un nouveau livre du code civil et de les soumettre à des principes généraux fondés sur leur qualité commune d'accessoires de la créance garantie.

Cette idée de créer un droit commun des sûretés n'a reçu aucun écho au cours de l'examen du projet de loi d'habilitation, le gouvernement ayant seulement exprimé le souhait de procéder à un regroupement de l'ensemble du droit des sûretés au sein d'un livre IV du code civil (l'actuel livre IV consacré à Mayotte devenant un livre V). Cette présentation resserrée ne pouvait, à elle seule, renforcer l'intelligibilité et la cohérence du droit des sûretés.

## **2 - L'émergence entravée d'un droit commun des sûretés personnelles**

Le projet de loi d'habilitation du 14 avril 2005 visait, non seulement le cautionnement, mais également les garanties jusque-là innomées, à savoir les mécanismes du droit commun des obligations pouvant jouer un rôle de garantie personnelle (la délégation), ainsi que les garanties autonomes et lettres d'intention créées par la pratique. Il était permis d'espérer qu'à l'occasion de cette réforme globale, des règles impératives communes à l'ensemble des garanties personnelles seraient adoptées. Cet espoir fut malheureusement vite déçu.

En effet, le 12 mai 2005, la Commission des lois a proposé plusieurs amendements limitant le champ de l'habilitation. En matière de garanties personnelles, deux « coupes franches » ont ainsi été suggérées : d'une part, la suppression de toute référence au cautionnement ; d'autre part, l'abandon de la modification des mécanismes du droit commun des obligations utilisés comme garanties, faute pour le gouvernement d'en avoir précisé les finalités. Or, la Commission des lois a justement rappelé que, selon le Conseil constitutionnel, l'article 38 de la Constitution « *doit être entendu comme faisant obligation au gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation [...] quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre* » (décis. n° 76-72 du 12 janv. 1977).

Le Parlement ayant adopté ces deux amendements, l'habilitation à l'égard des sûretés personnelles se trouvait limitée à la reconnaissance d'une base légale pour la garantie autonome et la lettre d'intention (art. 24-4°). De l'aveu même d'un membre de la Commission des lois, cette forte limitation du champ de l'habilitation ne pouvait que « *nuire à l'objectif premier de lisibilité et de mise en cohérence du droit des sûretés* » (avis n° 437 du 29 juin 2005).

## **3 - L'absence annoncée d'un droit commun des sûretés réelles**

En matière de sûretés réelles, l'habilitation donnée au gouvernement le 26 juillet 2005 ne présageait nullement l'édiction de règles communes et laissait au contraire craindre une accumulation incohérente de règles spéciales, ceci pour plusieurs raisons.

D'abord, parce qu'au cours de l'examen du projet de loi d'habilitation, la discussion n'a jamais porté sur l'édiction de principes communs.

Ensuite, parce que, faute pour le gouvernement d'avoir défini avec suffisamment de précision les finalités poursuivies, des garanties réelles majeures ont été exclues de l'habilitation : les privilèges, les mécanismes du droit des obligations pouvant faire office de garanties réelles (cession de créance, vente à réméré) et encore les nantissements de meubles incorporels.

Enfin, la réforme s'annonçait très spéciale, parce qu'à l'égard des cinq garanties réelles finalement visées par l'habilitation, il fut moins question de rénovation globale que de mesures précises susceptibles de satisfaire les besoins économiques du moment (l'accession à la propriété, le soutien de la consommation et la relance de la croissance) : pour le gage, la suppression de son caractère réel, l'extension de son assiette aux choses futures ou ensemble de biens, comme les stocks d'entreprises, et l'autorisation du pacte comissoire (art. 24-1°) ; la consécration de la pratique de l'antichrèse-bail (art. 24-2°) ; à l'égard de l'hypothèque, l'amélioration de la mainlevée et l'introduction de deux « produits » d'origine anglo-saxonne, l'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire (art. 24-2°) ; l'insertion à droit constant, dans le code civil, des dispositions relatives à la clause de réserve de propriété (art. 24-3°) ; enfin, la reconnaissance d'une base légale pour le droit de rétention (art. 24-4°).

## **B - L'ordonnance du 23 mars 2006 : la consécration d'un droit commun**

La réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006 n'est pas l'occasion manquée de perfectionner le droit des sûretés que l'on pouvait redouter à la lecture de la loi d'habilitation. En effet, la matière fait l'objet d'une réorganisation globale, susceptible d'en améliorer les qualités formelles. Si l'on ne peut que se réjouir de cette avancée en termes de sécurité juridique et d'efficacité du droit, il importe néanmoins de se demander si le gouvernement, pour y parvenir, n'a pas outrepassé le domaine de l'habilitation et abusé, par là même, de la technique de la législation déléguée (V., sur l'ensemble de la réforme des sûretés, le dossier spécial : D. 2006, Chron. p. 1289).

## **1 - Une réorganisation globale du droit des sûretés**

La nouvelle structure du droit des sûretés favorise la réalisation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

### *a - L'accessibilité du droit des sûretés*

L'accessibilité matérielle, partant la connaissance et la prévisibilité du droit des sûretés, se trouvent renforcées par le regroupement dans un seul livre du code civil (les titres XIV, XVII et XVIII du livre III sont abrogés depuis le 24 mars dernier, date de publication et d'entrée en vigueur de l'ordonnance), non seulement des sûretés classiques, mais également de garanties jusqu'alors innomées - la garantie autonome (art. 2321) et la lettre d'intention (art. 2322) - ou uniquement soumises à des règles spéciales éparses - le droit de rétention (art. 2286) et la propriété retenue à titre de garantie (art. 2367 à 2372 et 2373).

Avec ce nouveau livre IV et la reconnaissance ou le rapatriement des garanties dites modernes dans le code civil, celui-ci redevient incontestablement le siège privilégié du droit des sûretés, sans empiéter pour autant, ni sur d'autres droits, ni sur les régimes spéciaux relevant d'autres codes. Deux points en attestent. D'une part, les nombreux renvois aux droits des procédures civiles d'exécution et des entreprises en difficulté. D'autre part, l'inscription, dans le code de la consommation, des règles propres aux sûretés couvrant un crédit à la consommation ou immobilier et l'insertion, dans le code de commerce, des règles intéressant les sûretés prises sur les biens des entreprises ou des personnes physiques dans l'exercice de leur activité professionnelle. Cette rigueur dans la place des textes concourt à une meilleure connaissance du droit des sûretés.

### *b - L'intelligibilité du droit des sûretés*

L'intelligibilité du droit des sûretés paraît améliorée par trois biais : les classifications retenues, l'avènement de divers corps de règles communes et l'ampleur de la réforme.

L'intelligibilité du droit des sûretés est d'abord renforcée par les classifications qui en constituent désormais l'architecture. Le livre IV est logiquement divisé entre les sûretés personnelles (titre I) et les sûretés réelles (titre II). Le classement des sûretés réelles n'est plus fondé sur la technique d'affectation du ou des biens grevés (c'est-à-dire avec ou sans dessaisissement du débiteur), mais sur leur nature mobilière (sous-titre II) ou immobilière (sous-titre III). Cette classification est plus claire que la précédente, dont la rigueur avait été altérée par la création des diverses sûretés mobilières sans dépossession, et elle est tout aussi riche de conséquences, puisque les différences de régime entre les droits réels mobiliers et les droits réels immobiliers se prolongeront naturellement dans le régime des sûretés. Au sein des sûretés réelles mobilières, le sous-titre II du titre II distingue le gage de meubles corporels (chapitre II) et le nantissement de meubles incorporels (chapitre III).

Cette catégorisation nouvelle consacre, outre l'habitude prise en pratique de réserver le terme de nantissement aux biens incorporels, deux tendances modernes : d'une part, la montée en puissance de l'immatériel en droit des sûretés ; d'autre part, le fait que les biens incorporels sont appréhendés, non comme une espèce de biens meubles ou immeubles, mais comme un genre de biens à part entière. L'ordonnance a ainsi fait montre de réalisme en cessant de considérer le nantissement de meubles incorporels comme un gage spécial, dérogeant au droit commun du gage de meubles corporels. Il convient cependant de remarquer que la distinction entre le gage des meubles corporels et le nantissement des meubles incorporels n'est pas aussi nette que la nouvelle architecture du code pourrait le laisser penser, puisque l'article 2355 opère un renvoi qui laisse quelque peu dubitatif : le nantissement « *qui porte sur d'autres meubles incorporels [que les créances] est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* ». Pourquoi ne pas avoir fait plutôt référence aux règles du nantissement de créances si celui-ci est véritablement situé, aujourd'hui, sur le même plan que le gage de meubles corporels ? Par ailleurs, en cas d'incomplétude du régime du nantissement de créances, celui du gage de meubles corporels devra-t-il également s'appliquer ?

La compréhension du droit des sûretés est ensuite améliorée par l'avènement de divers corps de règles communes, complétés par des règles spéciales. En certains domaines, le droit commun n'est encore qu'en germe ou en filigrane ; dans d'autres, il a en revanche été expressément consacré.

Il est possible de déceler un droit commun en germe, chaque fois que des subdivisions s'ouvrent sur un article qui énumère les sûretés réglementées. Ainsi, les sûretés personnelles (art. 2287-1), les sûretés mobilières (art. 2329) et les sûretés immobilières (art. 2373) n'ont certes pas fait l'objet de dispositions générales, mais la place d'un droit commun en ces matières est désormais toute trouvée.

Un droit commun et des régimes dérogatoires existent en filigrane au sujet de la réalisation des sûretés réelles. Le droit commun réside dans l'option entre l'attribution judiciaire et l'exécution d'un pacte commissaire, option reconnue en matière de gage de meubles corporels civil (art. 2346 à 2348) ou commercial (art. L. 521-3 c. com.), de gage de véhicule automobile (art. 2353), de nantissement sur créance (art. 2365), d'antichrèse (art. 2388) et d'hypothèque conventionnelle (art. 2458 et 2459). Par exception, le pacte commissaire est nul en raison, soit de la faiblesse présumée du constituant (art. L. 311-32, al. 3, c. consom. relatif au crédit à la consommation garanti par un gage de meuble corporel), soit de l'importance attachée à certains biens (en vertu des art. 2458 et 2459, la résidence principale du débiteur ne peut faire l'objet, en principe, que d'une vente forcée ; l'art. 527-2 c. com. répute non écrit le pacte commissaire convenu dans un gage de stocks), soit encore de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde (art. L. 622-7 c. com.).

Une réglementation stratifiée (dispositions générales assorties de dispositions particulières) a, en outre, été expressément consacrée à quatre niveaux.

En premier lieu, à l'égard de l'ensemble des sûretés. Le livre IV s'ouvre, en effet, sur des dispositions générales concernant le droit de gage général, le droit de rétention et l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure collective ou de surendettement. Ce droit commun des sûretés aurait pu être bien plus riche (les règles relatives à la propriété retenue à titre de garantie inscrites dans une section consacrée aux sûretés réelles mobilières auraient notamment pu y figurer, puisque cette forme de « sûreté-propriété » ne confère pas au créancier un droit de préférence, mais le soustrait purement et simplement au concours, comme le droit de rétention), mais son avènement est déjà tout à fait remarquable.

En deuxième lieu, le sous-titre Ier du titre II intitulé « Dispositions générales » consacre un droit commun des sûretés réelles. Il convient cependant de reconnaître que le contenu de cet ensemble n'est

pas aussi général qu'annoncé, puisqu'il reprend en réalité les anciens articles 2094 à 2099 relatifs aux privilèges, qui ne sauraient servir de modèle en raison des spécificités qu'induit leur origine légale.

Une structure stratifiée a été adoptée, en troisième lieu, en matière de gage de meubles corporels. Après le « *droit commun du gage* » (art. 2333 à 2350), il est effectivement prévu un régime propre au gage portant sur un véhicule automobile (art. 2351 à 2353) et ont été également réservées les « *règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés* » (art. 2354).

En quatrième et dernier lieu, c'est la lisibilité du droit des hypothèques et des privilèges immobiliers qui se trouve améliorée par l'articulation systématique de « *dispositions générales* » et de « *dispositions particulières* », au sujet de leur constitution, de leur inscription, de leur effet et de leur purge.

L'intelligibilité du nouveau droit des sûretés est enfin favorisée par l'étendue de la réforme. Il ne s'agit pas d'une « réformette » venant greffer sur le droit en vigueur quelques dispositions nouvelles risquant de le dénaturer. Chacune des sûretés réelles visées par la loi d'habilitation a fait, au contraire, l'objet d'une refonte cohérente.

S'agissant de l'antichrèse, l'ordonnance ne consacre pas uniquement la pratique consistant, pour le créancier, à donner à bail l'immeuble dont le débiteur s'est dépossédé à titre de garantie. Elle tire au contraire toutes les conséquences du nouveau classement des sûretés réelles fondé sur leur assiette, en renvoyant au régime de l'hypothèque conventionnelle chaque fois que la nature immobilière du bien grevé est en cause (art. 2388).

Le nouveau droit commun du gage couvre, lui aussi, tout le régime de cette sûreté. Le gouvernement ne s'est pas contenté, en effet, d'introduire les quelques « mesures phares » évoquées au cours de l'examen du projet de loi d'habilitation. Il a entièrement refondu le droit du gage en s'inspirant du Rapport Grimaldi et en consacrant des jurisprudences clarificatrices (ainsi, l'art. 2334, selon lequel « *le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie* » lorsque le gage est consenti par un tiers, reprend la solution de Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, D. 2006, AJ p. 61, obs. V. Avena-Robardet, Jur. p. 729, concl. J. Sainte-Rose, et p. 733, note L. Aynès  ; AJ Famille 2006, p. 113, obs. P. Hilt ) et en veillant à harmoniser les règles nouvelles avec les solutions existantes. L'article 1415 ne pouvant plus fonder la protection du patrimoine familial en cas de constitution d'un gage sur un bien commun en garantie de la dette d'un tiers, cette protection procède désormais d'une extension de la cogestion. L'article 1422 a en effet été complété par un second alinéa ainsi rédigé : « *ils [les époux] ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens à la garantie de la dette d'un tiers* ».

Concernant l'hypothèque, si l'accent a été mis sur son rechargement et sur le prêt viager hypothécaire, la réforme ne se réduit pas à l'ajout de ces produits dans le système législatif en vigueur. Le régime de l'hypothèque conventionnelle est totalement réformé, de sorte que ces nouvelles utilisations, dont l'inanité sur la croissance économique et les dangers en terme de surendettement ont d'ores et déjà été critiqués, ne compromettent pas, en revanche, la cohérence du droit hypothécaire. Ainsi, l'hypothèque rechargeable (art. 2422) s'inscrit dans le prolongement de l'assouplissement du principe de spécialité quant à la créance garantie (art. 2421, al. 1er : « *l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* »). Au-delà de ces innovations, il convient de souligner que la réforme globale de l'hypothèque clarifie nombre de règles existantes, en les rendant plus lisibles (par ex., l'art. 2419 prévoit que « *l'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents* » et l'art. 2420 regroupe les exceptions qui figuraient auparavant dans trois dispositions) ou en y intégrant les interprétations jurisprudentielles (V. l'art. 2114 relatif à l'hypothèque d'un immeuble indivis ou d'une quote-part).

A la lumière des impératifs d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, il apparaît donc que la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, sans être parfaite (une réorganisation d'une telle ampleur aurait notamment gagné à être assortie de dispositions transitoires précises), est néanmoins source de progrès. Ce résultat a-t-il été atteint dans le respect de l'habilitation donnée en juillet 2005 ?

## 2 - Un vaste dessaisissement du Parlement

Les mesures énumérées par l'article 24-1° à 5° de la loi d'habilitation du 26 juillet 2005 pouvaient laisser craindre une réforme sans vue d'ensemble, essentiellement dictée par des objectifs économiques conjoncturels, qui aurait aggravé les défauts formels du droit des sûretés. Cet écueil a pu être évité au prix d'un vaste dessaisissement du Parlement.

Ce dessaisissement a été, pour l'essentiel, consenti par les assemblées, puisqu'elles ont autorisé, non seulement des innovations précises, mais aussi les mesures nécessaires pour « *aménager et modifier toutes dispositions de nature législative permettant d'assurer la mise en oeuvre et de tirer les conséquences des modifications apportées en application des 1° à 5° du présent article* » (art. 24-6°). La généralité de ces termes offrait au gouvernement la possibilité de modifier l'architecture du droit des sûretés (au sein et en dehors du code civil) et de refondre entièrement le régime des sûretés réelles conventionnelles visées.

Il faut cependant reconnaître que certaines clarifications ou simplifications du droit positif résultent d'un dépassement du domaine de l'habilitation, qui pourrait justifier une annulation partielle de l'ordonnance par le Conseil d'Etat avant son éventuelle ratification expresse ou implicite (sur la nature réglementaire des ordonnances avant cette date, V. Cons. const., 29 févr. 1972, décis. n° 72-73 L ; sur la rareté de la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à un tel dépassement de pouvoir, V. C. Boyer-Mérentier, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, PUAM, 1996, préf. de L. Favoreu, p. 104 s.).

Tout d'abord, l'ordonnance a établi un classement des privilèges mobiliers, alors que les privilèges avaient été expressément écartés au cours de l'examen du projet de loi d'habilitation. Il serait cependant surprenant que le Conseil d'Etat, s'il était saisi, déclarât l'ordonnance illégale sur ce point, dans la mesure où les dispositions nouvelles se contentent, en réalité, d'ordonner des solutions très anciennes, pour la plupart forgées par la Cour de cassation (il en va ainsi de la primauté des privilèges spéciaux sur les privilèges généraux, reconnue depuis 1849 sur le fondement de la règle *generi per speciem derogatur*, ou encore de l'ordre entre les privilèges spéciaux du bailleur d'immeuble, du conservateur et du vendeur de meuble).

Ensuite, l'ordonnance réforme le nantissement de meubles incorporels, alors que son exclusion a été votée. Il convient cependant de remarquer que la Commission des lois, à l'origine de l'amendement d'exclusion, s'était surtout montrée hostile à l'insertion dans le code civil du nantissement sur instruments financiers. Or, celui-ci n'est nullement visé par l'ordonnance, qui a seulement modifié les dispositions du code civil relatives au nantissement sur créance, dans le but mentionné à l'article 24-1° de la loi d'habilitation d'en simplifier les effets (l'opposabilité aux tiers et au débiteur de la créance nantie - art. 2361 et 2362 - est alignée sur le régime simplifié du nantissement Dailly).

Enfin, l'exigence d'insertion, à droit constant, dans le code civil, des dispositions relatives à la réserve de propriété n'a pas été strictement respectée, puisque l'ordonnance consacre la règle d'origine jurisprudentielle selon laquelle « *la propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement* » (art. 2367, al. 2 ; Cass. com., 15 mars 1988, Bull. civ. IV, n° 106). Ce dépassement pourrait néanmoins être justifié par une interprétation large du terme « dispositions », et

ce d'autant que cette solution prétorienne est admise par les droits étrangers et la plupart des auteurs.

S'il est donc possible de relativiser les dépassements du champ de l'habilitation, on ne saurait en revanche occulter le dessaisissement non consenti du Parlement qu'ils entraînent. Mais peut-être ce nouveau type de détournement de la technique de la délégation législative (pour d'autres exemples de dérives, V. Y. Gaudemet, Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée, *Mélanges P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617 s.), était-il le prix à payer pour renforcer l'efficacité du droit des sûretés.

M. B.