

LES SÛRETÉS RÉELLES EN DROIT FRANÇAIS: ÉTUDE DE QUELQUES QUESTIONS MARQUANTES

Philippe Jestaz

*Professeur à l'Université Paris XII
et membre de l'Institut Universitaire de France*

Le titre de cette communication indique d'emblée que je ne vais pas vous faire un tableau complet des sûretés réelles en France: ce serait trop long et probablement inutile. Je ne vous proposerai pas non plus des solutions clés en mains, car je réfléchirai plutôt sur quelques difficultés particulières, plus ou moins bien résolues chez nous. Mais pour ne pas entrer abruptement dans une suite de questions hétéroclites, je peux, à défaut de tableau complet, essayer de tracer des lignes directrices. Ici la difficulté vient de ce que les lignes habituellement tracées manquent de netteté.

Première grande ligne: celle qui sépare les sûretés personnelles et les sûretés réelles. On la tient ordinairement pour une frontière incontestable. Or c'est inexact. D'abord il existe deux sûretés qui sont à la fois personnelles et réelles: le cautionnement réel et, surtout, la garantie autonome; sous sa forme la plus répandue, elle consiste dans la promesse de verser une certaine somme —promesse à caractère personnel—, mais de la verser à *titre de consignation* —pour fournir une sûreté réelle. Ensuite il existe deux sûretés qui ne sont ni personnelles, ni réelles: le privilège général et la fiducie. Ce ne sont évidemment pas des sûretés personnelles. Mais à la réflexion, ce ne sont pas des sûretés réelles non plus. Le privilège général n'est pas une sûreté réelle en ce sens qu'il ne confère aucun droit direct sur une chose, mais une certaine préférence sur le patrimoine du débiteur. Quant à la fiducie, elle ne répond pas à la définition classique selon laquelle la sûreté réelle comporte toujours un droit de préférence sur le bien d'autrui —et parfois, de surcroît, un droit de suite. Car le fiduciaire a beaucoup plus: il a, grâce à sa propriété, une affectation absolue de la chose à sa créance, et cela, sans concurrence possible.

Néanmoins et pour l'instant, les auteurs s'en tiennent à la distinction habituelle. La garantie autonome et le cautionnement réel sont rangés dans les sûretés personnelles, ce qui n'a pas d'inconvénient véritable. Et les privilèges généraux, ainsi que les fiducies, sont rangés dans les sûretés réelles, mais au prix d'un désordre considérable. Pour y voir clair, on distingue alors entre sûretés mobilières, sûretés immobilières et sûretés mixtes: cette distinction est évidemment utile, mais elle ne supprime pas le désordre qui subsiste à l'intérieur de chacune des trois catégories. On distingue aussi entre sûretés avec ou sans dépossession, mais cette distinction ne tient pas compte des fiducies par lesquelles le débiteur perd bien davantage que la possession, puisqu'il perd la propriété elle-même.

J'avais songé pour ma part à une meilleure distinction: sûretés avec droit de préférence seulement, sûretés avec droit de préférence et droit de suite, sûretés reposant sur la propriété. Mais l'ensemble n'a aucune homogénéité. En outre, nous verrons que certaines sûretés «avec droit de préférence seulement» entraînent parfois ce que j'appellerai un *petit droit de suite*, disons un substitut du droit de suite.

Là-dessus, un jeune auteur a eu une idée révolutionnaire (P. Crocq, *Propriété et garantie*, 1995). Il y a, observe-t-il, deux distinctions fondamentales à opérer. Première distinction: selon les cas, les sûretés comportent ou non un droit préférentiel. C'est évident! Deuxième distinction, tout aussi évidente que la première: selon les cas, les sûretés comportent ou non l'affectation d'un bien déterminé. Or l'idée de génie qu'a eue P. Crocq, c'est de *combiner* les deux distinctions pour obtenir *quatre* catégories de sûretés. Et vous allez voir comme tout devient clair.

Première catégorie: les sûretés *sans* droit préférentiel *ni* affectation d'un bien déterminé. Ce sont les sûretés dites *personnelles*. Prenons l'exemple du cautionnement: le créancier a un droit contre la caution, laquelle en répond sur tout son patrimoine, et il concourt avec les autres créanciers de la caution, car aucun bien de celle-ci n'est affecté à sa créance (sauf le cas du cautionnement réel).

Deuxième catégorie: les sûretés *avec* droit préférentiel *mais sans* affectation d'un bien déterminé. Ce sont les privilèges généraux, celui du fisc ou des salariés, par exemple. Les salariés passent avant les autres créanciers de leur employeur —droit de préférence—, mais n'ont aucun droit particulier sur aucun bien de celui-ci.

Ces deux premières catégories ne nous retiendront guère aujourd'hui: je les ai mentionnées pour la clarté de l'ensemble. Par contre, les catégories numéro 3 et 4 nous intéressent au plus haut point.

Troisième catégorie: les sûretés *avec* droit préférentiel et *avec* affectation d'un bien déterminé. Il s'agit du nantissement ou gage, de l'hypothèque et des

privilèges spéciaux. Dans tous ces cas, le créancier a un droit de préférence non pas général, mais sur un certain bien: il passe en premier sur le prix de vente de ce bien. Et si ce prix ne suffit pas à le payer intégralement, il reste chirographaire, donc démuné de sûreté pour le surplus.

Quatrième catégorie: les sûretés *sans* droit préférentiel, mais *avec* affectation d'un bien. Il s'agit des fiducies. Le fiduciaire se voit affecter le bien de la façon la plus forte qui soit, puisqu'il en a la propriété. Et sur ce bien, il a non pas la préférence, mais l'exclusivité.

Cette classification nouvelle a été largement ignorée en France, peut-être parce que les auteurs qui l'adopteraient seraient obligés de réécrire complètement leurs traités. Mais, sans doute, pourrait-elle inspirer les codificateurs catalans, car elle me paraît propre à mettre de l'ordre dans un code.

Je viens maintenant à quelques points délicats de notre droit des sûretés. En accord avec les organisateurs, j'ai retenu trois sujets susceptibles de vous intéresser: les garanties relatives à la vente ou à la construction des immeubles (I), la fiducie (II) et les sûretés mobilières sans dépossession (III).

I. LES GARANTIES RELATIVES À LA VENTE OU À LA CONSTRUCTION DES IMMEUBLES

La matière est complexe. Je la simplifierai en me plaçant au point de vue du créancier à protéger: étudions les sûretés au profit du vendeur ou constructeur (A), au profit de l'acquéreur ou du maître de l'ouvrage (B), et au profit du banquier qui finance l'un ou l'autre (C).

A) LES SÛRETÉS AU PROFIT DU VENDEUR OU CONSTRUCTEUR

Le Code civil prévoit un privilège immobilier spécial, autrement dit une *hypothèque ayant un rang préférentiel*, au profit, *d'une part*, du vendeur à crédit d'un immeuble, et *d'autre part*, des architectes et entrepreneurs construisant sur le terrain du maître de l'ouvrage. Depuis deux cents ans, ces sûretés n'ont guère servi! Le vendeur d'immeuble ne fait presque jamais crédit: si l'acheteur n'a pas de liquidité, il lui incombe d'emprunter. Quant aux constructeurs, ils n'utilisent pas leur privilège, dont le maniement serait trop compliqué et coûteux.

Les sûretés effectivement pratiquées sont d'abord relatives aux avant-contrats: elles profitent donc au futur vendeur ou constructeur. Ce sont les dépôts de garantie dont nous verrons la pratique (1) et la nature juridique (2). Mais il faut

étudier aussi une nouvelle garantie récemment créée au profit des entrepreneurs (3).

1) *Pratique des dépôts de garantie*

Elle apparaît surtout dans les avant-contrats ou en début de contrat. Citons trois cas.

Premier cas: la vente va porter sur un local déjà achevé. En attendant, les parties signent une promesse unilatérale de vente: le futur vendeur et lui seul s'engage à vendre. Son partenaire n'a d'autre obligation que de verser une certaine somme —en général, 10% du prix— *et de la perdre* s'il ne conclut pas la vente dans le délai prévu. La somme, qu'on appelle *indemnité d'immobilisation* —parce qu'elle compense l'immobilisation du bien—, est versée en pratique chez un notaire, qui ne peut la débloquer qu'avec l'accord des deux parties ou sur ordre du juge.

Deuxième cas: la vente va porter sur un immeuble à construire —vente dite *en l'état futur d'achèvement*. Le contrat préliminaire à cette vente est réglementé par la loi, qui précise le montant du dépôt de garantie —5% au maximum—, le dépositaire —banque ou notaire— et le statut des fonds —incessibles, indisponibles et insaisissables.

Troisième cas: le contrat porte sur la construction d'une maison individuelle avec fourniture du plan par le constructeur. Ce contrat peut prévoir un paiement de 5% à la signature, mais alors le constructeur doit en garantir le remboursement —par une sûreté personnelle— pour le cas où les autorisations de construire ou les prêts ne seraient pas accordés. Mais une autre solution est de prévoir un dépôt de 3% auprès d'un organisme habilité, auquel cas le constructeur n'a pas besoin de trouver une caution. Les règles sont les mêmes que pour le contrat préliminaire dont on vient de parler.

2) *Nature juridique des dépôts de garantie*

Dans tous les cas, la somme est déposée dans un compte ouvert au nom du déposant: donc le dépositaire doit conserver la somme et refuser de s'en défaire. Il y a là toutes les caractéristiques d'un gage, portant sur une somme d'argent et constitué entre les mains d'un tiers. Le propriétaire, c'est à dire l'acheteur ou maître de l'ouvrage, reste propriétaire, mais est dépossédé de ses fonds dont il ne peut se servir (indisponibilité).

En conséquence, le créancier, vendeur ou constructeur, a un droit de pré-

férence sur les fonds. Et il a de surcroît un droit de rétention qui lui permet de s'opposer à toute saisie —même quand la loi ne précise pas que les fonds sont insaisissables. Enfin, il peut se faire attribuer le gage, lorsque son partenaire refuse de conclure le contrat définitif.

Certains auteurs prétendent que le gage porte en réalité sur la créance que le déposant a contre le notaire ou le banquier dépositaire. C'est là une complication inutile et même nuisible, car les parties devraient alors utiliser les formalités compliquées du gage sur créance. Mieux vaut considérer que le gage porte sur une somme d'argent prise comme objet, puisque isolée dans un compte spécial.

3) *La garantie spéciale au profit des entrepreneurs*

De deux choses, l'une:

a) Le maître de l'ouvrage recourt à un crédit bancaire pour financer la construction. La loi organise alors un versement direct du banquier au profit de l'entrepreneur pour les sommes correspondant aux travaux exécutés. Mais il ne s'agit pas d'une véritable action directe, car la banque ne paie l'entrepreneur que sur l'ordre écrit du maître de l'ouvrage. Le procédé ressemble plutôt à une sûreté personnelle —ouverture de crédit destinée à profiter à un tiers.

b) Le maître de l'ouvrage ne recourt à aucun crédit bancaire spécifique. Dans ce cas, la loi n'impose de garantie que si ce maître d'ouvrage est un professionnel: il peut s'agir alors d'une hypothèque, d'une «consignation» —c'est à dire, d'un gage d'argent— ou d'un cautionnement.

B) LES SÛRETÉS AU PROFIT DE L'ACQUÉREUR OU DU MAÎTRE DE L'OUVRAGE

Ce sont les garanties de bonne fin (1) et les retenues de garantie ou consignations de solde (2).

1) *Les garanties de bonne fin*

La question est fort compliquée, car ces garanties varient dans leur forme, dans leur étendue et dans leur mise en œuvre selon les types de contrats. Leur nom varie aussi: *garantie d'achèvement*, *garantie de livraison au prix convenu*,

etc. Mais le schéma de base est toujours le même. Pour simplifier, on raisonne sur la garantie due par le vendeur en état futur d'achèvement.

Principe: le vendeur doit garantir soit le remboursement de ce que l'acheteur a versé avant l'interruption des travaux, soit l'achèvement de la construction. La loi prévoit même qu'il peut commencer avec une garantie de remboursement —moins coûteuse au début—, puis, à mi-parcours, transformer celle-ci en garantie d'achèvement —moins coûteuse à la fin.

Mais en pratique, la garantie de remboursement est peu utilisée, car psychologiquement elle donne l'impression qu'il existe un très gros risque d'inachèvement. Les vendeurs préfèrent donc la garantie d'achèvement.

Ici apparaît un deuxième principe: la garantie d'achèvement peut être extrinsèque ou intrinsèque. Mais la prétendue garantie intrinsèque, c'est à dire, interne à l'opération, n'est qu'une *probabilité* d'achèvement. Elle est censée exister lorsque les fondations sont achevées et que le financement est assuré à 75% du prix prévu. Et est assurée: *a*) par les fonds propres du vendeur; *b*) par le montant des ventes déjà conclues; *c*) par les crédits confirmés des banques. Mais la somme de tout cela ne fournit pas de certitude absolue. Pour une maison individuelle, la pseudo-garantie est encore plus faible, puisqu'elle consiste seulement à retarder les paiements par rapport à l'avancement des travaux: elle garantit donc que le réveil sera moins douloureux en cas de krach!

Reste alors la garantie extrinsèque, la vraie. Elle suppose qu'un tiers —banque, établissement financier, assureur— s'engage à verser les sommes nécessaires à l'achèvement: soit par un cautionnement solidaire, soit par une ouverture de crédit avec stipulation au profit des acheteurs. Il s'agit donc ici de sûretés personnelles.

2) *Les retenues de garanties et consignations de solde*

Ce mécanisme se retrouve à la fois dans la vente en état futur d'achèvement et dans le contrat de construction d'une maison individuelle avec plan proposé. En gros, 95% du prix est payable à l'achèvement et le solde de 5%, à la livraison. Or, en cas de contestation sur la conformité, la loi autorise l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage à retenir le solde à titre de garantie, mais en le déposant chez un tiers convenu —ou, à défaut, chez un tiers désigné par le juge. Cela lui permet d'exercer une pression sur le vendeur ou constructeur afin qu'il accomplisse les réparations ou finitions nécessaires.

Cette consignation s'analyse en un gage-espèces tout comme les dépôts de garantie. Mais il y a lieu de remarquer qu'elle constitue aussi une sûreté pour le

professionnel, lequel a désormais la certitude d'être payé dès lors qu'il aura bien achevé son travail.

C) LES SÛRETÉS AU PROFIT DU BANQUIER

Distinguons selon que celui-ci finance l'acquéreur ou le vendeur.

1) *Le banquier finance l'acquéreur*

Le Code civil accorde une hypothèque privilégiée au prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble, à la seule condition que la quittance et l'acte d'emprunt, tous deux rédigés en la forme authentique, constatent l'emploi des fonds. Les parties n'ont donc même pas besoin de constituer une hypothèque. Quant au banquier qui finance un maître d'ouvrage, il se fera consentir une hypothèque sur le terrain, hypothèque qui portera de plein droit sur les constructions futures au fur et à mesure de leur édification.

Quand un immeuble collectif est vendu sur plans, il est fréquent que le futur vendeur sollicite des prêts pour le compte de ses futurs acquéreurs. Il sollicite alors autant de prêts qu'il y a d'appartements, chacun étant assorti d'une hypothèque conventionnelle sur l'appartement correspondant. Par la suite, le prêt et l'hypothèque seront transférés à l'acquéreur lors de chaque vente. La seule difficulté est alors de prendre garde que ce transfert n'éteigne pas l'hypothèque en droit. C'était le cas jadis, car la cession de prêt s'analyse en une *novation* par changement de débiteur. Or en droit, la novation éteint les sûretés! Il a donc fallu modifier la loi pour éviter cet inconvénient.

2) *Le banquier finance le vendeur ou le constructeur*

Ici la loi ne prévoit rien de particulier. La banque prendra les sûretés qu'elle voudra ou pourra: cautionnement, gage de valeurs mobilières ou hypothèque en pratique.

II. LA FIDUCIE

Nous verrons le problème théorique (A), les fiducies qui sont pratiquement exclues, c'est à dire, celles portant sur des biens corporels (B), et les fiducies possibles, c'est à dire, celles portant sur des biens incorporels (C).

A) LE PROBLÈME THÉORIQUE

La fiducie est la convention par laquelle un propriétaire, le fiduciaire, transfère sa chose à son créancier, le fiduciaire, en sûreté de sa dette — à charge pour le fiduciaire de retransférer la chose une fois la dette réglée. Deux particularités sont à noter. *Primo*, l'aliénation n'est pas une vente, car le fiduciaire n'a rien à payer. *Secundo*, le fiduciaire n'a pas une propriété entière, puisqu'il n'a pas l'*abusus* et doit conserver la chose pour le compte du fiduciaire. Sa propriété ne deviendra complète que si le fiduciaire n'honore pas sa dette.

Déjà connue des Romains, la fiducie est même l'ancêtre de toutes les sûretés réelles, d'où l'idée qu'elle serait archaïque et rendue inutile par l'existence de sûretés plus perfectionnées. Mais notre époque post-moderne éprouve à nouveau le besoin de cette sûreté, rustique mais plus efficace que nos sûretés sophistiquées. Elle présente toutefois deux dangers: ceux de gaspillage de crédit et de spoliation du débiteur.

Le code civil français n'organise pas la fiducie et même n'en traite jamais, d'où certains déduisent qu'il l'interdit. Mais la liberté se présume et rien, dans le Code ni ailleurs, ne s'oppose à la fiducie, même indirectement. Ses adversaires objectent alors que la propriété est par nature un droit principal qui ne saurait devenir l'accessoire d'une créance. Cet argument n'a aucune valeur: les droits n'ont pas de nature, mais seulement une définition, variable selon les lieux et les époques. Et il serait inconcevable que la propriété, qu'on définit comme le plus complet de tous les droits, ne permette pas de trouver du crédit!

Au surplus, la fiducie existe en France, de façon coutumière, dans le secteur bancaire. La chose existe, mais pas le mot, qui n'est jamais employé, car la fiducie ne fait pas partie de nos traditions. Elle existe même dans certaines lois récentes concernant le secteur des affaires, mais toujours sans le mot...

La vérité est que la fiducie se heurte à de grosses objections quand elle porte sur des biens corporels, dont l'évaluation est incertaine et le maniement trop brutal, de sorte que la loi et la jurisprudence la rendent pratiquement impossible en pareil cas. Mais elle est très utile et utilisée à propos des biens incorporels, qui ne présentent pas les mêmes inconvénients.

B) LA FIDUCIE IMPOSSIBLE (SUR BIENS CORPORELS)

Étudions la fiducie sur les meubles (1) et sur les immeubles (2).

1) *La fiducie sur les meubles*

Elle ressemble beaucoup au gage. Les inconvénients pour le débiteur sont *a priori* les mêmes. Et les avantages pour le créancier paraissent identiques. En effet, le créancier gagiste a le droit de rétention, autrement dit le *droit de retenir le gage jusqu'à ce qu'il ait été payé*: il est donc sûr d'être préféré à tout le monde, comme le fiduciaire, par conséquent.

Mais il y a tout de même une différence. En cas de non-paiement, le fiduciaire est définitivement propriétaire de la chose. Mais pas le gagiste, car le pacte commissaire —la convention par laquelle le gagiste deviendrait propriétaire en pareil cas— est prohibé. Cette prohibition repose sur la crainte de l'usure: pour une créance impayée de 300, le créancier s'emparerait d'un bien valant 1000!

Or toute la difficulté vient de là. Chaque fois que les juges français ont affaire à une fiducie sur meuble corporel —conclue en général à l'étranger—, ils considèrent que ce contrat: *a)* dissimule un gage; *b)* contient un pacte commissaire caché contraire à la législation sur le gage. Et ils l'annulent! Ainsi, il faudrait un texte de loi précis pour autoriser cette fiducie. Mais pareille innovation est-elle souhaitable? On peut en douter.

2) *La fiducie sur les immeubles*

Elle a l'inconvénient de déposséder le débiteur. Mais on peut y remédier si le fiduciaire donne l'immeuble à bail au fiduciaire —fiducie-bail. Le débiteur reste alors dans les lieux, comme en cas d'hypothèque, car il ne risque pas d'être primé par certains privilèges —celui des salaires, par exemple.

Toutefois, la fiducie, à la différence de l'hypothèque, épuise d'un seul coup tout le crédit du propriétaire d'un immeuble. Et ce dernier court le même risque de spoliation qu'avec la fiducie sur meuble corporel. Enfin, si le fiduciaire a malhonnêtement vendu l'immeuble, il y aura conflit entre le fiduciaire et l'acquéreur. Et notre système de publicité foncière n'est pas organisé pour résoudre ce cas.

On peut donc parfaitement concevoir que, par choix politique, les pouvoirs publics veuillent interdire cette fiducie. Mais en France, ce n'est même pas nécessaire. En effet, les droits de mutation sont dus à chaque transfert de propriété, donc deux fois dans le cas normal. Comme ils dépassent le 5%, cela fait au total une charge fiscale de l'11%, qui suffit à dissuader les deux parties.

C) LES FIDUCIES UTILISÉES (SUR MEUBLES INCORPORELS)

1) *La fiducie portant sur une somme d'argent*

On la confond régulièrement avec le gage-espèces, mais cette fois la situation est très différente, car les risques du pacte commissoire et de l'usure n'existent pas ici: il va de soi, en effet, que l'attribution définitive de la somme ne se fera qu'à due concurrence de la créance garantie.

Or voici un exemple très répandu: le locataire verse un «dépôt de garantie» en entrant dans les lieux, dépôt égal à deux mois de loyer, afin de garantir le bailleur contre les dégradations qu'il pourrait commettre. Mais ce dépôt de garantie n'a rien de commun avec ceux que nous avons déjà rencontrés, car il n'a pas lieu entre les mains d'un tiers convenu, *mais du bailleur lui-même*, c'est à dire, de l'éventuel créancier. L'opération ressemble certes à un gage, mais du fait que l'argent est fongible, le bailleur devient propriétaire des fonds à charge de restituer la même somme en fin de bail.

Néanmoins, tout le monde parle ici de gage-espèces. Cela tient au fait que le juge pénal, si le bailleur se met dans le cas de ne pas rembourser, considère qu'il y a gage afin de pouvoir appliquer les sanctions de l'abus de confiance. Mais cette jurisprudence est critiquable! Pour qu'on puisse parler de gage, il faudrait que les billets soient remis dans un coffret dont le locataire aurait la clé, car les billets seraient alors individualisés et bloqués. Mais c'est une hypothèse d'école.

La fiducie-espèces est assez fréquente: cas des acomptes versés au cocontractant —par exemple, au constructeur d'une maison individuelle avec fourniture de plan (*vide supra*)—, cas des professionnels qui doivent déposer une somme à leur entrée en fonction pour garantir contre leurs éventuels détournements et autres responsabilités, cas des entreprises-vidéo qui se font remettre un chèque de garantie par ceux qui leur louent des cassettes, etc.

De même, en donnant l'empreinte de ma carte bancaire, je permets à mon partenaire de se payer, mais aussi, par le fait, de se constituer un dépôt fiduciaire. Ainsi, je ne reste que trois nuits à l'hôtel où j'avais réservé pour un mois. L'hôtel se paie des trois nuits et d'une somme supplémentaire à titre de dédit. Or je conteste que ce dédit soit dû. Du moins, l'hôtel a-t-il déjà une sûreté lui garantissant ce paiement, à supposer qu'il y ait effectivement droit. Ainsi, la somme prélevée fonctionne comme une fiducie jusqu'au dénouement du litige.

Quant à la garantie autonome, elle est un substitut de la fiducie: il s'agit, rappelons-le, de l'engagement de payer une certaine somme pour garantir l'exécution d'un certain contrat, mais sans pouvoir opposer les exceptions tirées de

ce contrat. A l'origine, un maître de l'ouvrage surpuissant exige que l'entrepreneur lui verse environ 10% du marché pour garantir la bonne exécution de celui-ci —dépôt fiduciaire. Faute d'avoir les liquidités suffisantes, l'entrepreneur obtient que sa banque s'engage à verser cette somme dès que le maître de l'ouvrage la réclamera —et ce dernier accepte cette solution de rechange. Le tout sans que la banque puisse refuser au motif que l'entrepreneur aurait bien exécuté le marché, car en pratique le maître d'ouvrage n'appelle la garantie qu'en cas de litige et pour se donner un moyen de pression. Ainsi, la banque paie sans discussion et se fait rembourser par l'entrepreneur. La garantie personnelle a donc débouché sur une fiducie. Et il ne faut pas y voir un substitut du cautionnement, car en pareil cas la garantie porterait sur la totalité de l'obligation et non sur le 10% de celle-ci.

2) *La fiducie sur titres*

Les dangers de la fiducie sur biens corporels —gaspillage de crédit, spoliation du débiteur— disparaissent évidemment quand celle-ci porte sur une somme d'argent. Ils disparaissent encore lorsque la fiducie porte sur des titres dont la valeur est immédiatement et objectivement connaissable: le créancier ne peut plus s'enrichir indûment.

C'est pourquoi la pratique bancaire a mis au point depuis longtemps, et en marge des textes, des pratiques fiduciaires qui fonctionnent très bien et sans donner lieu à aucun contentieux. Ces fiducies, qui portent sur des valeurs mobilières ou des effets négociables, sont diverses et souvent complexes. On se bornera à citer la *mise en pension*, qui est la plus simple: une banque qui a besoin de crédits à court terme transfère la propriété d'effets, actions ou obligations, à un établissement de crédit ou même à une autre banque, qui lui consent des avances. Après remboursement, le prêteur restitue les titres.

3) *La fiducie sur créances*

Elle peut toujours être pratiquée par la voie de la cession de créance, mais il s'agit là d'une opération lourde et malcommode. Aussi, certaines lois ont-elles organisé des fiducies beaucoup plus faciles à mettre en œuvre.

Ainsi de la fiducie sur créances professionnelles. Un commerçant, qui a des créances sur divers clients, les répertorie dans un bordereau qu'il signe et transmet à son banquier, en garantie d'un crédit que celui-ci lui accorde pour son ac-

tivité professionnelle. Le banquier, lorsqu'il reçoit le bordereau, le date, et cette simple formalité rend la cession opposable à tous.

Dans le cas normal, le commerçant se fait consentir par le banquier un mandat d'encaisser les sommes et recouvre effectivement ses créances pour en verser le montant au banquier, à concurrence du prêt —et, bien entendu, le banquier restitue le bordereau si le commerçant l'a intégralement remboursé avant que toutes les créances ne viennent à échéance. Mais si des difficultés surgissent, le banquier révoque son mandat par simple notification adressée au commerçant et il avertit les débiteurs. Dès lors, ces derniers ne peuvent plus payer valablement qu'entre les mains du banquier.

Cela dit, la sécurité de la banque n'est pas absolue: si la créance transférée a fait l'objet d'une lettre de change acceptée, le porteur de bonne foi de celle-ci l'encaisse valablement, pour d'évidentes raisons de sécurité cambiaire. De même, si la créance cédée est une créance de marché, l'entrepreneur ne peut la céder que pour la part de travaux qu'il accomplit personnellement. S'il cède la part correspondant aux travaux réalisés par le sous-traitant, celui-ci sera payé de préférence au banquier. Sans parler du risque que constituent les «traités de cavalerie»...

III. LES SÛRETÉS MOBILIÈRES SANS DÉPOSSESSION

Il faut poser le problème en théorie (A), avant d'étudier les hypothèques mobilières (B) et les gages sans dépossession (C).

A) LE PROBLÈME THÉORIQUE

Ce problème est celui du droit de suite. Si le débiteur vend le bien grevé de sûreté, le créancier peut-il saisir ce bien entre les mains de l'acquéreur? A l'évidence, il ne faut l'admettre que si l'acquéreur a eu la possibilité d'être informé, car sinon il risque de payer deux fois le bien.

Si nous laissons un instant de côté les meubles, nous voyons que l'exemple de l'hypothèque immobilière est instructif. Comme les immeubles, par définition, ne se déplacent pas, il est très facile d'organiser une publicité de l'hypothèque au lieu de situation de l'immeuble. L'acquéreur pourra donc se renseigner; et s'il découvre une hypothèque, il paiera directement le prix entre les mains du créancier: le risque est donc écarté.

Mais les meubles peuvent être vendus à l'autre bout du monde, ce qui rend très difficile l'organisation d'un droit de suite. C'est pourquoi la solution simple

réside dans le gage classique avec dépossession, car la dépossession supprime le problème. En théorie, le débiteur a le droit de vendre le meuble —dont il est toujours propriétaire! Mais, en pratique, personne ne voudrait acheter un bien mobilier que le vendeur ne détient pas.

La difficulté vient de ce que certaines personnes ont besoin tout à la fois d'un crédit et de continuer à disposer du bien. La solution —mais cette fois, elle est difficile— consiste alors à proposer soit une hypothèque mobilière, soit un gage sans dépossession.

Cela dit, le problème reste le même: existe-t-il un moyen d'éviter que l'acquéreur ne paie deux fois? Dans la réponse affirmative, on peut accorder au créancier un droit de suite ou son équivalent —ce que j'appelle un *petit droit de suite*. Dans la réponse négative, il faut revenir à la règle que «meubles n'ont pas de suite par hypothèque».

C'est pourquoi la loi ne crée d'hypothèque mobilière ou de gage sans dépossession que dans les cas où les conditions particulières d'utilisation du bien permettent d'informer en toute sécurité l'acquéreur et, par conséquent, de donner aussi une entière sécurité au créancier. Autrement dit, le problème théorique est résolu par des réponses très pratiques! Pour finir, on aboutit à la règle suivante: en principe, l'acquéreur d'un bien mobilier a un droit inattaquable sur ce bien, car «la possession vaut titre». Donc pas de droit de suite! Mais cette règle ne s'applique qu'au possesseur de bonne foi et s'il existe un moyen d'informer l'acquéreur, donc de le constituer de mauvaise foi, cet acquéreur devra subir le droit du créancier.

B) LES HYPOTHÈQUES MOBILIÈRES

Les trois seuls cas concernent l'hypothèque fluviale —sur les bateaux de rivière—, maritime —sur les navires de haute mer— et aérienne —sur les aéronefs. La sécurité vient ici de ce que ces meubles ont tous un *port d'attache*. Or il ne viendrait à l'idée de personne de les acquérir sans se renseigner au port d'attache! On peut donc organiser une publicité aussi sûrement que pour les immeubles. C'est pour cette raison sans doute que la loi a créé de véritables hypothèques, dont le régime est en tous points semblable à celui de l'hypothèque immobilière. En fait, ces sûretés ne donnent jamais lieu à aucun contentieux.

C) LES GAGES SANS DÉPOSSESSION

En instituant des hypothèques mobilières sur les bateaux, navires et aéronefs, le droit français dérogeait à une tradition très forte, et uniquement à cau-

se du particularisme très accusé de ces biens. Comme ce particularisme ne se retrouve nulle part ailleurs, les autres cas de sûretés mobilières sans dépossession ont tous été organisés sur le modèle du gage. Nous verrons successivement le gage des véhicules terrestres à moteur (1), le nantissement du fonds de commerce (2) et celui du matériel d'équipement (3).

1) *Le gage des véhicules terrestres à moteur*

Il porte sur des véhicules immatriculés, qui par conséquent ressemblent de ce point de vue à ceux qu'on vient de citer. Mais il ne porte, pour des raisons évidentes, que sur les véhicules *neufs*. En outre, il ne garantit que la créance du vendeur à crédit de ce véhicule ou, ce qui revient au même, celle du banquier qui a prêté pour l'acquisition.

C'est un gage légal —le seul qui existe en droit français. Les parties n'ont donc pas besoin de conclure un contrat de gage. Il suffit que la vente soit constatée par un écrit mentionnant le numéro de châssis et enregistré —auprès d'un bureau de l'Administration fiscale—: le gage existe par le seul fait de cet enregistrement.

Et il devient opposable par une inscription à la Préfecture qui a délivré le certificat d'immatriculation. Grâce à quoi, le créancier impayé a droit de préférence sur le prix de vente du véhicule. On notera qu'en cas de perte ou vol de celui-ci, ce droit est reporté sur l'indemnité d'assurance.

La loi n'indique pas si le créancier a un droit de suite. Mais l'usage s'est établi, lors de la vente d'un véhicule d'occasion, de demander un certificat de non-gage à la Préfecture. Il semble donc que l'acquéreur qui n'aurait pas demandé ce certificat —à plus forte raison celui qui aurait appris l'existence du gage—, serait de mauvaise foi et ne pourrait invoquer la règle «possessions vaut titre». Le gagiste aurait donc un petit droit de suite. En fait, l'acquéreur paie probablement entre les mains du créancier, car il n'y a pas de jurisprudence sur ce point...

2) *Le nantissement du fonds de commerce*

Le fonds de commerce est un meuble qui peut être déplacé, mais pas à bien grande distance, car sinon la clientèle disparaîtrait! Un gage ou nantissement sans dépossession devient donc possible, encore qu'il ne porte significativement que sur le fonds lui-même, à l'exclusion des marchandises qui sont trop mobiles. La loi exige un acte authentique —ou un acte privé enregistré— et une pu-

blicité au greffe du tribunal de commerce, prise dans les quinze jours de l'acte. Le créancier se voit accorder expressément un droit de suite, qui cesse toutefois lorsque le débiteur vend séparément les éléments du fonds.

3) *Le nantissement du matériel d'équipement*

Ce nantissement ne peut porter que sur l'outillage et le matériel d'équipement professionnels —à l'exclusion des véhicules immatriculés. La créance garantie est, comme pour ces derniers, celle du vendeur à crédit ou du prêteur pour l'acquisition. Les parties doivent établir un acte authentique ou un acte privé enregistré pour constituer le gage; et procéder dans les quinze jours à une publicité au greffe du tribunal de commerce pour le rendre opposable.

En soi, cette publicité ne suffit pas à conjurer les risques. Mais elle emporte interdiction de vendre le bien sous peine de sanctions correctionnelles. Et, surtout, elle autorise le créancier à apposer sur le bien une plaque impossible à enlever sans laisser des traces suspectes. Les acquéreurs, qui sont par définition des professionnels, chercheront la plaque ou les traces. A défaut, ils seront de mauvaise foi...

CONCLUSIÓ

Si j'avais à réformer le code civil français, je commencerais par en parler avec des banquiers, car il dépend d'eux qu'une sûreté existe ou non dans les faits! Or il ne sert à rien de légiférer sur une sûreté qui n'existera jamais, ni d'ignorer la pratique de celles qui existent.

Après quoi, je me rappellerais que notre droit des sûretés réelles sera toujours, par la force des choses, très touffu, compliqué et encombré. On ne saurait donc le faire figurer tout entier dans le code civil sans encombrer à son tour celui-ci. Donc que me bornerais à tracer les grandes lignes dans le code civil et, pour le reste, à renvoyer aux lois particulières.

Les plus grandes lignes que je proposerais, vous les connaissez déjà: ce sont celles qu'a tracées mon collègue P. Crocq. Mais ce ne sont que des têtes de chapitres et il faudrait aussi remplir les chapitres.

Je commencerais par retoucher les articles relatifs au gage classique, avec dépossession, et j'organiserais tant soit peu le gage portant sur une somme d'argent, car, pour l'instant, tout ce qui le concerne est implicite. Et j'autoriserais explicitement le pacte comissoire dans ce cas particulier. En outre, je distinguerais soigneusement le gage-espèces de la fiducie-espèces.

Puis, j'organiserais la fiducie en la définissant clairement et en l'autorisant, sauf cas particuliers. Peut-être faudrait il l'interdire sur les meubles corporels —surtout, si on maintenait la prohibition du pacte comissoire dans le gage de meubles corporels. Concernant les immeubles, je modifierais les règles de la publicité foncière de façon à rendre la fiducie possible... si le législateur fiscal y consent! Puis j'organiserais la fiducie-espèces, de façon à l'encourager, mais peut-être en prévoyant des protections dans certains cas —limitations, contre-garanties, etc. Je donnerais encore un statut légal à la mise en pension des titres, tout en renvoyant sur ce point aux usages de la banque. Reste à savoir s'il faudrait autoriser cette pratique entre particuliers: je n'y verrais pas d'inconvénient dès lors que les titres sont dématérialisés et que, par conséquent, tout se réglerait par des écritures bancaires, car ainsi les banques contrôleraient de renvoyer aux lois particulières.

Quant aux gages sans dépossession, je préciserais qu'ils ne sont autorisés que dans les cas prévus par la loi. J'avoue ne pas savoir s'il faudrait essayer de poser quelques principes communs: en tout cas, il n'y aurait pas lieu de faire entrer le numéro de chassis au Code civil...

En résumé, j'essaierais de respecter une impossible frontière: la panoplie des sûretés dans le Code, les choix politiques dans les lois particulières. Ou plutôt: les choix généraux dans le Code, les choix particuliers dans la législation. Pour finir, je n'oublierais pas de rester extrêmement modeste: c'est plus prudent.