

DROIT DES SURETES

Le cours de droit des sûretés est le prolongement nécessaire du cours du droit du crédit. Actuellement il ne peut exister de droit du crédit sans droit des sûretés. Il faut supposer qu'un créancier accepte de son débiteur un paiement à terme; paiement qui peut résulter du contrat ou d'un aménagement du contrat

Il faut partir de la situation d'un créancier qui ne serait pas muni de sûreté c'est à dire d'un créancier chirographaire dont les droits sont les conséquences de la théorie française du patrimoine, conséquence que l'on retrouve aux art 2092 et 2093 C.civ. En vertu de l'article 2092 le créancier peut saisir l'intégralité des biens de son débiteur pour les faire vendre et se payer sur le montant obtenu. D'après l'article 2093 ces sommes sont le gage commun des créanciers

Ce principe compte désormais une limite qui en pratique sera sans doute plus théorique Elle résulte de la loi du 1er Août 2003 sur l'initiative économique qui a introduit l'article L.621-1C.com : « par dérogation aux art 2092 et 2093 une Personne Publique, immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixé sa résidence principale »

En apparence la situation du créancier chirographaire est bonne car il peut saisir tout le patrimoine du débiteur, mais en réalité elle ne l'est pas et ce pour 2 raisons :

- comme le dit l'article 2093 Code civil cette prérogative va appartenir à tous les créanciers. A partir du moment où le montant du est supérieur à ce qui est possédé les créanciers chirographaires ne toucheront pas l'intégralité de leur créance. Ce principe jusque là absolu a été mis en cause par la réforme du droit des voies d'exécution (saisie-exécution) - la théorie du patrimoine dont l'une des caractéristiques est la fluctuation tout au long de la vie Le patrimoine du débiteur va donc varier alors que le créancier peut simplement connaître la situation du patrimoine du débiteur au moment de la constitution du contrat de crédit et non au remboursement En effet entre temps le débiteur aura pu conclure de nouvelles dettes ou diminuer son actif en se séparant de certains biens

Pour lutter contre ce risque le droit offre des moyens Le premier moyen est le délit pénal d'organisation volontaire d'insolvabilité et il existe aussi des moyens civils et notamment 3 moyens tirés du droit des obligations : l'action oblique, l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation

Pour autant cette situation du créancier chirographaire est peu enviable aussi de nombreux créanciers essaient d'améliorer via la technique des sûretés.

Schématiquement il existe trois moyens pour un créancier d'améliorer sa situation :

- adjoindre un second garant à côté du débiteur
- dispenser certains créanciers de la loi du concours et leur accorder une cause de préférence sur l'intégralité du patrimoine du débiteur
- créer un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens déterminés du patrimoine du débiteur

Le ou les biens grevés (leur valeur) sera affectée au paiement prioritaire du créancier. Cette technique va permettre d'offrir au créanciers 2 prérogatives intéressantes : l'octroi d'un droit de préférence et d'un droit de suite c'est-à-dire que le créancier pourra aller chercher le bien en quelques mains qu'il se trouve et pourra se faire payer par préférence.

Le second moyen a en grande partie disparu de notre système juridique et se retrouve exceptionnellement pour les privilèges généraux mais le premier et le troisième moyen se retrouvent en droit positif et forment en la matière les sûretés réelles et personnelles. Cette distinction est essentielle en la matière et tient à la différence de technique de chacune de ces catégories.

Les sûretés personnelles sont issues du droit des obligations alors que les sûretés réelles sont issues du droit des biens. De ce point de vue il n'existe pas de meilleure sûreté ou de sûreté incontournable/

Pour être incontournable une sûreté devra remplir plusieurs caractéristiques :

- de constitution facile
- de constitution peu onéreuse
- de réalisation facile
- de réalisation certaine

C'est souvent le cas du cautionnement mais ce cautionnement n'offre pas toujours une sécurité absolue car la caution doit être solvable et le cautionnement par des cautions professionnelles devient rapidement lourd.

Les sûretés réelles offrent elles aussi des avantages et inconvénients différents. En général elles nécessitent un formalisme important pour leur constitution et des frais importants ex : pour pouvoir produire ses pleins effets, l'hypothèque devra faire l'objet d'une publicité qui donne lieu à la perception de taxes de publicité foncière, et c'est aussi nécessairement un acte notarié.

Le problème qui se pose alors en matière de sûretés réelles tient à ce que pour les mettre en oeuvre il faudra passer par les voies d'exécution dont certaines comme la saisie immobilière sont délicates.

Ce droit des sûretés est depuis quelques années en mouvement et en extension. Jusque dans les 1970's les sûretés étaient principalement constituées par les sûretés réelles et sauf peut-être en matière commerciale le cautionnement ne jouait pas un rôle important car les biens sur lesquels on pouvait prendre des sûretés réelles apparaissaient comme le reflet de la solvabilité du débiteur. A partir des 1970's on est entré dans le cycle de la crise économique où la confiance des créanciers dans un débiteur était en recul et quand on a moins confiance, on prend plus de sûretés.

On a aussi vu le développement de toute une série de règles ayant pour but la protection du

débiteur En 1804 il fallait protéger le créancier mais depuis la deuxième guerre mondiale on a assisté à un renversement de tendance et c'est le débiteur que l'on protège. Initialement cette « course-poursuite » entre les créanciers et le législateur a d'abord profité aux sûreté personnelle et on a assisté au développement du droit du cautionnement qui a été l'occasion d'un fort contentieux mais rapidement les créanciers ont considéré que le cautionnement n'était pas toujours suffisant pour préserver leurs intérêts notamment sur la scène internationale et ont imaginé une garantie particulière : la garantie à première demande.

Pour autant le droit des sûretés réelles n'est pas resté figé et on a vu une résurgence de garanties plus frustrées mais très efficace comme la propriété garantie L'idée consiste à dire que pour un créancier, la meilleure façon de se préserver est de conserver la propriété du bien à l'origine du financement. A partir du moment où l'on acquiert un bien avec paiement à terme il sera stipulé que la propriété du bien demeurera acquise au vendeur jusqu'à complet paiement et donc si le débiteur ne paie pas le créancier va rechercher le bien

Comme le droit des sûretés a beaucoup bougé on peut se demander s'il est encore nécessaire de distinguer « sûreté » et « garantie » A ce sujet deux conceptions doctrinales s'opposent - conception extensive : Dans le droit des sûretés il faut introduire toutes les techniques conférant un avantage particulier à un créancier ce qui permet d'intégrer de nombreuses techniques comme l'action directe. L'idée de cette conception est économique : il faut s'arrêter au résultat final de l'opération - conception plus juridique et plus étroite : on doit se limiter aux différents procédés entrant dans la catégorie des sûretés réelles et sûretés personnelles.

On pourrait définir la sûreté comme l'affectation de la valeur d'un bien ou du patrimoine d'un tiers à la satisfaction du créancier

Le droit des sûretés est un droit qui est en total bouleversement du au passage d'un système où la personne du créancier était prédominante à un système où c'est celle du débiteur qui est protégée. Ce droit est ainsi à la recherche d'un équilibre entre la sécurité du créancier et la protection du débiteur aussi voit on apparaître le mécanisme de la « proportionnalité » Il y a donc un affaiblissement de toutes les sûretés pour des raisons générales et spécifiques à chaque catégorie mais parmi les raisons générale la modification d'orientation du droit des procédures collectives C'est d'abord vrai dans le droit du r.j / l.j : initialement ce droit était conçu comme une voie d'exécution globale permettant aux créanciers d'obtenir le paiement notamment en fonction des causes de préférence dont ils bénéficiaient puis à partir des réformes de 1967 et 1985 on a changé d'orientation en mettant au premier plan la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi avec pour conséquence le sacrifice d'une grande partie des droits des créanciers Le législateur était conscient que pour redresser une entreprise il fallait de nouveaux crédits et de nouveaux financements et donc fait passer en premier les créanciers postérieurs à la procédure De plus, par définition, l'ouverture de la procédures collectives démontre l'insolvabilité du débiteur or c'est à ce moment là que devrait jouer les sûretés. Cependant le principe est l'arrêt des poursuites individuelles et voies d'exécution. Le créancier muni de sûretés réelles ne pourra actionner le débiteur et ce phénomène est d'autant plus important que le droit des procédures collectives est en perpétuelle extension : commerçants, artisans, agriculteurs et le projet de réforme prévoit une extension pour les entreprises libérales A côté de cette procédure sont apparues des procédures collectives « allégées » pour les Personne Publique. en dehors de leur activité professionnelle Depuis 1989 il existe une

procédure spécifique dite de « surendettement des particuliers » qui a été modifiée en même temps que la conception du surendettement des particuliers. En 1989 on parlait du principe que le plus souvent le surendettement était un surendettement actif puis on s'est aperçu qu'en fait il était le plus souvent passif d'où l'idée qu'il faut encore plus protéger ce débiteur. De plus depuis la loi Borlo sur la rénovation urbaine il existe 2 procédures de surendettement :

- une procédure amiable devant les commissions de surendettement. Il s'agit de trouver un accord entre les principaux créanciers et le débiteur qui aura pour but de « traiter » le surendettement c'est à dire que ce mécanisme va conduire soit à un effacement des dettes soit à un moratoire aussi le plus souvent le jeu des sûretés sera comme paralysé
- une procédure judiciaire de « rétablissement personnel » qui s'applique quand le traitement conventionnel est impossible. Cette procédure déclenche un effacement des dettes du débiteur et donc on ne peut plus mettre les sûretés en jeu.

Donc assez souvent les sûretés vont disparaître au moment où elles devraient entrer en jeu ce qui est plus ou moins marqué selon qu'elle est personnelle ou réelle. De plus les créanciers vont souvent augmenter le nombre de sûretés qu'ils exigent de leur débiteur.

Ces créanciers ont aussi recherché des techniques juridiques de garantie permettant de contrecarrer les règles des procédures collectives principalement par la propriété sûreté

PARTIE I : LES SURETES PERSONNELLES

La sûreté personnelle consiste dans l'engagement d'un ou plusieurs tiers à la dette de payer le créancier au lieu et place du débiteur défaillant ou réputé défaillant. La technique est simple : on conjure le risque d'insolvabilité en adjoignant un ou plusieurs patrimoines qui vont répondre de la dette c'est à dire que le créancier aura toujours un droit de gage général mais celui-ci portera sur plusieurs patrimoines. Pendant longtemps on a considéré que ces sûretés personnelles étaient en quelques sortes des sûretés inférieures aux sûretés réelles c'est pourquoi pendant longtemps, du moins en matière civile, elles étaient peu utilisées mais on assiste à une multiplication du droit des sûretés personnelles. En effet on a vu qu'elles n'étaient pas aussi inefficaces qu'on le disait et elles permettent souvent en réalité de contourner l'écran créé par la personnalité morale. Pendant longtemps il n'a existé qu'une seule sûreté personnelle prévue et réglementée par le Code civil : le cautionnement. On avait toujours admis à côté l'existence de techniques permettant d'avoir un effet de garantie important. C'est le cas de la solidarité passive et de la délégation imparfaite.

Assez vite cette technique est apparue insuffisante et la pratique s'est tournée vers de nouvelles sortes de sûreté personnelle qu'elle a créées de toutes pièces.

TITRE 1 : LE CAUTIONNEMENT

C'est le contrat par lequel une personne dite caution s'engage à régler à un créancier la dette d'un débiteur si celui-ci ne s'exécute pas lui-même. Cette définition présente un défaut car on a l'impression que le cautionnement est un contrat subsidiaire c'est à dire que la caution ne pourra être actionnée que si au préalable le créancier s'est tourné vers le débiteur qui en l'a pas encore payé. C'est dans ce sens que le Code civil a réglementé ce contrat mais aujourd'hui une grande majorité de contrat de cautionnement est doublée de solidarité et de ce fait le créancier pourra librement s'adresser soit au débiteur principal, soit à la caution pour le paiement de la dette. Ce contrat est réglementé par le Code civil aux art 2011 à 2043 mais cette réglementation est trompeuse car désormais il existe de nombreuses dispositions sur le cautionnement dans d'autres codes dont le Code de la consommation. Si on examine les dispositions du Code civil on s'aperçoit qu'à part quelques modifications le contrat n'a pas vraiment fait l'objet d'une réforme d'ensemble. Pourtant il a totalement changé depuis 1804. En effet en 1804 il était considéré comme un contrat d'ami ou un contrat qui jouait dans les relations familiales. Aujourd'hui ces hypothèses subsistent mais le cautionnement a changé de visage du fait de la « bancarisation du cautionnement ». Les banques agissent souvent comme caution pour des opérations relativement importantes. Pour elle le système est intéressant car en réalité on se trouve en présence d'une technique de crédit par signature et les banques prêtent leurs signature sans avoir de décaissement à faire. Pour le créancier l'avantage est très important car les banques sont a priori des grants solvables et ils sont quasiment sûrs d'être payés à l'échéance. C'est aussi avantageux pour le débiteur car la fourniture d'une telle caution est souvent un élément important dans la négociation contractuelle, sans avoir à mobiliser son actif même s'il devra payer ce prêt de signature et que cette rémunération peut aller jusqu'à 3% par an du paiement garanti. Les banquiers de leur côté se sont mis aussi de plus fréquemment à exiger des cautionnements, phénomène qui n'a pas touché que le droit des sociétés.

Le cautionnement est aussi marqué par le droit de la consommation car ces cautionnements étaient souvent demandés pour les crédits à la consommation mais le phénomène s'est aussi produit dans le domaine du crédit immobilier. Dans ce domaine s'est développé le cautionnement mutuel : des sociétés sont créées dans le but de cautionner et le banquier prêteur va exiger de l'acquéreur de l'immeuble qu'il souscrive un contrat de cautionnement.

A partir du moment où le nombre de cautionnement a augmenté il est apparu de nombreux litiges qui ont influés sur sa réglementation. Pendant un temps c'est pratiquement uniquement la jurisprudence qui a façonné le contrat de cautionnement et elle l'a fait le plus souvent dans un sens favorable aux cautions surtout Personne Publique. Mais depuis quelques années le législateur intervient plus fréquemment et on assiste à un phénomène nouveau : les règles du Code civil apparaissent comme un « droit commun » du cautionnement à côté duquel viennent se greffer des réglementations particulières ex : cautionnements donnés en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier. Désormais c'est plus souvent la caution Personne Publique, qui, sur un certain nombre de points va bénéficier de règles particulières. Le législateur veut qu'elles soient convenablement informées et que l'engagement des cautions demeure raisonnable (introduction du formalisme et d'une certaine forme de proportionnalité).

CHAPITRE 1 : LES DONNEES ESSENTIELLES DU CAUTIONNEMENT

Le mot de cautionnement peut revêtir plusieurs sens :

- dans le langage commun il évoque souvent l'idée d'un dépôt de somme d'argent or ce dépôt est une sûreté réelle.
- si on se place sur l'idée de sûreté personnelle on voit que ce mot peut, là aussi revêtir deux sens différents
- l'opération de cautionnement : cette opération est en réalité une opération qui met aux prises 3 personnes : créancier, débiteur et caution qui s'engage à la demande du débiteur mais qui est liée par un contrat de garantie avec le débiteur
- contrat de cautionnement qui vise seulement le contrat unissant la caution et le créancier

La terminologie est ambiguë car le Code civil avec ce mot vise tantôt l'opération et tantôt le contrat

I : L'OPERATION DE CAUTIONNEMENT

l'article 2011 Code civil définit le contrat de cautionnement : « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même »
Cette définition se limite aux relations issues du contrat créancier / caution mais elle fait apparaître le rôle joué par le débiteur principal

A) LE ROLE DU DEBITEUR PRINCIPAL

Son rôle est a priori simple : fournir au créancier une sûreté : le contrat de cautionnement. Malgré tout son rôle est ambiguë car il est à l'origine du rapport contractuel entre le créancier et la caution tout en demeurant extérieur à ce rapport. En réalité le contrat préalable entre le débiteur principal et la caution est un contrat d'ordre. Le rôle du débiteur principal est d'autant plus important que la caution n'est qu'une garante et qu'elle ne doit pas supporter le poids définitif de la dette c'est à dire qu'elle pourra recourir contre le débiteur principal. Si on se place lors de la formation du cautionnement il aura obligatoirement un caractère accessoire qui postule l'existence d'une obligation entre le créancier et le débiteur principal. Cette nécessité pour le débiteur de trouver une caution peut avoir pour origine soit le contrat, soit la loi, soit le juge. En pratique la convention est de loin la source la plus importante de cautionnement mais les expressions de cautionnement légal et judiciaire sont équivoques. Elles signifient que dans certaines hypothèses c'est la loi où le juge qui vont imposer au débiteur de fournir une caution au créancier, mais les relations entre le débiteur et le créancier seront des relations contractuelles.

Le domaine du cautionnement légal est assez mouvant et dépend de la volonté du législateur. Par ex les art 601 et 626 obligent l'usufruitier ou le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation de fournir une caution; en cas de perte d'une lac celui qui l'a perdu peut en obtenir le paiement moyennant fourniture d'une caution. Cependant doit on qualifier de cautionnement les « garanties professionnelles » ? L'ass pleinière a répondu par la négative. Sur le terrain du cautionnement judiciaire l'octroi de sûreté est subordonné à l'appréciation et à la décision du juge ex en matière de divorce où la prestation compensatoire prend encore la forme d'une rente. Ces cautionnements présentent des particularités archaïques : ils imposent que la caution soit domiciliés dans les ressort de la Cour Administrative où le cautionnement doit être donné, la caution doit avoir un bien suffisant pour répondre de la dette et cette solvabilité s'apprécie uniquement par rapports aux immeubles dont la caution est propriétaire sauf dette modique ou matière commerciale. La jurisprudence a atténué cette dernière obligation car c'est au créancier d'apprécier la solvabilité de la caution c'est à dire qu'il peut accepter une caution ne répondant pas aux prescriptions du Code civil.

B) LE ROLE DU CREANCIER

Pendant longtemps on a affirmé que le rôle du créancier était tout à fait limité. Il est à l'origine le plus souvent de l'opération de cautionnement mais le contrat de cautionnement s'analyse comme un contrat unilatéral : seule la caution prend un engagement d'où la conclusion que le créancier a seulement à accepter le contrat. Cette affirmation semble de moins en moins exacte. Dans l'hypothèse d'un cautionnement d'un montant illimité pour des dettes futures (ouverture de crédit) la décision du créancier d'octroyer un nouveau crédit va obligatoirement influencer sur le contrat de garantie. Il y a une hypothèse classique où le contrat de cautionnement devient synallagmatique quand le créancier rémunère la caution mais dans ce cas le contrat est disqualifié en une assurance-crédit.

Si on reste sur le contrat unilatéral, on voit que des obligations sont à la charge du créancier :

- une obligation traditionnelle dans l'article 2037 Code civil (dès 1804) « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution » Il peut arriver qu'une caution s'engage car le créancier a d'autres sûretés sur le débiteur. or, si la caution paie, elle va bénéficier d'un recours subrogatoire et de ce fait elle va être titulaire de sûreté. on sanctionne par la déchéance du cautionnement le fait pour un créancier de laisser dépérir ses sûretés. Il a l'obligation de maintenir ses autres garanties
- les autres obligations sont plus récentes et de plus en plus importantes. Il s'agit de toutes les obligations d'informations. Dans la conception classique il appartient à la caution de rechercher l'information. Aujourd'hui la situation n'a pas changé sur le plan des principes mais on a telle ment multiplié les hypothèses où le créancier est tenu d'informer la caution que le principe est devenu quasi vide. Il n'existe pas un principe général d'obligation d'information de la caution par le créancier mais des obligations d'information particulières qui se sont multipliées. Ces obligations légales d'information se retrouvent lors de la formation du contrat ou lors de l'exécution.

C) LE ROLE DE LA CAUTION

La caution apparaît comme le personnage central de l'opération de cautionnement Elle est le pivot de l'opération en ce qu'elle entretient des relations contractuelles avec le créancier et envers le débiteur

Originellement dans les relations entre le débiteur et la caution les rédacteurs du Code civil les avaient conçues comme gratuites mais ce n'est plus obligatoirement le cas aujourd'hui Il est fréquent que la caution se fasse rémunérer. Ici, cette question a amené à s'interroger sur le point de savoir si la caution souscrit un engagement à titre gratuit ou non envers le créancier ? Le créancier reçoit-il un avantage à titre gratuit ? La réponse ne peut être que négative et ce pour 2 raisons :

- la caution n'a pas d'intention libérale envers le créancier
- en réalité le créancier ne va subir aucun enrichissement du fait du cautionnement Le paiement effectué par la caution au créancier éteint la dette du débiteur envers le créancier et en réalité la caution verse seulement au créancier ce qui lui est dû On est incontestablement en présence d'un acte à titre onéreux

Pendant longtemps la personne de la caution était indifférente et on appliquait les mêmes règles à toutes les cautions mais le système s'est modifié et de plus en plus souvent on effectue deux distinctions : l'opposition entre personnes morales et personnes physiques et l'opposition entre les cautions averties et les cautions profanes. Les cautions personnes physiques et les cautions profanes bénéficient d'un traitement de faveur

II : LES VARIETES DE CAUTIONNEMENT

La diversité des hypothèses et circonstances où le cautionnement s'applique amènent à distinguer selon les personnes cautions ou les modalités de cette sûreté et pour cette raison on devrait faire quatre distinctions : caution simple et caution solidaire, caution civile et caution commerciale, certificat de caution et sous cautionnement

A) LE CAUTIONNEMENT SIMPLE ET LE CAUTIONNEMENT SOLIDAIRE

Autrefois cette distinction apparaissait comme la plus importante mais depuis quelques années le cautionnement simple a quasiment disparu et pratiquement tous les cautionnements sont solidaires

Pourtant on assiste à une volonté législative de limiter dans certains cas les cautionnements solidaires

L'article 47 2° de la loi du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle et l'article L.341-5 Code de la consommation prohibent ce cautionnement solidaire dans l'hypothèse des cautionnements généraux. Selon le second de ces textes « les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si

l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global expressément et contractuellement déterminé incluant le principal, les intérêts, les frais accessoires » Le non respect de cette règle est donc sanctionné par une transformation en cautionnement simple. Le cautionnement solidaire atténue la différence entre le cautionnement et la solidarité. Comme l'avait dit la Cour de cassation la solidarité ne change pas la nature du cautionnement mais modifie seulement certains de ses effets. Il existe en effet une différence classique entre solidarité et cautionnement. En principe le codébiteur solidaire est un débiteur principal personnellement intéressé à la dette et à l'inverse la caution est un débiteur accessoire qui n'est pas personnellement intéressée à la dette puisqu'elle se contente de la garantir. Toutefois, la caution solidaire va être tenue plus sévèrement que la caution simple. En effet la caution simple bénéficie de 2 prérogatives écartées pour le cautionnement solidaire :

- le bénéfice de discussion : le créancier avant d'actionner la caution doit poursuivre le débiteur principal et ce n'est que s'il ne le désintéresse pas qu'il actionnera la caution
- le bénéfice de division : il apparaît dans l'hypothèse où une même dette envers un même créancier est garantie par une pluralité de caution. Dans le cautionnement simple, le créancier doit fractionner ses poursuites envers les cautions alors que dans le cautionnement solidaire le créancier pourra s'adresser à n'importe quelle caution pour le paiement de toute la créance garantie

On ajoute aussi que les effets secondaires de la solidarité s'appliquent en cas de cautionnement solidaire c'est à dire la représentation mutuelle des coobligés

B) LE CAUTIONNEMENT CIVIL ET LE CAUTIONNEMENT COMMERCIAL

Pendant longtemps, le cautionnement avait quasiment toujours un caractère civil : c'est un service d'amis, dans le cadre familial. Ce caractère civil subsiste dans l'hypothèse où le detteur est un particulier. Le principe demeure qu'a priori le cautionnement est un contrat civil mais il va devenir commercial dans 4 hypothèses :

- la caution se fait rémunérer
- l'application de la commercialité par la forme pour les actes fait à propos d'un acte de commerce par la forme ex aval des lettres de change.
- l'application des actes de commerce par nature : sera commerciale le cautionnement donné par un commerçant pour les besoins de son commerce
- le cautionnement est un cautionnement intéressé de nature patrimoniale ce qui vise les cautionnements donnés par les chefs d'entreprise ou les associés majoritaires de la société. La Cour de cassation considère toutefois que la qualité de dirigeant ne donne pas automatiquement lieu à un cautionnement commercial

La première conséquence de cette distinction est que le cautionnement civil relève des tribunaux civil et le cautionnement commercial des tribunaux de commerce ce qui est important du fait des divergences entre la ch.civ et la ch. com. Cour de cassation La seconde est que l'on retrouve la différence de prescription : 30 ans en matière civile et 10 ans en matière commerciale

La troisième est que pendant longtemps la différence entre les actes civils et commerciaux tenait au fait que le contrat civil obéissait à la preuve par écrit et le contrat commercial à celle par tous moyens. Cependant depuis 1980 la liberté de la preuve se limite aux seuls actes de

commerce fait par les commerçants. On applique aussi la théorie des actes mixtes. En réalité la raison la plus importante de distinction entre ces deux catégories tenait au fait qu'en matière commerciale il existe une présomption de solidarité ainsi tout cautionnement commercial sera solidaire sauf à en disposer autrement.

C) LE CERTIFICAT DE CAUTION ET LE SOUS-CAUTIONNEMENT

L'article 2014 Code civil alinéa 2 dispose « On peut aussi se rendre caution non seulement du débiteur principal mais aussi de celui qui le cautionne ». Le certificat de cautionnement s'analyse comme le cautionnement de la caution. L'intérêt est que si la caution est insolvable le créancier agira contre le certificateur. Le sous cautionnement arrive souvent dans le domaine international quand un créancier ne veut pas être garanti par le banquier de la nationalité du débiteur mais par un banquier de sa nationalité. Ce banquier n'acceptera de s'engager que s'il est lui-même garanti par le banquier du débiteur. En réalité on a deux contrats de cautionnement qui sont émis : l'un entre le créancier et la caution banque nationale; l'autre entre la caution banque nationale et la caution banque du débiteur principal.

D) LE CAUTIONNEMENT REEL

Cette sûreté ne posait pas de difficulté autrefois. Il apparaît comme une sûreté mixte à la fois réelle et personnelle. Une caution sera tenue envers un créancier de la valeur du bien affecté en garantie c'est à dire que le garant sera tenu seulement à hauteur du bien donné en garantie. L'avantage pour un créancier d'accepter cette sûreté est que lorsqu'on affecte un bien en garantie on affecte une valeur relativement stable et que le créancier aura sur ce bien un droit de préférence.

Cette garantie a suscité un abondant contentieux sur sa nature juridique : sûreté personnelle ou sûretés réelles ? De là dépend la réglementation applicable. Pendant un premier temps la 1^{er} ch.civ avait affirmé que le cautionnement réel était une sûreté réelle : le créancier avait souscrit simplement une obligation propre avec comme conséquence que l'on excluait toutes les règles du cautionnement. Dans le même temps la ch com avait adopté une conception mixte : le créancier bénéficiaire « dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance en cas de défaillance du débiteur principal; ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement ». La 1^{er} ch.civ est ensuite revenue sur sa conception le 15 mai 2000 la caution « reste seulement tenue en cette qualité du paiement de la dette sur ses biens propres et revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés ». La conception mixte du cautionnement réel est sans doute la meilleure : dès lors qu'un tiers a garanti autrui on est nécessairement en présence d'une variété de cautionnement d'où plusieurs conséquences :

- au niveau du droit des régimes matrimoniaux, l'article 1415 applique à cette sûreté
- de même et de façon générale les règles du cautionnement ont vocation à s'appliquer

chaque fois qu'elles ne seront pas contrariées par une disposition spécifique du droit des sûretés.

III : LES CARACTERISTIQUES DU CAUTIONNEMENT

A) LE CAUTIONNEMENT; CONTRAT ACCESSOIRE

Lorsqu'il définit le cautionnement, l'article 2011 Code civil dispose que la caution s'engage à éventuellement satisfaire à l'obligation du débiteur »
Ce caractère accessoire est le lien existant entre une sûreté donnée par un tiers et la dette garantie. Mais pour le cautionnement le sens de ce caractère accessoire est encore plus important en ce que la garantie et l'obligation garantie vivent dans une étroite dépendance qui se retrouve principalement pour les effets et l'extinction de la sûreté
Ce caractère accessoire est exprimé par 2 dispositions :
- art 2012 alinéa 1 Code civil : le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable
- art 2013 alinéa 1 Code civil : le cautionnement en peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté à des conditions plus onéreuses
Ce caractère accessoire n'est pas pour autant de l'essence des sûretés personnelles en ce qu'il est possible aux parties de l'écartier mais il faudra requalifier la sûreté, le plus souvent en garantie à première demande.
Ce caractère accessoire influe sur les obligations pouvant être cautionnées et l'étendue de l'engagement. Il explique le particularisme en la matière de la cause et de l'objet

1. Les obligations pouvant être cautionnées

a. Principe : seule une obligation valable peut être cautionnée

Le cautionnement d'une obligation nulle est sans effet. Ce n'est toutefois pas une nullité du contrat de cautionnement. Cela tient au fait que la naissance du cautionnement est liée à la naissance de l'obligation garantie. A la limite un contrat de cautionnement pourrait être valablement conclu avant la naissance d'une dette mais il n'accédera à la vie juridique qu'à la naissance de cette dette. Une dette future même indéterminée pourra être cautionnée à condition d'être déterminable lors du déclenchement de la garantie
En raison de son caractère accessoire le cautionnement ne produira aucun effet en cas de nullité de l'opération principale. Le principe est que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal
Une difficulté se pose en matière de nullité qui invite à distinguer entre nullité relative et absolue.

S'il y a une cause de nullité absolue la caution pourra l'invoquer comme tout intéressé et donc si elle a été prononcée elle sera dégagée
S'il y a une cause de nullité relative, normalement l'action n'est ouverte qu'à la personne protégée, donc au débiteur principal. On admet toutefois que la caution puisse se prévaloir de

la cause de nullité.
 De plus, la confirmation est pour cette nullité toujours possible d'où la question de l'opposabilité de la confirmation à la caution l'article 1338 Code civil indique que la confirmation est inopposable aux tiers mais cette disposition ne s'applique qu'aux ayant cause à titre particulier du confirmant ce que n'est pas la caution qui demeurera tenue A partir du moment où il y a nullité il y a restitution. Est-ce que le cautionnement va devoir garantir cette restitution ? La jurisprudence a adopté une solution certaine mais critiquable. Elle a statué en matière de prêt : le cautionnement demeure tant que les parties n'ont pas été remise dans l'état antérieur à la conclusion du prêt. Cette solution heurte le caractère accessoire du cautionnement mais elle a été rendue à plusieurs reprises tant par la 1er ch.civ, que par la ch.com
 De même pour les contrats successifs la jurisprudence a décidé que seule la disparition des obligations nées de ce contrat peut entraîner la disparition du cautionnement lequel conserve son efficacité à l'égard des obligations subsistantes
 La vie du cautionnement est aussi influencée par l'obligation couverte. Le point de départ de la prescription de celui du cautionnement est celui de l'obligation principale. Toutefois, il ne faut pas en conclure qu'il y a toujours identité. Le cautionnement retrouve son indépendance pour tout ce qui ne touche pas directement à sa fonction de garantie ce qui vise les clauses compromissaires et les clauses attributives de juridiction
 Même si le cautionnement garantie principalement des obligations contractuelle, il peut garantir des obligations délictuelles à seule condition que celles-ci soient déjà nées

b. Le cautionnement de la dette d'un incapable

l'article 2012 alinéa 2 Code civil dispose que « l'on peut néanmoins cautionner une obligation encore qu'elle put être annulée par une exception purement personnel à l'obligataire par exemple dans le cas de minorité »
 Cette règle datant de 1804 s'explique par l'histoire de cautionnement. Originellement il était fondé sur la solidarité familiale.
 Cette règle permet à un créancier de faire supporter à une caution (généralement un proche parent) les conséquences de l'incapacité du débiteur
 Juridiquement cette exception se rapproche plus de la promesse de porte-fort que des règles du cautionnement

2. L'étendue de l'engagement de la caution

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Un tel cautionnement n'est pas nul, mais sera réductible à hauteur de l'obligation principale
 L'étendue de l'obligation nécessite d'envisager plusieurs hypothèses :
 - la caution garantie une dette déterminée : l'article 2016 Code civil la dénomme « cautionnement indéfini une obligation principale » Ce texte précise que ce cautionnement s'étend alors à tous les accessoires de la dette. les accessoires sont ceux qui apparaissent comme la conséquence directe de l'obligation couverte. Cela vise en premier lieu les intérêts (conventionnels, légaux ou moratoires), leur taux ne pouvant excéder ce qui est dû par le débiteur principal.
 Le droit des procédures collectives infléchit parfois cette règle puisque l'article L.621-48 C.com prévoit que le jugement d'ouverture du r.j arrête le cours des intérêts mais les coobligés

et cautions ne peuvent s'en prévaloir
Cela vise aussi les frais de justice occasionnés par le recouvrement de la créance et les indemnités contractuelles
- la caution se porte garante de toutes les dettes d'un débiteur à l'égard d'un créancier. c'est le « cautionnement omnibus » Ces cautionnements sont les plus dangereux et pourtant la jurisprudence n'hésite pas à les valider. Il y a toutefois une volonté des tribunaux d'essayer par des recherche de volonté de les limiter à une catégorie de dette
- la caution fixe un maximum à son engagement Ces cautionnements posent une seule difficulté quand plusieurs cautions se sont engagées pour un montant déterminé : S'additionnent elles ou s'appliquent elles pour une même fraction de la dette ? Tout est interprétation de volonté, le principe étant que le doute profite à la caution

3. La cause et l'objet du cautionnement

a. La cause du cautionnement

Dans le droit du cautionnement, elle a fait l'objet une importante controverse doctrinale
- la 1ere thèse consiste à dire que le cautionnement est un acte abstrait et par conséquence valable indépendamment de sa cause Cette théorie suscite une difficulté car le droit français est causaliste et que rien dans la réglementation ne permet de trouver un support pour la théorie de l'acte abstrait
- les 2 autres théories sont causalistes et s'opposent sur la cause du contrat de cautionnement
- la cause se situerait dans les relations entre le créancier et le débiteur. il y a cautionnement car il y a une obligation à cautionner. Cette théorie a été retenue par un arrêt de la ch com du 8 nov. 1972 L'Empereur. L'inconvénient de cette théorie tient au fait que finalement la cause va se confondre avec le caractère accessoire du cautionnement .
- Pour cette raison, certains auteurs sont venus dire que la cause doit être recherchée dans les relations qui unissent la caution et le débiteur principal : service d'ami rendu ou rémunération Cette solution est difficile à admettre car on fait dépendre la cause d'un contrat d'un autre contrat

Cette question en pratique n'a pas une grande portée car lors de la formation du contrat la cause se confond avec le caractère accessoire du cautionnement
Certaines cautions ont toutefois voulu faire jouer un rôle à la cause dans l'exécution du contrat ce qui vise deux hypothèses :
- le chef d'entreprise qui a cautionné les dettes de sa société. Il démissionne et oublie de résilier son cautionnement. la société est soumise à une procédures collectives et il est recherché comme caution
- un époux cautionne les dettes de la société de l'autre. ils divorcent et la caution omet de résilier le cautionnement. son ex conjoint fait faillite
L'un des moyens de défense des cautions consistait à dire que la cause de la caution se situait dans le mariage ou l'exercice des fonctions de dirigeant et que le cautionnement devrait disparaître avec ces événements.
Cette position n'a logiquement pas été admise compte tenu de la conception du cautionnement du droit du cautionnement qui fait de la cause un élément de formation et non d'exécution du contrat
Cet inconvénient est pallié par les obligations d'information

b. L'objet

Pendant longtemps l'objet ne posait pas de problème Il consiste simplement dans le paiement de la dette du débiteur principal Il doit être licite et déterminé ou déterminable ce qui ne suscitait pas de difficultés car si l'objet est illicite le contrat est illicite et par la théorie de l'accessoire on aboutissait à l'annulation du cautionnement Cette théorie a reçu un regain d'intérêt avec la garantie à 1ere demande En effet se sont développés des questions de qualification Pour résoudre cette difficulté il faut passer par la théorie de l'objet. Pour les garanties à première demande, l'objet consiste dans le versement d'une somme d'argent indépendante du contrat couvert mais en matière de cautionnement la caution s'engage à payer la dette du débiteur principal

B) LE CAUTIONNEMENT; CONTRAT CONSENSUEL

Traditionnellement le cautionnement est parfait par le seul échange des consentements Pourtant l'article 2015 Code civil pose une règle semblant démentir cette affirmation : « le cautionnement ne se présume point; il doit être expresse » En réalité cette disposition s'analyse uniquement en une règle d'interprétation qui impose au juge d'effectuer une vérification de la déclaration de volonté de la caution qui devra résulter d'actes positifs, par conséquent le cautionnement ne peut jamais être tacite Pourtant, il existe actuellement une tendance de la législation à faire du cautionnement un contrat formaliste.

C'est d'abord le Code de la consommation qui a imposé la rédaction de mention manuscrites pour la validité même du contrat. Toute personne physique s'engageant comme caution pour garantir une opération de crédit à la consommation ou de crédit immobilier doit, à peine de nullité, recopier une mention manuscrite prescrite par l'article L.313-7 Code de la consommation

De même l'article L.313-8 Code de la consommation prévoit aussi une mention manuscrite pour le cautionnement solidaire

La loi du 21 juillet 1994 sur l'habitat prévoit aussi un formalisme par le biais d'une mention manuscrite obligatoire des cautions pour les cautionnements à durée indéterminée des baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989

Cette tendance au formalisme a été accentuée par la loi du 1er Août 2003 sur l'initiative économique dont le domaine d'application est très large puisque le système s'applique à toutes les Personne Publique. qui s'engagent envers un créancier professionnel. Suivant le nouvel art L.341-2 Code de la consommation « toute Personne Publique. qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit à peine de nullité de son engagement faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : en me portant caution de X dans la limite de la somme couvrant le paiement du principal, de intérêts et le cas échéant des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ___ je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfaisait pas lui-même »

Ce formalisme présente un caractère en grande partie régressif et il est illusoire de penser que quelques mots dictés par un établissement de crédit permettront à un profane de valablement comprendre à quoi il s'engage. Les juges n'auront aucun pouvoir d'appréciation : soit la mention est exactement recopiée et le cautionnement est valable, soit elle ne l'est pas et le cautionnement est nul.

Cette nouvelle disposition pose des problèmes. Elle utilise la formule « Je m'engage à rembourser le prêteur » est-ce à dire que cette disposition est limitée au cautionnement des contrats de prêts au sens de l'article 1892 Code civil ? Telle n'a pas été la volonté du législateur et il vaut mieux considérer que le texte vise les différentes opérations de crédit consenties par les établissements de crédit comportant une avance de fonds de la part du banquier.

Le cautionnement d'un montant indéterminé paraît être condamné par ce texte car la mention impose de mentionner la somme garantie ou ce qui caractérise ces cautionnements c'est que l'on en peut fixer de montant à leur souscription. Pourtant, l'article L.341-5 Code de la consommation dispose que les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un engagement global d'où la possibilité d'un cautionnement à montant indéterminé.

La même remarque peut être faite pour la durée. La mention manuscrite impose qu'elle figure mais l'article L.341-6 Code de la consommation qui établit une obligation d'information dispose que si l'engagement est à durée indéterminée le créancier rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée aussi la validité de ces cautionnements semble-t-elle admise.

Le non respect de ces prescriptions est sanctionné par la nullité du contrat. Là encore les juges n'auront aucun pouvoir d'appréciation. Ils ne pourront plus tenir compte de la qualité de la caution.

Depuis quelques années le cautionnement simple était quasiment tous les cautionnements étaient en voie de disparition et quasiment tous les cautionnements étaient devenus solidaires. Le législateur a voulu réagir contre cette pratique qui tient encore plus la caution. Là encore le législateur s'est trompé : les textes mis en place visent seulement le bénéficiaire de discussion et non celui de division.

Selon l'article L. 341-3 Code de la consommation « lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire la Personne Publique, qui se porte caution doit à peine de nullité de son engagement faire précéder son engagement de la mention manuscrite suivante : en renonçant au bénéfice de discussion de l'article 2221 Code civil et en m'obligeant solidairement avec X je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X »

Pour les cautionnements les plus dangereux le législateur va exiger la rédaction par la caution de 2 mentions manuscrites mais là encore on retrouve des imperfections. Le domaine d'application est le même que précédemment : créancier professionnel et caution personne physique mais surtout le législateur n'a pas fait de distinction entre le cautionnement donné par acte sous seing privé et celui donné par acte notarié pour lequel la mention ne s'impose pas vraiment compte tenu du devoir de conseil du notaire. L'autre critique tient à la sanction : on aurait pu penser que la sanction naturelle de l'omission

de cette mention serait la nullité partielle. Pourtant le législateur a prévu une sanction excessive : la nullité de l'intégralité du contrat de cautionnement.

C) LE CAUTIONNEMENT; CONTRAT UNILATERAL

Il est en principe un contrat unilatéral en ce que seule la caution souscrit un engagement positif vis-à-vis du créancier qui se contente d'accepter l'engagement. La conséquence de ce caractère unilatéral tient à l'application de règles de preuve spécifiques : le cautionnement sera soumis à la mention manuscrite de l'art 1326 Code civil mais pas à celle du double de 1325. Malgré tout, il existe une tendance législative consistant à mettre à la charge du créancier un certain nombre d'obligations. Celles-ci ne disqualifient pas le cautionnement en contrat synallagmatique car il n'y a pas d'interdépendance entre les obligations.

CHAPITRE 2 : LA FORMATION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

I : LES CONDITIONS DE FORMATION

Le cautionnement est avant tout un contrat, aussi est-il soumis au droit commun des art 1108 et suivants Code civil, mais ces règles vont subir des infléchissements dus à son rôle de garantie.

A) LE CONSENTEMENT

1. L'existence

Le cautionnement nécessite un accord de volonté entre la caution et le créancier. Aucun texte du Code civil ne formule cette obligation qui résulte de la définition même du contrat de cautionnement.

Pourtant, l'article 2015 Code civil prévoit que l'engagement de la caution doit être express, mais il s'agit principalement d'une règle d'interprétation, ce qui veut dire pratiquement que le silence ne vaudra jamais consentement. À l'inverse, l'acceptation du créancier résulte de toute attitude impliquant obligatoirement son accord, notamment l'exercice de poursuites contre la caution. Tant que cette acceptation n'est pas intervenue, on est en présence d'une offre de cautionnement qui n'a pas en principe de caractère obligatoire et pourra être rétractée par son auteur.

Pourtant, il existe parfois des attitudes ambiguës :

- la première hypothèse est celle où un dirigeant de société par une même signature se porte avaliseur d'une ldc et accepte l'effet au nom de la société. La jurisprudence a admis que cette signature unique puisse valoir comme aval et comme acceptation.
- la seconde est celle où les cautions soutiennent a posteriori qu'elles croyaient que leur

signature correspondait à une simple formalité ou garantie morale La jurisprudence agit au coup par coup et a admis que les illettrés puissent ne pas avoir compris la portée de leur engagement.

La jurisprudence met aussi parfois à la charge des créanciers professionnels un devoir de conseil pouvant aller jusqu'à dissuader la caution de s'engager

2. L'intégrité du consentement

La théorie du consentement est souvent invoquée car elle apparaît souvent comme le dernier espoir des cautions voulant se dégager Il faut alors trouver un équilibre entre l'intégrité du consentement et l'efficacité de la sûreté Comme dans le droit commun on retrouve l'erreur, le dol et la violence

a. L'erreur

Elle ne joue pas un grand rôle en matière de cautionnement car comme le contrat ne porte pas sur une chose l'erreur ne peut s'entendre que du motif principal et déterminant ce qui rend plus rare son application L'erreur la plus fréquemment invoquée est celle sur la solvabilité du débiteur principal Il semble que l'on soit en présence d'une erreur sur la personne mais cette proposition ne peut être retenue car le débiteur est un tiers au contrat de cautionnement. Il s'agit donc d'une erreur sur la substance. Mais ici cette erreur ne peut être retenue car toute caution pourrait se prévaloir de l'insolvabilité du débiteur principal au jour de l'échéance pour refuser d'exécuter son engagement ce qui nierait l'existence même de la sûreté. Toutefois, certaines cautions sont venues dire que la situation patrimoniale du débiteur principal au moment de l'engagement peut constituer un élément déterminant La Cour de cassation a adopté une position nuancée : il ne pourra y avoir erreur que si les cautions avaient fait de cette circonstance la condition de leur engagement et la jurisprudence considère que cette condition peut être tacitement exprimée D'autres erreurs ont été invoquées : l'erreur sur l'étendue des engagement en peut être retenue car elle s'analyse en erreur sur la valeur; pour les autres il faudra regarder s'il on est en présence d'un élément substantiel aussi la jurisprudence semble t'elle parfois contradictoire

b. Le dol

Le cautionnement peut être annulé sur le fondement du dol en application de l'article 1116 Code civil et c'est d'ailleurs l'argument le plus souvent invoqué par les cautions qui vont reprocher au créancier son manque de loyauté à la formation du contrat On retrouve ici une idée classique : les manoeuvres doivent avoir un caractère déterminant pour amener la caution à conclure Le cautionnement, par sa nature, se prête facilement à ces manoeuvres et la jurisprudence tend à admettre plus facilement le dol quand la caution est profane On retrouve ici la possibilité d'avoir des manoeuvres positives ou une réticence dolosive, fréquemment invoquée : le créancier savait que la situation du débiteur était irrémédiablement compromise et n'en a pas informé la caution Dans ce cas la jurisprudence annule souvent les cautionnement ce qui revient à imposer une obligation d'information aux établissement de

crédit créanciers
De qui doivent émaner les manoeuvres. Dans le droit commun elle doivent émaner du cocontractant, non d'un tiers. La jurisprudence applique strictement cette règle et considère que les manoeuvres du débiteur principal ne sont pas constitutives du dol ce qui est parfois critiqué par certains auteurs. Pour eux le débiteur principal n'est pas un vrai tiers en ce qu'il est partie à l'opération de cautionnement

c. La violence

Elle n'a pendant longtemps pas joué un grand rôle en la matière qu'il s'agisse d'une violence physique ou morale Un arrêt de la ch.com du 28 mai 1991 a toutefois paru ouvrir une nouvelle voie à ce vice. La Cour de cassation l'avait admis pour des menaces par le créancier d'utilisation ayant d'une voie de droit ayant conduit une épouse à s'engager comme caution Mais cette décision critiquée est restée isolée. A terme pourrait toutefois se poser la question de la contrainte économique comme constitutive de violence

B) LA CAPACITE ET LES POUVOIRS

1. La capacité

La caution s'engage à titre personnel et elle pourra éventuellement être tenue sur l'intégralité de son patrimoine aussi doit elle avoir la capacité de contracter Cette règle est rappelée par l'article 2018 Code civil La caution prend un engagement accessoire qu'elle souhaite ne pas avoir à exécuter même si elle risque d'avoir à se substituer au débiteur défaillant mais, du moins en théorie ce paiement est provisoire car la caution qui aura payé aura des recours contre le débiteur principal aussi sa capacité sera t'elle celle d'un prêteur sauf les rares hypothèses où la caution consent une libéralité

2. Les pouvoirs

a. Les époux communs en biens

La loi du 23 dec 1985 a entendu protéger les biens communs contre les dangers du cautionnement. on a voulu éviter qu'un époux engage les communs par un cautionnement à l'insu de l'autre aussi l'article 1415 Code civil dispose que « chacun des époux ne peut engager que ses propres et revenus par un cautionnement ou un emprunt à moins que ceux ci n'aient été consenti avec l'accord du conjoint qui, dans ce cas n'engage que ses propres » Le cautionnement donné par un époux sans le cautionnement de son conjoint : le gage du créancier s'exercera sur les propres de la caution et sur ses fruits et revenus Le cautionnement est donné par un époux avec le consentement de son conjoint : le gage du créancier s'exercera sur les propres de la caution, ses fruits et revenus et sur les communs Les fruits et revenus du conjoint qui a consenti sont ils engagés ? une réponse affirmative semble

devoir s'imposer
Le cautionnement est donné par les 2 époux : le gage du créancier s'exercera sur tous les
propres et tous les communs

Le domaine du texte est particulièrement large car la jurisprudence applique cette disposition non seulement au régime légal mais aussi dans les régimes communautaires conventionnels. les garanties concernées sont aussi nombreuses car y sont astreint le cautionnement réel, l'aval et pour certains juges les garanties à première demande

l'article 1415 Code civil exige un consentement express du conjoint pour l'engagement de la communauté. il devra être préalable à la conclusion du contrat et donné pour un cautionnement précis. Pour d'évidentes raisons de preuve il devra être fourni par écrit mais n'a pas à respecter les prescriptions de l'article 1326 Code civil La sanction en cas de non respect consiste dans une réduction du gage du créancier Chaque époux, même celui qui s'est porté caution pourra se prévaloir de cette disposition En pratique il sera parfois difficile de savoir si un bien est ou non saisissable par le créancier et notamment les comptes bancaires

b. Les représentants d'une personne morale

Une pm peut être créancière bénéficiaire d'un cautionnement mais aussi être débitrice cautionnée Les problème se posent lorsque cette pm décide de se porter caution. En principe il n'y a pas d'incapacité en ce domaine pourtant il faut tenir compte du principe de spécialité et de certaines dispositions législatives

Le principe de spécialité comporte deux aspects :

-le premier, légal, pose le principe de capacité des pm a poursuivre la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie
- le second , conventionnel est défini par les associé et précise l'activité de la société
Sur le terrain de la spécificité légale la difficulté voient de ce que la société caution ne retire ni bénéfice, ni contrepartie mais à partir du moment où le cautionnement s'analyse comme un acte intéressé le principe sera respecté
Pour la spécialité conventionnelle il n'existe en général pas de grande difficulté car le plus souvent l'objet social est défini en termes larges
Pourtant des abus sont toujours possibles aussi le législateur est il intervenu Les articles L. 223-1; L.225-43 et L.225-91 C.com ont interdit le cautionnement consenti par une SA ou une SARL au profit des dirigeants sociaux ou des associés; pour les autres, il faudra regarder l'intérêt de la société

la loi pose aussi des règles spéciale pour l'octroi des garanties pour certaine sociétés. Les cautions, avals et garanties délivrés par les SA autres que les établissements bancaires doivent être accordé par le CA ou le CS Il en résulte alors une lourdeur dans la procédure d'octroi Normalement l'autorisation doit être fournie pour chaque opération mais le conseil peut aussi, dans la limite qu'il fixe autoriser pour une durée maximum d'un n le président à octroyer des garanties

Le bénéficiaire de ces garanties doit vérifier l'existence de l'autorisation sans se contenter une mention dans le contrat indiquant son octroi
La nature de la sanction a suscité des incertitudes mais désormais la Cour de cassation s'est

prononcée en faveur de l'inopposabilité La nullité apparaissait pourtant adaptée puisque la procédure d'autorisation s'apparente à une incapacité d'exercice or, dans le cas de la représentation légale l'acte accompli sans le respect des prescriptions encourt la nullité relative

c. Les mandataires

Le cautionnement peut être consenti par un mandataire Il suffit d'appliquer les règles du droit commun du contrat de mandat La procuration fixe l'étendue de la garantie et par conséquent le mandant ne sera tenu que par les éléments figurants dans la procuration et non par ce qui aura été effectivement signé par le mandataire dans l'hypothèse où les conditions seraient plus onéreuses

La jurisprudence a aussi exigé que le mandat reproduise la mention manuscrite de l'article 1326 Code civil

II : LA PREUVE DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement pour entrer dans une phase active doit être prouvé. Les questions de preuve vont se voir appliquer les règles de droit commun parfois infléchies tant quand à l'objet que quand au mode de preuve

A) L 'OBJET DE LA PREUVE

En théorie celui qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement doit commencer par prouver l'existence de la garantie puis il devra démontrer que la dette réclamée était bien garantie par le cautionnement; enfin, certaines modalités de la garantie ne pourront être appliquées que moyennant leur démonstration

Selon l'article 2015 Code civil l'intention de se porter caution doit avoir été positivement exprimée c'est à dire que les juges ne pourront se baser sur de simples présomptions, même graves et concordantes et le silence n'est jamais constitutif d'un cautionnement Cela dispense le juge d'effectuer des recherches rétrospectives toujours aléatoires sur une prétendue volonté des parties

Ce caractère express protège les tiers intervenus à un titre quelconque à la convention et que le créancier impayé voudrait faire passer pour une caution Soit le tiers en intervenant a exprimé une volonté de se substituer à l'éventuelle défaillance du débiteur et alors la qualification de cautionnement s'impose, soit son intervention est morale ou autre et il n'a pas d'obligation de cautionner

En cas de preuve sur l'étendue de l'engagement de la caution, le cautionnement existe mais le créancier doit démontrer que la créance dont le paiement est réclamé est garantie par le contrat de cautionnement . l'article 2015 Code civil interdit d'étendre le cautionnement au delà des limites dans lesquelles il a été consenti En pratique il arrive rarement que l'on tente de prouver que le cautionnement garantie une dette déterminée sauf quand il existe une pluralité

de lien contractuel entre les créanciers et le débiteur principal et que seuls certains d'entre eux sont couverts par la sûreté.

A l'inverse, la question se pose souvent de savoir s'il faut étendre le cautionnement aux accessoires de la dette garantie La preuve des modalités du cautionnement concerne souvent le caractère solidaire ou non du contrat En matière civile, l'article 1202 Code civil dispose que la solidarité ne se présume pas et qu'elle doit être expressément stipulée. Si on excepte les règles formalistes le principe est qu'aucune forme particulière n'est exigée Il a ainsi été décidé une clause de solidarité peut figurer dans un règlement annexe à l'acte de cautionnement. En revanche, en matière commerciale il est admis depuis longtemps que la solidarité est présumée, mais là encore certaines dispositions de la loi sur l'initiative économique vont imposer parfois pour la validité même de la stipulation l'existence d'une mention manuscrite

B) LES MODES DE PREUVE

Le cautionnement s'analyse traditionnellement en un contrat consensuel et unilatéral. Hormis certaines hypothèses l'écrit n'est pas une condition de validité de l'engagement mais au point de vue probatoire cet écrit s'avère pratiquement indispensable il sera soumis aux dispositions des art 1341 et svts Code civil dès lors que son montant est supérieur à 300 E Depuis la loi du 13 mars 2000 l'écrit peut être un écrit électronique Toutefois ce principe de la preuve par écrit compte une limite, celle de l'article L.110-3 C.com

1. Le principe de la preuve par écrit

Comme tous les contrats non solennels l'écrit peut être sous seing privé ou par acte authentique et si les cautionnements sont parfois consentis par acte notarié celui ci n'est jamais obligatoire sauf cautionnement hypothécaire en raison du formalisme de la constitution d'hypothèque

Etant un contrat unilatéral il n'est pas soumis à la formalité du double de l'article 1325 Code civil ce qui est une faiblesse du cautionnement : plutôt que d'imposer certaines obligations d'information la remise d'un exemplaire du contrat à la caution devrait être exigé en principe Comme tous les contrats unilatéraux avec obligation de somme d'argent, le cautionnement est soumis à la mention manuscrite de l'article 1326 Code civil : « L'acte par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre comportant la signature de celui qui souscrit cet engagement et la mention écrite par lui même de la somme et de la qualité en toute lettre et en chiffre; en cas de différence l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres »

La mention manuscrite ne s'avère pas toujours< nécessaires : les cautionnements donnés par des personnes physiques en garantie de crédit à la consommation ou immobilier ou ceux donnés par des Personne Publique. aux profit de créanciers professionnels sont soumis à une mention manuscrite spéciale qui remplace celle de l'article 1326. Il en va de même depuis le 21 juillet 1994 pour le cautionnement des obligations d'un locataire Les cautionnements par acte notarié n'y sont pas assujettis car on considère que le devoir de conseil du notaire est suffisant . Dans les rares cas où le cautionnement devient synallagmatique, il ne sera pas soumis à 1326

Code civil La prorogation de cautionnement est dispensée de mention manuscrite, mention qui diffère pour les cautionnements d'un montant déterminé ou indéterminé

a. Les cautionnements d'un montant déterminé

Lorsque le cautionnement est d'un montant déterminé, la caution, en vertu de l'article 1326 Code civil doit revêtir le contrat d'une mention manuscrite correspondant aux prescriptions de l'article 1326 Code civil c'est à dire qu'elle doit écrire en chiffre et en lettre le montant de la somme couverte. Pendant longtemps cela n'a pas posé de difficulté. Le texte avait un but clair : protéger la caution et plus largement la personne qui s'engage mais cette règle est seulement une règle de preuve en conséquence pendant des années on considérait que l'écrit imparfait ne conduisait pas à la nullité mais pouvait seulement constater un commencement de preuve par écrit. Mais la 1ère ch civ est venue dire que la mention de l'article 1326 était une règle de forme et en son absence ou si elle est imparfaite le cautionnement est nul. La Cour de cassation visait tant l'article 1215 que l'article 1326 C.civ. Cette solution était d'autant plus mauvaise que la ch com continuait à ne voir qu'une règle de preuve. Les 2 chambres se sont accordées sur une formule de compromis : on se trouve en présence d'une règle de preuve à finalité de protection.

Mais le débat n'est pas resté sur ce seul terrain : lorsque la mention manuscrite figure régulièrement sur le contrat on s'est demandé si cette somme était un maximum ou si on pouvait y ajouter les accessoires. Pour la 1ère ch civ il fallait que la mention manuscrite indique expressément que les accessoires étaient couverts et quels étaient ces accessoires sinon pour ces accessoires la mention manuscrite était incomplète et seulement constitutive d'un commencement de preuve par écrit. Pour la ch com les accessoires étaient englobés. Cette dispute s'est terminée le 29 oct. 2002 par un abandon par alinéa 1ère ch civ de sa position. En effet la situation antérieure avait donné aux cautions un moyen facile de se dégager en tout ou partie de leurs engagements. Cet arrêt cantonne la mention manuscrite de l'article 1326 à un rôle purement probatoire. La mention manuscrite joue seulement un rôle de preuve et à partir du moment où l'on a prouvé l'existence de la dette principale on a dans le même temps réussi à prouver l'existence des accessoires de la dette couverte. Malgré tout cette jurisprudence voit indirectement son domaine d'application réduit avec la loi du 1er Août 2003 : pour la Personne Publique, il existe presque toujours une mention manuscrite stéréotypée prévue par le Code de la consommation.

b. Les cautionnements d'un montant indéterminé

Ces cautionnements sont les plus dangereux car lors de leur souscription la caution ignore le montant de la dette qu'elle garantit et l'hypothèse la plus fréquente est celle du dirigeant de société qui en garantit les dettes. Avant la loi du 1er Août 2003 la jurisprudence avait posé en règle qu'ils étaient valables mais depuis cette loi il existe une incertitude car la mention manuscrite doit comporter la somme garantie.

Dans l'hypothèse où ils sont valables ils présentent une difficulté face à la question de cette mention car on ne peut leur appliquer directement l'article 1326 puisqu'on ignore le montant de la dette.

Pour cette raison la jurisprudence a institué en quelque sorte une mention manuscrite de substitution c'est à dire que celle-ci doit comporter une formule indiquant que la caution a connaissance et conscience de la portée de l'engagement qu'elle prend : la jurisprudence est plus ou moins exigeante selon que la caution est intégrée aux affaires de la société garantie

2. L'exception de l'article L.110-3 Code de commerce

l'article L.110-3 Code de commerce prévoit la liberté de la preuve pour les actes juridiques à condition que l'on soit en présence d'un acte de commerce effectué par un commerçant La conséquence quand au cautionnement est que s'il s'analyse en un acte de commerce effectué par un commerçant il sera soumis à la liberté de la preuve

CHAPITRE 3 : LES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

Si on prend le mot de cautionnement dans son sens le plus étendu, l'étude de ses effets devrait se limiter à la mise en oeuvre de la garantie c'est à dire aux seuls rapports entre la caution et le créancier Toutefois, si on se place dans une optique plus large c'est à dire celle de l'opération de cautionnement on va devoir s'attacher à d'autres effets dus à ce que cette sûreté a été déclenchée ou qu'elle est sur le point de l'être aussi des recours vont s'ouvrir à la caution qui, étant un simple garant, ne va pas être tenue au règlement définitif de la dette et pourra agir contre le débiteur principal

I : LES RAPPORTS ENTRE LA CAUTION ET LE CREANCIER

Tant que le cautionnement n'est pas activé par le créancier, la sûreté se trouve en quelque sorte dans une phase de somnolence. Dans la majorité des cas cette phase va durer jusqu'à extinction de la sûreté. En effet la plupart des dette cautionnées sont remboursées spontanément par le débiteur principal mais il se peut aussi qu'il en rembourse pas et que le créancier mette en oeuvre sa sûreté ce qui fait entrer le cautionnement dans une phase active Toutefois cette distinction entre somnolence et phase active n'est plus exacte compte tenu des obligations d'information mises à la charge du créancier Enfin, il faut tenir compte de la distinction entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire

A) LA MISE EN OEUVRE DU CAUTIONNEMENT

L'objet du cautionnement consiste pour la caution à payer la dette d'autrui aussi cette caution doit s'attendre à être actionnée par le créancier et même à subir une procédure de recouvrement forcé si elle ne s'exécute pas spontanément. Mais le créancier doit parfois respecter certaines règles :
-Lorsque le débiteur principal est tenu à une procédures collectives il sera tenu de déclarer sa créance dans la procédure

- Depuis la loi du 29 juillet 1998 l'article 2024 alinéa 2 Code civil prévoit que l'action du créancier contre la caution Personne Publique. ne peut avoir pour conséquence de priver cette caution d'un minimum de ressource équivalent au RMI A priori la mie en jeu du cautionnement se produit uniquement par référence à l'obligation couverte mais ce serait oublier que par certains cotés le cautionnement est aussi un contrat régit par ses propres stipulations d'ou des interrogations sur l'étendue de l'obligation de la caution et sur l'échéance de l'obligation couverte

1. L'étendue de l'obligation de la caution

Selon l'article 2013 Code civil le cautionnement ne peut excéder ce qui est du par le débiteur ni être contracté à des conditions plus onéreuses. un tel cautionnement n'est pas nul mais réductible à la mesure de l'obligation principale. De plus en vertu de l'article 2015 Code civil on ne peut pas étendre le cautionnement au delà de ses propres stipulations

La cautionnement d'un montant déterminé comporte en principe les accessoires de cette règle. cette règle est prévue par l'article 2016 sous l'expression de « cautionnement indéfini d'une obligation principale ».

Cette solution est remise en cause pour la plupart des cautionnements souscrit par des Personne Publique. au profit des créanciers professionnels car l'article L.341-2 Code de la consommation prévoit une mention manuscrite qui doit contenir l'indication de la somme garantie et cette somme constitue un maximum Le créancier devra donc faire une estimation des accessoires qui pourraient lui être dus et qu'il devra intégrer au principal pour la faire figurer dans la mention manuscrite Cette idée de limiter en quelque sorte certaines obligations de la caution se retrouve fréquemment dans la législation notamment l'article 47-2 de la loi du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement une dette contractuelle professionnelle consentie par une Personne Publique. au bénéfice d'un entrepreneur individuel sont réputés non écrites si l'engagement n'est pas limité à un montant global qui inclue le principal, les intérêts, les frais et les accessoires Cette solution a été reprise par l'article L.341-5 Code de la consommation en cas de cautionnement consenti par une Personne Publique. au profit d'un créancier professionnel.

Certaines difficultés sont apparues en matière de bail : Lorsque le bail est à durée indéterminée, le cautionnement sera lui-même à durée indéterminée sauf limitation de durée originellement prévue. En cas de bail commercial, il existe un grand principe : il peut être cédé par le locataire moyennant une rémunération mais il est pratiquement toujours prévu qu'en cas de cession du bail commercial l'ancien locataire demeurera solidairement tenu au paiement des loyers dus par le nouveau locataire aussi s'il était garanti par une caution, elle subsiste

a l'inverse il est des hypothèses où, sauf stipulation contraire, le contrat de cautionnement va tomber. il va disparaître en cas de renouvellement du bail car le bail renouvelé est un nouveau contrat.

De même il y a après extinction du bail occupation précaire par l'ancien locataire elle en sera pas couverte par le contrat de cautionnement

l'article 2013 alinéa 2 Code civil prévoit que le cautionnement peut être contracté pour une

partie de la dette et sous conditions moins onéreuses c'est à dire que les parties peuvent inclure au contrat des clauses moins strictes que pour l'obligation garantie mais cela pose aussi des difficultés d'interprétation s'il existe une pluralité de cautionnement d'un montant limité vont ils s'additionner ou s'appliquer à une même fraction de la dette ? il faut faire une recherche de volonté Une caution souscrit toute une série de cautionnement pour toute une série de dettes dont certaines font l'objet de novation : ces nouvelles dettes sont elles couvertes ? A partir du moment où il y a novation, il y a extinction de la dette et donc du cautionnement

Certains engagements sont d'un montant indéterminés. ils sont tout à fait valables et posent parfois des difficultés d'interprétation pour savoir si une dette rentre dans le champs d'application de la garantie. de ce point de vue la jurisprudence tend à interpréter de manière stricte de tels engagements

2. L'échéance de l'obligation

Assez souvent l'échéance de l'obligation garantie et celle du cautionnement coïncident mais il arrive parfois une autre échéance soit stipulée pour le cautionnement. Il est rare que l'échéance de la garantie soit antérieure à celle de la dette car le cautionnement est alors sans intérêt mais cela est tempéré pour les dettes payables à échéances successives et dans ce cas le cautionnement couvrira uniquement les dettes venues à échéance antérieurement à l'extinction du cautionnement. Il est aussi possible que le cautionnement ne comprenne aucune échéance et la caution pourra résilier son engagement à tout moment en étant simplement tenue au paiement des dettes nées avant la résiliation

Désormais on va raisonner sur l'hypothèse la plus fréquent de coïncidence entre l'échéance de l'obligation garantie du cautionnement. il existe un certain nombre de difficultés lorsque l'échéance initiale est modifiée .

a. La déchéance de l'obligation garantie

Cette déchéance peut avoir deux sources :

- déchéance conventionnelle résultant d'un accord entre le débiteur et le créancier : la doctrine et la jurisprudence considèrent que la caution reste tenue de la manière initialement prévue par le contrat de cautionnement mais cette règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent stipuler en sens contraire
- déchéance légale : l'article 1188 Code civil prévoit que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme quand par son fait il a diminué les sûretés données à son créancier. Là encore, sauf stipulation contraire la caution reste tenue de la manière prévue à la conclusion du contrat

les hypothèses de déchéance légales les plus fréquente appartiennent au droit des p.coll. l'article L.621-49 C.com dispose que le jugement d'o du rj ne rend pas exigibles les créances échues à la date de son prononcé, les dettes deviendront exigibles après l'adoption du plan de cession ou après le prononcé de la liquidation judiciaire. là encore on considère que la situation de la caution ne peut pas être modifiée. Toutefois la pratique avait inséré dans les contrat de cautionnement un clause prévoyant l'acceptation d'être actionné alors même que la

créance n'est pas exigible à l'égard du débiteur soumis à la procédure mais la jurisprudence a déclaré nulles de telles clauses

b. La prorogation légale ou judiciaire

Lorsqu'un juge accorde un délai à un créancier c'est parce que son débiteur ne peut exécuter ses obligations au jour de l'échéance aussi on peut émettre l'idée que le cautionnement a pour fonction de remédier à l'éventuelle défaillance du débiteur principal et donc que la caution peut être immédiatement actionnée et c'est la solution que la jurisprudence avait posé traditionnellement

Cette solution subsiste toujours sous forme de principe mais il faut de plus ne plus tenir compte des procédures qui constatent l'insolvabilité d'une personne

* La procédure de redressement et de liquidation judiciaire

Le droit des procédures collectives est par définition une procédure qui constate l'insolvabilité du débiteur principal. Ce droit va suspendre le cours des poursuites individuelles contre le débiteur mais quelles sont les conséquences sur la caution qui n'est pas englobée dans la procédures collectives d'où l'idée que les actions intentées contre les cautions continuent ? l'article L.621-48 alinéa 2 et 3 C.com prévoit que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les caution Personne Publique. Cette règle est injustifiable mais sa raison d'être est simple : le plus souvent les cautions Personne Publique, d'une entreprise sont ses dirigeants ou leurs proches et on a voulu qu'ils recourent le plus rapidement possibles à la p. coll en cas de difficulté. Le tribunal peut suspendre les actions contre la caution pour une durée de 2 ans maximums. On s'est dit également que déclencher la procédures collectives permettait d'éviter la liquidation et donc d'adopter un plan de redressement aussi le législateur a prévu qu'en cas de plan de redressement ces cautions Personne Publique, pourraient bénéficier d'un nouveau délai de 2 ans c'est à dire qu'on sacrifie les droits du créancier qui devra parfois attendre 4 ans pour déclencher sa sûreté

A l'issue de la période d'observation il va y avoir plusieurs possibilités

- cession de l'entreprise : elle laisse subsister les dettes préexistantes c'est à dire que la caution restera tenue au paiement de ces dettes mais non de celles nées postérieurement à la cession
- continuation de l'entreprise avec plan de redressement : le plan comprend toujours 2 types de mesures : remises de dettes et délais de paiement. En cas de report d'échéance, la logique voudrait qu'il en profite pas à la caution car la procédure démontre l'insolvabilité du débiteur mais l'article L.621-65 alinéa 2 C.com fait une distinction injustifiable entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire : les cautions solidaires et coobligés ne peuvent se prévaloir des mesures prévues par le plan de redressement au contraire des cautions simples

* Le surendettement
Depuis 1989 le législateur a institué une procédure de surendettement des particuliers qui répond à la même finalité que la procédures collectives : constater l'insolvabilité du débiteur et essayer de remédier à cet état. on retrouve donc la même problématique pour le cautionnement : à partir du moment où cette procédure est ouverte quelles sont les conséquences pour la caution ?

Cette procédure a lieu, pour sa phase initiale devant les « commissions de surendettement » qui va essayer de parvenir à un accord entre le débiteur et ces créanciers principaux. En général cet accord va déboucher sur des remises de dettes ou des reports d'échéances. La jurisprudence, au mépris du caractère accessoire du cautionnement a décidé que ces remises et délais ne profitait pas à la caution (problématique pour le cautionnement : à partir du moment où cette procédure est ouverte quelles sont les conséquences pour la caution ? Cette procédure a lieu, pour sa phase initiale devant les « commissions de surendettement » qui va essayer de parvenir à un accord entre le débiteur et ces créanciers principaux. En général cet accord va déboucher sur des remises de dettes ou des reports d'échéances. La jurisprudence, au mépris du caractère accessoire du cautionnement a décidé que ces remises et délais ne profitait pas à la caution (qui se retournera contre le débiteur principal) La loi du 1er Aout 2003 a mis en place la procédure de rétablissement personnel. l'idée consiste à dire que même en cas de surendettement on ne peut rien redresser d'où une forme de liquidation judiciaire de la Personne Publique. en contrepartie de quoi on efface ses dettes A la clôture de la liquidation a peu près toutes les dettes sont effacées. l'article L.332-9 Code de la consommation dispose désormais que la clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur à l'exclusion de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé

c. La prorogation conventionnelle

Le créancier peut toujours s'accorder avec le débiteur pour lui accorder du délai en pariant sur un rétablissement de la situation du débiteur Cette remise concerne le rapport entre le créancier et le débiteur principal mais cet accord ne touche pas au lien contractuel entre la caution et le créancier. En outre il faut tenir compte de l'article 2013 alinéa 2 Code civil qui prévoit que la caution ne doit pas être tenue plus sévèrement que le débiteur c'est à dire qu'en principe le créancier devra attendre la nouvelle échéance pour pouvoir actionner la caution et cette solution vaut pour le cautionnement simple comme solidaire mais ici cette solution peut se révéler défavorable pour la caution car les difficultés du débiteur principal peuvent augmenter et sa situation patrimoniale se dégrader or au moment de l'échéance initiale il pouvait être à peu près solvable. La caution a donc une option : soit elle considère que le nouveau délai la satisfait soit l'article 2039 lui permet d'agir immédiatement contre le débiteur principal pour le forcer au paiement

B) LES OBLIGATIONS D'INFORMATION DE LA CAUTION

Il n'existe en droit commun du cautionnement aucune obligation générale d'information de la caution et pendant longtemps on posait en principe qu'il appartenait à la caution de s'informer mais on a assisté à une multiplication de ces obligations La technique législatives sur ce point s'est révélée inopportune et malfaites car au lieu de poser des obligations générales elle a multiplié les obligations spéciales sans tenter de faire un lien entre elles

1. Lors de la formation du contrat de cautionnement

Elles ont d'abord été créées dans le domaine du droit de la consommation et particulièrement en cas de cautionnement par des Personne Publique. d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier .

Les art L.312-8; L.312-6 et L.312-7 Code de la consommation imposent au prêteur bénéficiaire de la caution de remettre à la caution Personne Publique. un exemplaire de l'offre préalable de crédit. Cette obligation est particulièrement impérative car sa non remise conduit à la nullité du cautionnement l'article L.313-7 et svts Code de la consommation imposent aussi à ces cautions Personnes Publiques. la rédaction une mention manuscrite à peine de nullité. une mention manuscrite identique est prévue pour les cautionnements de baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989

La loi sur l'initiative économique a prévu des mentions manuscrites identiques pour les cautionnements souscrit par les Personnes Publiques. au profit de créanciers professionnels

Une obligation d'information assez nouvelle a été prévue par l'article L.313-2 Code monétaire et financier : selon cette disposition lors de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoin de son activité professionnelle l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle ou personnelle consentie par une Personne Publique. doit informer l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise. En cas de non respect de ces règles d'information le créancier ne pourra plus se prévaloir des garanties prises.

Le but de cette disposition est de lutter contre une pratique bancaire : lors de l'adoption des société unipersonnelles en 1985 les banques ont compris que la technique sociétaire avait pour seul but de créer un patrimoine d'affectation d'où l'idée de faire tomber cet écran via un cautionnement d'où cette idée en 1994 de dire qu'on ne peut exiger un cautionnement que si les garanties sur les biens professionnels sont insuffisantes

2. lors de l'exécution du contrat de cautionnement

C'est là que sont apparus le premières obligations d'information notamment la loi du 1er mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises qui a donné une série d'autres obligations L'idée est qu'on doit informer la caution de l'évolution de la dette garantie

l'article L.313-9 Code de la consommation dispose que la caution doit être informée par l'établissement prêteur de la défaillance du débiteur dès le premier incident de paiement caractérisé.

Si cette obligation n'est pas respectée la caution ne pourra pas être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre ce 1er incident et la date à laquelle la caution en aura été informée.

Ici cela vise à nouveau les cautionnements souscrits par des Personne Publique. en garantie d'un crédit immobilier ou à la consommation

Dans le même domaine l'article L.331-3 alinéa 3 Code de la consommation prévoit qu'en cas d'ouverture d'une procédure de surendettement contre le débiteur garanti la commission de surendettement doit informer la caution de l'ouverture de cette procédure même si aucune sanction n'est prévue en cas de manquement

De même l'article L.341-1 Code de la consommation prévoit que toute Personne Publique, qui s'est portée caution doit être informé par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois d'exigibilité de ce paiement. On retrouve la même règle lorsqu'il s'agit d'un cautionnement consenti par une Personne Publique, pour garantir une dette professionnel d'un entrepreneur individuel. Dans ces 2 cas à défaut d'information la caution ne sera pas tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre cet incident et à la date à laquelle elle a été informé

Une autre obligation est posée par l'article 313-22 Code monétaire et financier : selon cet art les établissement de crédit aient accordé un concours financier à une entreprise sous la condition d'un cautionnement par une Personne Publique, ou pm sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commission, frais et accessoires de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution ainsi que le terme de cet engagement Si l'engagement est à durée indéterminée établissement de crédit doit rappeler la faculté de résiliation existant à tout moment. Là encore la sanction consiste dans une déchéance des intérêts échus entre la date de l'information précédente et ce jusqu'à la date de communication de la nouvelle information

Une obligation similaire a été mise à la charge du créancier professionnel par l'article L.341-6 Code monétaire et financier lorsque la caution est une Personne Publique. Cette obligation d'information a suscité un abondant contentieux .Celle-ci s'applique que le cautionnement ait été consenti avant ou après l'octroi de concours financier.

Cette obligation subsiste jusqu'à l'extinction de la dette En principe la forme de l'information est libre mais en pratique ce sont posés des problèmes de preuve : la jurisprudence a posé le principe suivant lequel c'est à la personne tenue une obligation d'information de démontrer qu'elle l'a correctement exécutée. Or, en matière d'obligation d'information les établissements de crédit refusent pour des questions de coût de les adresser par AR. Ils les envoient donc par lettre simple d'où des difficultés et ce d'autant plus que la jurisprudence considère que l'établissement doit démontrer que la dette contenait les informations légales. Toutefois la jurisprudence est revenue a des solutions plus raisonnables car elle a considéré que les établissements pouvaient démontrer par leur listings informatiques que les informations étaient bien parties.

Cette disposition du Code monétaire et financier a été élargie par l'article 47-2 de la loi du 11 février 1994 en cas de cautionnement à durée indéterminée consenti par une Personne Publique, pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel.

Enfin, l'article 2016 alinéa 2 Code civil prévoit qu'en cas de cautionnement indéfini d'une obligation principale par une Personne Publique, celle-ci doit être informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires une fois par an sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités

C) L'HYPOTHESE DU CAUTIONNEMENT SIMPLE; LE BENEFICE DE DISCUSSION

Ce bénéfice semble manifestement la plus naturelle du caractère accessoire et subsidiaire du cautionnement

La définition du cautionnement de l'article 2011 Code civil paraît indiquer que la caution est un garant de seconde ligne ce qui veut dire qu'il faut qu'au préalable le créancier poursuive le débiteur principal et ce n'est que s'il n'est pas payé qu'il pourra actionner la caution. Ce type de cautionnement a en grande partie disparu au profit des cautionnements solidaires mais avec les lois récentes on voit que le législateur tente de lutter contre les cautionnements solidaires.

En vertu de l'article 2022 Code civil la caution doit se prévaloir du bénéfice de discussion dès les premières poursuites dirigées contre elle. Elle doit ensuite indiquer les biens du débiteur principal pouvant être discutés et avancer les sommes nécessaires aux poursuites, les biens ainsi mentionnés devant se situer dans le ressort de la Cour d'appel.

II : LES RECOURS DE LA CAUTION

L'idée essentielle est que la caution est seulement une garante aussi elle n'a pas à supporter le poids définitif de la dette et donc il est logique qu'elle bénéficie de recours contre le débiteur principal mais il est aussi possible qu'une même dette soit garantie par une pluralité de cautionnements et qu'une seule caution soit actionnée

A) LES RECOURS DE LA CAUTION CONTRE LE DEBITEUR

Ils sont de 2 ordres :

- la caution a été actionnée et a payé le créancier au lieu et place du débiteur : comme elle est garante il est normal qu'elle puisse se retourner contre le débiteur
- la caution n'a pas été actionnée mais elle va pouvoir se retourner contre le débiteur avant d'avoir exécuté sa propre prestation

1. Les recours après paiement

Ce sont des recours qui souvent apparaissent plus théoriques que pratiques car si a priori le débiteur principal ne peut exécuter son engagement envers le créancier comment pourra-t-il exécuter son engagement vis à vis de la caution sauf à ce que l'insolvabilité du débiteur soit passagère et qu'étant revenu à meilleure fortune il peut désintéresser la caution. Le Code civil offre 2 possibilités de recours à la caution : le recours personnel et le recours subrogatoire. Elle choisit librement lequel elle veut exercer et pourrait même décider d'exercer ces 2 recours.

L'exercice de ces recours va disparaître dans 2 hypothèses rares en pratique. Elles imposent que la caution ait payé le créancier sans avoir averti au préalable le débiteur principal.

- il est possible que le débiteur ait lui-même déjà payé le créancier : ce second paiement n'est pas satisfaisant et la caution ne peut se retourner contre le débiteur
- il est possible que le débiteur principal ait bénéficié d'un moyen de défense à l'égard de la caution et donc il pouvait faire déclarer la dette éteinte. Le paiement effectué par la caution ne lui permet pas d'agir contre le débiteur.

a. Le recours personnel

l'article 2028 Code civil dispose : « La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur » En pratique c'est rare que l'on s'engage à l'insu du débiteur mais si c'est le cas le recours personnel est fondé sur la gestion d'affaire; sinon il est justifié par les relations contractuelles entre le débiteur et la caution. Ce recours appartient à toutes les catégories de caution. Il est toutefois une hypothèse ou il n'y a pas de recours : celle où la caution entend faire une libéralité au débiteur principal. Lorsque la caution a garanti un débiteur principal unique, son recours sera dirigé contre lui; lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux l'article 2030 Code civil dispose que « lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une dette la caution qui les a tous cautionnés a contre chacun d'eux le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé » ; lorsqu'elle n'en a garantie que certains elle peut agir contre tous les débiteurs même ceux non cautionnés ce que la jurisprudence justifie par la gestion d'affaire. L'exercice de ce recours suppose que le paiement effectué par elle ait été satisfaisant c'est à dire libératoire pour la caution. L'intérêt essentiel de ce recours tient à son contenu : l'article 2028 alinéa 2 et 3 Code civil prévoit que la caution peut réclamer au débiteur principal, les intérêts et sous certaines conditions les frais et des di. Par principal on entend ce que la caution a effectivement versé au créancier c'est à dire le capital, les intérêts et frais éventuels voire des di. Ce que le Code civil vise par intérêt sont ceux dus par le débiteur du fait du paiement de la caution au créancier. Cela vise le cas où le débiteur tarde à rembourser la caution. Sauf stipulation contraire, on applique le taux légal. Les frais sont les frais assumés par la caution que se soit dans son action contre le créancier ou ceux engagés dans son recours contre le débiteur. Les dommages et intérêts sont ceux que la caution peut réclamer en raison du préjudice qu'elle subit dans le retard à être remboursée. Ce recours pose un problème pour le cautionnement partiel : la caution a été actionnée et a payé. Le créancier et la caution vont tous deux actionner le débiteur principal. Y a-t-il un ordre entre le créancier et la caution ? Quand le créancier est chirographaire il n'y a pas d'ordre, mais le contrat de cautionnement peut contenir une clause par laquelle la caution renonce à concourir avec le créancier tant que celui-ci n'est pas intégralement payé.

b. Le recours subrogatoire

l'article 2029 Code civil dispose que « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur » Cette disposition est une application particulière du principe général de subrogation de l'article 1251-3 Code civil. Ce recours suppose là encore que le paiement ait été satisfaisant et qu'il ait constitué dans un paiement intégral de la dette garantie car on ne peut subroger quelqu'un contre soi-même. L'avantage de ce recours tient à ce que la caution peut utiliser pour recourir contre le débiteur tous les droits préférentiels dont bénéficie le créancier ex : sûreté réelle. Mais ce recours a un défaut car la subrogation ne joue qu'à hauteur du paiement effectué par la caution à un créancier.

2. Les recours avant paiement

Ils sont a priori surprenants dans la mesure où la sûreté n'a pas encore été mise en oeuvre; mais on craint que le jour où la caution sera actionnée son recours contre le débiteur principal ne soit illusoire aussi lui permet-on d'agir par anticipation. Ces recours sont ouverts à toutes les cautions à condition qu'ils soient dirigés contre le débiteur principal. Ils sont en grande partie illusoire et il en existe 6 :

- Les premiers figurent à l'article 2032 Code civil : lorsque la caution est poursuivie en justice pour le paiement, quand le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture, quand le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps, lorsque la dette est devenue exigible par la déchéance du terme, au bout de 10 ans lorsque l'obligation principale n'a pas de terme fixe à échéance
- l'article 2039 Code civil ajoute un dernier cas : en cas de prorogation du terme consentie par le créancier au débiteur

Cette liste est exhaustive et ces hypothèses tournent autour de l'idée que la caution est sur le point de devoir payer et qu'elle voit se prolonger son engagement au-delà de ses prévisions.

B) LES RAPPORTS DES CAUTIONS ENTRE ELLES

Il faut supposer que plusieurs cautions ont garanti une même dette envers un créancier. Par conséquent les rapports réciproques entre ces cautions doivent être précisés.

1. La condition de cofidésusé au regard du créancier

L'article 2025 Code civil dispose que « lorsque plusieurs personnes se sont rendues caution d'un même débiteur pour une même dette, elles sont chacune obligées à toute la dette ». Peu importe que le cautionnement soit simple ou solidaire. Ce principe comprend pourtant des dérogations : c'est le cas notamment quand une caution s'est engagée à une partie de la dette alors que les autres se sont engagées à garantir toute la dette. Il est certain que la caution engagée pour un montant limité ne pourra être actionnée pour plus que son engagement. L'autre dérogation tient au fait que le contrat de cautionnement peut prévoir une dérogation et une division de la dette. Mais l'exception la plus importante est celle résultant du bénéfice de division de l'article 2026 C.civ. Dans ce cas les cautions peuvent demander au créancier qu'il fractionne ses poursuites. Ce bénéfice existe seulement en matière de cautionnement simple et est subordonnée à la réunion de deux conditions : il doit être demandé avant toute défense au fond de la part de la caution et la division ne peut se faire qu'entre des cautions solvables.

2. La condition des cofidésusés entre eux

Plusieurs cautions se sont engagées à garantir une même dette envers un même créancier et une seule de ces cautions a payé cette dette. On considère que cette caution ne doit pas en supporter seule la charge. Dans ce cas la caution peut agir à sa guise contre le débiteur principal ou contre les autres.

cautions pour « leur part et leur portion »
Si elle choisit d'agir contre les cofidélusseurs elle va bénéficier d'un recours personnel et d'un recours subrogatoire mais ce recours entre cofidélusseur n'est pas d'ordre public et une caution pourrait valablement y renoncer expressément que ce soit au profit une au de toutes les caution. Elle supportera alors plus que sa part contributive

a. Le recours personnel

Il est prévu par l'article 2033 Code civil « lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres caution, chacune pour sa part et portion ». Ce recours n'est possible que si le paiement a été effectué dans les conditions de l'article 2032 Code civil Pratiquement, toutes les cautions peuvent s'en prévaloir. il faut aussi qu'elle ait payé le créancier. Son paiement doit être satisfactoire mais il n'est pas nécessaire que cette caution a ait payé l'intégralité de la dette garantie Il suffit que son paiement excède sa part et portion.

Ce paiement doit être intervenu dans les conditions de l'article 2032 Code civil c'est à dire en cas de recors avant paiement. Cette dernière condition permet une extension des possibilités de recours de la caution contre les cofidélusseurs car elle lui permet d'(agir alors même que la dette garantie n'était pas exigible et que la caution l'a payé Ce recours fait supporter à chaque caution sa part et portion. Si toutes les cautions se sont engagées à la même hauteur, il n'y a pas de problème mais cette répartition par parts virile n'est pas d'ordre public et les caution peuvent en prévoir une autre. En cas d'insolvabilité de une des cautions celle ci se répartie sur les autres cautions solvables, même sur celle qui a payé. Cette solution se justifie par le fait que ces cautions ne sont que des garants qui pourront se< retourner contre le débiteur principal La question du recours entre caution suscite des difficultés plus importantes quand les cautions se sont engagées de manière inégale. Selon la Cour de cassation la fraction de la dette devant être supportée par chaque caution doit être déterminée en fonction de leur engagement initial. La mise en oeuvre de cette règle pose des problèmes pratiques. Il faut commencer par calculer la portion due par chaque caution en considérant la somme de leurs engagements puis on applique cette fraction à la dette principale. on voit alors si la somme payée dépasse ou non la part contributive de la caution et donc si elle pourra recourir pour le surplus

b. Le recours subrogatoire

Aucune disposition du droit du cautionnement n'accorde expressément ce recours à la caution qui a payé mais le fondement de ce recours se trouve dans l'article 1251-3 Code civil qui prévoit cette possibilité de subrogation au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres, avait intérêt à acquitter la dette Il est certain que ce texte vaut pour les cautions Ici, la caution sera mise à la place du créancier et bénéficiera des avantages du créancier contre une autre caution ex : cautionnement réel.

CHAPITRE 4 : L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

Les causes d'extinction sont nombreuses et variées et la plus importante est celle où le débiteur paie. la sûreté ne sera jamais mise en oeuvre et s'éteindra avec la dette principale. A l'inverse, si le débiteur principal ne paie pas le cautionnement va rentrer dans une phase active et la caution devra payer au lieu et place du débiteur : la satisfaction du créancier éteindra le contrat de cautionnement. Il y a donc 2 grands types d'extinction résultant de la nature dualiste du contrat de cautionnement, à la fois contrat accessoire et indépendant. A l'intérieur de cette extinction existe une autre possibilité : on a prévu une extinction interne au contrat de cautionnement mais il arrive aussi que le cautionnement s'éteigne du fait d'une attitude fautive du créancier.

I : L'EXTINCTION INTERNE DU CAUTIONNEMENT

A) L'EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE

Elle part d'un principe simple : la dette de la caution s'éteint chaque fois que la dette principale est elle-même éteinte mais ce principe compte des exceptions.

1. L'opposabilité par la caution de l'extinction de la dette principale

a. le paiement

Le paiement de la dette principale par le débiteur éteint automatiquement le cautionnement à condition qu'il soit libératoire pour le débiteur. Il appartient à la caution de prouver l'existence de ce paiement. A l'inverse, le paiement effectué par un tiers même s'il éteint les droits du créancier ne libère pas la caution car la dette du débiteur principal subsiste et que le tiers est subrogé dans les droits du créancier. Le paiement effectué par le débiteur doit aussi être définitif c'est à dire dont la validité ne pourra être remise en cause. Le paiement va poser deux problèmes principaux :
- le paiement partiel : l'article 1244 Code civil prévoit qu'un débiteur ne peut forcer un créancier à recevoir un paiement partiel. Si le cautionnement garantissait toute la dette, tout dépend de l'attitude du créancier. S'il accepte il éteint partiellement la dette du débiteur et le cautionnement à hauteur de ce paiement partiel. S'il refuse alors la dette subsiste en intégralité comme le cautionnement. Si on est en présence d'un cautionnement partiel de la dette, si le paiement partiel est accepté

on applique la solution la plus favorable au créancier et la partie non cautionnée de la dette est d'abord éteinte

- la pluralité de même dette d'un même débiteur quand la caution ne les a pas toutes couvertes et que le débiteur fait un paiement partiel. l'article 1256 Code civil dispose que le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter entre celles pareillement échues » La jurisprudence a décidé que dans ce cas le débiteur avait plutôt intérêt à payer les dettes cautionnées (double phénomène extinctif)

Du paiement on peut rapprocher la compensation et la dation en paiement. La compensation s'effectue par l'extinction de 2 dettes réciproques à concurrence du montant le plus faible. La dation en paiement est la remise en paiement de biens autres que des espèces

b. Les autres modes d'extinction

* L'inaction du créancier
Elle peut déboucher sur une prescription de la dette ou en cas de procédures collectives sur une forclusion pour défaut de déclaration.

Il a toujours été admis que la prescription conduisait à l'extinction du cautionnement même si le débiteur principal refuse de s'en prévaloir

L'extinction pour défaut de production a posé plus de problèmes. En cas de procédures collectives les créanciers doivent déclarer leur créance dans un certain délai faute pour eux de la voir éteinte. Que va-t'il se passer lorsque le créancier ne déclare pas sa créance quand au contrat de cautionnement ?

Dans un premier temps la Cour de cassation a décidé que l'absence de production n'influe pas sur l'obligation de la caution, puis elle est venue dire que la non production conduisait à l'extinction de la dette principale la caution pouvait opposer cette exception au créancier Cette solution a en général été approuvée en doctrine. Elle est incontestable compte tenu du texte et du caractère accessoire du cautionnement mais on peut considérer qu'elle est inadaptée car cela revient à supprimer une garantie au moment où l'insolvabilité du débiteur principal apparaît de la manière la plus évidente

* La modification de la dette garantie
l'article 1287 Code civil dispose que « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions » Cette règle apparaît à nouveau comme la traduction naturelle du caractère accessoire du cautionnement. En cas de remise partielle la caution sera déchargée dans la même mesure. C'est un problème important qui se pose en cas de novation. l'article 1281 alinéa 1 Code civil dispose que la novation opérée au profit du débiteur principal libère les cautions. c'est l'ancienne obligation qui était cautionnée Mais l'article 1281 alinéa 3 prévoit la survie du cautionnement si la caution accepte le maintien de la garantie. il s'agira alors d'un nouveau contrat de cautionnement avec toutes les conséquences qu'on peut en déduire. La novation a eu d'importantes implications pratiques en droit des sociétés quand la société créancière ou débitrice fusionne avec une société tiers ou fait l'objet d'une scission. La fusion éteint par dissolution la société absorbée et donc il y aura extinction du

cautionnement. Toutefois dans ce cas il y a extinction du cautionnement seulement pour l'avenir c'est à dire pour les dettes de la nouvelle société mais la caution pourrait être tenue des dettes nées du chef de la société absorbée. La solution est identique en cas de fusion de la société créancière. En revanche le cautionnement subsiste quand il y a simplement transformation de la société

2. Les exceptions à l'opposabilité par la caution de l'extinction de la dette principale

Elles résultent des remises et des délais obtenus dans le cadre des p.coll. Autrefois les remises concordataires obtenues par le bénéficiaire ne bénéficiaient ni à la caution simple ni à la caution solidaire et on y voyait une dérogation à la règle de l'accessoire. Cette solution a été particulièrement modifiée par le C.com. le plan de redressement qui remplace le concordat permet des délais et remises et le jugement les arrêtant en rend les dispositions opposables à tous. Cependant l'article L.621-65 C.com prévoit que les cautions solidaires et les coobligés ne peuvent pas s'en prévaloir et donc les seules cautions simples le pourront. Cette distinction cautionnement simple / solidaire ne se justifie pas car ces deux variétés de cautionnement ont la même nature juridique

B) L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

Le cautionnement, même s'il est un contrat accessoire est aussi un contrat conclu entre un créancier et la caution qui bénéficie d'une vie propre et autonome. Ce caractère autonome se retrouve en cas d'extinction de la sûreté. Cette règle est fixée par l'article 2034 Code civil « L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint pour les mêmes causes que les autres obligations » Ce principe s'applique sans difficulté pour les cautionnements de dettes d'un montant déterminé mais dans l'hypothèse d'un cautionnement d'un ensemble de dettes futures certains problèmes surviennent car il faut déterminer si les dettes ainsi couvertes sont exigibles

1. L'extinction par application des règles du droit commun des obligations

On retrouve ici à peu près les mêmes causes que pour l'extinction par voie accessoire mais il y a entre les 2 modes d'extinctions une différence très importante. Dans l'extinction par voie accessoire l'extinction de la dette principale fait disparaître l'obligation de la caution mais ici l'inverse ne se produit pas. L'extinction du cautionnement libère la caution de son obligation envers le créancier mais elle laisse subsister la dette du débiteur principal. Cela explique que la caution qui a désintéressé le créancier puisse recourir contre le débiteur principal.

La principale cause d'extinction est constituée par le paiement de son obligation par la caution. Son engagement sera alors éteint. l'article 1253 Code civil dispose que « Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer lorsqu'il paie quelle dette il entend acquitter; en cas de pluralité de contrat de cautionnement une caution envers un même créancier la caution aura la faculté d'indiquer laquelle elle entend éteindre. A défaut on imputera le paiement sur celle que la caution avait le plus intérêt à acquitter ou sur toutes proportionnellement »

En cas de paiement partiel, conformément à l'article 1254 Code civil il s'impute d'abord sur le intérêts et ensuite sur le capital. Ce paiement peut être effectué par une dation en paiement ou résulter une compensation intervenue entre le créancier et la caution. Cette hypothèse se rencontre pratiquement uniquement en cas de responsabilité du créancier c'est à dire d'un établissement de crédit en cas d'octroi d'un crédit excessif au débiteur ou de rupture abusive de ce crédit. Les dommages et intérêts dus à la caution se compenseront avec le montant dû par la caution

l'article 1287 alinéa 2 Code civil prévoit que la remise ou la décharge conventionnelle accordée à la caution par le créancier la libère sans que le débiteur principal en profite. son alinéa 3 prévoit aussi l'absence de libération des autres cautions Cette règle apparaît trop injuste en cas de cautionnement solidaire car cela risquerait d'aboutir à ce que le créancier puisse demander tout à un autre cofidélusé. On applique donc l'article 1285 Code civil qui prévoit qu'en cas de remise faite à un des codébiteur solidaire on en peut plus répéter) la dette que déduction faite de la part de celui a qui on a fait la remise

Obligation de la caution s'éteint aussi par prescription ou forclusion pour défaut de déclaration.

La novation de l'obligation de la caution la libère. La Cour de cassation a indiqué par ex qu'à défaut de manifestation de volonté de la part de la caution de s'engager en faveur du nouveau bailleur et en cas de vente de l'immeuble loué le cautionnement souscrit au profit du 1er bailleur ne pourra pas être étendu en faveur du second. selon la jurisprudence la novation opérée à l'égard de l'une des cautions ne libère ni le débiteur principal ni les autres cautions

2. L'extinction du cautionnement d'un ensemble de dettes futures

La validité de ce cautionnement a toujours été admise On justifiait cette possibilité par l'idée de cautionnement conditionnel. Le cautionnement devient définitif au jour de la naissance de l'obligation principale.

Cette analyse classique a été remise en cause par C.Mouly pour qui l'engagement de la caution est toujours définitif même en cas de dettes futures. Selon lui un cadre général est fixé par « l'obligation de couverture » et la naissance de l'obligation de garantie apparaîtra avec une « obligation de règlement ». Dans ce cas l'extinction de l'obligation de règlement ne présente aucun particularisme : on applique de nouveaux les causes d'extinctions tirée du droit commun des obligations Le particularisme tient à certaine causes d'extinction de l'obligation de couverture et 2 hypothèses vont soulever des difficultés

- Elles postulent un nombre limité énuméré de dettes garanties. il est possible que l'ensemble des dettes accèdent à la vie juridiques ou qu'une partie seulement y accède avec l'assurance que les autres n'y accéderont pas. Seule subsiste l'obligation de règlement, et s'il on est certain qu'aucune des dettes garanties ne prendra naissance, l'obligation de couverture comme celle de règlement disparaissent faute d'objet
- En cas de couverture d'un nombre indéfini de dettes à venir. La détermination des dettes garanties prendra une importance capitale car seule celle figurant dans ce cadre devront être réglées.

La question essentielle est celle de la survie de l'obligation de couverture en cas de résiliation

du contrat de cautionnement, de décès de la caution et cette survie de l'obligation de couverture soulève la question d'un terme implicite

a. La résiliation du cautionnement

Elle n'est possible que dans deux hypothèses :

- le contrat prévoit cette possibilité
- le cautionnement est conclu sans limitation de durée

Dans ces cas, quand il y aura résiliation du contrat de cautionnement il y aura extinction de l'obligation de couverture pour l'avenir mais la caution demeurera tenue pour toutes les dettes nées antérieurement à la résiliation du contrat. La principale hypothèse de résiliation est celle du cautionnement de compte courant. Il arrive souvent que le dirigeant social résilie son engagement à son départ et que la société continue à faire fonctionner son c. La jurisprudence a décidé que les nouvelles dettes n'étaient pas couvertes mais que le dirigeant était tenu pour les dettes antérieures et les remises postérieures s'imputent sur le montant dû par la caution et rapidement elle sera dégagée de toute obligation.

b. Le décès de la caution

L'article 2017 du Code civil dispose que les engagements de cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution y fut obligée. En cas d'acceptation pure et simple d'une succession les héritiers sont tenus des conséquences de ce contrat. Aucun problème si le de cujus avait couvert une ou plusieurs dettes déterminées mais des problèmes se posent en cas de cautionnement général. Pendant longtemps les héritiers acceptant purement et simplement la succession étaient tenus de l'ensemble des dettes nées postérieurement ou antérieurement au décès. La distinction entre l'obligation de couverture et celle de règlement a amené la jurisprudence à partiellement modifier sa position. Désormais elle considère que la caution décédée ne transmet pas à ses héritiers d'engagement pour les dettes nées postérieurement à son décès et donc les héritiers de la caution peuvent seulement être tenus d'une obligation de règlement pour les dettes nées avant le décès. Toute clause contraire insérée dans le contrat de cautionnement serait nulle comme constituant un pacte sur succession future.

c. L'existence d'un terme implicite

Assez souvent le contrat de cautionnement prévoit son extinction à l'arrivée d'un terme. Peu importe qu'il s'agisse d'un terme certain ou incertain, à l'arrivée de cet événement l'obligation de couverture cesse et demeure celle de règlement. Mais il arrive aussi notamment quand un dirigeant cautionne sa société qu'aucun terme ne soit prévu. Ces cautions ayant perdu sur le terrain de la cause ont tenté de faire appliquer l'idée de terme implicite dans l'hypothèse où ils ont cessé leur fonction sans résilier leur engagement de caution. Même si une grande partie de la doctrine est favorable, la jurisprudence a toujours refusé d'admettre dans ce cas l'idée d'un terme implicite. La seule possibilité est de résilier l'engagement ce qui se justifie d'autant plus avec la multiplication des obligations de cautionnement.

II : L'EXTINCTION EXTERNE DU CAUTIONNEMENT

Elle intervient dans l'hypothèse où la sûreté va s'éteindre sans que pour autant le créancier obtienne satisfaction, il va donc perdre tout ou partie de sa sûreté. Ces hypothèses peuvent se regrouper autour de l'idée que le créancier a d'une certaine façon été déloyal ce qui sera sanctionné par la perte de la sûreté. Cette sanction existe depuis toujours en cas de bénéfice de cession d'action mais aussi, depuis quelques années, en cas de cautionnement excessif

A) LE BENEFICE DE CESSION D'ACTION

Ce bénéfice est prévu à l'article 2037 Code civil : la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution. Cette disposition est d'ordre public. L'hypothèse visée est celle où le créancier, en plus du cautionnement, est titulaire d'une ou plusieurs sûretés contre le débiteur principal. Si la caution doit exécuter son engagement, elle pourra alors en bénéficier si elle utilise le recours subrogatoire. Si ces autres sûretés disparaissent par le fait du créancier, celui-ci sera privé en tout ou partie de son action contre la caution. Toutes les cautions personnelle ou réelle en bénéficient.

1. Les manquements imputables au créancier

a. Les droits, privilèges et hypothèques

L'article 2037 Code civil vise en premier lieu l'ensemble des sûretés dont bénéficie le créancier. peu importe qu'elles soient réelles ou personnelles, peu importe aussi leur source (conventionnelle, légale ou judiciaire). Mais ce texte vise aussi les « droits préférentiels du créancier » et cette notion est délicate à cerner. il s'agit selon un arrêt de la 1ère ch.civ du 21 mars 1984 « des droits qui comportent un droit préférentiel conférant au créancier un avantage particulier ce qui n'est pas le cas du droit de gage général de l'article 2092 C.civ » En application de ce principe ont été jugés préférentiel au sens de 2037 Code civil un droit de rétention, une action en revendication, une action en résolution Mais malgré tout, toutes les sûretés et tous les droits préférentiels ils ne sont pas automatiquement déclencheurs de l'article 2037. Il est nécessaire que ces sûretés et droits préférentiels aient été constitués avant la conclusion du contrat de cautionnement car on considère que la caution s'est engagée en raison de l'existence des autres garanties ou droits préférentiels qui sont de nature à favoriser son recours contre le débiteur principal. Par conséquent l'article 2037 ne s'applique pas si le créancier a constitué les sûretés postérieurement au cautionnement ou s'il a négligé de constituer postérieurement une telle sûreté

Cependant cette exception connaît elle même deux exceptions lorsque le créancier s'était engagé à la constitution de telles sûreté ou lorsque celle-ci était entrée dans le champs contractuel

b. Le fait du créancier

l'article 2037 utilise l'expression de « fait du créancier » et indique que la perte des sûretés ou droits préférentiels doit être personnellement imputable u créancier ou à une personne dont celui-ci doit répondre. Par conséquent, si la perte est imputable au débiteur principal, à la caution ou à un tiers, l'article 2037 ne recevra pas application. Il est possible aussi qu'il y ait « partage » des responsabilités dans la perte de la sûreté entre le créancier et la caution. La grande question concerne la preuve. - dans un premier temps il appartiendra à la caution de prouver qu'il existait bien une sûreté ou un droit préférentiel qui a disparu au moment où elle entend exercer son recours. Une fois cet élément démontré on doit en déduire que cette disparition est a priori imputable au créancier - il appartiendra au créancier de démontrer la faute d'autrui Peu importe la faute en cause ex : faute de commission comme la main levée de sûreté; faute d'abstention comme l'absence de renouvellement d'une inscription hypothécaire

2. Le préjudice de la caution

Même si l'article 2037 Code civil n'utilise pas le mot de préjudice il est admis en doctrine tant qu'en jurisprudence que la hauteur de la décharge de la caution dépendra du préjudice subit par elle. A partir de là la jurisprudence c'est parfois engagée sur une autre voie consistant à tenir compte de la qualité du créancier. il existe une tendance jurisprudentielle à être beaucoup plus stricte pour les créanciers professionnels. La valeur du droit perdu s'apprécie au jour de l'exigibilité de la dette garantie par la caution car c'est à ce moment qu'elle est actionnée

B) LA DECHEANCE POUR CAUTIONNEMENT EXCESSIF

Pendant longtemps il a été admis qu'en matière de cautionnement conventionnel il appartenait au créancier d'apprécier la solvabilité de la caution et de l'accepter ou non comme garante. Pourtant, dans le Code civil de 1804 il existait un art 2018 qui prévoit que la cation doit avoir un bien suffisant; mais cet art s'applique uniquement au cautionnement légal et il a toujours été admis que le créancier pouvait admettre une caution ne remplissant pas ces conditions

L'exigence d'un principe de proportionnalité entre le montant de la dette garantie et les capacités financières de la caution a d'abord été posé par le législateur pour le droit de la consommation par la loi du 31 dec. 1989 pour les cautionnements donnés par les Personne Publique. en garantie de crédit immobiliers et de crédit à la consommation. Cette obligation légale figure désormais à l'article L.313-10 Code de la consommation Puis la jurisprudence et le législateur ont imposé de nouvelles obligations de proportionnalité. Outre ces indications protectrices, la mission de ce principe démontre à quel point le cautionnement a changé de philosophie depuis 1804. En 1804 il s'agissait de protéger le créancier aussi les règles sur le cautionnement étaient elles strictes pour la caution. Depuis la tendance s'est inversée et dans le droit des obligations c'est désormais le débiteur qui est objet de protection ce qui se retrouve pour le garant qu'est la caution l'article L.313-10 Code de la consommation pose que « les établissement de crédit ayant octroyé un crédit à la consommation ou un crédit immobilier ne pourront pas se prévaloir du contrat de cautionnement conclu par une Personne Publique dont l'engagement était lors de sa conclusion manifestement disproportionné à ses biens et revenus à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où elle est appelée ne lui permette de faire face à ses obligations »

En réalité le législateur a voulu mettre une nouvelle obligation à la charge des établissement de crédit : la vérification des moyens financiers de la caution au moment où elle s'engage, le non respect de cette obligation étant sanctionné par la déchéance Cette disproportion doit être manifeste ce qui relève du pouvoir souverain d'appréciation des juge du fond. Finalement on impose aux établissements de crédit de ne pas conclure un contrat qui, pourtant, leur est favorable

La mise en oeuvre de cette disposition suppose 2 conditions :
- au moment de la conclusion du contrat de cautionnement l'engagement doit être disproportionné par rapport à ses capacités financières
- cette disproportion subsiste au moment où la caution est actionnée ce qui amène une distinction au plan probatoire
Il appartiendra à la caution qui veut se dégager de démontrer le caractère excessif du cautionnement et ensuite il appartiendra à l'établissement de crédit créancier qui entend faire produire des effets au cautionnement de démontrer que les capacités financières de la caution sont supérieures à ce qu'elles étaient à la conclusion du contrat
La sanction en cas de non respect de cette obligation est toutefois assez vague, le texte employant l'expression « ne peut se prévaloir ». On en se trouve pas en présence d'une nullité car les conditions de formation du contrat sont réunies mais plutôt en présence une déchéance qui conduit au système du tout au rien : soit le cautionnement est excessif et la caution est intégralement libéré, soit il ne l'est pas et elle est intégralement tenue.

Dans ce domaine s'est posé la question de savoir, en cas de pluralité de cautionnement, si le caractère disproportionné devait s'apprécier en fonction de la fortune cumulée des caution ou en tenant compte de la fortune de chacune d'elle. La Cour de cassation a considéré que la proportion s'appréciait au regard de la capacité financières de chacune des cautions Après cette intervention législative est intervenu un principe jurisprudentiel posé par un arrêt MACRON du 17 juin 1997 : un directeur de société avait avalisé des ldc émises par sa société

pour 20 millions de francs, société qui a fait faillite. La banque, porteur des effets, s'est adressée au donneur d'aval qui a avancé le caractère excessif de garantie demandée puisqu'il gagnait 30.000 f/mois et n'était pas assujéti à l'ISf. La Cour de cassation va utiliser les règles de la responsabilité délictuelle pour ramener l'engagement à une hauteur raisonnable. Elle condamne la banque à 15 millions de dommages et intérêts, se faisant il s'opère une compensation entre le créancier et la caution qui ne sera plus tenue qu'à hauteur de 5 millions. Toutefois n'raisonnant juridiquement puisqu'il s'agit d'une somme résultant de responsabilité civile c'est un préjudice propre à la caution qui bénéficie toujours de son recours contre le débiteur principal et si celui-ci redevient solvable elle pourra recourir contre lui pour le remboursement intégral.

Certains juges du fond se sont engouffrés dans le système et le 8 oct. 2002 la ch com par un arrêt NAHOUM a fait un pas en arrière. Les sommes sont à peu près les mêmes que dans arrêt MARCON et la Cour de cassation a refusé le jeu de la proportionnalité indiquant que la responsabilité de la banque suppose la réunion de 2 conditions: -connaissance d'information sur la capacité financière de la caution et rentabilité financière de l'opération

- ignorance par la caution de cas informations
Mais depuis lors la Cour de cassation de nouveau admis la proportionnalité. Toutefois les données du problème ont été modifiées par la loi du 1er Aout 2003 qui a entendu généraliser le principe de proportionnalité. le nouvel art L.341-4 Code de la consommation dispose que « un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une Personne Publique. dont l'engagement était lors de sa conclusion manifestement disproportionné à ses biens et revenus à moins que la patrimoine de cette caution au moment où celle-ci est appelée ne lui permette de faire face à cette obligation » Le législateur a ainsi recopié L.313-10 Code de la consommation et donc toutes les solutions vont s'appliquer à cette nouvelle disposition

TITRE 2 : LES SURETES PERSONNELLES NON ACCESSOIRES

Cette notion de sûreté personnelle non accessoire peut paraître à l'opposé de la fonction naturelle des garanties. En effet, le but de toute sûreté consiste à renforcer la sécurité juridique du créancier aussi cette garantie devrait être liée au sort du contrat couvert. Toutefois, on s'aperçoit qu'il existe des garanties qui vont se détacher de cette opération commerciale garantie. C'est traditionnellement le cas de deux techniques du droit des obligations :

- la solidarité passive Ici elle se distingue, du moins quand elle est utilisée à titre isolée du cautionnement car on distingue les exceptions inhérentes à la dette et celles opposables à un seul des codébiteurs et qui laissent subsister les engagements des autres. De là, il faut en déduire qu'en matière de solidarité il y aura des cas où l'engagement d'un codébitéur disparaîtra alors que l'autre subsistera et c'est principalement le cas de la forclusion pour défaut de déclaration. Un arrêt du 19 jan. 1993 a rendu une solution qui démontre cette indépendance : un créancier a un débiteur « garanti » par un débiteur solidaire. Le débiteur principal fait faillite et le

créancier établissement de crédit, ne produit pas dans la procédure d'où l'extinction de cette créance. Le créancier décide de poursuivre le codébiteur solidaire qui refuse de payer arguant de l'extinction du débiteur principal. La Cour de cassation donne raison au créancier au motif que le lien entre le créancier et le codébiteur est un lien distinct de celui qu'il avait avec le débiteur principal et donc que celui-ci subsistait

- La délégation imparfaite : C'est un mécanisme juridique qui met aux prises 3 personnes : un déléguant, un délégué et un délégataire (ex : financement du Canal de Suez) elle est régie par l'inopposabilité des exceptions

Le droit connaît donc des techniques qui permettent des sûretés indépendantes de obligations couvertes mais surtout une technique qui ne sert qu'à garantir est apparue : la garantie à première demande. Elle est apparue dans le commerce international dans les 1970's Ce sont des garanties autonomes en ce qu'elles ne sont pas liées à l'obligation couverte On les définit comme un engagement contracté par une personne dite garant à la demande d'un débiteur appelé donneur d'ordre de payer une somme d'argent à un créancier bénéficiaire sur simple appel de ce créancier

La garantie à première demande se présente donc comme une relation triangulaire mais ce schéma dans le commerce international fait intervenir une quatrième personne car les bénéficiaires veulent être garantis par un garant de leur nationalité (le garant de premier rang va exiger d'être garanti par une banque de la nationalité du donneur d'ordre : le contre-garant) Elle n'a pas fait l'objet de réglementation interne et a donc été façonnée par la jurisprudence

I : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE

Cette garantie a été imaginée par la pratique internationale mais est-ce que notre système juridique allait accepter cette construction ?

En effet, on pouvait appliquer l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle ou y voir une expression accessoire du cautionnement (or le caractère accessoire est impératif d'où la nullité de l'opération)

La ch.com, par deux arrêts du 20 dec. 1982 a consacré la spécificité de la garantie à première demande en indiquant que cette garantie était régie par ses seules stipulations. Il en ressort une nouvelle question : comment dissocier garantie à première demande et cautionnement ? En effet, en pratique ces questions de qualifications sont importantes car les garants essaient souvent d'obtenir la qualification de cautionnement car cette sûreté est plus protectrice de leurs intérêts; à l'inverse les créanciers tentent de faire dominer la qualification de garantie à première demande. Or, le plus souvent les actes de garantie à première demande sont rédigés de manière ambiguë et tous font référence à l'opération commerciale couverte

La qualification de garantie à première demande passe par la détermination de l'objet de cette garantie qui la distingue du cautionnement. la caution s'engage à payer la dette d'autrui alors que dans la garantie à première demande le garant s'oblige seulement à payer la somme prévue par le contrat aussi lorsqu'il y a substitution, il y a cautionnement; et si elle fait défaut il y a garantie à première demande

Toutefois, en pratique c'est difficile à mettre en oeuvre. La référence au contrat de base ne change pas la qualification quand cette référence sert seulement à identifier la garantie; mais si elle influe sur le régime de la garantie on repasse vers un engagement accessoire

La garantie à première demande étant régie par ses seules stipulations, elle va être soumise au droit commun des contrats et donc sur ses règles de formation on aura des différences notables

avec le cautionnement.
- Elle ne sera soumise à aucun formalisme lors de sa constitution (la législation actuelle ne vise que le cautionnement et non les autres sûretés personnelle surtout quand il s'agit de protéger le garant)
- Toutes les obligations d'information existant dans les droit commun du cautionnement ne s'appliquent pas d'où une forte simplification

Comme tout contrat, elle nécessite un échange des consentements entre le garant et le bénéficiaire mais on ne retrouve pas l'exigence d'un consentement exprès au sens de l'article 2015 Code civil Malgré tout l'intention des parties doit être clairement exprimée car les questions de qualification sont fondamentales
Le consentement donné doit être exempt de tout vice On retrouve ici les trois vices classiques mais le seul vice qui joue vraiment un rôle en jurisprudence est le dol. En effet même si la garantie est apparue en matière internationale elle peut être souscrite dans l'ordre interne et des Personne Publique. peuvent s'engager comme garant. A une époque les sociétés de crédit-bail exigeait pratiquement automatiquement des garanties à première demande soit du chef d'entreprise, soit de son conjoint.
La jurisprudence a voulu mettre un frein en utilisant de manière large de dol. ex : Pour la CA de Paris, il est dolosif de demander une garantie à première demande à un particulier sauf si on avait attiré son attention sur les dangers de cette garantie

Bien entendue, il faut une capacité qui s'apprécie comme pour le cautionnement : c'est celle d'un prêteur.

Ce qui pose des problèmes ont les règles de pouvoir car parmi ces règles certaine sont mal rédigées

Ce n'est pas le cas de celles du C.com qui visent le s »cautions, avals et garanties » mais pas celle du Code civil et notamment l'article 1415 qui ne parle que du cautionnement. L'esprit du texte est pour qu'il s'applique à la garantie à première demande mais pas sa lettre. pour le moment la seule jurisprudence existante est celle des juges du fond, favorables à son application

La garantie à première demande doit aussi avoir une cause qui pose le même problème que pour le cautionnement. Une majorité de la doctrine est en faveur del'existence de la cause dans les rapports contractuels entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre mais, contrairement au cautionnement la jurisprudence n'a pas pris parti sur la question

On retrouve de manière accrue le problèmes de preuve t la dualité classique : si le garant et le bénéficiaire sont commerçants, la preuve sera libre mais s'il y un non-commerçant on suit le droit commun des actes juridiques qui revient à appliquer l'article 1326 à la garantie à première demande c'est à dire l'exigence une mention manuscrite
En pratique les contrat de garantie à première demande sont toujours rédigés par écrit et ce pour au moins deux raisons : comme il s'agit de l'engagement de payer une somme d'argent le garant entend quand même en préciser le montant pour lequel il s'engage et en matière de garantie à première demande l'échéance de la garantie a une très grande importance. En effet il n'existe pas de distinction entre obligation de couverture et de règlement et donc la garantie ne pourra pas être déclenchée une fois sa date d'expiration intervenue

II : L'EFFICACITE DE LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE

Sa caractéristique essentielle consiste dans son indépendance qui va lui conférer une efficacité supérieure à celle des sûretés accessoires. On est en présence d'un mécanisme de paiement automatique par lequel le bénéficiaire ne cherche pas à obtenir du garant qu'il paie la dette du débiteur principal mais où il demande au garant de lui payer une somme qui lui est due à titre autonome et principal.

A) LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA GARANTIE

Il est certain qu'un garant ne va pas s'engager envers un bénéficiaire si ce bénéficiaire n'est pas en relation commerciale ou sur le point de l'être avec le donneur d'ordre. Schématiquement les garanties à première demande peuvent se mettre en place à trois moments :

- dans la phase précontractuelle pour assurer le sérieux des négociations
 - dans la phase contractuelle proprement dite
 - dans la phase post contractuelle où le bénéficiaire vérifie la bonne exécution du contrat
- Cela veut dire que le contrat initial a forcément un rôle à jouer dans le domaine mais celui-ci est beaucoup plus atténué que dans le droit du cautionnement ce qui va avoir des conséquences importantes en cas de disparition de l'opération commerciale couverte. Il peut y avoir disparition de celle-ci soit par ce qu'il y a nullité de cette opération, soit parce que celle-ci a été exécutée. Dans ces deux hypothèses en matière de cautionnement il devra y avoir disparition de la sûreté.

En matière de garantie à première demande la jurisprudence a donné des solutions opposées : par deux arrêts du 20 dec. 1982 et du 13 dec. 1983 pour la nullité et par un arrêt du 21 mai 1985 pour l'exécution du contrat.

Cette solution peut paraître choquante mais elle est logique dans le domaine international où le bénéficiaire veut un paiement rapide et ce principe n'est pas aussi absolu qu'il n'y paraît car le paiement de la garantie à première demande pourra être paralysé en cas de fraude ou d'abus manifeste.

B) LES CONSEQUENCES DE L'AUTONOMIE

1. Le principe du paiement immédiat et direct

Le bénéficiaire d'une garantie à première demande bénéficie d'un droit exclusif à la somme prévue par le contrat de garantie mais pour pouvoir en bénéficier il doit déclencher la garantie et il le peut de plusieurs façons :

- l'hypothèse la plus fréquente est une demande de mise en oeuvre de la garantie qui se fait le plus souvent par écrit car le garant veut se ménager une preuve
- la garantie à première demande peut être dite documentaire c'est à dire que son déclenchement est subordonné à la production par le bénéficiaire d'un certain nombre de documents énumérés par le contrat
- la garantie à première demande peut être sur demande justifiée. Le bénéficiaire doit indiquer les raisons du déclenchement de la garantie sans avoir à en apporter la preuve. Une fois que le garant aura payé il pourra se retourner contre le donneur d'ordre. Il est certain qu'il bénéficie d'un recours personnel mais il est plus douteux qu'il bénéficie d'un recours

subrogatoire (idée de paiement avec ou pour autrui)

2. Les limites au paiement immédiat et direct

il en existe un certain nombre qui ne posent pas de difficultés : c'est l'hypothèse où le bénéficiaire n'a pas respecté les stipulations contractuelles comme les documents à fournir. En réalité les exceptions qui posent problème sont celles résultant d'un recours au correctif d'équité que sont la fraude et l'abus manifeste. Ici, la Cour de cassation a admis qu'ils puissent empêcher le déclenchement de la garantie. Ces notions consistent dans le détournement de la finalité de la garantie. Le problème de ces exceptions est lié à leur démonstration. Il suffit que d'autres circonstances montrent cette volonté d'utiliser de manière induue cette garantie.

PARTIE 2 : LES SURETES REELLES

Elles relèvent d'une technique différente des sûretés personnelles. Les sûretés personnelles utilisent une technique résultant du droit des obligations consistant à créer un ou plusieurs liens obligatoires à côté du lien obligataire garanti. Les sûretés réelles vont utiliser une technique issue du droit des biens consistant à accorder à un créancier un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur voire d'un tiers constituant.

Par conséquent les sûretés réelles vont permettre à un créancier d'échapper à la loi du concours car il a un droit contre un bien (et non contre une personne) : il bénéficie d'un droit de préférence et, le plus souvent, d'un droit de suite. L'avantage de ces prérogatives tient à ce que le créancier pourra exercer son droit même si le bien est sorti du patrimoine du débiteur.

Historiquement ces sûretés étaient fondées sur la propriété : un débiteur transmet la propriété d'un bien à son créancier qui la lui restituera au remboursement. Ces sûretés présentent un gros avantage en ce qu'elles confèrent une sécurité absolue au créancier mais le défaut tient à ce qu'elles présentent un risque pour le débiteur, qu'il ne peut plus se servir du bien et, qu'économiquement il y a gaspillage du crédit car un même bien ne pourra faire l'objet d'une seconde garantie. Ces sûretés fondées sur la propriété connaissent un regain de faveur alors qu'elles avaient quasiment disparu. Toutefois aujourd'hui il n'y a pas de vraie sûreté fondée sur l'idée de propriété mais des techniques de garantie. Il existe depuis quelques années des projets sur la fiducie mais elle se heurte à un problème fiscal (double mutation). De plus, indirectement, ces techniques ont déjà été vues ex : CRP, cession de créances professionnelles, crédit-bail.

La seconde technique historiquement utilisée ne se base plus sur un transfert de propriété mais de détention du bien au créancier. Il détiendra matériellement le bien qui demeurera la propriété du constituant. On évite le risque de détournement du bien pour le débiteur mais il subsiste toujours des inconvénients pour lui car n'ayant plus son bien entre les mains il en peut plus en tirer d'utilité économique.

Malgré tout ces sûretés subsistent surtout en matière mobilière à l'image du gage. Elles connaissent un regain important avec le développement du droit des procédures collectives.

car ces sûretés bénéficient pratiquement toujours d'un droit de rétention (pouvoir de refuser la restitution du bien tant que l'on est pas intégralement payé)

Enfin, historiquement est apparu une troisième catégorie de sûretés : les sûretés réelle sans dépossession. On va conférer au créancier un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur ou du constituant sans que ce dernier soit dépossédé. L'avantage est très important cette fois pour le débiteur qui va conserver la maîtrise de la chose grevée. Pendant toute la durée de la dette la sûreté est « somnolente » et n'apparaîtra vraiment que si elle est déclenchée à l'échéance de la dette garantie. Elles offrent aussi un autre avantage au débiteur qui pourra constituer plusieurs sûretés sur un même bien. Mais ces sûretés présentent un inconvénient important pour le créancier : le risque que le débiteur ne dispose de ce bien et que le créancier se retrouve en concours avec un tiers acquéreur de bonne foi d'où l'idée que ces sûretés ne peuvent exister qu'avec un système de publicité qui informe les tiers de l'existence de la sûreté en les constituant de mauvaise foi. Or, le système de publicité n'existe que pour les immeubles et certains biens incorporels pour lesquels les tiers acquéreurs subiront le droit de suite. Cela signifie aussi que cette publicité n'existera pas pour les meubles corporels pour lesquels joue la règle de l'article 2279 Code civil. Par conséquent les sûretés réelle sans dépossession joueront un rôle marginal pour les meubles corporels.

L'évolution du droit des sûretés réelle se caractérise par une sorte de déclin du développement des procédures collectives et cet affaiblissement résulte de 2 causes principales :

- souvent en cas de procédures collectives la logique voudrait que le créancier puisse mettre en oeuvre sa sûreté car l'insolvabilité est démontrée. Or, il y a arrêt des mesures de voies d'exécution
- l'ensemble de ces procédures collectives affaiblit le droit de préférence dont le créancier est titulaire. Cet affaiblissement peut intervenir de 2 manières différentes :
 - on va faire passer devant un certain nombre de créanciers
 - quand ces procédures ne débouchent pas sur une liquidation elles amènent à des reports d'échéance ou à des effacements de dette et les sûretés réelles ont un caractère accessoire et vont donc suivre le sort de la dette.Les sûretés fondées sur la propriété permettent de cantonner ces inconvénients.

Ces sûretés réelles peuvent se classer différemment :

- la première classification repose sur la distinction des sûretés réelles fondées sur la possession et des sûretés réelles sans dépossession
- la seconde tient aux sources des sûretés réelles. Elles peuvent être conventionnelles (le créancier et le débiteur s'accordent sur une sûreté et concluent un contrat en ce sens et les parties ont normalement le choix du bien affecté même si certaines lois comme la loi Madelin viennent limiter ce choix), elles peuvent être légales (accordées à un créancier en vertu d'un texte de loi ; alors que le cautionnement légal est rare en pratique, il y a de nombreuses sûretés réelles légales); elles peuvent être judiciaires (octroyées sur décision du juge et qui s'analysent en mesures conservatoires)
- la troisième oppose les sûretés réelles quand à leur assiette. Les sûretés sont dites générales quand elles portent sur l'intégralité du patrimoine du débiteur : ce sont toujours des sûretés légales qui n'entraînent jamais la dépossession du débiteur. Elles sont dites spéciales quand elles portent sur un ou plusieurs biens, et ce sont les plus nombreuses.

TITRE 1 : LES SURETES PORTANT INDISTINCTEMENT SUR UN MEUBLE OU UN IMMEUBLE

Normalement les sûretés réelles portent soit sur des meubles, soit sur des immeubles car les techniques utilisées sont alors différentes mais quelques rares sûretés peuvent porter indifféremment sur l'un ou l'autre. C'est le cas de deux catégories de sûretés : les privilèges généraux (ils peuvent grever le biens meubles et immeubles du débiteur) et le droit de rétention (droit de retenir la chose) même s'il joue le plus souvent ne matière mobilière

CHAPITRE 1 : LES PRIVILEGES GENERAUX

Certain privilèges portent à la fois sur les meubles et immeubles du débiteur. Ils ont obligatoirement une origine légale mais leur nombre est en diminution depuis le décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière car ce sont des sûretés dangereuses qui existent quasiment à l'insu du débiteur. Ce sont malgré tout des sûretés essentiellement mobilières et accessoirement immobilières, du moins en théorie : en effet l'article 2105 Code civil prévoit que le créancier en pourra exercer ses droits sur l'immeuble qu'à défaut de bien s meubles suffisant à le désintéresser. On commence par la discussion sur le meubles pour éviter un gaspillage du crédit immobilier

I : LES DIFFERENTS PRIVILEGES GENERAUX

Classiquement ils sont énumérés par l'article 2104 Code civil : ce sont le privilège des frais de justice et le privilèges des salaires. Le droit du redressement et de liquidation judiciaire est venu y ajouter le privilège des créances postérieurs à l'ouverture de la procédure

A) LE PRIVILEGE DES FRAIS DE JUSTICE

Il garanti les frais nécessaires qu'une personne a avancé dans l'intérêt commun des créanciers pour permettre la réalisation du patrimoine du débiteur. On considère que ces frais sont en réalité dus par tous. Le frais de justice permettent la conservation, la liquidation ou la réalisation des biens du débiteur mais ils seront privilégiés uniquement s'ils ont été utiles à tous les créanciers. Cet intérêt commun s'apprécie non pas au moment de l'engagement de l'action mais lors de la distribution du prix

Ce privilège ne sera opposable qu'aux créanciers bénéficiaires des frais et il grève tous les biens

B) LE PRIVILEGE DES SALAIRES ET CREANCES ASSIMILEES

Il se justifie par la nature alimentaire de la créance. Dans le Code civil de 1804 il ne visait que « les gens de maison » mais son domaine s'est élargi et à côté de ce privilège existe un super privilège. On doit aussi tenir compte de l'assurance garantissant les salaires : l'AGS

1. Le privilège

Il garanti le rémunérations du travail des personnes qui ont conclu avec un employeur un contrat de travail. cela vise les salariés et les apprentis, à l'exclusion des défunts Les modalités de travail et d de rémunération important peu. Ce privilège a aussi été étendu aux créances de salaire différé : on accorde à l'enfant qui a travaillé dans l'exploitation agricole du parent décédé sans être rémunéré ou au conjoint qui a travaillé bénévolement dans l'activité commerciale ou agricole de l'autre une créance de salaire différé qui devra être payée par la succession Les créances garanties comportent les rémunérations et certaines indemnités. le privilège garanti toutes les sommes dues en application de la relation de travail, quel que soit sa dénomination. des primes considérées comme un élément du salaire sont englobées si elles ont un caractère périodique L'extension a aussi été prévue pour certaine autres sommes dues par un employeur en raison des mesures de lutte contre le chômage. Les rémunérations privilégiées sont celles dues pour les 6 derniers mois et, pour les gens de maison, celles de l'année échue. On s'est demandé si le délai de 6 mois était celui du travail précédant l'exercice du privilège ou l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire La jurisprudence admet désormais la seconde solution qui est la plus favorable aux salarié Certaines indemnités énumérées par l'article 2104 Code civil sont aussi couvertes ex : indemnité de congés payés, de licenciement dues en application des conventions collectives. Les autres indemnités de licenciement sont privilégiées jusqu'à un certain plafond, au delà elles ne sont plus privilégiées que pour ¼

2. Le superprivilège

Dans toute procédure de redressement ou d liquidation judiciaire une partie des créances garanties par le privilège des salaires se voit accorder une garantie supérieure qu'on appelle e, pratique « superprivilège ». Il date d'un décret-loi du 8 Aout 1935 (art L.621-130 C.com) et son but consiste à ce que ces créances soient payées malgré l'existence de toute autre créance, même privilégiée puisqu'il prime toutes les autres sûretés réelles sauf le droit de rétention là encore on retrouve l'idée qu'il garantie les rémunérations de toute nature dues aux salariés, apprentis, V.R.P. et marins Les rémunérations garanties sont dues pour les 60 derniers jours de travail pour les salariés et apprentis; pour les 90 derniers jours aux V.R.P. et pour les 90 derniers jours ou la dernière période de paiements si elle est plus longue pour les marins Cette période vise les derniers jours de travail même s'il a pris fin avant l'ouverture de la

procédure

Les rémunérations garanties sont limitées par un plafond qui ne peut être inférieur à deux fois le plafond retenu pour le calcul des cotisations sociales. Ces sommes devront être payées par l'administrateur ou le débiteur sur ordonnance du juge commissaire dans les 10 jours du jugement déclaratif s'il y a des fonds suffisants, sinon le versement devra se faire dès la première rentrée de fonds.

3 . L'assurance garantissant les créances salariales (AGS)

L'AGS est née à la suite du conflit Liep de 1973 : il n'y avait aucun argent pour payer les salariés. La loi du 27 dec. 1973 a alors décidé de créer une assurance obligatoire pour couvrir les dettes salariales de l'entreprise insolvable. L'article L.143-11-1 C.trav. prévoit que tout employeur ayant la qualité de commerçant, artisan, agriculteur ou pm de droit privé employant un ou plusieurs salariés doit assurer ceux-ci contre le risque de non paiement des sommes dues au titre de leur contrat de travail en cas de redressement judiciaire.

Là encore, le montant des sommes garanties sera plafonné. Si les sommes dues en vertu du contrat de travail ne peuvent être payées le représentant des créanciers va présenter à l'AGS les relevés de compte et demander l'avance des fonds. Si l'AGS constate qu'il n'y a pas de fonds pour payer les salariés elle versera les sommes au représentant qui les reversera aux salariés. Pour les sommes du superprivilège, le relevé doit être établi dans les 10 jours de l'ouverture de la procédure et le versement s'effectue dans les 5 jours de la demande (sinon les délais sont de 3 mois et 8 jours). Il est possible que le contrat de travail se poursuive pendant la période d'observation et que l'on aille à la liquidation : les délais sont alors de 10 jours pour faire la demande à compter de la liquidation et de 8 jours pour faire l'avance. L'AGS peut se faire rembourser les sommes avancées . pour les créances superprivilégiées, elle sera subrogée dans les droits des salariés, il en va de même pour les sommes avancées au créancier en cas de liquidation, pour les autres sommes elle sera remboursée de la même façon que pour les créances antérieures au jugement d'ouverture.

C) LE PRIVILEGE DES CREANCES POSTERIEURES AU REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Depuis longtemps on a eu l'idée qu'en cas de procédures collectives on devait dissocier les créances antérieures et les créances postérieures car si on privilégiait les créances postérieures le débiteur trouverait plus facilement des sources de financement et donc que les chances de remis à flot de l'entreprise sont accrues. Sous l'empire du droit antérieur à 1985 on distinguait les créanciers dans la masse et les créanciers de la masse. La loi de 1985 a repris ce principe en modifiant le système et cette disposition a été remaniée en 1994. La jurisprudence refuse d'y voir un privilège au sens technique du terme car elle considère que la priorité de paiement instituée ne dépend pas de la qualité de la créance. Les créanciers dont le concours permet la continuation de l'entreprise et dont les créances sont nées régulièrement après le jugement d'ouverture seront payés par préférence aux autres créanciers, même munis de sûretés réelles, exception faite des créances salariales. En raison de certains excès le C.com a rétabli en 1994, mais seulement en cas de liquidation.

la primauté des créanciers titulaires de sûretés immobilières ou titulaires de sûretés mobilières assorties d'un droit de rétention ou en cas de nantissement du matériel ou de l'outillage

Il est nécessaire que plusieurs conditions soient réunies :

- la créance doit être née après le jugement d'ouverture de la procédure peu important sa nature. ce qui compte est que le fait générateur de la créance et non son exigibilité. Cette question pose des difficultés pour les créances fiscales (il faut regarder au cas par cas selon la date d'exigibilité de l'impôt)
- La poursuite de l'activité
- La créance doit naître régulièrement c'est à dire dans le respect des pouvoirs des organes de la procédure

Les créanciers de L. 621-32 quand l'activité continue et que les fonds sont suffisants peuvent exercer des actions individuelles et mettre en oeuvre des voies d'exécution. Dans le projet de réforme on ajouterait la condition « pour les besoins de la procédure »

II : LE CLASSEMENT DES PRIVILEGES GENERAUX

Il ne suscite pas de difficulté en l'absence de procédures collectives. La solution résulte des art 2101 et 2104 Code civil : frais de justice en premier rang et les autres venant à égalité en second rang

La solution est plus complexe avec une procédure de redressement et de liquidation judiciaire : il faudra tenir compte du superprivilège des salariés et du privilège de l'article L.621-32 Code de commerce.

A) L'INCIDENCE DU SUPERPRIVILEGE DES SALARIES

En cas de procédures collectives L.143-10 Code du travail et L. 621-32 Code commerce donnent une priorité absolue au superprivilège des salariés qui va primer tous les autres créanciers, y compris les autres privilèges.

On aura ce classement : 1er rang : superprivilège; 2ème rang : privilège des frais de justice; 3ème rang : autres privilèges généraux ; dernier rang : autres créanciers avec sûretés réelles selon leur droit de préférence

B) L'INCIDENCE DE l'article L. 621-32 Code de commerce

La différence de classement résultant de ce privilège tient au fait qu'il va primer un certain nombre de sûretés mais aussi être primé.

La difficulté a été accentuée avec la modification de cette disposition en 1994 qui fait varier l'intensité du privilège selon l'issue de la procédure.

L'idée générale est que ce privilège sera toujours inopposable aux créanciers munis d'un superprivilège car celui-ci a une vocation alimentaire.

Ce privilège cède aussi face à un créancier qui utilise son droit de rétention en ce que le créancier privilégié ne peut obliger le rétenteur à se dessaisir du bien et donc à faire le saisir (

le droit de rétention ne cède même pas devant le superprivilège des salariés) Cette solution s'applique aussi bien au droit rétention isolé ou englobé dans une autre sûreté réelle comme un gage

Ce privilège ne s'applique que pour les biens qui appartiennent au débiteur et non pour ceux qui, entre les mains du débiteur, sont restés la propriété d'un tiers d'où l'intérêt des sûretés fondées sur la propriété

Désormais on va devoir effectué un double classement

1. Le classement du privilège de L.621-32 C.com par rapport aux autres privilèges

En cas de redressement par continuation ou cession : 1er rang : superprivilège des salariés; 2eme rang: privilège de L.621-32 C.com; 3ème rang : privilège des frais de justice; 4ème rang : autres privilèges

En cas de liquidation judiciaire : 1er rang : superprivilège des salariés; 2ème rang : privilège des frais de justice; 3ème rang : sûretés immobilières, sûretés mobilières assorties d'un droit de rétention, nantissement du matériel et de l'outillage; 4ème rang : L.621-32 C.com; 5 ème rang : autres privilèges

2. Le classement interne à l'article L.621-32 Code de commerce

Dans ce rang spécifique le législateur a prévu 5 catégories de créanciers : les créances de salaire dont le montant n'a pas été avancé par les AGS, puis les frais de justice engagés dans l'intérêt des créanciers de L.621-32 Code de commerce, puis les prêts consentis par les établissement de crédit et les créances résultant des contrats poursuivis après l'ouverture de la procédure et dont le créanciers ont accepté un paiement différé; puis les sommes dont le montant a été avancé en vertu de L.143-11-1 Code du travail et enfin toutes les autres créances.

CHAPITRE 2 : LE DROIT DE RETENTION

Le droit de rétention s'analyse comme une faculté offerte à un créancier détenteur d'un bien de refuser de restituer ce bien tant que le débiteur ne l'aura pas payé. Pour certains auteurs ce droit serait une modalité affectant l'obligation de délivrance pesant sur le détenteur; pour d'autres on serait en présence d'une simple garantie. (on parle parfois de garantie indirecte) et pour d'autres encore ce droit est une véritable sûreté Il s'agit d'une sûreté archaïque, sans doute l'une des premières apparues (idée de justice privée) et cet archaïsme en fait une des sûreté les plus intéressante principalement dans l'hypothèse ou le débiteur est soumis à une procédures collectives car malgré cette procédure le créancier peut rester en possession de la chose tant qu'il n'a pas reçu complet paiement La position de la jurisprudence est simple qui dénie au droit de rétention la qualité de sûreté

I : LES CONDITIONS DU DROIT DE RETENTION

Le Code civil n'a pas construit de théorie générale du droit de rétention. Il indique simplement dans certaines dispositions que le créancier bénéficie de cette prérogative. Ces situations sont aussi bien contractuelles qu'extracontractuelles

A) LES APPLICATIONS TEXTUELLES DU DROIT DE RETENTION

Les hypothèses où un droit de rétention est prévu e retrouvent tant dans le Code civil que dans d'autres dispositions. Si on se limite aux dispositions du Code civil on voit que ce droit est admis dans les hypothèses où il existe un rapport contractuel et dans des hypothèse sans rapport contractuel

1. Les hypothèses de rapport contractuel

En cas de rapport contractuel entre le débiteur et le créancier, il est nécessaire des dégager 3 situations :

- il existe un contrat synallagmatique entre le débiteur et le créancier, l'hypothèse la plus importante étant celle prévue par le droit de lavante, et la disposition la plus intéressante l'article 1612 Code civil qui dispose qu'en cas de vente le vendeur est autorisé à retenir la chose vendue tant que le prix n'a pas été intégralement payé sauf s'il fait crédit. On est dans une situation juridique proche de l'exception d'inexécution (un cocontractant peut refuser d'exécuter sa prestation tant que son cocontractant n'a pas lui même exécuté sa propre prestation) et certains auteurs ont parfois affirmé que ces deux notions se confondent alors qu'il n'en est rien.

Ces deux institutions n'ont pas le même domaine d'application : le droit de rétention joue dans d'autres situations que les contrats synallagmatique à la différence de l'exception d'inexécution; les conditions de mise en oeuvre de ces institutions sont elles aussi différentes : l'exception d'inexécution suppose un manquement grave d'un cocontractant alors qu'en matière de droit de rétention tout manquement de l'une des parties entraîne la possibilité pour l'autre de s'en prévaloir

- les contrats unilatéraux comme la contrat de dépôt et l'article 1948 C.civ. il faut supposer que le dépositaire a été amené à engager des dépenses pour la conservation de la chose; il devient créancier du déposant. l'article 1948 Code civil lui permet de retenir la chose déposée tant qu'il n'a pas été intégralement remboursé

- les sûretés réelles qui entraînent dépossession du débiteur. toutes ces sûretés vont avoir comme prérogatives le droit de rétention

2. Les hypothèses en l'absence de rapport contractuel

Le droit de rétention va s'appliquer malgré l'absence de lien contractuel. Dans cette hypothèse une personne créancière du propriétaire détient une chose qui ne lui appartient pas ou plus Elle pourra dans certaines hypothèses refuser de restituer avant complet paiement notamment en droit des biens

Ex : expropriation pour cause d'utilité publique. En vertu de l'article 545 Code civil l'indemnité doit être préalable aussi le propriétaire exproprié la possibilité de retenir l'immeuble jusqu'au versement de l' indemnité; en cas de perte ou de vol d'un meuble son vrai propriétaire peut le revendiquer contre le vendeur ou l'inventeur mais aussi contre celle qui en a ensuite acquis la propriété en ignorant l'origine de ce bien . S'il l'a acquis de manière régulière au sens de l'article 2280 C.civ, l'acquéreur a un droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit remboursé

Il ressort que dans beaucoup de domaines le C;civ a prévu un droit de rétention mais dans le même temps il y a dans le Code civil d'autres dispositions excluant expressément la possibilité

pour le créancier de l'exercer (ex : art 1885 Code civil pour le prêt à usage) d'où la question d'une éventuelle extension

B) L'EXTENSION DU DROIT DE RETENTION

Elle suppose une créance dont ce droit est l'accessoire. Celle-ci doit être certaine en ce que la dette du débiteur ne doit pas être éventuelle. Elle doit être exigible car le droit de rétention s'analyse en une garantie de paiement. En revanche elle n'a pas à être liquide. Cette extension suppose la détention d'une chose par le créancier et l'existence d'un lien de connexité entre la créance et la chose

1. La détention de la chose

La chose détenue au titre du droit de rétention peut être aussi bien mobilière qu'immobilière mais traditionnellement on considérait que les biens du débiteur devant faire l'objet d'un droit de rétention devaient être corporels car ce droit nécessite une maîtrise de fait sur la chose

a. Les conditions relatives à la détention

La détention de la chose objet du droit de rétention est une condition essentielle pour cette sûreté.

Peu importe que cette maîtrise matérielle s'effectue par possession ou détention précaire mais comme cette condition est de l'essence du droit de rétention, il ne pourra y avoir de droit de rétention sans cette maîtrise

Normalement cette détention doit être exercée par le créancier mais elle peut l'être par un tiers agissant pour le compte du créancier

Pour pouvoir produire un droit de rétention, la détention doit avoir été obtenue par un procédé régulier, elle ne pourra s'effectuer si elle a été illégalement obtenue. Cette condition de la détention est parfois éludée de manière artificielle par le législateur qui crée des « détentions fictives ». La première hypothèse est celle du gage sur véhicule automobile. Le propriétaire du véhicule gagé demeure en possession mais le créancier bénéficie d'un droit de rétention qui est un droit fictif. Cette détention fictive produit les mêmes effets qu'une détention réelle avec une infériorité en cas de conflit entre un droit de rétention matériel puisque la détention réelle l'emporte

b. Les choses susceptibles de rétention

En principe seules les choses corporelles qui se trouvent dans le commerce juridique peuvent faire l'objet d'un droit de rétention. Il importe peu qu'elles soient mobilières ou immobilières. A l'inverse des choses qui ne sont pas dans le commerce juridique ne peuvent servir de support au droit de rétention ex : marchandises contrefaites, cadavres, prothèses On peut retenir des choses sans valeur marchande car le but du droit de rétention est de gêner le débiteur pour qu'il exécute son obligation. La valeur marchande est en grande partie secondaire dans le droit de rétention car le créancier n'a pas d'intérêt à faire vendre le bien objet de sa garantie ex : documents comptables, cartes grises

La question est celle de savoir si on peut étendre le droit de rétention à des meubles incorporels. de ce point de vue il faut faire une distinction . Il existe un certain nombre de meubles incorporels qui ont un support matériel qui permet d'appréhender le bien.L'hypothèse classique était celle où il existait des titres au porteur. Plus récemment la Cour de cassation a admis qu'on puisse détenir des fichiers informatiques à partir du moment où on en détenait le support Par contre, peut on admettre un droit de rétention sur des meubles incorporels ne comprenant pas de support matériel ? Un certain nombre d'auteurs répond par l'affirmative et s'appuient sur la création par la loi du 22 juillet 1996 d'un gage portant sur les instruments financiers et qui comporte un droit de rétention. Le instruments financiers sont aujourd'hui dématérialisés puisque l nantissement aura lieu par une inscription en compte.

De même, la jurisprudence a admis qu'un banquier pouvait retenir le solde créditeur de son client.

Malgré tout, la doctrine majoritaire considère qu'il n'est pas possible d'exercer un droit de rétention car à partir du moment où le législateur crée des détentions fictives, il utilise un procédé démontrant que la solution qu'il donne est contraire à la réalité. Ainsi, en dehors des hypothèses légales il est impossible d'avoir un droit de rétention avec une détention fictive.

2. La connexité entre la créance et la chose détenue

Compte tenu de l'intérêt du droit de rétention pour un créancier on s'est demandé si on pouvait étendre ce droit au delà des hypothèses légales. Après discussion on a choisit une voie intermédiaire

a. Les différentes théories

Les deux premières théories avancées sont maximalistes et ont été rejetées :

- il ne peut y avoir droit de rétention en dehors des hypothèses prévues par législateur
- le droit de rétention est permis chaque fois qu'il n'est pas expressément interdit par le législateur

Il est apparu nécessaire de trouver une position intermédiaire selon laquelle il doit exister un lien de connexité entre la chose retenue et la créance réclamée. La méthode de raisonnement a été la suivante. On a commencé par étudier les différentes positions législatives consacrant le droit de rétention et de ces textes on a dégagé des principes généraux appliqués aux situations non légales On est venu dire qu'il existait deux sortes de connexité :

- la connexité intellectuelle ou juridique : le lien entre la chose et la créance résulte d'un même contrat ex : vente Toutefois cette théorie a été parfois critiquée comme ne correspondant pas à toutes les hypothèses dans lesquelles le droit de rétention est accordé d'où la seconde théorie
- la connexité matérielle ou objective : dans ce cas le lien entre la chose et la créance tient à l'existence d'un acte matériel effectué sur cette chose ex : impenses faites par un dépositaire Par conséquent, à partir du moment où la créance a pour objet le remboursement de dépenses pour la conservation, l'amélioration ou la modification d'une chose il y aura droit de rétention Toutefois comme cette théorie est étroite, la doctrine considère que la connexité peut être tant juridique que matérielle

b. La position de la jurisprudence

Elle considère que la connexité ne sera pas nécessaire dans deux situations :

- celle des situations prévues par le législateur
- lorsque le droit de rétention est une prérogative offerte par une sûreté comme le gage

Hormis ces hypothèses la jurisprudence a considéré qu'il pouvait y avoir droit de rétention aussi bien en cas de connexité matérielle que de connexité juridique, pourtant toutes deux ne confèrent pas toujours les mêmes prérogatives.

En cas de connexité matérielle la créance garantie sera uniquement celle née relativement à la chose détenue aussi un créancier ne peut exercer son droit de rétention si la détention est née une seconde fois alors que sa créance résulte de la première détention, même si ce principe a été assoupli.

En cas de connexité juridique la créance et la détention doivent procéder d'un même contrat. Ces principes vont subir des infléchissements jurisprudentiels : en cas de détention successive une même chose par un créancier la jurisprudence considère souvent que les parties ont conclu une convention globale et donc à ce moment là la détention et la créance vont procéder d'un même contrat aussi par ex le garagiste créancier peut retenir la voiture pour une réparation antérieure.

Cette jurisprudence repose sur l'interprétation de la volonté des parties et donc pour des opérations voisines on aura des solutions différentes.

En cas de connexité juridique, le droit de rétention portera sur tout ce qui aura été remis au créancier au titre du contrat aussi dit on parfois que cette connexité serait plus intéressante.

III : LES EFFETS DU DROIT DE RETENTION

Ce droit s'analyse avant tout comme un refus légitime de restitution c'est à dire que le créancier aura la possibilité de conserver le bien même si une action réelle ou personnelle est exercée contre lui. Il s'agit là de la seule prérogative du créancier rétenteur. Pour cette raison on parle du caractère défensif du droit de rétention ce qui porte à s'interroger sur la nature juridique de ce droit qui subsiste jusqu'à extinction intégrale du paiement de la créance où dessaisissement volontaire du créancier.

A) LE CARACTERE DEFENSIF DU DROIT DE RETENTION

Il signifie que le créancier pourra conserver la détention de la chose tant qu'il n'aura pas reçu paiement. Ce droit ne semble pas susceptible d'abus.

1. La conservation de la détention de la chose

a. L'aspect positif

La première caractéristique du droit de rétention est son indivisibilité : chaque partie de la

dette est garantie par la totalité de la chose aussi le créancier sera autorisé à conserver la chose même en cas de paiement partiel. L'obligation de restitution ne naîtra qu'à extinction totale de la créance.

Deux autres conséquences résultent de cette indivisibilité :

- en cas de division de la chose chacune des parties pourra être retenue jusqu'à complet paiement
- en cas de division de la créance entre les héritiers du rétenteur, chacun reste entièrement garant

Pour constituer une garantie véritablement efficace, le droit de rétention doit être opposable non seulement au débiteur ou au propriétaire de la chose, mais aussi aux tiers qui auraient acquis un droit sur cette chose. L'opposabilité du droit de rétention au débiteur résulte de la définition même de cette garantie mais il arrive que le bien détenu appartienne à un autre que le débiteur et que le premier en soit pas l'ayant cause à titre particulier du second. Dans ce cas les conditions de constitution de la garantie ne sont pas réunies car il ne peut exister de connexité. Finalement pour devenir opposable aux ayant cause à titre particulier du débiteur il faut que ces tiers aient acquis le bien ou constitué de droits réels postérieurement au droit de rétention. L'opposabilité du droit de rétention aux tiers suppose plusieurs distinctions :

- le créancier pourra opposer sa prérogative aux créanciers chirographaires. Ceux-ci ne peuvent pas exercer un droit qui n'appartient pas à leur débiteur
- le créancier peut opposer sa prérogative aux créanciers privilégiés ce qui se justifie par le fait qu'il suffirait au débiteur de concéder une sûreté sur la chose pour anéantir le droit de rétention.

L'effet de cette opposabilité s'avère particulièrement intéressant en cas de saisie du bien. Le rétenteur contre lequel cette procédure est diligentée doit informer l'huissier de l'existence de son droit ce qui arrêtera la procédure de saisie sauf au saisissant de contester le bien fondé de cette rétention.

b. L'aspect négatif du droit de rétention

Refus légitime de restitution, le droit de rétention n'emporte pas en principe de prérogative positive et on dit souvent que le droit de rétention ne confère ni droit de préférence, ni droit de suite.

Cette affirmation doit être nuancée par deux points de vue

- elle n'est pas forcément exacte quand le droit de rétention est englobé dans une sûreté car en vertu de celle-ci le créancier bénéficie d'un droit de préférence et d'un droit de suite.
- si on se place sur le seul plan du droit de rétention, cette affirmation doit être précisée. Le principe est effectivement que le créancier ne bénéficie pas d'un droit de préférence c'est à dire que si le bien a été rendu à son initiative ou avec son accord le droit de rétention est alors éteint. il redevient un créancier chirographaire.

Malgré tout ce principe d'absence de tout droit de préférence n'est pas absolu et comporte des dérogations démontrant que le droit de rétention est aussi parfois un droit sur la valeur de la chose. La jurisprudence a décidé que si la vente forcée en justice du bien est opérée à l'initiative des autres créanciers la créance du rétenteur, s'il s'est opposé à la vente, doit être prélevée sur le prix. l'article L.622-21 alinéa 2 C.com a consacré cette solution en prévoyant en cas de p;coll que le liquidateur peut procéder à la réalisation forcée du bien malgré le droit de rétention qui le grève et qui sera reporté sur le prix de plein droit. on est véritablement en présence d'un

privilège qui va se substituer au droit de rétention et qui, dans le classement des privilèges figurera aux tout premiers rangs. Ce droit sur la valeur de la chose apparaît enfin en cas de destruction du bien retenu. Le C.ass prévoit à son art L.121-13 qu'un mécanisme de subrogation réelle va apparaître et le droit de rétention sera reporté sur le montant des indemnités.

On affirme aussi que le créancier rétenteur ne bénéficie pas d'un droit de suite et c'est effectivement le cas quand il se dessaisi volontairement du bien. Toutefois il existe des limites à ce principe : il peut y avoir dessaisissement provisoire quand on doit faire des opérations d'expertises ou des réparations, surtout il y a une sorte de droit de suite quand à la dépossession du rétenteur aura été involontaire ou fortuite. Le créancier bénéficie alors des actions possessoires comme la réintégration ou d'une action réelle en restitution.

2. Le droit de rétention en cas d'ouverture d'une procédure collective

Dans l'hypothèse où le débiteur est soumis à une procédure collective le créancier rétenteur apparaît comme celui qui sera le moins sacrifié. La jurisprudence considérant que le droit de rétention n'est pas une sûreté il en résulte que le créancier peut se contenter de déclarer sa créance à titre chirographaire. Pendant la période d'observation l'article L.621-24 C.com permet au juge commissaire d'autoriser l'administrateur à payer une créance antérieure pour dégager de son droit de rétention une chose retenue lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité. Le droit de rétention ne sera pas remplacé par un droit de préférence car la situation de concours entre créancier existe pas. On ne peut se débarrasser du rétenteur qu'en le payant. Le droit de rétention va subsister lors de la vente de la chose en cas de plan de continuation ou si la chose est englobée dans un plan de cession. En cas de liquidation, l'article L.622-21 alinéa 3 C.com prévoit son report sur le prix; de là on aboutit à la conséquence que le rétenteur va primer tous les autres créanciers, y compris le superprivilège des salariés.

B) LA NATURE JURIDIQUE DU DROIT DE RETENTION

On a dit que c'était un droit réel, un droit réel inachevé, un droit personnel et la C.cass donne des solutions étonnantes. Il s'agit d'un droit réel opposable à tous et même à ceux qui ne sont pas tenus par la dette; dans le même temps elle vient dire que ce n'est pas une sûreté. Ce n'est ni un droit réel principal, ni démembré, ni accessoire. En fait si on hésite beaucoup c'est que ce droit est impossible à classer car c'est un mécanisme de justice privée.

TITRE 2 : LES SURETES MOBILIERES

Les meubles constituent une assiette permettant facilement d'obtenir du crédit sans que l'intégralité du crédit du débiteur soit atteinte. Ces sûretés mobilières ont repris de l'importance compte tenu de l'importance de certains biens meubles qui sont souvent incorporels.

Malgré tout, cette catégorie de sûretés présente un caractère essentiel en ce qu'il n'y a aucune homogénéité en ce domaine du fait de la variété des biens. Elle se caractérise aussi par le fait qu'elles ne seront pas soumises à un régime général de publicité, il n'y aura que des régimes ponctuels mais cette absence de publicité fragilise ces sûretés du fait de la règle de l'art 2279 Code civil en cas de tiers acquéreur de bonne foi le droit de suite sera paralysé. Ces sûretés présentent un inconvénient tenant à leur multitude. On est en présence d'un nombre important de sûretés qui vont pouvoir porter sur des mêmes biens d'où des conflits de droits de préférence amenant à des classifications difficiles surtout si s'ajoute une p.coll.

CHAPITRE 1 : LES SURETES MOBILIERES CONVENTIONNELLES

Elles se répartissent en deux grandes catégories :

- une sûreté mobilière avec dépossession : le gage. C'est la technique la plus efficace mais elle est relativement frustrante. Son efficacité tient au fait que le droit de gage comprend un droit de rétention.
- des sûretés mobilières sans dépossession qui répondent à un besoin économique simple : il est fréquent qu'une personne ait besoin de crédit mais aussi du bien qu'elle peut grever pour exercer son activité. Toutefois ces sûretés ont un défaut pour le créancier qui tient à l'absence de droit de rétention de ces sûretés.

I : LES SURETES MOBILIERES AVEC DEPOSSESSION : LE GAGE

Les art 2071 et 2072 Code civil définissent le gage. Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet à son créancier une chose pour sûreté de sa dette; le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage, d'une chose immobilière antichrèse. Ce mot de gage ne doit pas se confondre avec le « droit de gage général » des créanciers de l'article 2092 Code civil. Ici, on est en présence véritablement d'une sûreté réelle. Les avantages que procure cette technique au créancier sont essentiellement dus à la dépossession du débiteur ou du constituant : par la gêne ainsi causée on espère que le débiteur remplira rapidement ses obligations. Cette gêne sera plus ou moins importante selon l'utilité que représentent les objets gagés pour le débiteur. Ici on se limitera au droit commun du gage même s'il existe désormais des gages spéciaux pouvant porter sur des meubles incorporels. Ce gage présente des défauts importants car historiquement il a été utilisé de manière abusive par les usuriers aussi en matière civile le prêt sur gage ne peut être utilisé que de manière isolée; pratiqué de manière habituelle il sera réservé aux caisses de crédit municipal. Le contrat de gage intéresse non seulement les deux parties au contrat mais aussi les tiers car il leur est opposable. Tout cela explique que cette sûreté soit minutieusement réglementée pour sa constitution que pour ses effets.

A) LA CONSTITUTION DU GAGE

Aucune condition spécifique n'est exigée du créancier. Il doit simplement être capable de contracter et ne doit pas être un professionnel du gage. Le constituant est le plus souvent le débiteur mais un tiers peut offrir ses meubles corporels en garantie de la dette du débiteur par un cautionnement réel. Il doit avoir la capacité d'aliéner car la réalisation du gage peut déboucher sur la vente du bien grevé. Les hypothèses où il n'est pas le propriétaire du gage se développent compte tenu de la généralisation de la CRP et même si un tel gage est nul par principe car constitué par un non propriétaire le gagiste est protégé par le jeu de l'article 2279 Code civil s'il est de bonne foi avec les limites de l'article 2279 alinéa 2 en cas de revendication du véritable propriétaire de l'objet du gage. Le particularisme de cette constitution tient à plusieurs choses

1. La créance garantie et l'assiette du gage

Il suppose une créance à garantir dont il est l'accessoire. La nullité ou l'inexistence de la créance entraînerait la disparition du gage. Cette créance communique au gage son caractère civil ou commercial; mais il importe peu qu'elle soit à terme ou conditionnelle. Elle n'a pas à être liquide et peut même avoir un caractère éventuel. Pour qu'un bien puisse être donné en gage il doit être mobilier et aliénable car la sûreté débouche parfois sur sa vente. ce gage peut porter indistinctement sur des meubles corporels ou incorporels même si cette hypothèse est plus rare en principe. Il est possible qu'un bien gagé soit remis à un tiers et on parle d'entiercement ce qui permet que plusieurs gages soient constitués sur une même chose. Cette chose peut être un corps certain, une chose fongible ou consommable. A priori seule les choses existantes peuvent être gagées car le gage suppose la dépossession du constituant. Une opération portant sur une chose future s'analyse comme une promesse de gage.

2. La rédaction d'un écrit

Elle permet de faire connaître aux tiers l'existence d'un contrat de gage. On veut éviter que les droits des tiers ne soient diminués par un accord entre le créancier gagiste et le débiteur. En vertu de l'article 2074 Code civil ce privilège (le droit de préférence) n'a lieu à l'égard des tiers que tant qu'il y a eu acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré contenant déclaration de la somme due, de l'espèce et de la nature des biens donnés en gage ou un état annexé de leur qualité, poids et mesures. En pratique les contrats de gage ne sont quasiment jamais passés par acte authentique mais sous seing privé. Dans ce cas le Code civil semble imposer l'enregistrement du contrat mais la jurisprudence impose seulement que ce contrat ait acquis date certaine au sens de l'article 1328 C.civ. Le contrat est valable entre les parties mais ne devient opposable aux tiers qu'en ayant acquis date certaine. Ces conditions en sont toutefois pas obligatoires quand ni la créance garantie, ni l'objet gagé ne dépassent la valeur de 800 E. il en va de même pour le gage commercial lorsqu'il est constitué par un commerçant. Cette dérogation se justifie difficilement. A priori l'article 2074 Code civil pose une règle de preuve d'un contrat entre les parties qui est pratiquement similaire à celle existant pour le droit commun des actes juridiques; mais ce texte comprend aussi une règle d'opposabilité aux tiers de la sûreté et là, les dérogations ne se justifient pas car c'est à compter de la date certaine qu'il y aura opposabilité du droit de préférence aux tiers c'est à dire principalement aux autres

créanciers

De même, si plusieurs sûretés ont été consenties sur un même bien, les dates respectives de constitution régleront les conflits de droit de préférence. Ces questions sont primordiales principalement en cas d'ouverture d'une procédures collectives 3. La remise de la chose

Selon l'article 2076 C.civ, « Dans tous les cas le privilège ne subsiste sur le gage que tant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties »

Cette nécessité explique que le gage une chose future ne soit pas possible, du moins en pratique

Cette dépossession est nécessaire pour assurer efficacité de la sûreté. Si le bien était resté entre les mains du créanciers les risques de disparitions du bien, amplifiés par l'article 2279 Code civil auraient condamné à terme l'utilisation de cette garantie. Elle joue aussi vis à vis des tiers un rôle de publicité rudimentaire et permet d'individualiser les biens objet de la sûreté

Cette exigence était classiquement expliquée par le caractère réel du gage. Selon un arrêt du 18 mai 1898 « le contrat de gage étant un contrat réel il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu; l'accomplissement de cette condition est nécessaire être les parties elle même pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur, en outre la dépossession permet d'attirer l'attention du débiteur sur la gravité de son acte. Par conséquent en l'absence de remise du bien gagé le contrat de gage n'est pas formé » c'est à dire que ce contrat n'existe pas par le seul échange des consentements Jusqu'à la remise c'est une promesse de gage dont l'inexécution sera sanctionnée par l'octroi de di.

Cette vision est souvent remise en cause pour deux raisons principales :

- La doctrine moderne montre dans sa majorité une hostilité certaine envers les contrats réels
- Depuis environ 100 ans on assiste au développement de toute une série de gages sans dépossession et donc pourquoi ne pas admettre dans le droit commun du gage que l'on est pas en présence d'un contrat réel

Toutefois le débat a peu de conséquences pratiques car la mise en possession du créancier, a supposer qu'elle ne soit pas un élément de constitution du contrat, est un élément tellement essentiel du gage qu'elle est toujours nécessaire Cette remise doit être apparente et réelle. Elle doit aussi être continue (« jusqu'à expiration du contrat »)

Le gage s'éteindra donc toujours avec la restitution volontaire du bien par le créancier au constituant. De plus, la sûreté distraira en cas de disparition ou de destruction de la chose

Ce principe comprend deux exceptions :

- en cas d'assurance du bien il y aura subrogation sur l'indemnité d'assurance
- en cas de gage portant sur des biens fongibles la sûreté se reporte sur les choses qui y sont substituées

Cette tradition s'effectue par la remise du bien gagé mais on peut remettre un titre représentant les marchandises et permettant de la réclamer à un tiers. la remise peut être effectuée soit entre les mains du créanciers, soit entre les mains d'un tiers

B) LES EFFETS DU GAGE

Le gage apparaît avant tout comme une sûreté permettant au créancier de détenir la chose

d'autrui; et le but originaire de cette détention consiste à lui permettre de faire vendre le bien si à l'échéance il n'est pas payé aussi les effets du gage vont différencier selon que l'on se place avant ou après l'échéance de la dette garantie

1. Avant l'échéance de la dette garantie

a. Les droits du créancier gagiste

Ils résultent du fait qu'à ce moment précis le créancier est dans une situation d'attente. il sera éventuellement tenu de restituer le bien à l'échéance s'il est payé du montant de sa créance. Il est titulaire dès ce moment là d'un droit de rétention et peut récupérer le bien en vertu d'un droit de suite s'il s'en est involontairement dessaisi. L'intérêt du gage à ce moment là tient à son caractère indivisible qui signifie que ce gagiste pourra conserver le bien tant qu'il n'aura pas intégralement été désintéressé et cette indivisibilité est renforcée. l'article 2082 alinéa 2 Code civil dispose que si le débiteur est tenu de deux dettes et qu'il rembourse celle qui est garantie par le gage, le créancier gagiste aura la faculté de retenir le gage jusqu'à complet paiement de la seconde dette mais cette règle ne s'applique pas lorsque les deux dettes sont assorties de gages distincts. l'article 2083 Code civil prévoit aussi que le gage est indivisible malgré la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur ou du créancier.

Le créancier gagiste est aussi muni d'un droit de rétention qui va être opposable aux tiers c'est à dire que ces tiers sont aussi bien les ayant-cause à titre universel, les créanciers chirographaires ou les ayants cause à titre particulier du propriétaire du bien gagé.

De nombreuses règles du droit du gage vont être infléchies en cas de procédures collectives à l'encontre du débiteur. Notamment le créancier gagiste pourra être contraint de se dessaisir du bien et l'article L.621-24 C.com prévoit eu si le bien gagé est nécessaire pour la poursuite de l'activité, le débiteur ou l'administrateur ont la faculté de le reprendre mais seulement en payant le créancier. En cas de liquidation judiciaire l'article L.622-21 C.com prévoit une règle similaire pour le liquidateur; IL pourra faire réaliser le bien gagé mais le droit de rétention sera reporté sur le prix de vente. Bien entendu ces différentes solutions nécessitent que la créance et la sûreté aient été régulièrement déclarées dans la procédure. En cas d plan de continuation le gagiste devra se plier aux délais imposés mais s'il y a vente du bien gagé il recevra un paiement prioritaire. Les mêmes règles valent en cas de cession de l'entreprise qui englobe la créance.

Le créancier gagiste va aussi, en théorie du moins, bénéficier d'un droit de suite qui lui permet de réclamer la chose contre un tiers mais ce droit est de peu d'utilité pratique car cette prérogative est souvent paralysée par le jeu de l'article 2279 Code civil notamment dès que le gage porte sur un meuble corporel.

b. Les obligations du créancier gagiste

Selon l'article 2079 Code civil les obligations du créancier gagiste s'apparente à celles d'un dépositaire. Il est tenu de conserver la chose puisqu'il sera éventuellement tenu une obligation de restitution si sa créance est payée à l'échéance. Il ne peut se servir de la chose car il l'a détenu à titre de garantie. Le non respect de cette obligation de conservation est doublement sanctionné : une part il y a une sanction pénale qui prévoit d'appliquer les peines de l'abus de confiance s'il détourne ou détruit la chose; d'autre part, civilement, il sera responsable des détériorations et destructions. Il est seulement tenu d'une obligation de moyen. La jurisprudence a parfois considéré que cette obligation de conservation pouvait aller jusqu'à une obligation de dépense pour les choses périssables. Elle considère que la vente s'analyse en un acte conservatoire. Il arrive aussi que le créancier gagiste soit obligé d'engager des frais pour exercer son obligation de conservation. Dans ce cas l'article 2080 Code civil indique que « le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage ». En vertu de la théorie des impenses les dépenses utiles seront remboursées intégralement et les dépenses nécessaires à concurrence de la plus-value apportée. En aucun cas le créancier ne pourra se servir des fruits produits par la chose pour respecter son obligation de conservation. En principe d'ailleurs il n'a pas le pouvoir pour percevoir les fruits. La convention des parties peut y déroger et dans cette hypothèse le créancier agit comme mandataire du débiteur.

2. Après l'échéance

Lorsque l'échéance de la dette garantie arrive deux situations se présentent :
 - le débiteur paie spontanément et de manière satisfaisante le créancier. Dans ce cas la sûreté va disparaître et le créancier sera tenu d'une obligation de restitution
 - le débiteur ne paie pas et dans ce cas la sûreté va être mise en œuvre et réalisée

a. La restitution du bien gagé

Dès l'extinction de la dette garantie une obligation de restitution du bien à son véritable propriétaire apparaît. Cette obligation pèse soit sur le créancier, soit sur le tiers convenu en cas d'entiercement. En application du principe d'indivisibilité la restitution doit être globale et porte à la fois sur le bien remis et sur les faits éventuellement produits par ce bien. La jurisprudence a prévu que pour les denrées périssables, s'il y avait eu remplacement de la marchandise, la restitution porte sur les marchandises remplacées. Une question s'est posée pour la restitution des choses fongibles : doit-on restituer les choses mêmes qui ont été remises ou peut-on restituer des choses en même quantité et même nature ? La jurisprudence s'est prononcée plutôt pour la possibilité de restituer des choses de même nature et même qualité mais cette solution postule que le gage a entraîné un transfert de propriété.

Les sanctions en cas de non restitution du bien gagé sont relativement simples : responsabilité du créancier et sur ce point le créancier est tenu d'une obligation de résultat.

b. La réalisation du bien gagé

En cas de non paiement de la dette garantie à l'échéance le créancier peut demander la réalisation de la sûreté. On voit là la différence et la supériorité sur le créancier rétenteur qui est dans une situation d'attente, purement passive, et qui n'a pas intérêt à demander la réalisation du bien détenu puisque dans ce cas il est dans la situation d'un chirographaire Ici le gagiste est dans une situation nettement préférable car il bénéficie d'un droit de préférence qui fait que le bien sera affecté à son paiement. De ce fait le gagiste a deux prérogatives

- faire vendre le bien
- se faire attribuer la propriété de ce bien

A priori, la possibilité de faire vendre le bien n'est pas spécifique au gagiste car tout créancier a cette possibilité. En réalité le particularisme de la situation du créancier gagiste tient aux modalités de cette réalisation

Il peut s'adresser au tribunal compétent pour obtenir l'autorisation de faire vendre le bien gagé. Il n'est pas nécessaire de passer par une procédure de saisie car par définition le gagiste détient déjà le bien. Cette autorisation judiciaire est parfois d'ailleurs écartée au profit des caisses de crédit municipal et surtout, en matière commerciale l'article L.621-3 alinéa 1 C.com prévoit qu'à défaut de paiement à l'échéance le créancier peut, 8 jours après une simple signification faite au débiteur faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage La vente de ces biens doit avoir lieu aux enchères publiques et respecter les règles prévues par les art 110 et suivants du décret du 31 juillet 1992 pour la saisie-vente Les frais de vente seront à la charge du débiteur et rien n'empêche le créancier de se porter adjudicataire du bien

Cette obligation de recourir aux enchères publiques est d'ordre public et la clause permettant une vente amiable ou « clause de voie parée » est interdite par 2076 alinéa 2 C.civ. La raison de cette prohibition tient à la crainte de ce que le créancier ne se satisfasse parfois d'un faible prix à partir du moment où ce prix est suffisant pour le désintéresser. A l'inverse avec les enchères on obtient le prix normal.

Cette nullité de la clause de voie parée n'est toutefois encourue que si elle est stipulée à la conclusion du contrat de gage non quand elle l'a été postérieurement Dans cette hypothèse on considère que le débiteur n'est plus à la merci du créancier Une fois que la vente sera effectuée le créancier gagiste va bénéficier d'un droit de préférence sur le prix obtenu. En cas de pluralité de gage ce qui est possible avec l'entiercement on commence par payer le gage le plus ancien . Si le prix de vente est supérieur au montant de la créance le surplus sera remis au débiteur; si le prix est inférieur le créancier gagiste deviendra chirographaire pour le surplus

Pour autant sa situation n'est pas aussi bonne qu'il n'y paraît car un même bien peut faire l'objet de plusieurs droits de préférence et dans ce cas on va devoir établir un classement de ces droits de préférence et on commencera par payer le droit de préférence le plus fort De ce point de vue en pratique, le droit de préférence du gagiste n'est pas forcément le meilleur

Pour cette raison le créancier préférera utiliser la deuxième prérogative qui lui est offerte : se faire attribuer la propriété du bien

Selon l'article 2078 alinéa 1 Code civil le créancier gagiste peut « faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence d'après estimation faite par expert » L'expertise est obligatoire et il en résulte 3 positions possibles :

- valeur équivalente à la créance qui est éteinte
- valeur moindre que le montant de la créance et le créancier deviendra chirographaire pour le surplus

- valeur supérieure au montant de la créance et le créancier peut conserver le bien mais devra verser le surplus de la somme au débiteur. Le jugement d'attribution du gage opère un transfert de propriété constitutif d'une dation forcée. L'avantage de ce procédé est important pour le créancier car cela lui permet de ne pas tenir compte des autres sûretés grevant le bien, il va primer tous les autres créanciers. Toutefois il n'a pas forcément besoin du bien et préférerait de l'argent.

L'attribution judiciaire a posé une difficulté quand à son domaine d'application car cette possibilité est seulement prévue par le Code civil et non par le C.com. La jurisprudence est venue étendre cette prérogative au juge commercial. Cette question du domaine est devenue d'autant plus importante avec le développement du droit des procédures collectives car cette attribution permet de contourner toutes les règles du classement et permet au créancier gagiste de primer le superprivilège des salariés. Désormais la jurisprudence pose en règle que l'attribution judiciaire du gage est un principe général qui cède uniquement en cas de disposition législative contraire. L'article 2078 alinéa 2 Code civil et L.521-3 alinéa 4 C.com interdisent « le pacte compromissaire » qui est la clause qui prévoit dans le contrat de gage que la propriété sera attribuée au créancier sans passer par la procédure judiciaire. Là encore la violation de ces dispositions sera sanctionnée par la nullité mais, comme pour la clause de voie parée, la nullité n'est encourue que si le pacte a été stipulé lors de la conclusion du gage et redevient valable s'il a été stipulé postérieurement. Dans ce cas de débiteur n'est plus à la merci du créancier.

C) L'EXTINCTION DU GAGE

On retrouve en matière de gage les mêmes principes qu'en droit du cautionnement : c'est à la fois un contrat indépendant et un contrat accessoire. Il y aura donc des causes d'extinction par voie principale et par voie accessoire.

Si on se place sur les causes d'extinctions par voie accessoire la principale hypothèse est le paiement de la dette garantie. De manière plus large, à chaque fois que la dette garantie s'éteint la logique voudrait que la sûreté disparaisse mais il y a plusieurs limites à cette règle :
- Si l'extinction de la dette est due au paiement effectué par un tiers, ce tiers sera subrogé dans les droits du créancier dont le gage.
- la prescription de la dette garantie. Le principe est que la créance devient imprescriptible tant que le gage reste entre les mains du créancier gagiste. En lui laissant le bien le débiteur connaît l'existence de sa dette.
En vertu du principe d'indivisibilité l'extinction du gage n'aura lieu qu'autant que l'extinction de la dette principale a été intégrale. Il existe une règle particulière à l'article 2082 alinéa 1 Code civil qui dispose que le paiement de la dette primitive laisse subsister le gage si une nouvelle créance est devenue exigible entre les mêmes parties avant le règlement de la dette initialement garantie.

En cas d'extinction par voie principale la sûreté disparaît alors que l'obligation garantie subsiste. La principale hypothèse est celle de la restitution volontaire de la chose au constituant. On considère que le créancier a renoncé à la garantie.

Dans le même ordre d'idée la disparition du bien objet du gage fait s'éteindre la garantie. toutefois ce principe comporte une limite dans l'hypothèse où le bien gagé était assuré : la sûreté se reporte sur l'indemnité d'assurance. Il existe deux autres séries de causes d'extinction : le juge peut toujours prononcer la déchéance du gage en cas d'abus du créancier sur le bien gagé et elle peut aussi résulter dans le droit de la procédures collectives de certaines décision prises par les instances de la procédure

II : LES GAGES PARTICULIERS

Ils sont soumis à des règles à la fois du droit commun du gage et pour certain point à des règles spécifiques qui sont dues à la nature particulière du bien qui nécessite certains aménagements mais aussi de la volonté du législateur compte tenu de l'importance économique de certains de ces biens

A) LES GAGES PARTICULIERS SUR MEUBLES CORPORELS

Il existe ici deux grandes catégories de gage :

- le gage sur marchandise qui est de moins en moins utilisé du fait des CRP qui empêchent la mise en gage
- le gage sur somme d'argent

A priori le gage sur somme d'argent peut apparaître comme un non sens. Pourquoi un débiteur va t'il remettre de l'argent en garantie d'une dette ? Toutefois au regard de la technique du crédit le paiement peut être à terme et on ne sait pas si le débiteur sera toujours titulaire de la somme à échéance et ces gages concernent le plus souvent des montants inférieurs à la créance garantie. Ces gages sont utilisés et dans des techniques classiques et dans des opérations de swap qui est une opération bancaire complexe où les banques s'échangent mutuellement des titres et devises

Le problème que pose le gage de somme d'argent va être celui de sa nature juridique. En effet il se distingue de nombreuses institutions voisines. Il ne peut pas être considéré comme une dation en paiement car malgré la remise le débiteur n'est pas libéré alors qu'en cas de dation il l'est. Pour la même raison on ne peut considérer que le gage s'analyse e un paiement anticipé car s'il y a paiement antérieur il y libération du débiteur et en cas de paiement le créancier peut conserver la somme remise alors qu'ici il est en principe tenu d'une obligation de conservation

Les difficultés se présentent différemment selon que la remise d'argent est effectuée entre les mains du créancier ou d'un tiers :

- remise entre les mains du créancier : le constituant verse directement la somme convenue entre les mains du créancier qui devient propriétaire de cette somme.

Est on toujours en présence d'un gage ? Sur ce point la jurisprudence est très incertaine. La ch.crim a admis la qualification de gage (sanction pénale du détournement de gage); la position de la ch.civ, en revanche, est incertaine : quelque décision appliquent la qualification de gage alors que la majorité les exclut et c'est dans ce sens que vont les dernières décisions. La doctrine est partagée : pour certains c'est un gage alors que pour d'autres c'est une aliénation ou une cession fiduciaire car pour le gage-espèce il y a obligatoirement un transfert de propriété du bien donné en garantie qu'il ne peut y avoir en matière de gage. Cette controverse a des incidences pratiques concernant le point de savoir si on applique à cette sûreté les règles du gage. Si on va vers la qualification de cession fiduciaire on exclut les règles du gage dont les formalités de constitution. Sur le terrain de la réalisation de la sûreté si le débiteur paie la somme remise sera presque toujours considérée comme un acompte du prix et si le débiteur ne paie pas le montant de la dette il y aura compensation en ce que détient le créancier et ce qui est dû par le débiteur - Remise entre les mains d'un tiers : un tiers, souvent une banque reçoit une somme d'argent ou la prélève pour l'affecter sur un compte spécial. Du fait de l'affectation de cette somme le constituant perd tout pouvoir sur cette somme. L'avantage du procédé est que comme le bien est détenu par un tiers il est possible de constituer plusieurs gages sur une même somme; On est effectivement en présence d'un gage véritable mais qui va déroger sur certains points aux règles classiques du gage. On ne peut concevoir une vente aux enchères publiques et donc le seul mode de réalisation possible du gage est son attribution mais par définition l'expertise n'est pas nécessaire mais les formalités de constitution du gage devront être respectées et notamment pour l'opposabilité aux tiers la rédaction d'un écrit avec date certaine.

B) LES GAGES PARTICULIERS SUR MEUBLES INCORPORELS

L'originalité de ces gages tient au fait qu'ils portent sur des biens qui, par définition, sont immatériels d'où la question de la mise en possession du créancier. Pendant longtemps cette question n'a pas vraiment posé problème car la plupart des biens incorporels étaient matérialisés par un titre et donc on considérait que le droit était incorporé dans le titre dont la remise valait remise de ce droit. Mais actuellement se développe un phénomène de dématérialisation particulièrement visible pour les valeurs mobilières ce qui amène des complications. Cette catégorie de gage est plus disparate car les biens pouvant être objet de cette sûreté sont très différents et schématiquement il y a trois catégories de meubles incorporels pouvant faire l'objet d'un gage : les polices d'assurance, les créances et les valeurs mobilières et parts sociales

1. Le gage portant sur créances

Il ne présente plus d'homogénéité car à côté du droit commun il existe un nantissement des créances professionnelles. Le particularisme du gage de droit commun des créances se retrouve tant pour les conditions de constitution de la sûreté que pour ses effets

a. Constitution de la sûreté

Le système actuel du Code civil est inadapté car trop lourd à mettre en oeuvre. Selon l'article

2075 Code civil « lorsque le gage s'établit sur un meuble incorporel comme les créances mobilières, l'acte sous seing privé dûment enregistré est signifié au débiteur de la créance donnée en gage ou acceptée par lui dans un acte authentique » et cette disposition s'applique aussi aux gages commerciaux. Ici on retrouve le même formalisme que celui de l'article 1690 Code civil pour la cession de créance. Le but de cette signification est d'abord d'avertir le débiteur qu'il ne peut plus se libérer entre les mains du créancier originaire et elle a aussi pour but d'informer les tiers de l'existence de cette garantie. Pendant longtemps ces simples formalités étaient insuffisantes et on exigeait la remise du titre de la créance ; si la créance n'avait pas de titre la mise en gage devenait impossible. La Cour de cassation a donc assoupli la formalité. Par un arrêt du 10 mai 1983 elle a indiqué que la mise en possession étaient suffisamment réalisée au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible par la signification au débiteur de la créance donnée en gage.

b. Effets de la sûreté

Le particularisme se retrouve aussi à ce niveau et l'article 2081 Code civil permet au créancier gagiste de recevoir les intérêts produits par la créance pour les imputer sur les intérêts de sa propre créance et si cette dernière n'est pas productive intérêts sur le capital. Toutefois cette règle n'est pas d'ordre public. Enfin la plus grande difficulté se retrouve dans le cas où l'échéance de la dette garantie et celle de la créance donnée en garantie ne coïncident pas. Si cette dernière vient à échéance avant, en application de l'article 2078 alinéa 2 Code civil le créancier gagiste ne peut s'approprier la chose car on ne peut savoir si le débiteur paiera la dette garantie aussi la somme provenant de la créance donnée en garantie devra être restituée au débiteur et le créancier n'aura plus de garantie. Pour contourner cet inconvénient il y a plusieurs possibilités : donner mandat au gagiste de recouvrer la créance et il pourra alors exercer sur ces sommes un droit de rétention, instituer le créancier gagiste déléataire. Le gage sur créance présente aussi une nette infériorité sur le droit commun du gage qui tient au fait qu'il n'y a pas de droit de rétention car on est en matière incorporelle et donc toutes les prérogatives résultant du droit de rétention sont exclues pour le gage sur créance. Normalement les modes de réalisation classiques du gage doivent être respectés mais certains sont désormais totalement inadaptés ex : vente aux enchères publiques. Si on se place sur le terrain de l'attribution judiciaire on arrive à une situation difficile pour expertiser la valeur de la créance qui dépend de la solvabilité du débiteur.

2. Le nantissement des parts sociales et valeurs mobilières

Ce nantissement s'analyse en quelque sorte comme une variété particulière de nantissement sur créance mais ici ces parts sociales et valeurs mobilières ont un particularisme important à deux points de vue :

- du fait de la transformation de la fortune moyenne des français ces biens ont pris une importance patrimoniale considérable et par conséquent il était nécessaire pour le droit du crédit de pouvoir mobiliser ces valeurs aisément
- ces parts sociales et valeur mobilières sont des biens destinés à circuler et sur ce plan c'est un domaine où le droit des sûretés réelles a le plus évolué car auparavant on ne pouvait nantir certains titres par des règles spécifiques

Désormais, suite à des interventions législatives on a facilité ce type de garanties et il faut faire une dissociation

a. Le nantissement des parts sociales

Il a été réglementé par les articles 1866, 1867 et 1868 Code Civil. En vertu de l'article 1866 Code civil « les parts sociales peuvent faire l'objet d'un nantissement constaté soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique donnant lieu à une publicité dont la date détermine le rang des créanciers nantis. En cas de publication le même jour les créanciers viennent en concurrence »

Ces règles concernent le nantissement des sociétés civile. Pour les sociétés commerciales on recourt au droit commun du gage sur créance. Le particularisme tient à la nécessité de prendre une inscription sur un registre tenu au RCS. Cette publicité est nécessaire pour la validité du nantissement car elle joue le rôle de la dépossession et est attributive de rang. Le problème de ce nantissement de parts sociales est que les sociétés qui émettent les parts sont souvent des sociétés avec un important intuitu personae or le nantissement peut déboucher sur la vente forcée de ces parts et donc sur l'intrusion d'un tiers. Sauf s'il existe des règles spécifiques, le créancier gagiste qui demande l'attribution ou l'adjudicataire ne pourra rentrer dans la société qu'avec le consentement de tous les associés. Pour éviter cette situation de blocage l'article 1867 alinéa 1 Code civil prévoit que l'associé qui désire nantir ses parts peut demander aux associés qu'ils consentent à cette opération ce qui vaut agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts si elle est notifiée dans le délai d'un mois à la société et aux associés (dans ce cas ils pourront se substituer au cessionnaire).

Un système voisin est prévu pour les sociétés à responsabilité limitée

La loi du 9 juillet 1991 a prévu un nantissement judiciaire des parts sociales. Les sûretés judiciaires sont destinées à protéger les droits des créanciers qui le plus souvent n'ont pas de titre exécutoire et désirent se préserver de l'insolvabilité du débiteur. Ils pourront effectuer une mesure de publicité provisoire puis introduire l'action en justice leur permettant d'obtenir un titre exécutoire. S'ils l'obtiennent ils pourront prendre une inscription définitive qui retroagit à la date de l'inscription provisoire. Si ce nantissement porte sur une part de société civile il sera en principe global et grèvera toutes les parts sociales du débiteur. Il se fera par signification par l'huissier auprès de la société qui permet d'informer les tiers et donc quand le tiers aura le titre exécutoire il fera une mesure de publicité définitive dans les 2 mois et ses droits seront rétroactivement consolidés : le créancier sera titulaire d'un véritable nantissement sur parts sociales.

b. Le nantissement des valeurs mobilières

Depuis la loi de finance du 30 dec. 1981 les valeurs mobilières sont dématérialisées. Désormais elles sont représentées par une inscription sur un compte et leur transfert se fait de compte à compte par instruction de leur titulaire. Le nantissement de ces valeurs a dû tenir compte de cette évolution ce qui explique que celle-ci ait été réglementée par la loi de 1983 modifiée par la loi du 2 juillet 1996 (art L.431-4 Code monétaire et financier).

Désormais peuvent être données ne nantissement les action et autres titres pouvant donner directement ou indirectement accès u capital ou au droit de vote et transmissibles par inscription ou tradition

Il en va de même pour les titres de créances sur une pm émettrice transmissible par la voie de l'inscription en compte de la tradition

Il en va encore de même pour les parts d'organisation de placement collective et des instruments financiers à terme.

Le compte gagé est un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire habilité, un dépositaire central ou la pm émettrice. A défaut de compte spécial les sommes ayant été identifiées à cet effet par un procédé informatique seront réputés constituer le gage

La constitution de ce gage se réalisera tant à l'égard de la pm émettrice qu'à l'égard des tiers par une déclaration signée du titulaire du compte

Elle est formaliste et l'article 1er du décret du 21 mai 1997 en énonce les mentions

L'assiette du gage peut varier pendant la vie de la garantie. l'article L.431-4 alinéa 1 Code monétaire et financier le surfaits et produits sont compris dans l'assiette du gage, du même cette disposition prévoit le report du gage sur les titres venant en subrogation ou en complément de titres nantis c'est à dire qu'en cas de distribution d'action elle sera gagée

Le particularisme de ce nantissement tient à ce que le législateur a conféré un droit de rétention au créancier nanti qui est nécessairement un droit de rétention fictif car ces< valeurs n'ont pas d matérialité.

Cette sûreté devient très attrayante pour les créancier du fait de la force du droit de rétention dans les p.coll.

Ce nantissement va porter sur un portefeuille de valeur mobilières. Pendant la durée de la garantie c'est la convention des parties qui va préciser le fonctionnement de ce compte. Au jour de l'échéance s'il fait mettre en jeu la garantie le créancier pourra se faire attribuer le gage en pleine propriété ou le faire réalisé. la réalisation et l'évaluation ne posent aucun problèmes quand les titres sont cotés sinon il y aura expertise et vente aux enchères

La loi du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution a instauré un nantissement juridique des valeurs mobilières. il s'agit demeures conservatoires et comme pour les parts sociales il faut prendre une mesure d publicité provisoire puis définitive

Concernant la mesure de publicité provisoire il s(agit d'une signification par voie de'huissier effectuée auprès de la société émettrice ou de l'organisme tenant le compte. il y a un certain nombre< de mentions obligatoires : créancier, montant de la créance, du titre ou de l'autorisation vertu de laquelle cette mesure est prise; et la mesure de publicité sera effectuée au jour où la signification aura été reçue

Le créancier doit alors obtenir un titre exécutoire puis il prendra une mesure de publicité définitive qui sera effectué par signification à la personne titulaire du compte où à la pm émettrice. On retrouve l'idée qu'il va y avoir rétroactivité c'est à dire que la mesure de publicité définitive prendra effet au jour de l'inscription provisoire.

TITRE 3 : LES SURETES REELLES IMMOBILIERES

Pendant longtemps elles ont été et surtout l'hypothèque, considérées comme les sûretés les plus intéressantes pour un créancier. En effet, pendant longtemps on a vécu sur le postulat que l'immeuble était l'élément du patrimoine du débiteur ayant la plus grande valeur, accentué par

le fait que la valeur des immeubles est longtemps restée relativement stable. Ces sûretés présentaient en outre l'avantage de pouvoir prendre plusieurs garanties sur un même bien, garanties qui offrent des prérogatives intéressantes pour le créancier en lui conférant un droit de préférence et un droit de suite très efficaces en matière immobilière du fait de la publicité de ces sûretés. Ainsi l'article 2279 ne joue pas en matière immobilière. Pourtant depuis quelques années on assiste à une « crise » des sûretés immobilières et surtout de l'hypothèque conventionnelle pour plusieurs raisons : Tout d'abord il y a eu dans les 1990's une crise immobilière se traduisant par une importante baisse de la valeur des immeubles, or de nombreux créanciers titulaires d'hypothèques ont vu leur droit se réduire; ensuite la réalisation de la sûreté est longue et difficile car on doit passer par la procédure de saisie immobilière archaïque et trop formaliste; enfin cette sûreté a un coût car il faut effectuer des mesures de publicité foncière onéreuses. A côté de ces raisons générales, d'autres raisons tiennent à certaines matières. En droit civil il y a trois raisons :

- dans le domaine des acquisitions immobilières se développe le cautionnement mutuel
- en matière de vente d'immeuble se sont développés de nouveaux contrats dont certains prévoient que la propriété sera transférée à l'acquéreur uniquement une fois la dernière échéance payée
- les procédures de surendettement se sont développées qui protègent principalement le logement familial ce qui rejaille sur l'efficacité de la garantie

En droit commercial plusieurs raisons justifient aussi cette crise:

- le droit des procédures collectives a sacrifié les droits des créanciers munis de sûretés sans droit de rétention et ce même si la loi du 10 juin 1994 a essayé d'améliorer leur position en cas de liquidation
- en matière commerciale les commerçants sont rarement propriétaires des murs où ils exploitent leur fond
- depuis quelques années se développent la propriété-sûreté dont le crédit bail immobilier

Pourtant malgré ces inconvénients il ne faut pas en conclure que l'hypothèque est sans intérêts. Pour des emprunts élevés un créancier en peut pas se passer de la valeur que représente un immeuble. De plus l'hypothèque sera souvent couplée d'une assurance qui maintiendra la valeur patrimoniale en cas de destruction de l'immeuble. Enfin l'hypothèque est obligatoirement passée par acte notarié ce qui présente l'avantage pour le débiteur de pouvoir bénéficier du devoir de conseil du notaire. Pourtant actuellement l'hypothèque est aussi victime de sa réglementation qui mériterait d'être simplifiée surtout quand à la réalisation

CHAPITRE 1 : LES DIFFÉRENTES SURETÉS REELLES IMMOBILIÈRES

Les sûretés immobilières se présentent sous trois formes : l'antichrèse, les privilèges et les hypothèques. Celles-ci ont des caractères communs :

- ce sont des droits réels accessoires qui comportent les deux prérogatives de tout droit réel : le droit de préférence et le droit de suite.
- elles nécessitent l'existence d'une créance à garantir et elles ont donc un caractère accessoire ce qui veut dire qu'elles suivent le sort de la dette garantie tant pour la transmission que pour l'extinction de cette dernière

- elles ont un caractère indivisible : l'immeuble grevé par la sûreté garanti l'intégralité de la dette et chaque fraction de la créance est garantie par la totalité de l'immeuble aussi la conséquence la plus intéressante pour le créancier apparaît en cas de décès du débiteur avec plusieurs héritiers car celui qui recueillera l'immeuble sera tenu pour le tout

I : LES SURETES IMMOBILIERES CONVENTIONNELLES

A) L'ANTICHRESE

En vertu de l'article 2072 Code civil elle constitue le nantissement d'un bien immobilier. Elle avait quasiment disparu en raison de son défaut résultant de la dépossession du constituant mais on s'est demandé si avec la « crise » des hypothèques elle n'allait pas renaître car elle confère un droit de rétention au créancier et donc une position privilégiée en cas de procédures collectives mais en réalité on ne trouve que peu d'exemples On s'est aussi dit que comme elle entraîne la dépossession le créancier détient l'immeuble qu'il pourrait louer au débiteur mais cela présente des inconvénients fiscaux et surtout le créancier antichrésiste doit s'occuper de l'immeuble

B) L'HYPOTHEQUE CONVENTIONNELLE

C'est la sûreté réelle immobilière qui entraîne pas la dépossession du débiteur et elle confère au créancier le droit de faire vendre l'immeuble grevé et de se faire payer par préférence aux autres créanciers en quelque main qu'il se trouve ne vertu du droit de suite Cette hypothèque apparaît comme le droit commun des sûretés réelles immobilières sur lequel les autres sûretés immobilières dérogeront ponctuellement On va avoir un contrat entre un constituant et un créancier ayant pour objet un immeuble et pour cause une créance à garantir

1. Les conditions relatives aux parties

Le bénéficiaire de l'hypothèque est forcément de créancier qui peut être aussi bien une Personne Publique. qu'une pm. Son acceptation du contrat sera simplement considérée comme un acte conservatoire

Le constituant est le plus souvent le débiteur mais ce pourrait être un tiers et le concernant les conditions sont plus spécifiques. Certaines sont relatives au droit sur le bien grevé et d'autres à sa capacité

a. Le droit du constituant sur le bien grevé

Que ce constituant soit le débiteur ou un tiers, il doit être titulaire d'un droit à hypothéquer, le plus souvent le droit de propriété Il y a trois hypothèses qui vont poser des difficultés :
- l'hypothèque d'un droit affecté d'une condition : l'article 2025 Code civil pose le principe de

la validité de cette hypothèque qui suivra le sort de la condition et qui par conséquent est une garantie peu fiable

- l'hypothèque d'un bien indivis : en réalité il faut distinguer 2 cas :
 - l'indivision forcée de la copropriété des immeubles bâtis : le sûreté portera sur les parties privatives et la quote part indivise et donc, en cas de vent, l'adjudicataire deviendra propriétaire des deux
 - l'indivision ordinaire : il y a beaucoup de difficultés car en la matière plusieurs phénomènes vont se télescoper : les différents indivisaires ne sont pas individuellement propriétaires du bien, il n'ont qu'un droit sur une part indivise et l'indivision est un événement nécessairement temporaire qui va se terminer par un partage soumis à l'effet déclaratif en vertu duquel le propriétaire du bien sera réputé l'avoir toujours été.

Si on applique toutes ces règles cela veut dire que si tous ont consentis, le créancier d'un seul indivisaire pourra faire saisir et vendre le bien même avant le partage

Si hypothèque n'est consentie que par un seul indivisaire, les droits du créancier sont fragilisés et tout dépendra de ce qui va se passer : si le bien grevé est vendu avant le partage hypothèque sera reportée sur la fraction du prix revenant au constituant. Si le bien est partagé tout dépend du résultat du partage : si le bien grevé est mis dans le lot du constituant les droits sont consolidés et hypothèque pourra produire ses pleins effets mais sinon le constituant sera réputé n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble et l'hypothèque disparaîtra rétroactivement

- hypothèque sur la chose d'autrui : le principe st qu'on ne peut hypothéquer la chose d'autrui mis cette règle, sanctionnée par la nullité absolue, comprend un tempérament dû à la théorie de l'apparence. L'hypothèque sera valide lorsque tout le monde croit légitimement que le constituant était bien le propriétaire du bien grevé

b. La capacité et les pouvoirs du constituant

* Capacité

Selon l'article 2124 Code civil « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles » Cette solution se justifie par le fait que la mise en oeuvre d'une sûreté débouche éventuellement sur la vente de l'immeuble grevé d'où des règles de capacité simple.

Le majeur sous tutelle ne peut le faire seul et le tuteur doit avoir l'autorisation du conseil de famille. Le majeur sous curatelle doit être assisté de son curateur. Le majeur sous sauvegarde de justice peut le faire seul

Le mineur ne peut hypothéquer et ses parents doivent être autorisés par le juge des tutelles

* Pouvoirs

Quand aux sociétés on applique les même règles que pour le cautionnement

Pour le mandat celui-ci doit être spécial

Le particularisme concerne des époux : un époux ne peut seul consentir un hypothèque sur un bien commun et il faut tenir compte du statut du logement familial

Classiquement la question des pouvoirs était celle du pouvoir pour un débiteur de consentir une sûreté mais désormais se pose la question des pouvoirs du créanciers qui peuvent être limités en cas d'ouverture d'une p.coll.

Ainsi dans le cas du surendettement le débiteur en peut consentir de nouvelles sûretés pendant la suspension des procédures d'exécution et le créancier ne peut mettre en jeu sa garantie. Il en va de même en droit du redressement et de la liquidation judiciaire : après l'ouverture de la

procédure, pour constituer une hypothèque sur un bien de l'entreprise il faut l'autorisation du représentant de la procédure ou du juge commissaire et le C.com remet en cause certaines hypothèques régulièrement constituées pendant la période suspecte. En vertu de l'article L.621-107 6° elles sont nulles si elles sont constituées pour garantir une dette antérieurement contractée.

2. Les conditions relatives aux biens

Le principe est posé par l'article 2119 Code civil : les meubles n'ont pas de suite par hypothèque c'est à dire qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une hypothèque mais aujourd'hui cette règle n'est que partiellement exacte car il est des hypothèques mobilières et que de nombreux nantissements sans dépossession s'analyse en des hypothèques mobilières mais ici on va se limiter aux biens immobiliers.

a. L'hypothèque des biens immobiliers présents

En vertu de l'article 2118 Code civil les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires sont susceptibles d'hypothèques (ex : les immeubles par destination seront grevés si l'immeuble par nature dont ils dépendent l'est mais il ne pourraient l'être seuls). Tous les accessoires de l'immeuble seront compris dans l'assiette de la sûreté même s'ils n'existaient pas à la constitution, peu important qu'ils soient matériels ou juridiques. De même, les fruits et les produits sont englobés dans la sûreté avant d'être détachés de l'immeuble, mais une fois séparés ils redeviennent des meubles et ne peuvent être longtemps hypothéqués.

L'article 2133 alinéa 1 Code civil prévoit que l'hypothèque s'étend aux améliorations de l'immeuble ce qui est particulièrement important en cas de construction sur un terrain. Existe-t-il un mécanisme de subrogation réelle en la matière ? Pour qu'il y ait subrogation réelle elle doit être prévue dans une disposition spéciale, c'est le cas notamment en matière d'assurance et cela a été le cas en cas de remembrement. Mais sinon il n'y a pas de subrogation réelle ex : aucun texte ne prévoit que la prime d'arrachage des cepes de vigne soit subrogée aux cepes arrachés. L'hypothèque porte principalement sur le droit de propriété mais peut aussi porter sur certains démembrements et c'est le cas de l'usufruit ou de la nue-propriété. En revanche ne pourront jamais être hypothéqués car ne pouvant être cédés une servitude ou un droit d'usage et d'habitation.

b. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir

L'article 2130 Code civil interdit l'hypothèque des biens à venir : le constituant doit être titulaire du bien offert en garantie mais cette solution contredit l'article 1130 Code civil qui dispose que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. Cette prohibition est plus gênante que nécessaire par des impératifs pratiques mais elle ne peut en principe pas être contournée. Les biens à venir sont ceux sur lesquels le constituant ne bénéficiait d'aucun droit ; même conditionnel et l'hypothèque des biens à venir heurterait le principe de spécialité par lequel on va fixer l'assiette de la sûreté puis on pourra faire une mesure de publicité. Malgré tout cette prohibition n'a pas une portée absolue et connaît trois tempéraments prévus par le Code civil :

- en cas d'insuffisance des biens présents et libres l'article 2130 alinéa 2 Code civil prévoit que le constituant pourra consentir sur chacun des biens qu'il acquerra par la suite y soit spécialement affecté à mesure des acquisitions mais le défaut du système tient à ce que pour tout nouvel immeuble acquis une nouvelle inscription sera nécessaire

- selon l'article 2131 Code civil en cas de désintégration matérielle ou de déperissement de l'immeuble grevé postérieurement à la constitution de l'hypothèque le créancier pourra obtenir un remboursement immédiat ou un supplément d'hypothèque sur les biens futurs du débiteur. Cette dégradation ou de déperissement ne doivent pas résulter du fait du débiteur; de même une diminution de la valeur du bien liée à de circonstances économiques ne permet pas au créancier de bénéficier de l'article 2131

- l'article 2133 Code civil rend l'hypothèque sur les biens à venir possible pour les constructions à édifier. l'alinéa 1 vise les améliorations survenues à l'immeuble et selon l'alinéa 2 quand une personne possède un droit actuel lui permettant de construire sur le fond d'autrui elle peut constituer hypothèque sur le bâtiment dont la construction est commencée ou projetée. Cette possibilité est souvent illusoire en pratique compte tenu de droit temporaire qu'à le constructeur sur le seul

3. Les conditions relatives à la spécialité

Ces règles assurent l'efficacité du régime hypothécaire en évitant un gaspillage du crédit du débiteur.

a. La spécialité relative à la créance

Il est important que le montant de la créance soit indiqué dans l'inscription hypothécaire et donc qu'il soit connu des tiers car cela permet de savoir si le montant de cette créance absorbe ou non toute la valeur de l'immeuble et donc permet de savoir si les tiers ont intérêt à prendre une hypothèque de rang inférieur

l'article 2132 Code civil exige que la somme garantie par l'hypothèque soit certaine ou déterminée par l'acte constitutif

Dans l'hypothèse où la créance est conditionnelle ou indéterminée l'inscription pourra être prise pour une valeur estimative. cette indication de l'estimation est prévue à peine de nullité

En outre la jurisprudence exige qu'en soit indiqué la cause c'est à dire le fait qui explique et justifie dans la volonté des parties la constitution de l'obligation

Cette obligation est nécessaire car elle rend possible une individualisation lorsqu'on ne connaît pas le montant de la créance

b. La spécialité quand au bien grevé

La constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valide que si le titre authentique constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur déclare la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est constituée

Il est possible d'hypothéquer tous ces immeubles à la fois mais il faut alors les individualiser ce qui exclut toute possibilité d'une formule globale. Cette règle est prescrite à peine de nullité. Son but est de faire connaître aux tiers la situation hypothécaire du débiteur

4. Les conditions de forme

Selon l'article 2127 Code civil l'hypothèque conventionnelle doit être consentie par un acte passé en la forme authentique et plus précisément d'un acte notarié authentique et sur ce point les notaires ont un monopole. La sanction de cette règle est la nullité absolue. Le fondement de ce formalisme est dans la volonté de protéger les parties et particulièrement le constituant en raison des dangers de l'opération. Cette explication traditionnelle est moins vraie en ce que d'autres sûretés peuvent grever l'intégralité du patrimoine. En réalité aujourd'hui la justification est que le notaire peut vérifier la propriété du constituant et est compétent pour dresser l'acte nécessaire pour effectuer les formalités de publicité foncière.

Malgré tout parfois l'acte authentique n'est pas requis. La jurisprudence décide que l'acceptation de l'hypothèque peut intervenir dans n'importe quelle forme et même tacitement. Certains actes administratifs contiennent une constitution d'hypothèque sans qu'il soit nécessaire de recourir à un notaire. De même, la promesse d'hypothèque n'est pas constitutive d'une obligation de faire et n'est donc pas soumise au formalisme; le non respect de cette promesse étant seulement sanctionné par l'octroi de dommages et intérêts. Dans le même ordre d'idée le mandat pour constituer une hypothèque doit être authentique; toutefois l'article 1844-2 Code civil dispose qu'il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens d'une société en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de l'hypothèque ou de la sûreté doit l'être par acte authentique.

En pratique la créance et la constitution hypothèque sont constatées dans un même acte notarié. L'acte est rédigé soit en minute, soit en brevet.

En contrepartie du monopole du notaire sa responsabilité sera appréciée sévèrement. Il est responsable de l'efficacité de l'acte qu'il passe et il est tenu d'un devoir de conseil envers les parties.

II : LES SURETES IMMOBILIERES LEGALES

Elles se répartissent en deux grandes catégories avec d'un côté les hypothèques et de l'autre les privilèges. Toutes deux sont des sûretés immobilières soumises à publicité et conférant à leur titulaire un droit de suite et un droit de préférence. La différence tient au rang de faveur conféré au privilège. Lorsque leur inscription est faite dans le délai légal ils retroagissent au jour de la naissance de leur fait générateur. Pris après ils dégénèrent en hypothèque.

A) LES HYPOTHEQUES LEGALES

Elles sont dites légales car conférées par le législateur à une personne devant être protégée.

1. Les hypothèques légales stricto sensu

a. Prévues par le Code civil

L'hypothèque légale des époux : elle a eu une grande importance sous le nom de l'hypothèque légale de la femme mariée qui ne pouvait administrer son patrimoine qui était géré par le mari et pour la protéger contre cette gestion on avait instauré une hypothèque légale à son profit sur tous les immeubles de son mari. Peu à peu la femme a obtenu son indépendance et est devenue capable aussi l'hypothèque légale des époux a été substituée à celle de la femme mariée et a été quasiment supprimée.

Elle ne subsiste plus que dans deux hypothèses :
- dans la participation aux acquêts afin de garantir la créance de participation. Elle peut être inscrite dès le contrat de mariage et prendra rang au jour de la dissolution du mariage si l'immeuble figure toujours dans le patrimoine. Elle pourra aussi être prise dans l'année suivant la dissolution du mariage
- art 2137 Code civil lorsqu'un époux a introduit une demande en justice tendant à faire constater une créance contre son conjoint ou contre ses héritiers. Il peut requérir une inscription provisoire hypothèque légale puisque tout dépendra du succès de sa demande. Si elle aboutit il faudra prendre une inscription définitive qui retroagira à la date de l'inscription provisoire. Si elle n'aboutit pas l'inscription provisoire sera caduque
On peut aussi retrouver une dernière hypothèque dans le régime légal en cas de transfert judiciaire de pouvoir Le juge pourrait imposer une hypothèque sur les immeubles de l'époux bénéficiaire

L'hypothèque légale des mineurs et des majeurs sous tutelle : en vertu de l'article 2121-2 Code civil il est prévu qu'ils peuvent inscrire une hypothèque sur les immeubles de leur tuteurs ou administrateurs légaux mais ce n'est quasiment jamais fait

Hypothèque légale des pm de droit public sur les biens de leur comptable : il arrive que certains fonctionnaires manient des fonds publics aussi leur admission d'origine est fondée à prendre sur leurs immeubles une hypothèque

L'hypothèque légale du légataire : une personne est légataire particulière de somme d'argent ou de chose fongible. Elle peut prendre une hypothèque sur les immeubles successoraux afin d'assurer l'exécution du legs

Hypothèque légale garantissant les créances de l'article 2101 Code civil ex : frais funéraires, dernière maladie, fourniture de subsistance

b. Prévues par des lois demeurrées extérieures au Code civil

Elles sont nombreuses et il en existe de 3 séries : hypothèques légales du fisc, de la sécurité sociale, pour les créances de salaire différé

2. L'hypothèque judiciaire des jugements de condamnation

Elle est prévue par l'article 2117 Code civil Son but est simple: une personne obtient la

condamnation de son adversaire. Plutôt que de revenir devant le juge en cas d'inexécution la partie devenue créancière pourra prendre une hypothèque. Le Code parle d'une hypothèque judiciaire mais en fait elle est légale. Elle est attachée par la loi au jugement de condamnation

a. Les décisions qui emportent hypothèque judiciaire

En principe elle nécessite un jugement emportant la condamnation du débiteur. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les juridictions judiciaires et administratives et, dans les juridictions judiciaires entre les juridictions civiles et pénales. Peu importe aussi qu'il s'agisse d'une juridiction de première instance, d'appel ou de référé. Sauf convention internationale, la décision étrangère, comme les sentences arbitrales, doivent être exequaturée pour pouvoir emporter hypothèque judiciaire. L'important est être en présence d'un vrai jugement qui doit être un jugement de condamnation peu important le type de condamnation et puisque c'est un jugement de condamnation, ce doit être un jugement contentieux. S'il on peut exercer une voie de recours ordinaire on peut prendre une hypothèque judiciaire du jugement de condamnation mais elle sera éventuellement radiée si la voie de recours infirme la décision. il en va de même pour une voie de recours extraordinaire. De plus, il faut voir si la voie de recours est suspensive

b. L'étendue de l'hypothèque judiciaire

La créance qu'elle garantit est une créance spéciale : la créance résultant du jugement de condamnation et ses accessoires. L'inscription sera attributive de rang et si le débiteur acquiert de nouveaux immeubles on pourra prendre sur eux de nouvelles inscriptions. Cette hypothèque est générale quand aux biens grevés car elle greève tous les immeubles aliénables et saisissables du débiteur, présent et futurs. Elle peut aussi grever le logement familial car c'est une prérogative accordée par la loi et elle peut porter sur des communs. L'inscription doit toutefois être spécialisée c'est à dire individualiser chaque immeuble sur lequel elle porte.

B) LES PRIVILEGES IMMOBILIERS

Les privilèges immobiliers spéciaux sont des sûretés relativement proches des hypothèques en ce qu'il s'agit de garanties portant sur des immeubles et devant être publiées à la conservation des hypothèques. Toutefois il existe entre ces deux catégories une grande différence : en matière de privilège, dans l'hypothèse où l'inscription est prise dans le délai légal elle retroagira à la date de la créance mais en matière d'hypothèque elle aura toujours lieu à sa date. Si le privilège n'est pas pris dans le délai légal on dit qu'il dégénère en hypothèque c'est à dire qu'il prendra rang à sa date.

1. Le privilège du vendeur d'immeuble et du prêteur de deniers

Il est très utilisé pratiquement en matière d'acquisition immobilière

Ce privilège va se fondre dans un ensemble de garanties offertes par le droit au vendeur et qui sont très efficaces tant que l'acquéreur n'est pas soumis à une procédures collectives Par ex le vendeur bénéficie d'un droit de rétention, il peut aussi bénéficier une action en résolution de la vente. Cette dernière action st d'ailleurs liée au privilège dans son régime puisque l'action résolutoire ne peut être exercée qu'après l'extinction du privilège du vendeur ou à défaut d'inscription de ce privilège dans le délai imparti au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l' »'acquéreur et qui le sont publié (art 2108 alinéa 2 C.civ)

a. Les opérations donnant naissance au privilège

Ce sont les contrats translatifs de propriété immobilière et les contrats finançant l'acquisition immobilière.

Selon l'article 2103 Code civil le vendeur est privilégié sur l'immeuble vendu pour le paiement du prix ce qui semble indiquer que le Code civil n'a visé que l'hypothèse dur contrat de vente. En effet on affirme sous forme d principe général que les privilèges sont d'interprétation stricte

Le privilège ne s'appliquera qu'aux immeubles pouvant être saisis. Certaines difficultés se sont posées pour les ventes ç vil prix ? Elles sont fréquentes mais donnent elles lieu au privilège ? Il faut qualifier l'opération juridique et soi on retient celle de vente on pourra prendre la garantie (au cas par cas) Certaines ventes excluent la possibilité de prendre un privilège. Dans la vente à révééré seul le vendeur initial pourra le prendre Toutefois on admet qu'il puisse être pris en cas échange ou de dation en paiement avec soulte

A côté du privilège du vendeur d'immeuble l'article 2103-2 Code civil prévoit un privilège en faveur de celui qui a prêté des deniers en vue de l'acquisition d'un bien immobilier. Ce prêt peut être antérieur, concomitant ou postérieure à la vente pendant longtemps cette sûreté était peu utilisée car les banquiers préféreront se faire subroger dans le privilège du vendeur d'immeuble car il existe dans ce privilège une prérogative qui n'existe pas dans s celui du prêteur : l'action résolutoire Cette préférence est moins vraie car l'action résolutoire est parfois difficile à mettre en oeuvre et pas toujours intéressante pour le banquier Pour qu'existe le privilège du prêteur il faut que l'acte d'emprunt et la quittance revêtent la forme authentique et que l'acte d'emprunt précise que la somme est destinée à une acquisition immobilière

b. Etendue du privilège

Le créances garanties par le privilège du vendeur sont le prix de vente ou en cas d'échange ou d dation, le montant de la soulte. S'il existe une dissimulation du prix, en vertu de l'effet relatif des conventions le privilège ne grèvera pas le supplément de prix.Les accessoires du prix ne seront garantis que s'ils sont mentionnés dans l'acte de vente et dans l'inscription à la conservation des hypothèques. Il porte sur le bien vendu et les améliorations qui ont pu lui être apportées. Il doit être publié pour être opposable et même, il ne pourra être pris que si la vent a fait l'objet d'une publication Pour pouvoir retroagir il devra être inscrit dans les 2 mois à compter de l'acte de vente

Celui du syndicat des copropriétaires. le problème est celui du paiement des charges. Dans le système du Code civil on a eu traditionnellement hypothèque légale du syndicat des copropriétaires mais cette sûreté s'est révélée insuffisante d'où, en 1994 l'institution de ce privilège inséré dans la loi de 1965 sur la copropriété. Quand quelqu'un vend un lot de copropriété le vendeur doit adresser au notaire un certificat du syndic qu'il est à jour de ses charges sinon le notaire adressera au syndicat un avis de mutation. celui-ci a 15 jours pour faire opposition au versement de fonds et obtenir le paiement des charges dues (charge de l'année courante et des 4 dernières années)

Le privilège du copartageant. le partage est gouverné par le principe de l'égalité aussi arrive-t'il que celle-ci ne puisse être respectée et que des attributaires soient redevables de soultes envers les autres. Pour en garantir le paiement l'article 2103-3 Code civil prévoit un privilège visant tous les partages

Le privilège des architectes, entrepreneurs et autres ouvriers. Il est fondé sur l'idée que ces personnes ont introduit une valeur dans le patrimoine du débiteur

Le privilège de la séparation des patrimoines : une succession s'ouvre le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier ce qui peut nuire aux créanciers successoraux si le défunt était in bonis et pas l'héritier. l'article 878 Code civil leur permet de demander la séparation de patrimoine et ils seront payés par priorité aux créanciers de l'héritier. l'article 2103-6 Code civil donne aux créanciers successoraux et aux légataires à titre particuliers d'une somme d'argent ce privilège

Le privilège de l'accédant à la propriété crée lors de l'introduction de la location-accession

III : LES SURETES IMMOBILIERES JUDICIAIRES

Les sûretés sont dites judiciaires lorsqu'elles naissent de la volonté du juge qui les autorise, mais ces hypothèses sont relativement rares en droit français. Le Code civil en connaissait deux : art 2138 Code civil (en cas de transfert de pouvoir d'un époux à l'autre sous la communauté) et l'article 2143-3 Code civil (sur les biens du représentant d'un mineur) L'hypothèse la plus intéressante est celle de l'hypothèque judiciaire conservatoire créée par la loi du 12 nov. 1955 et réformée par la loi du 9 JUILLET 1991 et par le décret du 31 juillet 1992

Elle a remporté un vif succès et comme toutes mesures conservatoires elle comporte 2 phases

A) LA PHASE PROVISOIRE

1. Les conditions nécessaires pour inscrire une hypothèque conservatoire

a. La créance

Tous les créanciers peuvent solliciter une inscription conservatoire d'hypothèque peu importe qu'ils soient déjà garantis par d'autres sûretés, qu'ils soient ou non munis d'un titre exécutoire. Le but de cette mesure est de prévenir les risques d'organisation d'insolvabilité du débiteur. Cette créance doit avoir pour objet une somme d'argent puisque l'article 67 de la loi de 1991 parle de « recouvrement ». Cette créance doit être fondée en son principe et son recouvrement doit être menacé. A l'inverse il n'est pas nécessaire qu'elle soit liquide ou exigible. Il appartient au créancier de démontrer l'existence des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement. c'est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine de juges du fond.

b. Une autorisation d'inscription

L'une des innovations les plus importantes de la loi du 9 juillet 1991 a consisté à parfois dispenser le créancier de recourir à une autorisation judiciaire pour inscrire sa sûreté. Selon l'article 62 de la loi sont dispensés le créancier muni d'un titre exécutoire, celui pouvant se prévaloir d'une décision de justice non encore exécutée, le porteur d'un chèque ou billet à ordre impayé, le bail d'immeuble passé par écrit pour les loyers impayés. Malgré tout le rôle du juge n'est pas totalement écarté car le débiteur pourrait demander au juge la main levée de la mesure si les conditions ne sont pas remplies. Sinon, l'autorisation demeure nécessaire. Selon l'article 211 du décret la compétence appartient soit au juge de l'exécution du lieu où demeure le débiteur, soit au président du tribunal de commerce où demeure le débiteur. Le juge qui autorise la mesure sera aussi compétent pour connaître des contestations. Dans cette première phase, l'autorisation se fait sur ordonnance sur requête afin de ne pas informer le débiteur de la mesure pour faire jouer l'effet de surprise. Le juge indique la somme pour laquelle l'inscription peut être prise et les immeubles pouvant être grevés. Dans les 3 mois suivant le créancier doit prendre une inscription provisoire.

2. L'inscription provisoire

Elle s'opère par la remise à la conservation des hypothèques de 2 bordereaux comportant des mentions obligatoires, principalement d'identification du débiteur, du titre, du capital et accessoires garantis, de l'immeuble grevé Dans les 8 jours suivant l'inscription le créancier doit prévenir le débiteur de la mesure prise à peine de caducité de l'inscription provisoire. Le but de cette mesure est de permettre au débiteur de connaître la mesure prise à son insu s'il peut soit demander la main levée, soit demander la réduction du montant de l'inscription. L'inscription provisoire prendra rang à sa date et rendra l'hypothèque opposable aux tiers. Elles sont prises pour une durée de 3 ans renouvelable. Le débiteur peut toujours vendre l'immeuble grevé mais la somme sera consignée et remise ultérieurement éventuellement au créancier.

B) L'INSCRIPTION DEFINITIVE

Si le créancier est muni d'un titre exécutoire il peut immédiatement prendre une inscription définitive, sinon, il doit en obtenir un. Selon l'article 215 du décret ce créancier doit, à peine de caducité de l'inscription, agir en justice pour l'obtenir sous un mois. Le sort de l'hypothèque dépendra alors du sort de la décision prise au fond : si le créancier est débouté l'inscription provisoire sera radiée, mais s'il l'obtient il devra prendre une inscription définitive.

L'inscription définitive devra être prise dans le délai de 2 mois à partir soit du jour où le titre est passé en force de chose jugée soit du jour de l'expiration du délai d'1 mois à compter de l'information du débiteur en présence d'un titre exécutoire, soit du jour où la décision d'exécution est passée en force de chose jugée (art 263 du décret). L'un des avantages de cette sûreté tient à ce que l'inscription définitive retroagit au jour de l'inscription provisoire. Ainsi en vertu de l'article 200 du décret « La publication définitive donne rang à la date de la formalité initiale dans la limite des sommes conservées par cette dernière ».

Si des inscriptions ont été prises entre-temps elles seront primées par l'hypothèque judiciaire conservatoire. De même au niveau des procédures collectives la date à prendre pour la nullité de la période suspecte est celle de l'inscription provisoire, et malgré l'arrêt du cours des inscriptions une inscription définitive peut être prise si l'inscription provisoire était antérieure à cet arrêt.

CHAPITRE 2 : LA PUBLICITE DES SURETES IMMOBILIERES

En l'absence de publicité les sûretés immobilières ne produiront pas leur plein effet en ce qu'elles ne seront pas opposables aux tiers. Le fait que les tiers aient connaissance de la sûreté ne peut suppléer l'absence de publicité.

La publicité permet en outre de résoudre la plupart des conflits immobiliers. Le système de publicité foncière actuelle a été rénové par le décret du 4 jan. 1955 complété par un décret du 14 oct. 1955. Ces textes ont généralisé le système de publication pour les sûretés immobilières et leur portée est plus large et concerne tout le droit de la publicité foncière.

Toutefois le système n'est pas parfait pour 2 raisons :

- il est es sûretés immobilières qui y échappent comme les privilèges généraux portant à la fois sur les immeubles et sur les meubles, le privilège du syndicat des copropriétaires
- certains événements importants pour un immeuble ne sont pas mentionnés à la conservation des hypothèques et notamment l'ouverture d'une procédures collectives

L'INSCRIPTION HYPOTHECAIRE

Elle sera demandée au conservateur des hypothèques par le créancier ou plutôt par le notaire rédacteur de l'acte en qualité de mandataire. En aucun cas le conservateur ne peut le faire de sa propre initiative. Il doit être requis

A) L'EPOQUE DE L'INSCRIPTION

En principe les créanciers privilégiés et hypothécaires peuvent inscrire leur sûreté tant que leur créance existe et que l'immeuble grevé se trouve entre les mains du constituant. Comme celle-ci est attributive de rang, ils ont intérêt à agir rapidement. Malgré tout, ce principe a des tempéraments :

- pour bénéficier de la rétroactivité les créanciers privilégiés doivent inscrire leur sûreté dans le délai légal
- pour l'hypothèque judiciaire conservatoire, le créancier doit dans les 3 mois de l'autorisation du juge effectuer une inscription provisoire
- si l'hypothèque légale des époux et du tuteur n'a pas été inscrite au cours du mariage ou de la tutelle elle ne pourra l'être que dans celle suivant la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle

Le créancier a intérêt à agir vite car des événements peuvent empêcher de prendre une inscription hypothécaire. Ces hypothèses sont au nombre de 4 :

- la publication de l'acte d'aliénation de l'immeuble hypothéqué. En vertu de l'article 2147 Code civil « les créanciers privilégiés ou hypothécaires ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire à partir de la publication de la mutation opérée au profit d'un tiers ; toutes les mutations entre vifs sont concernées, à titre gratuit comme onéreux » car si un créancier n'a pas inscrit son hypothèque et que dans le même temps une personne achète l'immeuble et publie son droit, ce tiers est en droit de croire que l'immeuble était libre et ignore l'existence du droit de suite du créancier qui, par conséquent, ne lui est pas opposable. On applique un principe général du droit de la publicité foncière : le premier qui publie est le premier en droit. Ce principe connaît un tempérament pour les privilèges immobiliers car s'ils sont pris dans le délai légal ils retroagiront au jour de la créance.

- l'acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire. Ici, l'héritier accepte d'être tenu au passif dans la limite de l'actif. Il y a alors arrêt de la publication des inscriptions car si on accepte sous bénéfice d'inventaire c'est que l'on doute du caractère excédentaire de la succession et que l'on veut éviter que certains créanciers ne prennent une hypothèque pour bénéficier d'une cause de préférence. Les inscriptions ne seront plus alors possibles sur les immeubles successoraux (art 2147 alinéa 2 C.civ)

- La publication du commandement de saisie. En matière de voie d'exécution les biens saisis sont insaisissables et l'article 686 alinéa 2 ACPC prévoit que le cours des inscriptions hypothécaires est arrêté sur l'immeuble saisi à compter du dépôt aux fins de publicité du commandement de saisie à la conservation de hypothèques. En application des principes

généraux de la publicité foncière le saisissant aura priorité parcequ'il a publié lui-même. cependant en vertu de l'article 687 ACPC le sinscriptions hypothécaires retrouveront leur efficacité si le saisi a consigné une somme suffisante pour désintéresser le saisissant

- Le redressement ou la liquidation judiciaire du débiteur. En vertu de l'article L.621-50 C.com « les hypothèques, nantissements et privilèges ne pourront plus être inscrits postérieurement au jugement d'o du redressement judiciaire » Cette solution applique même pour les privilèges inscrits dans le délai légal et qui auraient du retroagir avant le jugement d'ouverture. Par exception l'inscription définitive de hypothèque judiciaire conservatoire peut intervenir si l'inscription provisoire a été prise avant l'ouverture de la procédure.

Trois exceptions à ce principe sont prévues :

- le juge commissaire peut autoriser le chef d'entreprise ou l'administrateur à consentir une hypothèque
- le Trésor Public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour celles mises en recouvrement près cette date si elles ont été régulièrement déclarées
- Le vendeur de fond de commerce peut inscrire son privilège

B) LES FORMALITES DE L'INSCRIPTION HYPOTHECAIRE

L'inscription hypothécaire est le dépôt de certaines pièces à la conservation des hypothèques qui sera constaté par une mention au registre des dépôt. C'est la date de ce registre qui va rendre la sûreté opposable aux tiers l'article 2148 Code civil pose en principe que l'inscription s'opère sans remise du titre donnant naissance à la sûreté mais il joue parfois un rôle en matière de publicité foncière car en cas d'inscriptions prises le même jour, priorité sera donnée au titre le plus ancien Cette inscription se fait par la remise de deux bordereaux d'inscription à la conservation des hypothèques : l'un sera conservé près de la conservation des hypothèques (les bordereaux sont reliés pour former le registre des inscriptions) et le second sera restitué avec indication de sa date et du volume où il figure Leur contenu est très formaliste et contient plusieurs types de renseignements : sur la nature et la date du titre constitutif d'hypothèque, sur les personnes (créancier, constituant), sur l'immeuble grevé (identification); sur les précédentes publications (le précédent droit doit avoir été publié) Ce qui est important ce sont les mentions quand à la créance et à l'immeuble car elles sont relatives au principe de spécialité. Quand ceci est déposé le conservateur en vérifie la régularité formelle et soit il accepte la formalité soit il la refuse. En la matière en fait il y a deux attitudes du conservateur :
- il refuse le dépôt de la formalité, celle ci n'a aucun commencement d'exécution et la formalité devra être refaite. Elle prendra date au second dépôt
- il rejette la formalité : il l'a met en attente Il indique l'anomalie et donne un délai de régularisation d'un mois. Si passé ce délai ce n'est pas régularisé il y a refus de dépôt mais sinon la formalité prendra rang au jour du dépôt initial. Le conservateur des hypothèques engage sa responsabilité s'il refuse d'inscrire une

hypothèque alors qu'il aurait dû s'il y a préjudice pour le requérant mais aussi s'il inscrit une hypothèque ou un privilège alors qu'il n'aurait pas dû s'il y a préjudice pour un tiers

C) LE MONTANT DE L'INSCRIPTION

L'énoncé du montant de la créance garantie est très important car on va comparer ce montant à la valeur de l'immeuble pour savoir si on peut rendre une autre sûreté. Cette indication suppose parfois des difficultés. Quand la créance a un montant indéterminé le créancier doit procéder à une évaluation qui constituera un maximum quand il voudra faire valoir son droit de préférence. Quand elle est éventuelle ou conditionnelle l'inscription doit indiquer cet événement ou cette condition.

Si elle a une clause de réévaluation il faudra indiquer le montant original de la créance et la clause de réévaluation. La créance peut aussi comporter les intérêts échus au jour de l'inscription et cette possibilité revient à incorporer les accessoires au capital. Le problème est celui des intérêts échus postérieurement à l'inscription. L'article 2151 Code civil prévoit que l'inscription conserve au même rang que le capital 3 années d'arriérés d'intérêt qui sont ceux précédant la distribution du prix. Le texte indique que pour les autres intérêts de nouvelles inscriptions doivent être prises qui prennent rang à compter de leur date. On admet toutefois que cette inscription complémentaire s'opère même en cas d'arrêt du court des inscriptions hypothécaires.

II : LA DUREE DE L'INSCRIPTION HYPOTHECAIRE

Elle prend effet au jour du dépôt des différentes pièces auprès de la conservation des hypothèques mais cet effet nécessairement limité dans le temps. Cette durée est fixée par le créancier tenant compte des modalités de l'article 2154 C.civ. Une fois ce délai arrivé l'effet des hypothèques cesse or il est possible que la créance ne soit pas arrivée à expiration. Si le créancier prenait une nouvelle inscription, elle prendrait rang à sa date et il faudrait qu'entre-temps il n'y ait pas eu d'arrêt des inscriptions. On a donc prévu la possibilité pour le créancier de demander un renouvellement.

A) LE RENOUVELLEMENT DES INSCRIPTIONS

L'avantage du renouvellement tient au fait que cette opération ne s'analyse pas comme une nouvelle inscription d'où deux intérêts :
- la procédure de renouvellement est plus souple
- elle peut être effectuée jusqu'à la date d'expiration de validité de la précédente inscription

dont il va en quelque sorte constituer le prolongement. La sûreté immobilière conservera donc le rang qui lui avait été attribué par l'inscription originale

Ce renouvellement s'analyse en un acte conservatoire et le problème est celui de savoir si le notaire est tenu d'y procéder ou s'il doit attendre le ordre de celui qui avait sollicité l'inscription.

Il existe un principe tempéré par des exceptions : c'est au créancier de dire s'il entend renouveler son inscription en donnant mandat mais la jurisprudence considère souvent que les créanciers ont donné un mandat tacite au notaire de procéder au renouvellement. Selon l'article 2154-1 alinéa 3 Code civil le renouvellement n'est plus nécessaire lorsque le créancier est payé ou lorsque les sommes dues sont consignées. C'est là aussi source de contentieux car le fait de saisir l'immeuble ne dispense pas du renouvellement

B) LA DISPARITION DES EFFETS DE L'INSCRIPTION HYPOTHECAIRE

1. La disparition totale

a. La préemption de l'inscription

C'est la disparition de l'inscription initiale du fait de l'écoulement du temps. Ce système a été réformé par une ordonnance du 28 sept. 1967 qui a modifié l'article 2154 Code civil pour éviter dans la mesure du possible les radiations plus lourdes et plus coûteuses. Normalement il appartient au créancier de fixer la date de péremption mais pour éviter des abus l'article 2154 Code civil distingue 3 hypothèses :

- si la créance est à échéance déterminée la date extinctif d'effet de l'inscription est normalement de 2 ans au delà de la dernière échéance sans que la durée de l'inscription puisse excéder 35 ans
- si la créance est à durée indéterminée ou si l'échéance est antérieure ou concomitante à l'inscription la date extrême d'effet de l'inscription ne pourra être postérieure de plus de 10 ans au jour de la formalité
- si la créance est telle qu'on ne peut appliquer les 2 principes précédents le créancier peut requérir soit une inscription unique en garantie de la totalité de la dette jusqu'à la date la plus éloignée soit des inscriptions distinctes en garantie de chacun des objets de cette obligation

b. La radiation de hypothèque

Le but de cette radiation est de retirer tout effet à hypothèque alors que l'inscription n'est pas périmée. Cette radiation peut avoir 2 sources : soit la volonté du créancier soit une décision de justice

Elle prendra la forme d'une mention en marge de l'inscription hypothécaire.

* Les sources de la radiation

Elle peut avoir une source volontaire. Elle se manifeste alors par une mainlevée soumise à de conditions de fond et de forme . Elle interviendra le plus souvent suite au paiement du créancier mais elle peut intervenir aussi sans paiement dans l'hypothèse où le créancier déciderait soit de renoncer à la sûreté, soit de renoncer à l'inscription. Le créancier qui refuserait de donner main levée alors que hypothèque ne représente plus d'intérêt pour lui pourrait engager sa responsabilité en cas de préjudice pour le constituant l'article 2157 Code civil dispose que « les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet » mais en réalité seul le consentement du créancier est nécessaire. Sa capacité peut varier car s'il s'agit une radiation avec paiement la capacité est celle pour recevoir paiement sinon c'est celle pour renoncer à un droit réel immobilier. Cette main levée doit être passée par acte authentique notarié car elle devra être publiée à la conservation des hypothèques

A côté existe une radiation judiciaire. selon l'article 2160 Code civil cette radiation intervient si l'inscription a été faite sans titre sauf si la loi le permet, si la créance est nulle ou éteinte, si la sûreté est éteinte par voie principale ou si l'inscription est nulle pour vice de forme Le tribunal normalement compétent est le TGI du lieu de l'inscription La radiation doit être nécessairement prononcée par un jugement en dernier ressort ou passé en autorité de chose jugée ce qui exclut notamment la compétence du juge des référés. Cette solution présente certains dangers en cas d'exercice d'une voie de recours extraordinaire et notamment de pourvoi en cassation car la décision de radiation risque d'être remise en cause et annulée

* Les pouvoirs du conservateur des hypothèques
 il a pour radier toute sûreté immobilière un pouvoir de contrôle plus large que lors de l'inscription aussi sa responsabilité sera plus importante/
 Il doit vérifier aussi la capacité et les pouvoirs de la personne qui a demandé la radiation

* L'annulation de la radiation
 Il arrive parfois que la radiation doivent être annulée. le principe est que lorsqu'il y a annulation il y a rétroactivité, or la rétroactivité se concilie difficilement avec certaines règles du droit de la publicité foncière. Ici la rétroactivité sera seulement partielle et même écartée dans les hypothèses où elle aurait été intéressante
 Une nouvelle inscription devra être prise qui rétroagira à l'égard des tiers dont les droits ont été publiés avant la radiation, mais l'annulation de la radiation ne rétroagira pas à l'égard de ceux qui ont publié leur droit entre la radiation et l'annulation aussi à leur égard l'inscription prendra rang au jour où elle a été de nouveau effectuée
 Cette absence de rétroactivité se justifie par le fait que les tiers n'étaient pas informés de l'existence de charges grevant l'immeuble

2. La disparition partielle de l'inscription

Elle résulte d'une réduction de l'inscription hypothécaire. Elle subsiste avec son rang initial mais elle va produire des effets plus limités Elle est prévue à l'article 2161 et 2162 Code civil et porte soit sur des créances garanties (réduction quand aux créances) soit sur les immeubles grevés (réduction quand à l'assiette) Elle est volontaire ou judiciaire

Lorsqu'elle est volontaire on exige la capacité de disposer d'un droit réel, immobilier si la réduction est relative à l'assiette; si elle est relative à la créance on va dissocier selon que cette réduction est ou non consécutive à un paiement. En cas de paiement la capacité pour le recevoir suffit sinon il faudra la capacité pour disposer d'un droit réel immobilier

Le plus grand particularisme concerne la réduction judiciaire. Pour la réduction judiciaire quand à l'assiette, l'article 2161 Code civil prévoit que si les inscriptions sont excessives le constituant peut demander leur réduction. Selon ce texte « Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles quand la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant de ces créances au capital et accessoires légaux augmenté du tiers de ce montant » Son but est d'éviter que les immeubles du débiteur soient grevés par des sûretés excessives mais cette réduction ne vise que les sûretés immobilières légales ou judiciaires et non conventionnelles car cela contreviendrait au principe de la force obligatoire des contrats. Il peut y avoir réduction judiciaire quand à la créance dans 2 hypothèses :

- extinction partielle de la dette lorsque le créancier refuse de consentir à une réduction judiciaire
- quand une créance d'un montant indéterminé a été évaluée de manière excessive

CHAPITRE 3 : LES EFFETS DES SURETES IMMOBILIERES

Les différentes sûretés immobilières pour produire leurs pleins effets doivent avoir fait l'objet d'une publication à la conservation des hypothèques faute d'être opposables aux tiers c'est à dire qu'elles seront peu utiles. L'intérêt de ces sûretés apparaît lors de leur déclenchement par le créancier. Elles produiront alors des effets tant à l'égard du constituant que des tiers

I : LES EFFETS DES SURETES REELLES IMMOBILIERES AVANT LEUR MISE EN OEUVRE

A) LES EFFETS DE L'ANTICHRESE

Elle suppose la remise de l'immeuble au créancier ce qui, par définition, entraîne la dépossession du constituant. Pendant la période séparant la mise en possession du créancier et la restitution de l'immeuble le créancier bénéficie de la jouissance du bien aussi peut-il percevoir les fruits produits par l'immeuble mais en contrepartie il doit imputer le montant de ces fruits sur les intérêts puis sur le capital de la dette. Sur ce point il doit rendre des comptes sur la gestion de l'immeuble et l'utilisation de ces fruits.

Contrepartie de son droit de jouissance il est tenu d'entretenir l'immeuble et de le restituer au constituant si la charge est trop lourde

B) LES EFFETS DES PRIVILEGES ET HYPOTHEQUES

L'avantage de ces sûretés est qu'elles entraînent peu de gêne au constituant tant qu'elles ne sont pas déclenchées. Pourtant le créancier hypothécaire ou privilégié conserve à l'égard du débiteur toutes les prérogatives d'un créancier : il peut assurer la conservation du patrimoine de son débiteur par l'action oblique, l'action paulienne et pourrait invoquer une déchéance du terme le constituant va conserver sur son immeuble toutes les prérogatives d'un propriétaire mais ce principe connaît des limites visant à empêcher qu'il ne soit porté atteinte à la sûreté.

1. Le maintien des prérogatives du propriétaire

En apparence le privilège ou hypothèque ne semble pas exister et notamment le pouvoir de disposition du constituant subsiste car le fait pour le constituant de céder son immeuble ne nuit pas au créancier qui bénéficie d'un droit de suite. Puisqu'il peut vendre l'immeuble il pourra aussi constituer d'autres sûretés sur cet immeuble et d'autres droits réels. Toutefois pourrait-il constituer une antichrèse puisque du fait du droit de rétention le créancier antichrésiste primerait le créancier hypothécaire ou privilégié ? On peut penser qu'il y aurait fraude à ses droits. Puisqu'il a le pouvoir de disposer il a aussi ceux d'administration et de jouissance de l'immeuble.

Il peut donc consommer tous les fruits produits, même de grande valeur. Cette solution se justifie par le caractère périodique de ces fruits. Il peut aussi conclure des baux sur l'immeuble ce qui surprend car la conclusion de certains baux entame la valeur de l'immeuble. On justifie cette solution pour deux raisons : on ne peut empêcher une personne de tirer une utilité économique importante de la chose et il existe un système de publication de certains baux. S'ils sont publiés postérieurement à l'inscription hypothécaire ils seront inopposables aux créanciers antérieurs.

2. Les limites au maintien des prérogatives du propriétaire

Le principe est que le propriétaire de l'immeuble ne peut au détriment des créanciers hypothécaires faire des actes matériels ou juridiques ayant pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble. Le constituant a le droit de percevoir les loyers et plus largement les fruits de l'immeuble aussi le Code civil a craint qu'il ne les cède tous par avance à un tiers pour percevoir une importante somme d'argent alors qu'en cas de réalisation de la sûreté l'immeuble aurait une moindre valeur car l'acquéreur ne pourrait percevoir les fruits. Il ne peut donc céder par anticipation que 3 ans de loyers ou fermages. Certaines aliénations sont aussi interdites au constituant comme l'aliénation des produits cède par avance tous ses loyers. Ici, ces différentes règles s'appliquent aussi aux immeubles par destination.

II : LES EFFETS A L'EGARD DU CONSTITUANT

Au jour de l'échéance de la dette garantie, deux hypothèses peuvent se produire :
- le débiteur a réglé l'intégralité de sa dette et il y a disparition de la sûreté
- le débiteur n'a pas payé sa dette ou l'a partiellement payé : le créancier va mettre en oeuvre sa sûreté par la procédure de saisie immobilière.
Une fois l'immeuble vendu le créancier hypothécaire bénéficiera d'un droit de préférence sur les sommes provenant de cette aliénation. En cas de destruction de l'immeuble assuré le droit du créancier sera reporté sur l'indemnité d'assurance et en pratique l'assureur sera informé de l'existence de la sûreté pour éviter qu'il paie directement le débiteur

Le vente de l'immeuble doit se faire selon la procédure de la saisie immobilière qui vont être toutefois infléchies en cas d'ouverture d'une procédures collectives contre le débiteur. Le principe de l'article L.621-40 C.com interdit au créancier d'exercer une voie d'exécution à l'encontre des bien du débiteur
Le problème qui s'est posé en la matière est que souvent des sûretés immobilières vont être prises sur des époux mariés sous un régime communautaire ou séparatiste qui peut être un bien commun ou un bien indivis.
Il est évident que les créanciers des époux soumis à la procédure doivent en respecter les règles mais est-ce que les créanciers de l'époux in bonis qui ont une sûreté immobilière vont subir l'effet attractif de la procédure ? Pour cela la jurisprudence a dû résoudre une série de questions :

- est-ce que les créanciers de l'époux in bonis peuvent saisir l'immeuble malgré l'ouverture de la procédure ? ils ne le peuvent pas et perdent leur faculté d'action individuelle
- a supposer que l'immeuble soit vendu au cours de la procédure, permet on aux créanciers de l'époux in bonis de percevoir une partie du prix de vente ?
Pour la communauté la jurisprudence a indiqué que « la communauté répond des dettes de chacun des époux et pendant sa durée les droits de l'un ou de l'autre époux ne peuvent être individualisés sur tout ou partie des biens communs » aussi c'est la p;coll qui va absorber n priorité le prix de vente et s'il y un reliquat il sera remis aux créanciers hypothécaires de l'époux in bonis. De toute façon il n'y a pas vraiment préjudice pour la communauté car au jour de la dissolution l'équilibre sera rétablit par le jeu des récompenses
Pour l'indivision il n' y a pas de règles spécifiques du régime matrimonial. Dans ce cas l'hypothèque de l'époux in bonis va produire effet jusqu'à la quote part de cette époux.
- doivent ils déclarer leur créance et la sûreté qui la grève à la procédure ? Il doivent la produire pour éventuellement profiter une distribution mais la sanction du défaut de production est qu'il ne pourront bénéficier une distribution et ne pourront exercer leurs droits que sur un éventuel excédent
Il faut retenir de cette jurisprudence qui a donné lieu à un abondant contentieux est qu'il y a une attraction totale du droit des p;coll : interdiction des voies d'exécution, de prendre une nouvelle sûreté, nécessité de produire pour les créanciers de l'époux in bonis,, en cas de réalisation du bien variation des droits du créancier selon le régime matrimonial des époux

III : LES EFFETS DES SURETES IMMOBILIERES A L'EGARD DES TIERS

Les sûretés immobilières ont deux avantages pour le créancier qui résultent de l'idée qu'ils sont titulaire d'un droit réel accessoire :

- le droit de préférence qui s'exerce dès qu'il y a vente de l'immeuble qui nécessite que plusieurs créanciers viennent demander le paiement d'une dette
- le droit de suite en l'absence duquel ils perdraient leur sûreté dès lors qu'il y aurait aliénation de l'immeuble alors qu'en sa présence il pourra le saisir en quelque main qu'il se trouve pour le faire vendre
En réalité ces 2 prérogatives ne se trouvent pas exactement sur le même plan : le droit de préférence et la fin de l'hypothèque et c'est pour être payé prioritairement que le créancier se fait consentir cette sûreté. Le droit de vente est plus un moyen permettant la conservation du droit de préférence en dépit d'une éventuelle aliénation

A) LE DROIT DE PREFERENCE

Le créancier cherche à obtenir un paiement préférentiel d'où l'ouverture de la procédure d'ordre qui aura pour conséquence de conduire à un classement des différents créanciers hypothécaires

1. Les principes généraux de la procédure d'ordre

Le but de cette procédure est qu'il est nécessaire de connaître les différentes créances garanties par un droit de préférence sur l'immeuble vendu. Le montant de la créance est fixé par l'inscription hypothécaire. Pour les intérêts qui ne sont pas fixés initialement l'article 2151 Code civil prévoit que le créancier peut être colloqué pour seulement 3 années d'intérêts à compter du jour où l'inscription rend son effet c'est à dire celui où le droit du créancier est reporté sur le prix de l'immeuble grevé. Il peut aussi y avoir des créanciers à terme et on admet par interprétation de l'article 2184 Code civil qu'il peut demander sa collocation actuelle et définitive comme si la créance était échue. Pour les créances conditionnelles il faut faire une distinction :
- condition résolutoire : le créancier peut se faire colloquer mais il devra fournir une action garantissant son éventuel remboursement en cas de réalisation de la condition
- condition suspensive : le créancier en principe ne peut rien demander mais les autres doivent fournir caution pour qu'il soit colloqué en cas de survenance de la condition
Si la créance est indéterminée, le créancier en peut obtenir une collocation immédiate car on devra l'évaluer et le créancier sera colloqué dans la limite de cette évaluation

Une fois ceci fait on va classer les créanciers. la procédure d'ordre n'est pas d'ordre public et les parties pourraient conventionnellement convenir une répartition du prix à l'amiable; à défaut de cet accord il appartiendra au juge aux ordres de fixer le rang des différents créanciers.

Il va distribuer des bordereaux de collocation tout d'abord au créancier de premier rang puis à celui de 2^o rang jusqu'à épuisement du prix de l'immeuble. En cas de procédure de liquidation judiciaire il y a un infléchissement car le prix sera réparti par le liquidateur

2. Le classement des créanciers munis de sûretés

Normalement ces conflits entre titulaires de sûretés immobilières se règlent par leur degré d'opposabilité découlant de la publication. c'est la date d'inscription qui attribue le rang amis

ce principe comporte des dérogations pour 3 raisons :

- le privilège immobiliers spéciaux rétroagissent dans l'hypothèse où ils sont pris dans le délai légal, la même solution se retrouve ne cas d'hypothèque judiciaire conservatoire
- l'inscription hypothécaire produit parfois des effets différés ex : hypothèque légale des époux pour la créance de participation qui ne prendra effet que lors de la dissolution
- certains privilèges immobiliers ne sont pas soumis à la publicité (privilèges généraux et depuis 1994 le privilège du syndicat des copropriétaires)

a. Le conflit entre créanciers hypothécaires

l'article 2134 Code civil prévoit que le classement s'effectue en fonction des différentes dates d'inscription . Cet article s'applique pour les hypothèques grevant un même immeuble du chef d'un même propriétaire. Les hypothèques nées du chef du premier propriétaire sont toujours colloquées avant celles nées du chef du propriétaire suivant

Des difficultés peuvent se poser :

- des hypothèques sont inscrites le même jour : c'est celle dont le titre est le plus ancien qui l'emporte ce qui est illogique. Si les deux titres sont du même jour les créanciers viennent à égalité. Si l'un est requérant est dispensé de la présentation d'un titre son rang de son inscription est réputé antérieur à celui de toute autre inscription faite le même jour
- en cas de conflit entre un créancier bénéficiaire d'hypothèque sur plusieurs immeubles et d'un créancier avec une hypothèque inscrite plus récemment sur un seul de ces immeubles le principe est que le créancier le plus ancien choisit l'ordre des poursuites mais cette règle peut aboutir à ce qu'un créancier ne soit pas payé alors que l'ensemble des immeubles pourrait les désintéresser d'où deux tempéraments : l'abus de droit et en cas d'ouverture d'ordre pour la distribution du prix le juge aux ordres fera une répartition plus équitable

b. Les conflits entre créanciers hypothécaires et privilégiés

En cas de conflit entre une hypothèque et un privilège général le privilège général l'emporte mais cette règle est atténuée par le fait que les privilèges généraux sont subsidiaires en ce que le créancier doit d'abord discuter les biens meubles du débiteur. Sinon en cas de conflit entre une hypothèque et un privilège immobilier spécial est celui de la date de publication mais il résulte de l'article 2095 Code civil que le créancier privilégié doit être préféré au créancier hypothécaire à condition qu'ils aient tous deux un débiteur identique et que le privilège est été inscrit dans le délai légal

c. Les conflits entre privilèges

Selon l'article 2105 Code civil le privilèges généraux l'emportent sur les privilèges spéciaux mais il faut tenir compte du principe de subsidiarité des privilèges généraux. Pour les créanciers munis de privilèges immobiliers spéciaux le Code civil n'a pas prévu de classement et l'article 2096 Code civil indique seulement que la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges. Si les privilèges en conflit sont de même nature, le principe posé par l'article 2103 est que « s'il y a plusieurs ventes successives dont le prix est du tout ou en partie le premier est

préféré au second, le second au troisième ... » On a un ordre chronologique S'ils ne sont pas de même nature la solution résulte parfois du Code civil ainsi l'article 2103-1 Code civil fixe le rang du privilège du syndicat des copropriétaires.

B) LE DROIT DE SUITE

Il faut supposer que l'immeuble ait été transféré à un tiers et que le titre d'acquisition a été publié postérieurement à l'inscription de la sûreté. Face aux créanciers hypothécaires le tiers détenteur est dans la même situation juridique que le débiteur avec les mêmes droits et obligations. Malgré tout le créancier a un droit contre une personne qui n'est pas tenue à la dette et il en résulte une conséquence importante en cas de procédures collectives : puisqu'il n'est pas créancier du tiers détenteur le créancier hypothécaire n'aura pas à déclarer sa créance en cas d'ouverture de procédure contre ce tiers.

1. Les cas d'ouverture d'un droit de suite

a. Le tiers détenteur

C'est une personne détenant un immeuble qui n'est pas tenu à la dette mais en répond à raison de ses droits sur l'immeuble. On ne peut donc pas parler de droit de suite contre les ayant-cause universels du débiteur car ils prennent la place de leur auteur et donc subiront la saisie immobilière comme l'aurait subi le débiteur. De même n'est pas tiers le constituant de la sûreté. Les personnes qui ont la qualité de tiers détenteur sont les ayant cause à titre particulier du débiteur.

b. Les actes de disposition

Tous les actes de disposition consentis par le constituant assurent au créancier la faculté d'exercer un droit de suite à condition que cette aliénation lui soit opposable. A l'aliénation on assimile la constitution de droit réel susceptible d'être saisi ou vendu aux enchères. Ce principe supporte des exceptions et certaines aliénations emportent extinction du droit de suite ex : immeubles par destination ou meubles par anticipation car ces aliénations s'analysent en des actes d'administration. Certaines aliénations entraînent par elle-même purge et elles sont de 4 grande série :

- expropriation pour cause d'utilité publique
- vente sur saisie immobilière
- vente en cas de liquidation judiciaire
- cession judiciaire de l'entreprise quand le prix de cession a été intégralement versé

2. La mise en oeuvre du droit de suite

Elle appartient à tous les créanciers inscrits, même à ceux dont le rang ne permet pas une collocation en rang utile. Elle suppose que la créance soit exigible et donc les tiers bénéficient des délais et subissent la déchéance du terme. Le créancier doit commencer par adresser une sommation de payer au débiteur et s'il ne paie pas on adresse au tiers détenteur une sommation de payer ou de délaisser. La publication du commandement ne peut avoir lieu que 30 jours après la sommation ce qui permet au tiers de réfléchir sur la parti à prendre et d'opposer une exception au créancier

a. Les exceptions opposables par le tiers détenteur

Le tiers détenteur de l'immeuble peut opposer au créancier toutes les exceptions tirées du droit commun résultant de la créance garantie ou de la garantie elle-même mais il existe aussi une exception spécifique : l'exception de discussion de l'article 2170 Code civil. Selon cette disposition le tiers détenteur non personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente du bien grevé « s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal obligé et d'en requérir la discussion préalable selon la forme réglée par le titre du cautionnement »

b. Les différents partis

Le tiers détenteur peut se laisser saisir selon le droit commun de la saisie immobilière

Il peut payer le créanciers inscrits. Cette hypothèse est intéressante pour le tiers quand le prix de vent n'a pas été payé et qu'il est d'un montant supérieur aux inscriptions. Le tiers peut toutefois avoir intérêts à payer certains créanciers même si les créances sont supérieures au prix d'acquisition car à partir du moment où le tiers va payer le créancier de premier rang il sera subrogé dans ses droits et deviendra lui même créancier hypothécaire de 1er rang contre lequel celui de 2ème rang n'a pas intérêt à agir

Il peut délaisser l'immeuble. cela consiste dans l'abandon de la possession de l'immeuble ce qui permet au tiers de s'affranchir de son obligation hypothécaire. Les créanciers feront nommer un curateur à l'immeuble contre lequel s'exercera la procédure de saisie. Le nom du tiers n'apparaîtra pas à la procédure

Il peut recourir à la procédure de purge qui consiste une bénéfice de la loi en vertu duquel le tiers offre aux créanciers inscrits le prix de l'immeuble ou sa valeur estimative ce qui arrêtera les poursuites des créanciers. Toutes les créances, mêmes impayées, munies de sûretés immobilières vont disparaître. Le tiers fait des offres de purge aux créanciers qui les acceptent ou les refusent. Dans ce cas l'immeuble st passé aux enchères publiques avec obligation pour celui qui a refusé l'offre de ce porte enchérisseur pour le prix proposé majoré d'1/10.