

a/ Les modalités de mise en possession

Forme de la mise en possession. La mise en possession s'opère en principe par tradition. Le constituant se dessaisit matériellement de la chose gagée et la remet au créancier. La mise en possession peut aussi se faire symboliquement. Le constituant remet alors un élément qui vaudra mise en possession du bien gagé.

Ex. : la remise d'une lettre de voiture ou d'un connaissance.

Cette modalité peut s'avérer particulièrement utile. C'est notamment le cas lorsque la chose n'est pas en possession du débiteur mais se trouve en dépôt.

Par ailleurs, à la conclusion du gage, la chose gagée peut déjà être en possession du créancier gagiste (ex. prêt, dépôt). Dans ce cas, l'intervention du titre du créancier suffira à remplir l'exigence de mise en possession.

Destinataire de la mise en possession. La mise en possession peut être réalisée soit entre les mains du créancier soit entre les mains d'un « tiers convenu ». Dans ce dernier cas, il s'agit de ce que l'on appelle classiquement un entiercement. Cette alternative résulte de l'article 2337 du Code civil.

Moment de la mise en possession. Sur ce point l'Ordonnance ne livre pas plus d'éléments que ne le faisait le droit antérieur à la réforme. Aucun délai n'est donc imposé. En pratique, le créancier a cependant tout intérêt à ce que la mise en possession soit réalisée le plus rapidement possible. Cela permet d'éviter deux difficultés.

- d'une part, une saisie pratiquée par un autre créancier ;
- d'autre part l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

Les caractères de la mise en possession. La mise en possession doit revêtir certains caractères. Ces caractères sont au nombre de trois. La mise en possession doit être effective, apparente et permanente.

- effective : le constituant ne doit plus pouvoir se servir de la chose. Parallèlement, le créancier gagiste doit avoir une possession réelle et exclusive.
- apparente : il faut que la mise en possession soit de nature à avertir les tiers.
- continue. Le créancier gagiste doit rester en possession du bien gagé sans interruption. Cette condition ne doit cependant pas être appréciée de façon absolue. Tout d'abord, elle n'empêche pas le remplacement du bien lorsqu'il s'agit d'un bien fongible par nature. Ensuite, elle impose de distinguer deux hypothèses de discontinuité de la possession.
 - le dessaisissement volontaire du gagiste fait cesser l'opposabilité du contrat de gage aux tiers, et ce, même si le dessaisissement soit temporaire.
 - Lorsque le dessaisissement n'est pas volontaire et qu'il résulte d'une perte ou d'un vol, le créancier gagiste peut exercer une action réelle en revendication contre le détenteur dans les conditions de l'article 2276, alinéa 2, du Code civil.

b/ La publicité du gage. Depuis la réforme de 2006, le gage sans dépossession n'est plus un gage spécial. Le gage sans dépossession impose simplement le respect de mesures de publicité.

Forme de la publicité. Pour informer les tiers et rendre le gage opposable, le gage sans dépossession doit être « publié ». Cette formalité est réalisée « *par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par un décret en Conseil d'état* ». Le décret du 23 décembre 2006 a notamment soumis la publicité du GSD (gage sans dépossession) à des formalités très proches de celle de la publicité foncière. L'initiative de l'inscription du GSD revient au créancier. Les inscriptions valables prennent effet à leur date. Ces inscriptions permettent de conserver le gage pendant 5 ans à compter du jour de sa naissance. Au terme de ce délai il faut renouveler l'inscription. En l'absence de renouvellement, l'inscription est radiée d'office par le greffier.

La publicité et la détermination du rang du créancier. La publicité permet de déterminer le rang du créancier. Cette détermination est fondamentale. Elle permet de trancher les conflits créanciers. Il peut exister plusieurs conflits.

- le conflit peut opposer des créanciers gagistes sans possession. Dans ce cas, selon l'article 2340, al. 1^{er} du Code civil, le rang des créanciers gagistes est réglé par l'ordre des inscriptions. Celui qui dispose de l'inscription la plus ancienne est prioritaire.

- le conflit peut opposer deux créanciers gagistes sur le même bien, le premier sans dépossession et le second avec dépossession : l'article 2340, al. 2, du Code civil donne la préférence au premier dont le gage est régulièrement publié. Cet article ne dit en revanche rien du conflit qui opposerait un premier créancier gagiste avec dépossession et un second créancier gagiste sans dépossession.

§2. Les effets. Si le gage remplit toutes les conditions de validité, il est alors régulièrement constitué. Il fait alors naître :

- d'une part des obligations à la charge des parties au contrat de gage.
- Et d'autre part, des droits au profit du créancier gagiste.

A. Les obligations des parties. Avant la réforme du droit des sûretés, le gage était un contrat réel. Il ne faisait naître que des obligations à la charge du créancier gagiste. Depuis la réforme de 2006, le gage n'est plus un contrat réel. Ce contrat met à la charge de chacune des parties des obligations propres.

1. Les obligations du créancier gagiste. Il faut ici distinguer deux situations : selon que le gage est sans ou avec dépossession.

a/ Le créancier gagiste avec dépossession. Le gage laisse intact le droit de propriété du constituant sur la chose gagée. Cette situation entraîne une conséquence. Le créancier ne peut pas porter atteinte au droit de propriété du constituant. Notamment il ne peut causer de dommage à la chose ou se l'approprier injustement. De là découle donc deux obligations distinctes à la charge du créancier gagiste, obligations prévues à l'article 2344 du Code civil :

- Une obligation de restituer la chose
- Une obligation de conserver la chose

L'article 2344, alinéa 1^{er}, du Code civil ne donne aucune précision sur l'obligation de conserver la chose. C'est donc dans le droit antérieur qu'il faut trouver les éléments relatifs à son domaine et sa portée. A ce titre, l'on retient traditionnellement que l'obligation de conservation implique d'autres obligations :

- **L'obligation de ne pas faire usage.** il s'agit ici du corollaire de l'obligation de conserver la chose. L'utilisation de la chose risque d'user la chose, donc la détériorer.

- **Le droit de percevoir les fruits.** Le créancier gagiste peut en revanche percevoir les fruits. Ce droit de jouissance est reconnu pour les biens frugifères. Cela résulte directement de l'article 2345 du Code civil. Selon cette disposition « *sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette* ».

Portée. L'obligation de conservation du bien gagé est une obligation de moyens. Le gagiste doit se comporter à son égard en bon père de famille. Il doit donc lui donner tous les soins dont elle a besoin et qu'il est susceptible de prodiguer. Ce n'est pas le cas lorsque les soins nécessaires exigent une connaissance du bien gagé que seule peut avoir le constituant.

Sanction. En cas de détérioration ou de destruction du bien gagé, le créancier gagiste peut être condamné au paiement de dommages-intérêts. Pour cela, il faut caractériser une faute (notamment une faute de négligence).

D'autres sanctions peuvent s'ajouter aux dommages-intérêts. En cas de négligence ou d'abus, le gagiste peut être condamné à la restitution anticipée du bien gagé.

b/ Le créancier gagiste sans dépossession. Le créancier gagiste sans dépossession n'a aucune obligation de conservation et de restitution. Par hypothèse, le bien grevé est resté entre les mains du constituant.

2. Les obligations du constituant. Les obligations varient selon le gage selon que le gage est conclu avec ou sans dépossession

Gage sans dépossession. L'article 2344, alinéa 2, du Code civil impose une obligation particulière au constituant resté en possession. Selon cette disposition « *lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* ». Le constituant possesseur de la chose gagée a donc l'obligation de conserver la chose. En cas de défaillance, le texte prévoit deux sanctions possibles :

- tout d'abord, le créancier peut demander la déchéance du terme de la dette garantie. Dans ce cas, le débiteur est tenu de payer sans bénéficier du terme prévu ;
- Le créancier peut aussi demander un complément de gage. Ce complément est à hauteur du dommage causé à la chose gagée.

Gage avec dépossession. L'article 2343 du Code civil prévoit en ce sens que « *le constituant doit rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage* ». Ici, l'application de ce texte peut être guidée par ce que l'on appelle classiquement la théorie des impenses, théorie qui consiste à distinguer selon l'utilité de la dépense (dépense est nécessaire, utile ou d'amélioration ou voluptuaire).

B. Droit du créancier gagiste. Quelle que soit la forme du gage, le défaut de paiement de la dette garantie confère au créancier gagiste deux droits principaux :

- le droit de réaliser la sûreté
- un droit de rétention du bien gagé

L'existence d'un droit de gage sans dépossession confère au créancier gagiste un troisième droit :

- un droit de suite lorsqu'il s'agit d'un gage publié.

1. Le droit de réaliser le gage. En cas de non-paiement le créancier peut réaliser son droit. Dans ce cas, les articles 2346, 2347 et 2348 du Code civil lui ouvrent trois voies

- la vente forcée : le créancier gagiste qui est en possession du bien gagé n'a pas à procéder à la saisie des biens gagés. En sens inverse, s'il n'est pas en possession, il doit saisir le bien pour ensuite faire ordonner la vente. La vente forcée est une vente judiciaire. Autrement dit, le créancier doit demander à un tribunal d'ordonner la vente. Cette procédure est impérative. Il n'est pas possible d'y déroger par contrat. Notamment les parties ne peuvent prévoir que le créancier sera dispensé de recourir à un tribunal ou que la chose sera vendue à l'amiable. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une clause de voie parée dont la nullité est prévue à l'article 2346 du Code civil. En cas de vente du bien gagé, le créancier gagiste a « *le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers* » (art. 2333 du Code civil). Ce droit permet au créancier gagiste d'obtenir le paiement par préférence de sa créance et ce dans son intégralité.

- l'attribution judiciaire en propriété du bien gagé : le créancier gagiste qui n'a pas été payé peut demander à un tribunal d'ordonner que la chose lui soit attribuée en propriété. Cette attribution est réalisée à titre de paiement de sa créance. Dans ce cas, le juge doit vérifier les conditions de fond et de forme de constitution du contrat de gage. Si les conditions sont remplies, le juge est obligé d'ordonner l'attribution judiciaire de la propriété. Le jugement opère alors transfert de propriété au profit du gagiste. Cela étant, le bien gagé n'a pas nécessairement une valeur identique

à la créance garantie. Notamment il peut avoir une valeur supérieure à celle-ci. Dans ce cas, l'attribution judiciaire enrichit injustement le créancier. Pour remédier à cette difficulté, l'article 2347, alinéa 2, du Code civil prévoit que « *lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagiste, est consignée* ».

- *le pacte comissoire* : L'ordonnance réformant le droit des sûretés a assoupli les conditions de réalisation du gage. Elle a supprimé la prohibition du pacte comissoire consacrée jusque-là. Cette suppression vaut à l'égard des contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur. Ainsi, selon l'article 2348, alinéa 1, du Code civil prévoit « *il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ». Il s'agit d'un mode de réalisation du gage simple, rapide et peu onéreux.

2. Le droit de rétention. Dans le gage avec mise en possession, le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention. Ce droit de rétention a une efficacité étendue. Il peut notamment faire obstacle à la revendication exercée par un acquéreur de la chose gagée ou du véritable propriétaire. L'opposabilité du droit de rétention n'est cependant pas absolue. Lorsqu'un bien fait l'objet successivement d'un gage sans dépossession puis d'un gage avec dépossession, le premier créancier gagiste est préféré au second. Cette solution s'applique « *nonobstant le droit de rétention (effectif) de ce dernier* » (art. 2340, al. 2, Code civil). Cette solution était nécessaire pour assurer l'efficacité du gage sans dépossession.

3. Le droit de suite. Le gage sans dépossession confère un droit de suite. Ce droit de suite n'est attribué qu'au gage régulièrement publié. Cette condition résulte de l'article 2337, alinéa 3 du Code civil. Ce droit de suite autorise le créancier gagiste à saisir le bien en quelques mains qu'il se trouve.

§3. L'extinction du gage. Comme toutes les sûretés, le gage peut s'éteindre de deux façons. Il peut tout d'abord s'éteindre par voie d'accessoire. Dans ce cas, c'est l'extinction de la créance garantie qui fonde l'extinction du gage. Le paiement, la compensation et, plus largement, les causes classiques d'extinction de l'obligation entraîneront donc son extinction. Tout au plus faut-il que la créance soit entièrement éteinte. Le droit de gage est un droit indivisible. Un paiement partiel de la dette n'autorise pas la restitution partielle.

De façon exceptionnelle la prescription de la créance garantie ne provoque l'extinction du gage. La Cour de cassation considère en effet que « *le maintien du gage entre les mains du créancier ou du tiers*

convenu, en ce qu'il emporte reconnaissance tacite permanente du droit du créancier par le débiteur, interrompt la prescription » (Cass. com., 31 oct. 2006).

Le droit de gage peut aussi s'éteindre à titre principal. Dans ce cas le gage s'éteint indépendamment de la créance qu'il garantit. C'est notamment le cas de la vente de la chose gagée. La règle est écartée en cas de choses fongibles. Dans ce cas, la chose peut être remplacée par le mécanisme de la subrogation réelle. Le gage survit donc. L'extinction à titre principal peut aussi résulter de la perte de la chose, de l'abus du gagiste ou encore de la renonciation du créancier gagiste.

Dans tous ces cas, l'extinction du gage emporte l'obligation de restituer la chose (cf. supra). La restitution vise la chose et tous ses accessoires. Les accessoires pris en compte sont tout autant ceux qui existaient au moment de la conclusion du contrat que ceux nés depuis. Si le gage porte sur une chose fongible, dans ce cas la restitution porte sur une même quantité et une même qualité de chose.

Section 2. Le droit spécial du gage. Concernant le droit spécial du gage le Code civil envisage deux cas de figure. Tout d'abord il organise le régime du gage ayant pour objet un véhicule automobile. Ensuite il réserve la possibilité de règles particulières en matière commerciale.

§1. Le gage portant sur un véhicule automobile. L'ordonnance du 23 mars 2006 règlemente aujourd'hui le gage portant sur un véhicule automobile (articles 2351 à 2353 du code civil). Avant, l'ordonnance, ce sont les dispositions du décret du 30 septembre 1953 qui trouvaient à s'appliquer.

A. Le décret du 30 septembre 1953

1. La constitution

Le domaine. Dans le cadre de ce décret le domaine du gage était limité.

Le gage pouvait être constitué sur tout véhicule ou engin qu'il soit acheté neuf ou d'occasion. Tout au plus, fallait-il qu'il soit assujéti à l'immatriculation obligatoire. Etaient donc concernés les véhicules automobiles, les tracteurs agricoles, etc.

Par ailleurs, le décret comportait une liste des bénéficiaires du gage. Cette liste visait :

- le vendeur à crédit

- le prêteur de deniers qui finance l'achat du véhicule

- le cessionnaire de la créance de prix de vente.

Mesure de publicité. Le gage devait être inscrit sur un registre spécial tenu par la préfecture qui a délivré la carte grise. Cette formalité de publicité devait être effectuée dans les 3 mois de la délivrance de la carte grise. Il s'agissait d'une condition d'opposabilité du gage. Cette inscription était périmée au bout de 5 ans. Afin d'éviter cette péremption, le créancier devait demander le renouvellement pour une nouvelle période de 5 ans et ce, avant l'expiration du premier délai de 5 ans.

2. Les droits et obligations

Possession effective de l'acheteur. L'acheteur débiteur restait en principe en possession du bien. Il pouvait s'en servir comme il le désirait. Il était simplement tenu de conserver la chose. L'usage qu'il faisait de chose devait simplement être compatible avec cette obligation.

Ce gage donnait lieu à la délivrance d'un récépissé remis à l'occasion de la publicité. Cette délivrance était une formalité à partir de laquelle le créancier était réputé avoir conservé la marchandise en sa possession. Autrement dit, le récépissé valait mise en possession symbolique. Ce gage ne pouvait donc pas être qualifié de gage sans dépossession.

Les droits du créancier gagiste. Le créancier gagiste dispose d'un droit de rétention (gage avec dépossession). Il s'agit ici d'un droit de rétention juridique. Ce droit permet au créancier de s'opposer à la vente du bien. En application du droit commun du gage, le créancier gagiste perd son droit de rétention s'il se dessaisit volontairement de la chose (cf. supra).

Ensuite le gage peut conférer un droit de suite. Ce droit de suite ne découle pas directement du décret. Il se découle de la publicité du gage. Cette publicité rend tout autre possesseur de MF et il empêche le jeu de l'article 2276, alinéa 1^{er} du Code civil. Ce droit de suite naît à compter de la publication du droit. Cela permet au créancier de reprendre le véhicule entre quelques mains qu'il se trouve. Notamment il peut saisir le véhicule entre les mains d'un sous-acquéreur. En revanche, si le droit ne fait l'objet d'aucune mesure de publication, alors aucun droit de suite n'est reconnu au créancier gagiste. Dans ce cas, un tiers possesseur de bonne foi peut acquérir la propriété du

bien par la seule possession. Il sera protégé par l'article 2276, alinéa 1^{er} du Code civil. Cette acquisition est réalisée même si le créancier avait connaissance de l'existence de la sûreté.

3. La réalisation du gage. Pour réaliser le gage le créancier peut faire ordonner en justice la vente de l'automobile. Il peut aussi obtenir l'attribution judiciaire du véhicule

B. Les articles 2351 à 2353 et le nouveau droit du gage automobile. Rapidement l'on peut faire 3 observations :

- concernant le domaine du gage tout d'abord : dans un souci de simplification et d'unification, l'article 2351 du Code civil vise l'ensemble des gages portant sur un véhicule automobile. Le domaine est donc plus large quant aux bénéficiaires du droit de gage.

- concernant les mesures de publicité ensuite : l'opposabilité aux tiers reste subordonnée à la formalité de la déclaration administrative. Par ailleurs la mise en possession symbolique et la possession fictive sont maintenues. Cela doit normalement conduire au maintien des solutions jurisprudentielles relatives au droit de rétention et au droit de suite.

- concernant sa réalisation enfin : l'article 2353 du Code civil prévoit dans ce cas que la réalisation du gage est soumise aux dispositions du droit commun du gage.

Chapitre 2. Le nantissement de meubles incorporels

L'article 2355 du Code civil définit le nantissement comme « *l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels présents ou futurs* ».

L'ordonnance du 23 mars 2006 opère une distinction. Elle envisage séparément le nantissement de créance d'une part, et le nantissement d'autres meubles incorporels, d'autre part. C'est ainsi que l'article 2355 du Code civil prévoit que « *le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre* » alors que « *celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* ».

De façon générale, le nantissement permet au créancier nanti de réclamer le paiement au débiteur de son propre débiteur. Il s'agit donc d'une opération à trois personnes. Il met en présence un débiteur principal, le débiteur à l'égard duquel il détient une créance et un créancier principal. Le créancier principal est le créancier nanti cad celui qui bénéficie du nantissement de la créance. Le caractère triangulaire rapproche le nantissement des sûretés personnelles. Mais il n'en est pas une. Le créancier nanti dispose en effet d'un véritable droit réel sur la créance qui vient en garantie du rapport principal.

Avant la réforme du 23 mars 2006, le nantissement de créance ordinaire n'était régi que par l'article 2075 du Code civil. Son régime était aligné sur celui du gage de meubles corporels. Depuis la réforme, le nantissement de créance dispose d'un corps de règles distinct. Il s'agit des articles 2356 à 2366 du Code civil.

Section 1. Constitution. La constitution du contrat de nantissement de créance appelle plusieurs observations. Certaines d'entre elles sont relatives à l'assiette du nantissement, d'autre à sa forme et enfin les dernières à son opposabilité au tiers.

§1. L'assiette du droit de créance. L'assiette du nantissement peut prendre des formes diverses.

Le nantissement d'une ou plusieurs créances. Le nantissement peut porter sur une seule créance. Ainsi le vendeur peut nantir la créance de prix de vente. Le nantissement peut aussi avoir pour objet une pluralité de créances. Par exemple, un bailleur peut nantir ses créances de loyer. Le nantissement peut enfin grever la totalité de la créance. Les créances garanties peuvent être des

créances présentes. C'est par exemple le cas des loyers même s'ils ne sont pas exigibles dans la mesure où ils naissent à la conclusion du contrat. Il peut aussi porter sur des créances futures. Tout au plus l'article 2357 du Code civil précise-t-il que « *lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit sur la créance dès la naissance de celle-ci* ». Il peut aussi ne porter que sur une fraction de la créance. Cette hypothèse n'est envisageable qu'à partir du moment où la créance est divisible (art. 2358, al. 2, C. civ.).

Le nantissement d'un compte. Le nantissement peut aussi avoir pour assiette un compte. Dans ce cas, il porte plus précisément sur le « *solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution* » (art. 2360, al. 1, C. civ.).

Dans tous les cas, le nantissement « *s'étend aux accessoires de la créance* » (art. 2359 C. civ.). Il s'agit d'une application particulière du principe selon lequel l'accessoire suit le principal. Cependant la règle n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent tout à fait y déroger par une clause contractuelle.

§2. Les conditions relatives à la forme du contrat. L'ordonnance du 23 mars 2006 a réformé en profondeur les conditions de constitution du nantissement de créance entre les parties. L'écrit constitue désormais une condition de validité (article 2356 du Code civil). Selon cette disposition « *à peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit* ». Autrement dit, le nantissement de créance est devenu un contrat solennel. La règle de la double spécialité semble être requise pour la validité du contrat. Elle concerne tant la créance garantie que l'assiette du nantissement.

Le nantissement prend effet entre les parties à la date de l'acte constitutif valable. Cela résulte de l'article 2361 du Code civil. Il n'est pas besoin en plus de le signifier au débiteur de la créance nantie. Il n'est pas non plus nécessaire que le débiteur accepte le nantissement dans un acte authentique.

§3. Les conditions relatives à l'opposabilité du contrat. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, les conditions d'opposabilité du contrat ont été simplifiées. Il faut ici envisager la question sous deux angles : d'une part à l'égard des tiers et, d'autre part, à l'égard du débiteur de la créance nantie.

- à l'égard des tiers. Le nouvel article 2361 du Code civil énonce que le nantissement devient opposable à la date de l'acte.

- à l'égard du débiteur de la créance nantie, le nouvel article 2362, alinéa 1^{er} du Code civil conditionne l'opposabilité du nantissement à la réalisation d'une formalité particulière. Cette formalité peut être soit la notification au débiteur, soit l'intervention du débiteur à l'acte. A défaut « *seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance* » (art. 2362, al. 2, C. civ.). En revanche, « *après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* » (art. 2363, al. 1, C. civ.). Si le créancier reçoit ce paiement après l'échéance de la créance garantie, « *les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie* » (art. 2364, al. 1, C. civ.). A l'inverse si le créancier reçoit paiement du débiteur de la créance nantie avant que la créance garantie ne soit échue, l'article 2364, al. 2 du Code civil prévoit que le créancier conserve ces sommes sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à la charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée.

Section 2. Les effets du nantissement de créance. En cas de défaillance du débiteur, le créancier peut réaliser son droit. L'article 2365 du Code civil ouvre 3 voies.

- d'abord le créancier peut se faire attribuer en justice la propriété de la créance nantie. Il faut ici appliquer le droit commun du gage (article 2347 du Code civil).

- Le pacte comissoire (cf. supra). La validité de ce pacte est cependant écartée en cas d'ouverture d'une procédure collective (article L. 622-7 du Code de commerce).

- le créancier peut aussi attendre l'échéance de la créance nantie. Si le créancier a bien notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie, il est le seul à pouvoir recevoir paiement de celle-ci (art. 2363, al. 1, C. civ.). Le paiement réalisé par le débiteur de la créance nantie va ensuite s'imputer sur la créance garantie (art. 2364, al. 1^{er}, C. civ.). Le paiement peut être d'un montant supérieur à celui de la créance garantie. Dans ce cas, le créancier doit rembourser la différence au constituant (art. 2366 C. civ.).

- l'ordonnance n'a pas fait mention de l'existence d'un droit de rétention. Pour autant, selon une partie de la doctrine, il semble que l'article 2363 du Code civil puisse être interprété comme instituant ce droit de rétention. Son existence pourrait se déduire des effets de la notification.

Sous-titre 2. Les autres sûretés mobilières

Chapitre 1. Les privilèges mobiliers

Les sûretés légales portant sur un bien meuble prennent le nom de « privilège ».

Il existe deux grandes catégories de privilèges mobiliers : les privilèges généraux et les privilèges spéciaux. Cela résulte expressément de l'article 2330 du Code civil. Les privilèges généraux sont ceux qui ont pour assiette l'ensemble des biens meubles du débiteur. Les privilèges spéciaux portent, quant à eux, sur un ou plusieurs meubles particuliers du débiteur.

Les privilèges qu'ils soient généraux ou spéciaux ont une caractéristique particulière. Ils sont occultes. Ce caractère appelle deux observations

- tout d'abord, le caractère occulte n'est pas un obstacle à l'opposabilité de plein droit de ces privilèges.
- Ensuite, ce caractère empêche en principe de conférer un droit de suite au créancier privilégié. Toutefois la règle connaît quelques exceptions.

Il arrive cependant que ces privilèges mobiliers généraux fassent l'objet d'une publicité. Cette mesure de publicité est prescrite au regard de la nature du privilège mais aussi au regard de leur montant. Malgré cette mesure de publicité, ces privilèges ne font pas naître de droit de suite.

Section 1. L'identification des privilèges mobiliers. Selon l'article 2330 du Code civil « *les privilèges sont ou généraux, ou particuliers sur certains meubles* ». La distinction des privilèges généraux et spéciaux n'a pas réellement d'incidence sur leur régime juridique.

§1. Les privilèges mobiliers généraux. Il s'agit ici de sûretés que la loi attache de plein droit à certaines créances. Dans ce cadre l'on distingue classiquement deux catégories. La première contient les privilèges de droit privé. La seconde vise les privilèges de droit public.

A. Les privilèges de droit privé. La plupart de ces privilèges sont énumérés à l'article 2331 du Code civil.

Certains des privilèges visés par cette disposition concernent de « petits privilèges ». Ils sont ainsi dénommés parce qu'ils concernent des sommes modiques ou un domaine extrêmement étroit.

C'est par exemple le cas du privilège des frais funéraires. Ce privilège profite à celui qui a fourni les services funéraires ou à celui qui a avancé les frais à cette fin.

C'est aussi le cas du privilège des frais de dernière maladie. Ce privilège garantit le paiement des sommes exposées en faveur d'un malade pour lui prodiguer les soins nécessaires.

Il en va de même du privilège de fourniture de subsistance. Ce privilège garantit les créances relatives à la nourriture, l'électricité, le chauffage et les vêtements. Ces subsistances répondent aux besoins du débiteur ainsi qu'à ceux de sa famille. En revanche ce privilège ne couvre que le prix des fournitures de la dernière année.

A côté des petits privilèges, il existe des privilèges plus importants. Dans ce cadre l'on a coutume de mentionner le privilège de la sécurité sociale et des organismes de prévoyance. Ce privilège est prévu à l'article L. 243-4 et s. CSS. Ce privilège vient garantir le recouvrement des cotisations des personnes assujetties. Son domaine est strictement défini. Il vise les cotisations et pénalités de retard pendant une seule année à compter de leur date d'exigibilité.

B. Les privilèges du Trésors. Ces privilèges relèvent pour l'essentiel de la législation fiscale. Le Code civil ne les vise qu'une seule fois. L'article 2327 du Code civil prévoit en effet que « *le privilège, à raison des droits du Trésor royal (public) et l'ordre dans lequel il s'exerce, sont réglés par les lois qui les concernent. Le Trésor (public) ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers* ». Ces privilèges sont nombreux. On peut en donner quelques exemples. Le Trésor bénéficie d'un privilège attaché au recouvrement des contributions directes et taxes assimilées, le privilège des taxes sur le chiffres d'affaires ; le privilège des contributions indirectes, le privilège des droits de douane, etc. En toute hypothèse, ces privilèges se fondent sur un principe fondamental : le principe de continuité du service public.

§2. Les privilèges mobiliers spéciaux. Ces privilèges sont des sûretés prévues par la loi. Elles sont attribuées en raison de la qualité de la créance. Ces sûretés visent un ou plusieurs biens meubles déterminés du débiteur. L'article 2332 du code civil, énumère les privilèges mobiliers spéciaux. Malgré sa longueur, cette liste n'est pas complète. Il faut en effet lui ajouter tous les textes particuliers. La grande diversité de ces privilèges conduit à dégager des catégories de privilège. Classiquement l'on distingue 3 catégories de privilège.

- les privilèges fondés sur la constitution d'un gage tacite ;
- les privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur ;
- les privilèges fondés sur la conservation de la chose.

A. Les privilèges fondés sur la constitution d'un gage tacite. Cette catégorie regroupe les privilèges qui portent sur des biens qui, dans l'intention des parties ou conformément à l'usage, sont censés avoir été donnés en gage au profit du créancier. Sont ici visés quatre privilèges :

- le privilège du bailleur d'immeuble ;

- le privilège de l'hôtelier ;

- le privilège du transporteur ;

- le privilège du commissionnaire.

1. Le privilège du bailleur d'immeuble. Ce privilège est visé à l'article 2332, 1° du Code civil. C'est sans aucun doute le plus utilisé. Il permet de reconnaître au bailleur un pouvoir sur les biens meubles du locataire qui viennent garnir les lieux loués.

Le bénéficiaire. Ce privilège est accordé à tout bailleur d'immeuble. Depuis la loi du 25 août 1948 il est aussi accordé au propriétaire dont l'immeuble est occupé par une personne qui ne dispose pas d'un bail (occupation sans titre, occupation en vertu d'une réquisition). Sont indifférents les éléments suivants : la destination des lieux loués (bail rural, commercial, à usage d'habitation ou à usage professionnel), la forme du bail (écrit ou verbal), la qualité du bailleur (au propriétaire, à l'usufruitier, au locataire principal). En revanche le crédit-bailleur n'en bénéficie pas (cf. le caractère hybride de l'opération de crédit-bail).

Les créances garanties. En principe ce privilège garantit toutes les créances nées de l'occupation des lieux (les loyers, les fermages, les indemnités d'occupation, le remboursement des charges locatives que le bailleur a avancé, les réparations locatives, les sommes dues en raison de l'inexécution de ses obligations par le preneur ou de dégradations des lieux loués). Cependant le montant des loyers et fermages est limité. Le domaine des créances garanties dépend de la nature du bail. Il faut ainsi distinguer selon que le bail est rural ou urbain.

- dans les baux urbains, les loyers garantis dépendent du caractère authentique ou non du bail.

- si le bail est authentique ou à une date certaine : tous les loyers échus et non prescrits ainsi que tous les loyers à échoir sont garantis par le privilège.

- si le bail n'est pas authentique ou n'a pas date certaine : le privilège ne garantit que les loyers échus et non atteints par la prescription quinquennale ainsi que ceux de l'année courante et ceux à échoir à l'expiration de l'année courante

- dans les baux ruraux, le privilège ne garantit que les deux dernières années échues de loyers, l'année courante et l'année suivante.

Assiette. Le privilège porte sur tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme (notamment les meubles meublants, la vaisselle, le linge de maison, etc). Ces meubles constituent l'assiette du privilège. La date à laquelle ils ont été introduits dans les lieux loués n'est en principe pas prise en compte. Tout au plus faut-il qu'ils aient garnis la maison pendant une certaine durée. Par ailleurs, il peut s'agir de meubles appartenant à un tiers et qui se trouvent dans les lieux loués. Dans ce cas il faut que deux conditions soient remplies. D'une part, il faut que le bailleur soit de bonne foi. Ensuite, il ne faut pas que les meubles soit perdus ou volés (ces meubles sont en effet susceptibles d'être revendiqués pendant trois ans par le *verus dominus*).

Un certain nombre de biens sont exclus de l'assiette du privilège. Cette exclusion peut avoir deux sources. Elle peut tout d'abord être d'origine légale (meubles insaisissables). Cette exclusion peut aussi avoir une source jurisprudentielle (le fonds de commerce).

Les prérogatives déduites du privilège. Le créancier privilégié dispose d'un droit de préférence. Il exerce ce droit sur le prix de vente des meubles préalablement saisis. Si le bien grevé est détruit par un sinistre, alors le droit de préférence se reporte sur l'indemnité d'assurance due au locataire (fondement : subrogation réelle).

Le bailleur dispose par ailleurs d'une faculté particulière : la faculté de s'opposer au déplacement des meubles se trouvant dans les lieux loués. Il peut pour cela réaliser une saisie conservatoire.

La question se pose ensuite de savoir s'il détient aussi un droit de suite. En principe l'on considère que le bailleur ne dispose d'aucun droit de suite. Pour autant, le principe doit être relativisé. Certains privilèges paraissent contenir une forme de droit de suite. Il s'agit alors d'une action en revendication très particulière. L'article 2332, 1° du Code civil prévoit en effet que le bailleur peut revendiquer les biens grevés contre le tiers détenteur y compris de bonne foi dans

un délai de quinze jours pour le mobilier de la maison et dans un délai de quarante jours pour le mobilier de la ferme.

2. Le privilège de l'hôtelier. Ce privilège est visé à l'article 2332-5° du Code civil.

A noter : L'hôtelier a aussi la possibilité d'exercer un droit de rétention sur les effets du voyageur. Or ce droit de rétention est bien plus efficace.

Ce privilège permet de garantir les créances nées du contrat d'hôtellerie. Il comprend donc notamment le prix de l'hébergement, parfois celui de la nourriture ainsi que les prestations annexes comme le garage, le téléphone, etc.

L'assiette du privilège s'étend à tous les biens meubles apportés par le voyageur (doctrine majoritaire : y compris les sommes d'argent).

Grâce à ce privilège, l'hôtelier dispose d'un droit de préférence sur le produit de la vente des meubles qu'il aura préalablement fait saisir. En revanche il ne dispose d'aucun droit de suite.

3. Le privilège du transporteur. Ce privilège profite aux transporteurs terrestres ou aériens cad à ceux qui exécutent le transport quel que soit le véhicule utilisé. Sont exclus les contrats non assimilables au transport (le contrat de remorquage ou de louage de véhicule). Ce privilège garantit le prix du transport et de ses accessoires.

Ex. les frais de chargement, de livraison, etc.

Ce privilège porte sur l'ensemble des marchandises transportées et ce, même si elles appartiennent à un tiers. Il faut simplement dans ce cas que le transporteur soit de bonne foi. En cas de non-paiement des créances, le transporteur peut donc retenir les marchandises jusqu'à complet paiement du prix.

4. Le privilège du commissionnaire. Ce privilège profite aux commissionnaires de transports, vendeurs, acheteurs, professionnels, etc. Il garantit les créances de commissions dues par le commettant même à l'occasion d'opérations antérieures. Il porte sur « *la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent* ». Le commissionnaire bénéficie d'un droit de préférence au titre de ce privilège.

B. Les privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.

Lorsqu'une personne devient créancière du débiteur elle permet l'augmentation de l'actif de ce débiteur. Cette augmentation profite aux créanciers du débiteur. Ceux-ci peuvent se faire payer sur la valeur nouvellement introduite. Pour éviter que la personne qui a enrichi autrui reste impayée, la loi leur reconnaît un privilège. Ce privilège lui permet d'être payée par priorité sur la valeur ayant augmenté l'actif du débiteur.

Cette idée fonde un certain nombre de privilèges mobiliers spéciaux.

Ex. privilège du vendeur de meuble (encore que ce privilège puisse être fondé sur une autre raison : le transfert de propriété des biens *solo consensu*). Ce privilège est prévu à l'article 2332-4 du Code civil°. Il est accordé à tout vendeur de biens mobiliers (ex. véhicule automobile, et ce plus de son gage spécial). Les biens concernés peuvent être de toute nature (corporels ou incorporels). Le seul élément à prendre en compte est que le meuble soit encore en la possession du débiteur. Le privilège est donc perdu en cas de dépossession (la revente, de la perte ou de la transformation).

Le privilège garantit la créance du prix, ses intérêts et accessoires (frais d'établissement du contrat). Sont en revanche exclus les dommages et intérêts consécutifs au défaut de paiement ou encore la somme due en vertu d'une clause pénale.

Le privilège porte sur la chose vendue et livrée. Si la chose est détériorée ou détruite par un sinistre, le privilège se reporte sur les indemnités (subrogation réelle).

Ce privilège confère un certain nombre de prérogatives au vendeur. Ces prérogatives varient en selon la situation du bien.

- le vendeur peut tout d'abord reprendre la possession par la voie d'une saisie-revendication. Cette saisie ne peut être réalisée qu'à certaines conditions (article 2332, 4 du Code civil) :

- l'acquéreur ait encore le bien en sa possession ;
- le bien doit être demeuré dans le même état que lors de la livraison.

Par ailleurs cette action en saisie-revendication doit être exercée dans un délai déterminé : 8 jours à compter de la livraison (délai préfix).

- le vendeur dispose d'un droit de préférence.

- si le bien ait été revendu et la créance de prix payée par un tiers acquéreur de bonne foi, le vendeur ne peut exercer son droit de suite contre le tiers acquéreur. Celui-ci peut lui opposer l'article 2276, alinéa 1^{er}, du Code civil.

C. Le privilège fondé sur la conservation de la chose. L'article 2332-3° du Code civil accorde un privilège fondé sur la conservation de la chose mobilière d'autrui. Il s'agit du privilège couvrant les frais de conservation. Il est accordé à tous ceux qui, à l'occasion d'un contrat ou d'un quasi contrat, sont amenés à engager des frais de conservation sur la chose d'autrui (frais constituant l'objet principal d'un contrat (contrat de réparation) ou pas (obligation accessoire de conservation dans un contrat de dépôt)). En conservant la chose, le bénéficiaire du privilège a conservé un élément du patrimoine du débiteur donc du gage général de ses créanciers.

Ce privilège concerne « *les frais de conservation de la chose* ». La chose visée peut être corporelle ou incorporelle. En revanche, s'agissant d'un privilège mobilier, elle doit nécessairement être mobilière.

Ex. les frais de conservation d'un fonds de commerce, d'un brevet, d'une créance, etc.

La chose doit ensuite être déterminée.

Ces frais peuvent concerner la conservation physique de la chose. Il s'agit alors des frais sans lesquels la chose aurait péri totalement ou en partie. La conservation peut aussi être économique. Il s'agit alors des frais sans lesquels la chose serait devenue impropre à l'usage qui lui donne sa valeur.

Le conservateur de la chose bénéficie d'un droit de préférence. Il n'a pas de droit de suite. Enfin il dispose d'un droit de rétention fondé sur la connexité matérielle (art. 2086-3°, C. civ.).

Section 2. Le classement des privilèges mobiliers. Tous les privilèges mobiliers confèrent un droit de préférence. Que ce soit les privilèges mobiliers spéciaux ou généraux. Ces privilèges se distinguent cependant les uns des autres. Ils ne disposent pas tous du même rang. Il existe en effet une hiérarchie entre eux. Cette hiérarchie permet de trancher les conflits de privilège. Ces conflits naissent lorsque plusieurs privilèges entrent en concurrence parce qu'ils disposent en tout ou partie de la même assiette. La hiérarchie entre les privilèges permet de désigner le privilège qui l'emporte sur l'autre. Il est aussi possible de régler les conflits entre les créanciers privilégiés en

prévoyant qu'ils se partageront la valeur du bien en fonction du montant de leurs créances. C'est ce que l'on appelle la règle du concours. Aujourd'hui, le droit français sollicite ces deux techniques.

§1. Conflit entre privilège mobilier généraux. Un conflit peut naître entre créanciers titulaires d'un privilège mobilier général. Ce privilège peut être soit identique soit différent. Il faut donc envisager chacun de ces cas.

- le conflit de privilèges identiques. Dans ce cas, le conflit est réglé par l'article 2326 du Code civil. Il pose que les créanciers de même rang entrent en concours, comme le feraient des créanciers chirographaires. Ils sont donc payés « par concurrence ».

- le conflit entre privilèges généraux différents. Dans ce cas il faut se référer à l'article 2332-2 du Code civil. Selon cet article, les privilèges sont alors hiérarchisés selon l'ordre établi à l'article 2331 du Code civil.

§2. Les conflits entre privilèges mobiliers généraux et privilèges mobiliers spéciaux. Avant l'ordonnance de 2006, aucune disposition ne réglait cette difficulté. La Cour de cassation avait donc élaboré la règle résolvant ce conflit. Depuis 1849, la Cour de cassation tranchait constamment ce conflit en faveur des privilèges spéciaux. Et pour cause, le titulaire d'un privilège mobilier spécial ne disposait d'un avantage que sur un ou quelques biens de son débiteur alors que le titulaire d'un privilège mobilier général disposait d'un droit de préférence sur l'ensemble du patrimoine mobilier du débiteur. Cette situation du titulaire d'un privilège mobilier spécial justifiait qu'il soit prioritaire.

Ce principe de primauté des privilèges spéciaux est écarté dans deux hypothèses :

- à l'exception du privilège pour frais de conservation, les privilèges mobiliers spéciaux sont primés par les privilèges généraux mobiliers du Trésor.
- Les privilèges mobiliers spéciaux passent après les privilèges pleinement généraux qui portent sur l'ensemble du patrimoine. C'est notamment le cas du privilège des frais de justice et du « super privilège » des salaires.

Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la règle prétorienne est consacrée. L'article 2332-1 du Code civil prévoit désormais que « *sauf disposition contraire, les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux* ».

§3. Conflit entre privilèges mobiliers spéciaux. L'article 2332-3 du Code civil consacre certaines solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence. Cela étant, cet article ne règle qu'une partie des conflits entre privilèges mobiliers spéciaux. Les autres conflits sont réglés par les règles posées par la jurisprudence et la doctrine avant la réforme de 2006.

A. Les conflits entre privilèges spéciaux. Dans ce cas, il faut opérer une autre distinction. Cette distinction est fondée sur le fondement du privilège.

Conflit opposant plusieurs conservateurs successifs de la même chose. L'hypothèse vise par exemple un bien meuble qui a fait l'objet de dépenses successives de conservation de la part de plusieurs créanciers. Dans ce cas, la primauté est accordée au dernier créancier en date. Cette solution est consacrée depuis l'ordonnance à l'article 2332-3, al. 2 du Code civil.

Conflit opposant deux ou plusieurs privilèges fondés sur l'idée de gage tacite. Il s'agit par exemple d'un conflit qui oppose un transporteur et un bailleur d'immeuble dans lequel le meuble transporté a été entreposé. Dans ce cas la jurisprudence applique la règle classique *prior tempore*. C'est celui qui bénéficie du droit de préférence le plus ancien qui l'emporte sur le plus récent.

Conflit opposant deux ou plusieurs privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine. Il s'agit ici des conflits qui opposent les vendeurs successifs d'un même meuble restés impayés. Dans ce cas, c'est le vendeur dont la créance est la plus ancienne qui prime. La solution est consacrée à l'article 2332-3, al. 3 du Code civil.

B. Conflits entre privilèges spéciaux différents. Avant la réforme, la jurisprudence avait établi la hiérarchie entre les différents privilèges. Certaines de ces règles ont été consacrées par l'ordonnance 23 mars 2006.

Conflit entre les privilèges fondés sur l'idée de gage et ceux fondés sur l'introduction d'une valeur. Le Code civil a posé une règle dans un cadre particulier. Il s'agit du conflit opposant le bailleur d'immeuble et le vendeur de meuble. Dans ce cas, la préférence est reconnue au bailleur. Il est seulement fait exception à cette règle lorsqu'il est « *prouvé que le propriétaire avait connaissance que les meubles et autres objets garnissant sa maison ou sa ferme n'appartenait pas au locataire* ». Cela résulte désormais de l'article 2232 et 2332-3-2° du Code civil. La jurisprudence a étendu cette solution. Tous les privilèges reposant sur l'idée de gage l'importent sur ceux accordés au créancier ayant fait entrer un bien ou une valeur dans le patrimoine de son débiteur.

Conflit entre les privilèges fondés sur l'idée de gage et le privilège du conservateur.

L'article 2332-3, 2° du Code civil fait primer le privilège du bailleur d'immeuble sur le privilège du conservateur à deux conditions :

- les frais de conservation doivent être antérieurs à l'introduction des meubles dans le local et,
- le bailleur doit ignorer l'existence de la créance de conservation impayée.

Ces conditions sont cumulatives.

En sens inverse, le privilège du conservateur né postérieurement au privilège fondé sur l'idée de gage l'emporte. C'est ce qui ressort aujourd'hui de l'article 2332-3, 1° du Code civil. Le bailleur profite directement de l'intervention du conservateur.

Conflit entre les privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur et le privilège du conservateur. C'est notamment le cas du conflit qui oppose le vendeur d'une chose et le conservateur de cette chose. La résolution de ce conflit est toujours réalisée dans le même sens. Elle est faite en faveur du conservateur du bien. Cette prévalence s'explique par le fait que l'intervention du conservateur profite à l'autre créancier privilégié.

Conflit entre privilèges mobiliers et sûretés mobilières conventionnelles. Le droit de préférence du créancier gagiste ou nanti vient au même rang que les privilèges spéciaux. Il prime donc les privilèges généraux du droit privé. En revanche il est primé par les privilèges généraux du Trésor.

Titre 3. Les sûretés immobilières

Sous-titre 1. Les sûretés immobilières conventionnelles

Chapitre 1. L'hypothèque immobilière conventionnelle

L'hypothèque (H) a des caractères qui lui sont propres. Ils sont au nombre de 5. L'H est un droit réel immobilier, accessoire, indivisible et sans dépossession.

Section 1. La constitution de l'hypothèque. La convention de constitution de l'H est soumise aux règles générales de formation des contrats. A ces conditions s'ajoutent des conditions de constitution propres aux sûretés réelles immobilières. Ces conditions concernent tant le fond que la forme. Elles sont énoncées dans les articles 2413 à 2424 du Code civil.

§1. Les conditions de fond. Les conditions de fond de H conventionnelle sont de 3 ordres. Certaines sont relatives au constituant, d'autres à la créance garantie et enfin les dernières aux biens H.

A. Les conditions relatives au constituant. Pour être valable, l'H doit satisfaire des conditions de fond relatives au constituant. Le constituant peut être le débiteur lui-même ou un tiers garant. Ces conditions sont au nombre de deux. Tout d'abord, le constituant doit en toute hypothèse être propriétaire du bien ou du droit donné en H. Ensuite, il doit avoir la capacité de constituer une H.

1. La propriété du constituant. Le constituant doit être propriétaire du bien H ou titulaire du droit réel immobilier qu'il veut H. Cette condition est sanctionnée par la nullité de l'H sur la chose d'autrui. Il s'agit en effet d'une nullité absolue. Autrement dit, tout intéressé peut l'invoquer (l'action en nullité du véritable propriétaire). Ensuite la nullité n'est pas susceptible de régularisation (Cf. art. 2419 du Code civil, selon cette disposition « *l'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents* »). La nullité peut cependant être écartée par la théorie de l'apparence.

2. La capacité du constituant. Pour valablement H un bien, il faut que le constituant existe juridiquement. Dans le cas contraire, l'H sera annulée. C'est notamment le cas d'une H constituée par une société fictive.

Par ailleurs, selon l'article 2413 du Code civil, le constituant doit avoir la capacité d'aliéner un immeuble. Cette capacité découle des effets attachés à l'H. L'H permet au créancier impayé soit de saisir et de faire vendre le bien, soit d'obtenir la propriété judiciairement ou conventionnellement. Sa violation est sanctionnée par la nullité relative de l'H. Par ailleurs la théorie de l'apparence permet là encore d'écarter la nullité.

B. Les conditions relatives à la créance garantie. Sur ce point, l'ordonnance de 2006 a apporté un certain nombre d'innovations. L'H peut tout d'abord être constituée sur une ou plusieurs créances présentes ou futures. Ensuite, elle peut être affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif (H. rechargeable). Enfin la créance garantie peut prendre la forme d'un prêt seulement remboursable au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation de l'immeuble H. Dans ce cas, il s'agit d'un prêt viager.

1. Les créances concernées. Selon l'article 2421 du Code civil, « *l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables. La cause en est déterminée dans l'acte* ». Depuis la réforme de 2006, l'H peut donc être instituée pour la garantie de créances futures. Cette possibilité est encadrée :

- les créances futures doivent être déterminables. Il doit être possible de déterminer leur nature, leur cause et leur montant.
- l'H ne peut pas être omnibus. L'H est toujours consentie en considération d'une somme déterminée en capital (art. 2423, al. 1 Cciv.).
- si l'H est consentie pour des créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut la résilier à tout moment. Il doit simplement respecter un délai de préavis d'une durée de 3 mois. Une fois résiliée, l'H ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement à la résiliation.

2. L'hypothèque rechargeable. Il s'agit d'une des innovations de la réforme de 2006. L'H rechargeable est prévue à l'article 2422 du Code civil. Cette H se caractérise par son affectation possible à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif. Autrement dit, cette H confère au constituant la faculté d'offrir la même H en garantie de nouvelles créances. Ces créances peuvent être souscrites à l'égard du même créancier ou d'un nouveau créancier.

L'H rechargeable est soumise au régime juridique de l'H avec quelques particularismes. L'acte constitutif doit tout d'abord faire mention du caractère rechargeable de l'H. (art. 2422 Cciv.). La

mention doit être faite dans le bordereau d'inscription. L'H est établie par acte de notoriété et publiée sous la forme d'une mention en marge. Le rechargement peut dépasser la fraction disponible de l'H. La seule limite est la somme fixée dans l'acte constitutif.

3. Le prêt viager hypothécaire. Il s'agit d'une autre innovation de l'ordonnance du 23 mars 2006. Ce prêt est défini par l'article L. 314-1 du Code de la consommation. Il s'agit d'« *un contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garantis par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation dont le remboursement – principal et intérêts – ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble H s'il survient avant le décès* ». Il se caractérise par un remboursement du prêt à une date et pour un montant aléatoire. Cette forme de crédit est dotée d'un régime spécifique. Ce régime est détaillé dans le Code de la consommation. A ce titre il est soumis aux protections du crédit à la consommation. Par ailleurs, selon l'article 2423 du Code civil, « *l'hypothèque est toujours consentie pour le capital à hauteur d'une somme déterminée (...)* ». Cette somme doit être mentionnée dans l'acte notarié et ce, à peine de nullité.

C. Les conditions relatives à la chose hypothéquée. Le plus souvent l'H est constituée sur le droit réel de propriété. Elle peut aussi porter sur d'autres droits réels (notamment sur des démembrements de la propriété). Cependant tous les droits réels ne peuvent pas faire l'objet d'une H. Les droits réels incessibles sont en effet insusceptibles d'H. C'est notamment le cas des droits d'usage et habitation, des servitudes qui ne peuvent être détachées du fonds dominant.

L'hypothèque peut aussi concerner des biens. Selon l'article 2398 du Code civil « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ». A l'inverse, tous les immeubles peuvent être hypothéqués. Tout au plus est-il exigé qu'ils remplissent deux conditions :

- ils doivent être dans le commerce et
- ils doivent être susceptibles d'être vendus

Seuls les immeubles par nature peuvent faire l'objet d'une H. Une fois constituée, l'H porte sur l'immeuble grevé ainsi que sur les biens qui deviennent des immeubles par destination. L'H s'étend par ailleurs à toutes les améliorations apportées à l'immeuble grevé. Ces améliorations peuvent être le fait du constituant lui-même ou du tiers détenteur. L'article 2419 du Code civil prévoit par ailleurs que « *l'hypothèque ne peut, en principe, être consentie que sur des immeubles présents* ». Cette interdiction est sanctionnée par une nullité. Il s'agit d'une nullité absolue de l'hypothèque.

Cette exigence découle directement du principe de spécialité. Cette exigence vise à empêcher que ne soit constituée une H générale. Cette règle reçoit cependant des exceptions visées à l'article 2420 du Code civil :

- tout d'abord si les biens présents sont insuffisants pour garantir la créance, le débiteur peut hypothéquer ses biens futurs. Cela suppose que les parties établissent une déclaration pour constater cette insuffisance.
- Ensuite en cas de perte ou de dégradation de l'immeuble H, le créancier peut obtenir un supplément d'H. Elle peut porter sur les biens à venir.
- Le débiteur peut hypothéquer un bâtiment dont la construction est commencée ou simplement projetée. Cette dérogation facilite le crédit à la construction.

§2. Les conditions de forme. Il existe des conditions de forme. Tout d'abord l'H doit être consentie par un acte notarié. Ensuite elle doit faire l'objet d'une mesure de publicité.

A. Les conditions de validité. Pour être valable, le contrat d'hypothèque doit être constitué par un acte notarié. Cet acte doit identifier la créance garantie ainsi que son assiette.

1. Acte notarié. L'article 2127 du Code civil prévoit que « *l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en forme authentique* ». L'article 2416 du Code civil vise plus spécifiquement l'acte notarié. Le non-respect de cette forme est sanctionné par la nullité de l'acte de constitution. Il s'agit d'une nullité absolue du contrat d'H.

Cette exigence d'authenticité est écartée dans 3 hypothèses :

- d'abord depuis 1903, la jurisprudence dispense de formalités ce que l'on appelle l'acceptation de l'H par le créancier. L'H est constituée dans l'intérêt du créancier. Elle peut donc être acceptée sous n'importe quelle forme.

- ensuite la seconde exception vise la promesse d'hypothèque. Cette promesse peut être conclue sous seing privé. Elle fait uniquement naître à la charge de son auteur une obligation de faire. En cas d'inexécution, cette promesse confère au créancier une action personnelle (Cass. 3^{ème} civ., 29 mai 2002, BC III, n° 118). En cas de refus du débiteur de constituer l'hypothèque promise, le créancier ne peut obtenir que des dommages-intérêts. Le jugement ne peut pas valoir constitution d'hypothèque.

- l'article 1844-2 du Code civil dispose qu'« *il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens d'une société en vertu des 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* ».

2. Principe de spécialité. L'acte constitutif d'H doit respecter un double principe de spécialité. Ce principe vise tout autant la créance garantie que le bien grevé.

a/ Principe de spécialité quant à la créance garantie. L'acte notarié constitutif d'H doit individualiser la créance garantie. Autrement dit, il doit indiquer sa cause et son montant. L'article 2423, al. 1^{er}, du Code civil précise que « *le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels* ». Cette règle doit être respectée à peine de nullité. Cette règle a fait l'objet d'assouplissements depuis la réforme de l'ordonnance de 2006. Les assouplissements sont de 3 ordres.

- tout d'abord, l'exigence de détermination de la somme garantie par l'hypothèque ne porte que sur le capital de la dette et non sur ses accessoires ; l'article 2423, al. 2 du Code civil précise à cet effet que l'« *hypothèque s'étend de plein droit aux intérêts et autres accessoires* ».

- l'H peut désormais garantir des créances futures, à la seule condition que ces créances soient déterminables (art. 2421, al. 1 du Code civil).

- l'H peut être affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif. Il s'agit de la nouvelle hypothèque rechargeable (art. 2422 du Code civil).

b/ Principe de spécialité quant à l'assiette de l'hypothèque. L'acte notarié doit déclarer précisément la nature et la situation de chacun des immeubles grevés. Cela résulte de l'article 2418 du Code civil. Cela étant, le constituant peut tout à fait grever tous ses immeubles par des désignations particulières successives.

B. Condition d'opposabilité aux tiers : la publicité de l'hypothèque. Au XIX^{ème} la jurisprudence subordonnait l'opposabilité de l'H aux tiers à sa publicité. L'exigence a été consacrée par un décret du 4 janvier 1955. Elle est aujourd'hui inscrite à l'article 2425 du Code civil. Le régime juridique de cette publicité est prévu par les articles 2426 à 2457 du Code civil. Elle vaut pour toutes les hypothèques qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires ainsi que pour les privilèges immobiliers spéciaux.

1. Forme de la publicité. La publicité s'accomplit par l'inscription à la conservation des hypothèques de la situation de l'immeuble grevé. Le conservateur des H ne peut y procéder d'office. C'est le notaire ou une personne mandatée par lui qui dépose au bureau des H une expédition. Il s'agit d'une copie certifiée de l'acte constitutif d'H délivrée par le notaire.

2. Moment de la publicité. En principe l'inscription peut être prise à tout moment. Cependant en pratique le créancier a intérêt à procéder à cette inscription le plus rapidement possible. Selon l'article 2425 du Code civil la date d'inscription de l'H est constitutive de son rang et détermine donc l'efficacité de la sûreté. Il existe cependant des événements qui interrompent l'inscription des H. Ils sont au nombre de 4 :

- la publication de l'aliénation de l'immeuble réalisée par le constituant au profit d'un tiers acquéreur (art. 2427 Cciv.).
- Le décès du constituant peut empêcher l'inscription d'une H née à son initiative. Plus précisément cela vise le cas où la succession est acceptée à concurrence de l'actif net.
- Les inscriptions sont aussi suspendues par la publication d'un commandement valant saisie immobilière (2427, al. 3 Cciv.). Cette publication prive le constituant du droit de disposer de l'immeuble et donc de la possibilité de constituer des droits réels sur celui-ci.
- L'ouverture d'une procédure collective ou de surendettement constitue un obstacle à la constitution d'une H.

Dans le cadre d'une H conventionnelle le débiteur peut demander qu'elle soit réduite. Cette réduction est demandée si l'H est excessive cad selon l'article 2444, alinéa 2 du Code civil « (...) lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ». En matière d'hypothèque conventionnelle, l'article 2445, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que « peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention ». Dans ce cas, l'excès est apprécié par les juges.

Section 2. Les effets de l'hypothèque. L'H met en jeu plusieurs rapports.

- l'un qui se noue entre le créancier H et le constituant ;
- l'autre qui relie le créancier H et les autres créanciers du débiteur ;
- enfin le dernier qui relie le créancier H et un éventuel tiers détenteur de l'immeuble grevé.

§1. Les rapports entre le créancier hypothécaire et le constituant. L'H permet au constituant de tirer profit de son immeuble sans dépossession. Il faut donc, dans un premier temps, dégager les droits et obligations qui existent avant la réalisation de l'H. En cas de défaut de paiement de la dette garantie, l'H est réalisée ce qui implique la dépossession du constituant.

A. Avant la réalisation de l'hypothèque. Dans ce cas, le constituant conserve la maîtrise totale du ou des biens grevés. Comme tout propriétaire il peut user de la chose, en jouir et en disposer. L'exercice de ces prérogatives est cependant limité par le droit d'H. Autrement dit, il ne faut pas qu'il porte atteinte à la valeur du ou des immeubles donnés en garantie. Dans ce cadre le constituant peut :

- réaliser des actes d'administration. En particulier il peut donner le bien à bail (attention : cas particulier des baux excédant une durée de 12 ans).
- le constituant perçoit les fruits et revenus de l'immeuble H. En revanche il ne peut les céder librement.
- enfin le constituant peut disposer des biens grevés. Il peut par exemple aliéner ces biens, les grever de nouvelles H ou d'autres droits réels. Ces actes sont inopposables au créancier H lorsqu'ils sont réalisés postérieurement à son inscription.

B. La réalisation de l'hypothèque. Le créancier H qui n'est pas payé à l'échéance peut procéder à la réalisation de l'H. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le créancier H dispose de plusieurs modes de réalisation : la vente de l'immeuble H, l'attribution judiciaire de l'immeuble grevé et le pacte comissoire.

1. La vente de l'immeuble hypothéqué. Cette procédure a été réformée par l'ordonnance du 21 avril 2006 et son décret d'application du 27 juillet 2006.

La procédure. Elle commence par un commandement de payer adressé au débiteur et publié au bureau de la conservation des hypothèques du lieu de situation de l'immeuble. Cette publication rend l'immeuble indisponible. Le commandement est opposable aux tiers. Suivent ensuite un certain nombre d'actes préparatoires à la vente (PV d'inscription ; assignation à comparaître à l'audience d'orientation, etc.). Une audience d'orientation est ensuite organisée. L'une des innovations majeures de la réforme de la procédure de saisie immobilière réside dans l'option ouverte au juge qui peut soit accepter la vente amiable sur autorisation judiciaire soit procéder à la vente par adjudication. Cela résulte de l'article 2201 du Code civil.

- le juge peut faire droit à la demande de vente amiable. Le juge doit fixer le montant minimum du prix de vente. Il le fait en considération des « *conditions économiques du marché ainsi que, le cas échéant, les conditions particulières de la vente* ».

- la vente forcée consiste en une vente aux enchères publiques. Le montant de la mise à prix est fixé par le créancier poursuivant. Si le débiteur estime ce prix insuffisant, il saisit alors le juge de l'exécution. Celui-ci aura pour mission de fixer la mise à prix en rapport avec la valeur vénale de l'immeuble et les conditions du marché (art. 2206 C. Civ.).

Deux effets sont attachés à la publication du jugement d'adjudication.

- tout d'abord, le droit du créancier est transformé en un droit préférentiel sur le prix d'adjudication. Le droit s'exerce contre l'adjudicataire.

- ensuite, la publication du jugement d'adjudication purge, de plein droit, les H et privilèges qui frappaient l'immeuble du constituant saisi. Les créanciers privilégiés perdent donc leurs sûretés sur l'immeuble. Ils doivent se satisfaire du prix d'adjudication.

Les droits du constituant. Pendant la procédure de saisie immobilière les droits du constituant sont entamés.

- il ne reste en possession de l'immeuble jusqu'à la vente qu'en qualité de séquestre judiciaire.
- S'il continue d'habiter l'immeuble sans payer d'indemnités, le créancier H peut à tout moment demander son expulsion.
- Le constituant ne peut plus donner efficacement son immeuble à bail, ni le grever d'autres droits réels. La saisie rend le bien indisponible.

La clause de voie parée. L'article 2201, alinéa 2 du Code civil pose le principe de sa prohibition. La jurisprudence en a limité sa portée. Elle admet que le débiteur puisse donner à son créancier le mandat de vendre l'immeuble dans un intérêt commun. Ce mandat est donné postérieurement à la conclusion de l'acte générateur de la dette.

2. L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué. L'article 2458 du Code civil prévoit que le créancier peut « *demandeur en justice que l'immeuble lui demeure en paiement* ». L'attribution judiciaire constitue ici un « *mode indirect de réalisation du droit de préférence* ». Cette attribution judiciaire est strictement encadrée. Elle est en principe exclue lorsque l'immeuble H constitue la résidence

principale du débiteur (art. 2458 du Code civil). Ensuite l'article 2460 du Code civil prévoit deux autres limites :

- d'une part, l'immeuble doit être estimé par expert ;
- ensuite, la valeur dégagée par l'expert peut excéder le montant de la dette garantie. Dans ce cas, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers H, il doit consigner cette somme.

Ces règles ont pour objectif d'éviter un enrichissement du créancier H. Cette procédure d'attribution se termine par le transfert de propriété de l'immeuble. Le bien est transmis dans l'état dans lequel il se trouve au moment de l'attribution et ce avec ses accessoires et ses charges (ex. servitudes actives et passives).

3. Le pacte comissoire. Depuis l'ordonnance du 23 mars 2003 le pacte comissoire est autorisé en matière d'H. Cela résulte de l'article 2459 du Code civil. Il n'est soumis à aucune condition de forme. Le pacte est strictement encadré. On retrouve ici les mêmes conditions que celles prévues pour l'attribution judiciaire. A cela s'ajoute des mesures de publicité particulières. Elles sont organisées par le décret du 19 mai 2008. Le pacte comissoire est privé d'efficacité dans deux hypothèses :

- il semble que le pacte comissoire ne puisse pas jouer si des droits de préemption antérieurement institués ne sont pas purgés ou si le bénéficiaire d'un pacte de préférence opte en faveur de l'acquisition.
- il est aussi privé d'effet dans une autre circonstance : les procédures collectives (art. L. 622-7, I Ccom.).

§2. Les rapports entre créancier hypothécaire et autres créanciers. Le créancier H est bénéficiaire d'un droit de préférence. Toute la question est alors celle du règlement des conflits avec les autres créanciers.

A. L'assiette du droit de préférence. Le droit de préférence s'exerce en principe sur la valeur totale de l'immeuble H et ses accessoires (art. 2193 du Code civil). Il s'exerce aussi sur les fruits du bien à compter du jour du commandement de saisir (art. 2194 du Code civil). En cas de perte de l'immeuble, le droit de préférence se reporte automatiquement sur les éventuelles indemnités d'assurances (subrogation réelle, art. L. 121-13 C ass.).

B. L'exercice du droit de préférence. Ce droit de préférence permet au créancier H d'obtenir l'attribution du prix dégagé par la vente amiable ou forcée de l'immeuble. Ce prix est attribué jusqu'à concurrence du montant de la créance garantie mentionnée à la fois dans l'acte notarié et dans l'inscription au bureau des hypothèques.

Conflit entre créancier hypothécaire et créanciers chirographaires. Le créancier H peut être en concours avec les créanciers chirographaires. Dans ce cas, grâce à son droit de préférence, il sera payé par priorité. Le prix de vente servira donc en premier lieu à désintéresser les créanciers H. Ce qui reste sera distribué entre les créanciers chirographaires. S'il ne reste rien après le paiement des créanciers H alors les créanciers chirographaires ne sont pas payés.

Pluralité de créanciers disposant d'un droit de préférence. Depuis l'ordonnance du 21 avril 2006, la distribution du prix est règlementée par les articles 2214 à 2216 du Code civil et par un décret du 27 juillet 2006. Deux voies sont ouvertes. Tout d'abord il est possible d'organiser une distribution amiable du prix. A défaut d'accord c'est une distribution judiciaire qui est mise en place. Le juge doit alors établir le classement des créanciers par voie d'autorité (état des répartitions).

Classement des créanciers H. Il peut arriver que plusieurs créanciers H d'un même débiteur entrent en conflit. Pour régler ce conflit il faut donc établir un ordre. Cet ordre est fixé en appliquant le critère de la date d'inscription de l'H. Ce critère résulte de l'article 2425 du Code civil. Le créancier qui a le premier inscrit son H l'emporte sur les suivants. Si plusieurs H ont été prises le même jour, la préférence sera donnée au créancier dont le titre est le plus ancien (art. 2425, al. 2 du Code civil).

Classement entre créanciers hypothécaires et créanciers privilégiés. En cas de conflit entre créanciers H et créanciers privilégiés, l'article 2324 du Code civil donne la priorité aux créanciers privilégiés (atténuation de l'efficacité de la H). La prévalence des créanciers privilégiés s'explique par le caractère rétroactif de l'inscription des privilèges immobiliers spéciaux.

Cession d'antériorité. Les créanciers ne peuvent déroger aux règles de classement. Ils ne peuvent créer de droits de préférence dérogeant aux dispositions légales. Tout au plus le titulaire d'une sûreté réelle immobilière (privilège ou H) peut céder son rang. Cette pratique est expressément admise par l'article 2424, al. 2 du Code civil. Dans ce cas, le cédant accepte d'être primé par le bénéficiaire d'une H d'un rang inférieur sur le même immeuble. L'opposabilité de cette cession suppose qu'elle soit mentionnée en marge de l'inscription H (art. 2430 du code

civil). Enfin sa portée est limitée. Elle ne joue qu'à concurrence des droits du cédant « *sans pouvoir modifier les droits ou les obligations des autres créanciers, ni du débiteur ou de ses coobligés* ».

§3. Les rapports entre le créancier hypothécaire et un tiers détenteur. Le créancier H dispose d'un droit de suite. Celui-ci peut être exercé si le constituant aliène l'immeuble grevé. Ce droit permet au créancier H de saisir l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur. Cette saisie lui permettra ensuite d'exercer son droit de préférence sur le prix de la vente forcée (art. 2393 du code civil).

A. Conditions d'opposabilité du droit de suite. L'opposabilité du droit de suite suppose que plusieurs conditions soient réunies.

- le créancier H doit être titulaire d'une créance valable, exigible et non éteinte ;
- l'H doit avoir été inscrite avant l'aliénation de l'immeuble grevé.
- l'H doit encore être valable au moment où le créancier H exerce des poursuites contre le tiers acquéreur (suppose une inscription renouvelée).
- l'aliénation de l'immeuble grevé au profit du tiers acquéreur doit être opposable au créancier. Elle doit donc avoir été publiée.

B. Exercice du droit de suite. Aux termes de l'article 2462 du code civil le tiers détenteur « *jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire* ». La vente de l'immeuble n'a pas pour conséquence la déchéance du terme. Si à l'échéance, le débiteur n'honore pas ses engagements le créancier H peut diligenter une procédure de saisie immobilière à l'encontre du tiers acquéreur (art. 2464 du code civil). Dans ce cas, le créancier va sommer le tiers acquéreur de payer la dette ou de délaisser le bien. Le tiers détenteur dispose alors de plusieurs options :

- **opposer les exceptions** : le tiers détenteur peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartenaient au débiteur principal et qui auraient pu être opposées au créancier (action en nullité de la créance principale, de la résolution du contrat principal).
- **Payer la dette hypothécaire** : le tiers détenteur peut ensuite choisir de payer la dette du débiteur principal (les intérêts et capitaux exigibles mentionnés dans l'inscription, art. 2463 du code civil). Ce paiement permet au tiers détenteur d'être subrogé dans les droits du créancier H.

- **Délaisser le bien** : le tiers détenteur peut encore préférer délaisser le bien H. Dans ce cas il abandonne le bien (art. 2467 du code civil). L'article 2469 du code civil précise que jusqu'à l'adjudication, il reste propriétaire. Si la répartition du prix de vente laisse un reliquat, celui-ci doit en principe revenir au tiers détenteur.

- **se laisser exproprier** : le tiers détenteur peut enfin laisser le créancier mener la procédure de saisie immobilière jusqu'à son terme. Au terme de l'expropriation, le tiers acquéreur dispose contre son propre vendeur (cad le débiteur principal) d'un recours en remboursement du prix de vente et d'une action en garantie d'éviction (droit de la vente).

C. Purge de l'hypothèque. Il s'agit ici de ce que certains auteurs appellent un correctif au droit de suite. Il permet au tiers acquéreur d'éviter la saisie tout en préservant les intérêts des créanciers inscrits. Dans ce cas, les créanciers inscrits peuvent exercer leur droit de préférence sur une somme qui correspond au véritable prix de l'immeuble grevé. L'immeuble peut donc être libéré des charges qui le grèvent. La purge de l'H peut avoir plusieurs sources, 3 exactement :

- certaines aliénations valent purge par elles-mêmes.

Ex. : vente amiable ou forcée sur saisie immobilière, sur expropriation forcée, etc.

- Le tiers acquéreur peut s'abstenir de payer le prix d'achat au vendeur et proposer aux créanciers inscrits de leur offrir ce prix moyennant purge de l'H. Dans ce cas, cette proposition doit revêtir une forme particulière. Elle doit prendre la forme d'une notification. Ensuite elle doit intervenir soit avant les poursuites soit au plus tard dans le mois à compter de la sommation de payer ou de délaisser (art. 2478 du code civil). Les créanciers peuvent réagir de plusieurs manières :
 - Ils peuvent accepter l'offre. Dans ce cas leur droit de préférence se reporte sur le prix d'achat dû par le détenteur.
 - Ils peuvent considérer que le prix offert est inférieur à la valeur réelle de l'immeuble. Dans ce cas, ils peuvent refuser l'offre de purge. Ils disposent alors de 40 jours à partir de la notification de la purge pour requérir ce que l'on appelle l'adjudication de l'immeuble. L'immeuble est ensuite vendu et le prix distribué aux créanciers. La surenchère a un effet rétroactif. Le tiers acquéreur est alors réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble
- La purge amiable. Cette pratique a été consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006. Selon l'article 2475 du code civil le débiteur peut convenir avec tous les créanciers inscrits

d'affecter à leur désintéressement total ou partiel le prix de cession. Le droit de préférence des créanciers se reporte alors sur ce prix. Leur paiement a pour effet de purger l'immeuble du droit de suite attaché à l'hypothèque. L'immeuble est vendu libre de toutes charges.

Section 3. Transmission et extinction de l'hypothèque. L'H est une sûreté accessoire à une créance. Elle est aussi un contrat en tant que tel. Ces deux particularités de l'H ont des conséquences notamment sur la transmission et l'extinction de l'H.

A. Transmission de l'hypothèque. L'H est en principe transmise comme accessoire à la créance. Chaque fois que la créance principale est transmise, l'H l'est par accessoire. La transmission est réalisée de plein droit. Le transfert de l'H doit en revanche être publié. Cette publication est réalisée sous la forme d'une mention en marge des inscriptions existantes (art. 2430 du code civil). Ces mentions doivent être réalisées quelle que soit la cause de la transmission. La transmission peut avoir lieu pour cause de mort lors de la succession ou entre vifs.

La transmission de l'H n'est pas nécessairement une transmission par accessoire. L'H peut être cédée indépendamment de la créance garantie (cession d'antériorité consacrée par l'article 2424, al. 2 du code civil).

B. Extinction de l'hypothèque. L'extinction de l'H peut avoir deux objets distincts : d'une part l'inscription H, ensuite le droit H lui-même.

1. Extinction de l'inscription hypothécaire. L'on peut ici envisager deux hypothèses d'extinction. D'une part l'H peut s'éteindre par péremption. Ensuite, elle peut s'éteindre à la suite de sa radiation.

- la péremption de l'inscription. L'inscription de l'H est périmée à l'expiration d'un délai (art. 2436 du code civil). Dans ce cas, le droit d'H subsiste mais il ne peut plus être opposé aux tiers. Le délai de péremption est un délai fixé par le créancier. Cela résulte de l'article 2434 du Code civil. Cependant la liberté n'est pas totale. Le texte fixe en effet des *maxima*.

Pour éviter la péremption, le créancier doit prendre une inscription en renouvellement et ce avant que la péremption ne s'accomplisse. L'article 2435, al. 3, du code civil précise que l'inscription doit être renouvelée tant que le créancier n'a pas été payé ou que le prix n'a pas été consigné.

- **La radiation de l'inscription.** La radiation a pour effet de retirer tout effet à l'inscription. Cette radiation doit être mentionnée en marge de l'inscription. Elle a une étendue variable (totale ou partielle). Si la radiation est partielle, elle constitue une simple réduction d'H. Elle est toujours définitive. Cette radiation peut être prononcée dans 3 hypothèses :

- elle peut être volontaire. Le créancier demande la radiation. Cette demande prend une forme particulière. Il s'agit d'un acte appelé la mainlevée.

- si elle n'est pas volontaire, la radiation ne peut être que judiciaire.

- enfin la radiation « *s'impose au créancier qui n'a pas procédé à la publication, sous forme de mention en marge, prévue au 4^{ème} alinéa de l'article 2422* » (2440, al. 2 du code civil). La radiation concerne ici la convention de rechargement d'H.

2. Extinction du droit hypothécaire. L'H peut s'éteindre de deux façons : soit par voie accessoire, soit par voie principale.

- par voie accessoire : dans ce cas, l'H s'éteint lorsque la créance garantie s'éteint. Ce principe connaît des exceptions et des tempéraments. Le rechargement constitue une exception au principe de l'extinction par voie accessoire. A côté il existe un certain nombre de tempéraments :

- si une fraction la créance reste due, l'H subsiste sur tout l'immeuble. C'est ici une conséquence de l'indivisibilité de l'H.

- en cas d'annulation du contrat garanti, s'il donne naissance à des obligations de restitution l'H subsiste jusqu'à l'extinction des obligations (ex. prêt).

- en cas d'annulation ou résolution de l'acte ayant provoqué l'extinction de la créance principale, l'H revit rétroactivement.

- Par voie principale : lorsque l'H s'éteint par voie principale, la créance garantie subsiste. Cette extinction a lieu dans 4 hypothèses selon l'article 2488 du code civil :

- la renonciation du créancier à son droit H (sous réserve du rechargement de l'H) ;

- l'accomplissement des formalités de purge ;

- la prescription ;

- la résiliation par le constituant de l'PH « *consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée* ». Dans ce cas le constituant doit respecter un délai de préavis. Il est fixé à 3 mois (art. 2423, al. 3 du code civil précise qu'« *une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement* »).

Chapitre 2. Le gage immobilier

Le gage immobilier était anciennement appelé antichrèse. Ce changement de désignation résulte de la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification et la clarification du droit. Cette sûreté immobilière est définie à l'article 2387 du Code civil. Selon cet article cette technique consiste dans « *l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui la constitue* ».

Section 1. La constitution du gage immobilier. Le GI est un contrat. Il est conclu entre un constituant et un créancier. Le constituant peut tout aussi bien être le débiteur de la créance garantie par le GI comme un tiers. Il faut simplement que le constituant soit titulaire d'un droit réel sur l'immeuble (droit de propriété, un droit d'usufruit ou d'emphytéose). Par ailleurs le constituant doit avoir la capacité d'aliéner l'immeuble. L'immeuble forme l'assiette du gage (améliorations comprises, article 2397, al. 3 du Code civil). Les créances garanties peuvent être présentes ou futures. Dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables. La cause de ces créances doit être déterminée dans l'acte constitutif (art. 2421 du Code civil).

La mise en possession. La caractéristique du contrat de GI réside dans la dépossession du débiteur. Le bien doit en effet être remis au créancier. Cela résulte directement de l'article 2387 du Code civil. Toute la question est alors de déterminer les conséquences de cette mise en possession. Notamment constitue-t-elle une condition de validité du contrat. Avant la réforme de 2006, la Cour de cassation considérait que la dépossession était de l'essence de l'GI (Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 1966). L'ordonnance est, quant à elle, assez équivoque. L'article 2387 du Code civil prévoit que « *le gage emporte la dépossession de celui qui la constitue* ». Cependant, la lecture des travaux préparatoires permet de penser qu'il s'agit d'un contrat réel. Ensuite pour être opposable, le GI doit impérativement être publié à la conservation des hypothèques. A défaut de publication, la garantie est inopposable au tiers. Notamment elle sera inopposable aux tiers ayant acquis et publié des droits concurrents sur l'immeuble.

Section 2. Le régime juridique

§1. Les droits et obligations du créancier

Droits et obligations du créancier. Le créancier a le droit de percevoir les fruits du bien. Il dispose donc d'un droit de jouissance. Il doit imputer les fruits sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette (art. 2389 du Code civil). Le créancier dispose aussi d'un droit de rétention. Enfin l'article 2390 du Code civil prévoit que « *le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* ». Il s'agit là de la consécration de la pratique de l'antichrèse-bail.

Le créancier titulaire d'un droit de gage immobilier doit entretenir et veiller à la conservation du bien objet du gage (en utilisant par exemple les fruits de l'immeuble qu'il a perçu, art. 2389, al. 2 du Code civil). Il peut tout à fait se soustraire à son obligation. Dans ce cas, il doit restituer le bien à son propriétaire. Aucune autre obligation ne semble être à la charge du créancier.

§2. Les effets de la sûreté

Concernant la réalisation du droit de gage immobilier, il est fait application des articles 2458 et 2460 du Code civil relatifs à l'H. Le GI peut être réalisé de trois manières différentes :

- la vente amiable ou forcée de l'immeuble ;
- l'attribution de sa propriété ordonnée en justice ;
- l'attribution résultant d'un pacte comissoire.

§3. L'extinction de la sûreté. L'article 2392 du Code civil liste les causes d'extinction de la sûreté. Cette disposition vise deux causes d'extinction. Les deux causes visées par le texte sont :

- l'extinction de l'obligation principale : cette cause d'extinction s'explique directement par le caractère accessoire du GI. La question est celle de l'étendue de l'extinction. Autrement dit, l'extinction partielle de la créance entraîne-t-elle extinction du GI ? Comme d'autres sûretés, le GI est une sûreté indivisible. Il ne peut donc s'éteindre qu'après entier paiement de la dette.
- la restitution anticipée de l'immeuble. Cette restitution est une cause d'extinction du GI par voie principale.

Cependant cette liste n'a pas de caractère limitatif. Le texte de l'article 2392 du Code civil précise en effet que « *les droits du créancier titulaire d'un droit de gage immobilier s'éteignent notamment...* ». L'emploi du terme « notamment » permet d'appliquer d'autres causes d'extinction que celles visées par le texte. Le GI peut ainsi s'éteindre par application des causes d'extinction propre à l'H. Cela résulte de l'article 2388 du Code civil qui renvoie directement au régime juridique de l'H.

Sous-titre 2. Les sûretés immobilières légales

Chapitre 1. Les hypothèques légales

L'H peut être instituée par la loi. Il s'agit alors d'H légale. Dans ce cas, certains créanciers bénéficient de plein droit d'une H. Ces hypothèques légales peuvent être présentées sous deux angles : tout d'abord un angle général ; ensuite sous un angle plus particulier (décrire les principales HL).

Section 1. Les spécificités des H. légales. L'article 2396, alinéa 1, du Code civil prévoit que l'H légale « *est celle qui résulte de la loi* ». Cette H joue de plein droit. Elle ne nécessite aucune convention écrite. L'assiette de l'HL est un peu différente de celle de l'HC. L'HL porte en principe sur l'ensemble des biens immobiliers du débiteur. Cela résulte de l'article 2401 du Code civil. Cette disposition réserve la possibilité d'exceptions légales. Elle réserve aussi le droit pour le débiteur de se prévaloir de l'article 2444 et s. du Code civil (la demande en réduction des inscriptions lorsque celles-ci sont excessives). Cette H ne devient spéciale qu'au moment de sa publicité. L'inscription de l'HL suppose en effet que l'immeuble grevé soit individualisé.

Les HL ont longtemps été des H occultes. Elles ne faisaient en principe l'objet d'aucune mesure de publicité (exception faites des jugements de condamnation). Le décret du 4 janvier 1955 a mis fin à ce système. La clandestinité des HL nuisait au crédit immobilier. Elle ne permettait pas au créancier de mesurer l'étendue exacte des droits du débiteur sur ses biens immobiliers. Le décret a donc imposé l'inscription des HL et ce, à peine d'inopposabilité aux tiers. Cette inscription a plusieurs conséquences :

- elle rend la sûreté opposable aux tiers
- elle est attributive de rang (art. 2425 du Code civil).

L'inscription peut en principe avoir lieu à tout moment. Cependant ce principe est parfois écarté. Il arrive qu'exceptionnellement le législateur ait enfermé l'inscription dans un délai. C'est notamment le cas de l'HL des époux prévu à l'article 2402 du Code civil. Par ailleurs, l'inscription de l'HL peut être empêché par les causes énumérées à l'article 2427 du Code civil. Il s'agit notamment de l'ouverture d'une procédure collective, des saisies, etc.

Les HL sont régies par des dispositions communes à toutes les H quelle que soit leur origine. C'est ainsi que leur sont appliquées notamment les dispositions relatives :

- aux caractères essentiels des sûretés que sont les caractères accessoire et indivisible ;
- à leur assiette ;
- à leur inscription ;
- à leur classement ;
- à leur effet à l'égard du tiers détenteur donc relatif au droit de suite ;
- à leur extinction ;

Depuis la loi du 20 février 2007, sont aussi applicables aux HL l'attribution judiciaire et la purge amiable.

A côté des dispositions communes ces HL font aussi l'objet d'une réglementation particulière contenue dans le Code civil. Ces dispositions s'ajoutent au droit commun des H.

Section 2. Les variétés d'hypothèques légales. L'article 2400 du Code civil liste les HL. Sont ainsi consacrées l'HL au bénéfice des époux sur les biens de l'autre, au bénéfice des mineurs ou majeurs en tutelle sur les biens du tuteur ou de l'administrateur légal, au bénéfice de l'État des départements, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, au légataire sur les biens de la succession, etc.

§1. L'hypothèque légale des conjoints. Cette HL vient en garantie de la créance qui peut naître au profit d'un des époux. Cette HL a un rôle limité. Elle ne présente d'intérêt que dans des situations de crise. Elle n'est prévue que dans deux hypothèses particulières. L'HL sera attribuée :

- à un conjoint qui a introduit une demande en justice tendant à faire constater une créance contre son conjoint (art. 2137 du Code civil).
- à un époux en cas de transfert à l'autre de l'administration de ses biens (art. 2138 du Code civil).

La procédure de constitution est assez lourde. Le conjoint qui pense ne pas pouvoir recouvrer sa créance doit saisir le juge pour obtenir l'autorisation d'inscrire son H sur les biens appartenant à son conjoint. Cette demande peut être accompagnée d'une inscription provisoire. Cette inscription provisoire permet alors au demandeur de prendre rang. L'autorisation n'a pas à être demandée lorsque l'H garantit la créance de participation. L'inscription définitive intervient après autorisation du juge.

§2. L'hypothèque des incapables. Le mineur ou le majeur sous tutelle court un risque particulier. Il s'agit du risque de voir leurs biens dilapidés par leur représentant. La responsabilité du représentant s'avère en effet insuffisante pour protéger l'incapable. L'inscription de l'HL est donc un complément utile. Elle doit être demandée par le conseil de famille ou, à défaut, par le juge des tutelles en cas d'administration légale.

§3. L'hypothèque du Trésor et de la Sécurité sociale. Il s'agit dans les deux cas d'HL générales. Elles portent donc sur tous les immeubles appartenant au débiteur. Le Trésor a ainsi une H qui vient garantir le recouvrement des impositions de toute nature et amendes fiscales confiées aux comptables du Trésor et aux comptables de la direction générale des impôts. La Sécurité sociale a également un privilège. Il est transformé en H lorsqu'il porte sur les immeubles du débiteur.

§4. L'hypothèque attachée aux jugements de condamnation (art. 2412 du Code civil). Cette H est attribuée au jugement de condamnation. Autrement dit ce jugement de condamnation emporte automatiquement le bénéfice de cette HL. Il s'agit ici d'une survivance de l'ancien droit. A ce moment-là les jugements étaient assimilés à des actes notariés qui emportaient eux-mêmes HL de plein droit. Cette caractéristique est restée attachée au jugement de condamnation. Cette HL a plusieurs intérêts. Tout d'abord elle rassure le créancier qui ne disposerait que d'un titre chirographaire. Ensuite, elle n'empêche pas d'accorder au débiteur des délais de paiement.

Cette H n'existe qu'en présence d'un jugement de condamnation rendu par une juridiction française. La nature de la juridiction qui rend le jugement de condamnation n'a aucune incidence. Elle peut tout à fait être civile, commerciale, administrative. La nature du jugement n'a pas plus de conséquence. L'HL est attachée tout d'abord à un jugement. Sont ici assimilées au jugement les sentences arbitrales si elles ont reçu l'exequatur. Cette HL est ensuite attachée à tout jugement de condamnation qu'il soit provisoire, définitif, rendu par défaut ou susceptible de recours. En revanche le jugement doit contenir une condamnation ou constater une créance. Sont donc

exclus du domaine les jugements gracieux. En revanche il suffit que le jugement se limite à affirmer le principe d'une condamnation sans en fixer immédiatement le montant.

Cette hypothèque naît le jour du jugement.

L'HL attachée aux jugements de condamnation est, contrairement aux autres HL, une H spéciale quant à la créance garantie. Il s'agit de la créance résultant du jugement de condamnation judiciaire. Elle ne peut venir en garantie d'une créance née d'un jugement postérieur. En revanche, l'HL est générale quant à son assiette. Elle porte sur tous les biens immeubles du débiteur, présents ou à venir. La généralité de l'assiette est néanmoins atténuée par la nécessité d'une inscription individualisée pour chacun des immeubles grevés.

La jurisprudence tire une conséquence particulière de la source légale de cette H. Parce qu'elle est légale, cette H n'est « *pas soumise aux dispositions de la loi du 9 juillet 1991 et de son décret d'application du 31 juillet 1992 relatifs aux mesures conservatoires provisoires* » (cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2009).

Chapitre 2. Les privilèges immobiliers spéciaux

Les PIS sont assez proches des HL. Tout d'abord il s'agit, là encore, de sûretés immobilières. Par ailleurs, ils ont, eux aussi, une origine légale. Enfin leur régime est comparable à celui de l'HC :

- les règles de constitution sont identiques.
- Les règles relatives aux modalités et à la durée de leur inscription sont là encore identiques.
- Il en va de même des droits que ces sûretés réelles font naître au profit du créancier.
- Enfin sont aussi communes les dispositions relatives à la purge, à leur transmission et à leur extinction.

Les PIS ne sont pour autant pas totalement assimilables aux HL. Le rang que confèrent ces sûretés est différent de celui attaché à une HL. Notamment, la publicité d'une PIS n'est pas attributive de rang. Le rang des PIS dépend de deux éléments :

- d'une part, il dépend de la qualité de la créance qu'ils garantissent ;
- d'autre part, il dépend de la date de naissance de la créance garantie. Les PIS rétroagissent à la date de naissance de la créance. Il s'agit souvent d'un délai de deux mois à compter de la naissance de la créance privilégiée. Si le délai est respecté alors le rang remonte à une période antérieure à leur publicité. Cette différence a une conséquence particulière : les créanciers privilégiés sont mieux protégés que les créanciers H. Si le délai n'est pas respecté le privilège peut être inscrit. Il dégénère alors en une H, perd son rang et est entièrement régi par les dispositions relatives à l'H.

Aux termes de l'article 2374 du Code civil, les privilèges immobiliers sont au nombre de 8. Sont ainsi visés les privilèges qui profitent :

- au vendeur d'immeuble ;
- au syndicat de copropriété ;
- au prêteur de deniers destinés à l'acquisition d'un immeuble ;
- aux copartageants ;
- aux architectes, entrepreneurs et ouvriers ;
- aux créanciers successoraux et aux créanciers personnels de l'héritier ;
- aux accédants à la propriété

Section 1. Présentation des certains privilèges immobiliers spéciaux. Les deux privilèges les plus importants sont sans aucun doute celui du vendeur d'immeuble et celui du prêteur de denier à l'acquisition d'un immeuble.

§1. Le privilège du vendeur d'immeuble. Le vendeur dispose d'un certain nombre de prérogatives qui assurent sa protection contre le risque de non-paiement du prix de vente. Sur le terrain du droit des obligations le vendeur d'immeuble peut tout à fait invoquer l'exception d'inexécution. Par ailleurs, le vendeur peut agir en résolution judiciaire en cas de non-paiement du prix par l'acquéreur. Il peut dans certains cas disposer d'un droit de rétention qui lui permet de retenir l'immeuble tant que le prix n'a pas été payé.

A ces prérogatives vient s'ajouter un privilège spécial immobilier. Ce privilège naît à l'occasion de la cession à titre onéreux d'un immeuble ou d'un droit immobilier susceptible d'H. Ce privilège qui est attaché à tout contrat de vente immobilière (les ventes amiables ou aux enchères, les

ventes à terme ou au comptant tant que le prix n'est pas payé, les ventes ayant pour objet des immeubles existants ou à construire). Ce privilège est aussi attaché à d'autres contrats comme le contrat d'échange avec soulte, à la dation en paiement lorsque l'une des parties est tenue de verser une soulte, etc.

Ce privilège naît à la date de la vente. Il porte sur l'immeuble vendu ainsi que sur les constructions accessoires à l'immeuble et les améliorations qui lui sont apportées. Le privilège garantit la créance du prix de vente telle qu'elle est constatée dans l'acte de vente ou la soulte. Il couvre les accessoires du prix (les intérêts légaux ou conventionnels pour une période de 3 ans, les frais du contrat dont le vendeur a dû faire l'avance et qui sont expressément mentionnés dans l'acte). En revanche le privilège ne couvre pas les dommages-intérêts dus en cas de résolution de la vente. La résolution emporte avec elle le privilège.

Ce privilège doit être inscrit à la conservation des hypothèques pour être opposable aux tiers. Les modalités d'inscription sont communes aux privilèges et H. Il s'agit des articles 2426 à 2428 du Code civil. Le PIS doit être inscrit dans un délai légal de deux mois. Ce délai commence à courir à compter de l'acte de vente.

- Si l'inscription est réalisée dans le délai, le rang du privilège est fixé au jour de l'acte de vente.
- Le non respect du délai a plusieurs conséquences :
 - le privilège peut être inscrit (art. 2379 du Code civil). En revanche son rang sera celui du jour de la date d'inscription (2386, al. 2 du Code civil).
 - Par ailleurs le privilège dégénère en H.
 - Le non respect du délai légal d'inscription empêche aussi le vendeur d'agir en résolution. L'idée est ici de protéger les tiers qui ont acquis des droits concurrents sur l'immeuble et les ont publiés (art. 2379 du Code civil)

Certains événements empêchent, arrêtent le cours des inscriptions. C'est notamment le cas de la publication d'une saisie, ou de la revente de l'immeuble (art. 2427, al. 1 du Code civil) du décès de l'acheteur suivi d'une acceptation de la succession à concurrence de l'actif net (art. 2427, al. 2 du Code civil) ou de l'ouverture d'une procédure collective contre l'acheteur.

§2. Le privilège du prêteur de deniers. Il s'agit là encore d'une sûreté qui revêt une importance pratique considérable. Il est plus fréquemment utilisé que l'H.

Ce privilège suppose que plusieurs conditions soient réunies :

- tout d'abord il faut qu'un contrat de vente immobilière ou assimilé (échange avec soulte, dation en paiement avec soulte, apport en société avec rémunération) soit conclu.
- Ensuite il faut qu'un contrat de prêt soit conclu. Plus spécifiquement, le montant de ce contrat de prêt doit être affecté au paiement de l'acquisition immobilière. En revanche sa conclusion n'a pas à être concomitante de celle du contrat de vente. Elle peut tout à fait lui être antérieure ou postérieure.

Ce privilège porte sur l'immeuble acquis et ses accessoires. Sont donc compris dans son assiette les constructions qui sont incorporées dans l'immeuble.

Selon l'article 2374-2° du Code civil, il faut que l'emprunt et la quittance du vendeur qui reçoit les fonds soient constatés par acte authentique. Ils doivent compter une double déclaration de destination et d'origine des fonds :

- Le contrat de prêt doit mentionner que la somme est destinée à l'acquisition de l'immeuble.
- La quittance doit mentionner que le paiement du prix a été effectué avec la somme empruntée

Il s'agit de mesures de protection. Cette double déclaration a pour but d'éviter que le débiteur ne favorise frauduleusement l'un de ses créanciers en soutenant que les fonds prêtés l'avaient été pour le financement de l'acquisition du bien.

L'opposabilité du privilège au tiers est subordonnée à son inscription. Cette inscription est enfermée dans un délai légal. Ce délai est de deux mois. Il court à compter de l'acte de vente (art. 2379 du Code civil). Le respect de ce délai permet au privilège de rétroagir à la date de la vente. Le défaut d'inscription dans le délai produit le même effet que pour le privilège du vendeur d'immeuble. Le privilège dégénère en H. Son rang est alors déterminé au jour de son inscription.

Section 2. Classement des privilèges immobiliers spéciaux. Les créanciers titulaires d'un privilège IS peuvent entrer en concours avec d'autres créanciers notamment des créanciers munis d'un droit de préférence sur le même immeuble.

§1. Les conflits entre les privilèges immobiliers spéciaux et les privilèges pleinement généraux. Selon l'article 2376 du Code civil, les privilèges portant sur la totalité de l'actif priment

les sûretés immobilières inscrites sur l'immeuble du chef du débiteur. Cette prévalence est consacrée à une condition. Il faut que le prix des biens meubles du débiteur soit insuffisant pour acquitter intégralement leur créance. La priorité donnée au créancier titulaire d'un privilège pleinement général n'est donc pas systématique. Elle a un caractère subsidiaire. Elle n'existe qu'à condition que les meubles soient insuffisants pour désintéresser les titulaires des PPG.

§2. Les conflits entre privilèges immobiliers spéciaux. Ce conflit peut prendre plusieurs formes.

- il peut opposer deux ou plusieurs privilèges immobiliers spéciaux identiques. C'est notamment le cas lorsque l'immeuble fait l'objet de ventes successives. Dans ce cas l'article 2374-1° du code civil prévoit que « *le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite* ».

- Le conflit peut aussi opposer deux ou plusieurs privilèges immobiliers spéciaux différents. On retrouve ce type de conflit en présence d'une vente d'immeuble consentie à terme pour la partie du prix laissée en dehors de l'emprunt. Dans ce cas aucune disposition légale ne tranche la difficulté. Les deux privilèges sont ici censés être inscrits à la même date.

§3. Les conflits entre privilèges immobiliers spéciaux et hypothèques. Selon l'article 2324 du Code civil « *le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaire* ». Cette disposition paraît retenir un principe général de prévalence du créancier privilégié sur le créancier H. Cependant, le critère retenu est celui de l'ordre chronologique. Chaque sûreté prend rang à une date donnée. Pour l'H il s'agit de la date d'inscription de l'H. Pour le privilège immobilier, c'est celle de la date de naissance du privilège. C'est donc le créancier titulaire d'un privilège spécial immobilier inscrit dans le délai légal qui prime le créancier H. En revanche, la solution pourra parfois être différente si le PIS n'est pas inscrit dans le délai de deux mois. Dans ce cas, il faut comparer les dates de naissance de chacun des privilèges.

Sous-partie 2. Les sûretés immobilières selon le droit qui en est l'objet

Chapitre 1. La propriété réservée

La propriété peut être utilisée à titre de garantie.

Cette propriété réservée prend généralement la forme d'une clause de réserve de propriété. Cette clause permet de retarder le transfert de propriété au profit du vendeur en contrepartie de quoi ce

dernier accorde un délai de paiement à l'acheteur. En revanche, le bien est immédiatement mis en possession de l'acheteur. Le vendeur est dans une situation de force : s'il n'est pas payé il peut revendiquer le bien vendu et éviter le concours des autres créanciers de l'acheteur.

La clause de réserve de propriété n'est pas le seul moyen de réserver la propriété à titre de garantie. Le crédit-bail le permet aussi. Il s'agit alors d'une opération à trois personnes qui met notamment en présence un crédit preneur et un crédit bailleur (le créancier). Dans cette opération le transfert de propriété n'est qu'une faculté qui s'exerce au terme d'une période de location. Pendant cette période, le crédit bailleur reste propriétaire du bien dont jouit le crédit preneur. En cas de non-paiement des loyers le crédit bailleur peut demander la restitution du bien loué et échapper au risque de concours des autres créanciers de son débiteur.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré la propriété réservée comme constituant une véritable sûreté. Cette consécration touche tout autant les immeubles que les meubles. Concernant les immeubles, l'ordonnance s'est limitée à indiquer que « *la propriété de l'immeuble peut être retenue en garantie* » (art. 2373 du code civil). Elle ne précise en revanche pas le régime applicable. En revanche concernant les meubles, les dispositions sont bien plus précises. Les articles 2367 à 2372 du Code civil détaillent le régime applicable à la clause de réserve de propriété. Enfin les dispositions pertinentes en matière de crédit-bail mobilier sont quant à elle reçues aux articles L. 313-7 à L. 313-11 Code de la consommation.

Section 1. La clause de réserve de propriété. En théorie, le transfert de propriété s'opère *solo consensu* cad par l'effet des consentements. Cela résulte des articles 1138 et 1583 du Code civil. Ces dispositions ne sont pas impératives. Les parties peuvent donc y déroger. C'est notamment le cas de la clause de réserve de propriété. Cette technique est aujourd'hui intégrée dans le code civil au titre des garanties. L'article 2367 du code civil prévoit en effet que « *la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement* ». L'article 2367 du code civil définit le domaine de la clause de RP. Celui-ci est particulièrement étendu. Elle peut en effet être insérée dans tout contrat produisant un effet translatif. Elle n'est pas limitée au seul contrat de vente. Ce texte apporte d'autres précisions. Notamment il fixe la nature de la clause. La clause est accessoire à la créance de prix. Ce lien d'accessoire a au moins deux conséquences. Tout d'abord la clause de réserve de propriété ne peut garantir une autre créance que celle qui constitue la contrepartie du transfert de

propriété. Ensuite, la qualification d'accessoire implique également la transmission de la réserve de propriété avec la créance de prix.

Selon l'article 2368 du code civil la réserve de propriété doit être « *convenue par écrit* » entre les parties. L'article L. 624-16, al. 2 du code de commerce ajoute qu'elle doit être convenue au plus tard au jour de la livraison.

Par ailleurs aucune mesure de publicité n'est imposée pour son opposabilité aux tiers.

La clause de réserve de propriété est une sûreté particulièrement efficace. A défaut de paiement complet du prix à l'échéance, son titulaire peut demander la restitution du bien. En revanche, la clause de réserve de propriété ne peut pas procurer d'enrichissement au créancier bénéficiaire. L'article 2371 du code civil prévoit ainsi que « *lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence* ».

Cette sûreté est particulièrement efficace. Son titulaire dispose d'une action en revendication protégeant le droit de propriété du vendeur. Cette clause peut s'exercer quelle que soit la nature du bien ainsi que sa situation. Elle peut tout à fait s'exercer à l'encontre d'un bien fongible. Le créancier exerce son droit sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte. Cela résulte de l'article 2369 du code civil. De même l'incorporation d'un meuble dans un autre n'empêche pas l'action en revendication. Il faut simplement que les biens puissent être séparés sans subir de dommage (art. 2370 du code civil). Enfin l'article 2372 du code civil prévoit que le droit de propriété se reporte sur l'indemnité d'assurance en cas de destruction du bien. Ce report est fondé sur le mécanisme de subrogation réelle.

La clause de réserve de propriété a cependant quelques faiblesses. Elle ne protège pas son titulaire contre tous les risques de conflits. Il arrive que le créancier entre en conflit avec un tiers détenteur ou un possesseur. Il se heurte alors à plusieurs difficultés.

- Le droit de rétention du tiers détenteur ou du possesseur du bien peut paralyser le jeu de la clause de réserve de propriété.
- Ensuite l'article 2276, alinéa 1^{er} du Code civil peut aussi empêcher le jeu de la clause. La clause ne fait l'objet d'aucune mesure de publicité. Dès lors le bien peut aisément être transmis à un sous acquéreur ou un créancier gagiste qui n'aura pas connaissance de l'existence de la clause. Il sera à l'égard du vendeur un possesseur de bonne foi. Dans ce

cas, il faut distinguer selon que le tiers possesseur est un sous acquéreur ou un créancier gagiste.

- Dans le premier cas, le propriétaire ne peut exiger la restitution du bien. L'article 2372 du code civil prévoit que « *le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur* ».
- En cas de conflit avec un créancier gagiste, il est possible de faire appel à l'article 2335 du code civil qui prohibe le gage de la chose d'autrui. Son application pourrait permettre de restaurer l'efficacité de la clause de réserve de propriété.

Section 2. Le crédit-bail. Le crédit-bail est une opération originale et complexe. Un professionnel a besoin de biens mobiliers d'équipement d'outillage, d'un fonds de commerce, etc. sans pour autant disposer des moyens de financement nécessaires. Dans ce cas, il peut les faire acheter par un établissement de crédit. Cet établissement les lui louera ensuite les biens pendant une certaine période. Au terme de cette période, le professionnel disposera d'une faculté. Il pourra :

- restituer le bien ;
- demander le renouvellement de la location pour un loyer plus faible ;
- acheter le bien à sa valeur résiduelle. Dans ce dernier cas, le crédit-bail constitue clairement un mode de financement d'un investissement.

Cette opération renferme un mécanisme de sûreté. Cela découle du fonctionnement du contrat de crédit-bail. Dès le début de l'opération, le CBr acquiert la propriété du bien. Il la conserve en principe jusqu'au dénouement. Si l'opération est arrêtée en cours d'exécution (Non-paiement des loyers), le CB dispose d'une sûreté efficace fondée sur son droit de propriété. Il peut demander la restitution du bien et imputer sa valeur sur le solde de sa créance.

L'opposabilité du droit de propriété aux tiers est conditionnée à la publicité du CB. En matière immobilière la publicité foncière est obligatoire ou facultative selon les conditions fixées par le décret du 4 janvier 1955. En matière mobilière, la publicité prend la forme d'une inscription sur un registre spécial. Ce registre est tenu au greffe du tribunal de commerce. Sa portée est différente selon les tiers concernés.

- concernant les créanciers et ayant cause à titre onéreux du CPr, le CBr peut leur opposer son droit de propriété à compter de l'accomplissement des formalités de publicité. A

défaut cette opposabilité impose de prouver que les tiers avaient connaissance de ses droits.

- concernant le sous acquéreur. La Cour de cassation retient au contraire que l'accomplissement des formalités de publicité est sans effet si le tiers est entré en possession du bien de bonne foi. Autrement dit cela vise l'acquéreur qui ignore légitimement l'existence du CB. Le jeu de l'article 2276 du Code civil paralyse le mécanisme de sûreté du crédit-bail.

Chapitre 2. La propriété cédée : fiducie sûreté

La fiducie est une institution originale par laquelle une personne, le constituant, transfère tout ou partie de son patrimoine à une autre personne, le fiduciaire, à charge pour celui-ci d'agir au profit d'une troisième personne, le bénéficiaire, dans un but et pour une durée déterminés.

L'introduction de la fiducie-sûreté dans le droit français a été réalisée de façon précipitée nécessitant plusieurs interventions législatives successives. Lors de la réforme du droit des sûretés de mars 2006, seule la propriété comme garantie est consacrée. La fiducie ne l'a été que plus tard, par la loi du 19 février 2007. Cette loi n'a cependant pas tout réglé. Elle a laissé de nombreuses zones d'ombre touchant des éléments fondamentaux du régime de cette garantie comme :

- le caractère accessoire ;
- la réalisation de la FS ;
- l'articulation entre FS et procédures collectives.

Ce sont des textes postérieurs qui vont progressivement supprimer les restrictions initiales.

- L'ordonnance du 18 décembre 2008 relative aux entreprises en difficulté précise la portée de la fiducie en cas d'ouverture d'une procédure collective.

- L'ordonnance du 30 janvier 2009 consacre des dispositions spécifiques à la fiducie-sûreté. Depuis, la fiducie est intégrée dans le Code civil dans la partie « sûretés ». Elle est régie aux articles 2372-1 et s. du code civil (pour la fiducie portant sur les meubles) et aux articles 2488-1 à 2488-5 (pour la fiducie portant sur les immeubles). Ces dispositions distinguent selon qu'il s'agit d'une fiducie-sûreté immobilière ou d'une fiducie-sûreté mobilière. Cependant, la majorité des dispositions sont communes aux deux types de fiducies. Les dispositions ont alors un domaine limité. Elles ne s'appliquaient qu'aux personnes physiques.

- la loi du 12 mai 2009 relative à la simplification du droit a généralisé les règles et a affiné le régime.

Section 1. La constitution de la FS. La FS est subordonnée à des conditions de fond et des conditions de forme

§1. Les conditions de fond

A. Le transfert de la propriété. Dans le régime mis en place par l'ordonnance du 30 janvier 2009, la FS est une sûreté translatrice de propriété. A ce titre, elle constitue un acte de disposition pour le constituant. Ce transfert est cependant particulier. Il n'est que provisoire. Par ailleurs, il est incomplet puisque dépourvu de droit de disposer. Son acquisition est subordonnée au non-paiement de la dette garantie. Cela résulte des articles 2372-3 et 2488-3, al. 1 du Code civil.

Le transfert de propriété n'impose aucune condition de dépossession. La convention de mise à disposition (visée à l'article 2018-1 du Code civil) est donc valable. Cette convention permet en effet au constituant de conserver l'usage ou la jouissance des biens transférés dans le patrimoine du fiduciaire.

§2. Les conditions de forme. La fiducie est un acte solennel. Ce caractère a largement été renforcé par l'ordonnance du 30 janvier 2009. Autrement dit l'écrit est une exigence prescrite pour la validité même de l'acte. Cet écrit doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires. Dans certains cas, l'acte authentique est exigé. La fiducie sûreté est une convention qui comprend tout d'abord toutes les mentions exigées pour sa constitution. Selon l'article 2018 du Code civil le contrat de F doit déterminer :

- les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ;
- la durée du transfert qui ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat ;
- l'identité du ou des constituants ;
- l'identité du ou des fiduciaires ;
- l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut les règles permettant leur désignation ;
- la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Ces mentions sont requises à peine de nullité de la F.

Lorsque la F est utilisée à titre de sûreté, il existe des mentions spécifiques.

- Le contrat doit désigner la dette garantie. Il s'agit ici d'une application du principe de spécialité quant à la créance garantie. Cela vise à empêcher que la créance soit modifiée après la conclusion du contrat au détriment du débiteur et de ses autres créanciers. Cela étant ce principe de spécialité a une portée relative. La FS peut être affectée à la garantie

de créances autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif (art. 2372-5 et 2488-5 Cciv. faculté de recharge).

- Le contrat doit mentionner la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine du fiduciaire. Cela résulte des articles 2372-2 et 2488-2 du Code civil.

Les mentions sont exigées à peine de nullité.

Enfin les biens formant l'assiette de la F peuvent être des biens communs des époux ou des biens indivis. Dans ce cas la F doit nécessairement prendre la forme d'un acte notarié.

Enregistrement. L'article 2019, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit les modalités d'enregistrement de la FS. Le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois et ce, à peine de nullité. Ce délai court à compter de la date de dépôt de ces actes :

- au service des impôts du siège du fiduciaire ou

- au service des impôts des non-résidents lorsque le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

Assiette. L'assiette de la sûreté est générale. La fiducie peut porter sur tous biens présents ou futurs, mobiliers et immobiliers, corporels ou incorporels.

Durée. Initialement, la fiducie ne pouvait être conclue que pour une durée limitée. Il s'agissait d'une durée de 3 ans. Aujourd'hui la durée est portée à 99 ans.

Les créances garanties. La fiducie peut garantir toutes créances présentes ou futures. L'ordonnance du 30 janvier 2009 a par ailleurs consacré la FS rechargeable aux articles 2372-5 et 2488-5 du Code civil modifiés par la loi de ratification du 12 mai 2009.

La FSR n'est pas de droit. Si les parties souhaitent en bénéficier, elles doivent expressément le prévoir dans l'acte constitutif. En ce sens elle peut prévoir que la fiducie peut être affectée à la garantie d'autres créances que celles initialement visées dans l'acte constitutif (art. 2372-5 alinéa 1^{er} et 2488-5, alinéa 1^{er} du Code civil). Cette créance peut être celle du créancier originaire ou celle d'un autre créancier.

Le régime est différent selon que la fiducie est constituée par une personne physique ou une personne morale.

- Si le constituant est une personne physique, le patrimoine du fiduciaire peut être affecté en garantie d'une nouvelle dette dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge.
- Si le constituant est une personne morale, la limitation est écartée (issu de la loi 12 mai 2009). Le rechargement est alors opéré sans aucun plafonnement.

Les règles varient aussi selon la nature des biens objet de la FSR. La convention de rechargement portant constitution d'une FS sur des meubles doit être enregistrée. Cet enregistrement est requis à peine de nullité. La date d'enregistrement détermine le rang des créanciers. Si la FS porte sur des immeubles, la convention de rechargement doit être publiée. La date de publication détermine le rang des créanciers.

Section 2. L'administration du patrimoine du fiduciaire. Les biens qui forment l'assiette de la fiducie sont transmis au fiduciaire. Ils sont réunis dans un patrimoine d'affectation. Une fois transmis ces biens sont administrés par le fiduciaire.

§1. Le transfert du ou des biens assiette de la fiducie. Le transfert prévu en matière de FS est un transfert particulier. Les biens transférés n'entrent pas le patrimoine du fiduciaire. Ils constituent un patrimoine d'affectation. Le transfert des biens ne sera définitif que si le créancier a mis en œuvre sa garantie. Tout au plus, faut-il tenir compte des droits de préemption reconnus aux tiers. Le transfert opéré par la FS pose la question de son opposabilité aux tiers. La cession de créance réalisée dans le cadre de la F ou de l'avenant est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate. Elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée qu'à compter de la notification qui lui est faite par le cédant ou le fiduciaire. Lorsque la FS a pour assiette des immeubles ou des droits réels immobiliers, le contrat et ses avenants sont publiés à la conservation des H.

§2. Le patrimoine d'affectation. Le fiduciaire doit prendre les mesures qui permettent de préserver la séparation entre son patrimoine personnel et le patrimoine du fiduciaire.

Le patrimoine d'affectation est en principe étanche. Il ne se confond pas avec le patrimoine personnel du fiduciaire. Le patrimoine d'affectation est en principe à l'abri du droit de poursuite des créanciers du constituant ou du fiduciaire. Le fiduciaire répond de ses fautes de gestion sur son patrimoine propre (art. 2026 du Code civil).

La règle de l'étanchéité des patrimoines est parfois écartée :

- les créanciers du constituant peuvent saisir les éléments du patrimoine d'affectation. Ce droit leur est reconnu lorsqu'ils sont titulaires d'un droit de suite attaché à une garantie publiée antérieurement au contrat de F (art. 2025 du Code civil). Les créanciers du constituant victime d'une fraude peuvent aussi exercer leurs droits sur les biens composant la masse de biens affectés.
- En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun des titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire. Une stipulation contraire peut mettre ce passif à la charge du fiduciaire (art. 2025 du Code civil)
- Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif du fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Cependant cette clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée (art. 2025 du Code civil)

§3. La gestion des biens pendant la fiducie. La fiducie peut être constituée avec dépossession du constituant. Cependant, les biens constituant l'assiette de la F peuvent être nécessaires à l'activité du constituant. Dans ce cas, les parties concluront une convention de mise à disposition.

A. La fiducie avec dépossession. Le contrat de fiducie détermine la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. Sur ce point les parties jouissent d'une grande liberté.

Tout au plus, faut-il tenir compte de la nature des biens qui forment l'assiette de la fiducie. Pour chacun de ces biens, il faut prévoir la répartition des pouvoirs entre le constituant et le fiduciaire.

Ex. : la fiducie portant sur des actions. Dans ce cas, il faut prévoir la répartition des droits de l'actionnaire. Autrement dit, il faut déterminer qui aura droit au bénéfice et qui sera titulaire du droit de vote.

Rapports du fiduciaire et des tiers. Les restrictions de pouvoir ne sont en principe pas opposables aux tiers. Le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire. Les limitations ne deviennent opposables qu'à condition que les tiers en aient eu connaissance (art. 2023 du Code civil).

Obligatoire du fiduciaire. Le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au bénéficiaire et aux tiers désigné à leur demande. Le contrat en définit les conditions.

La responsabilité du fiduciaire. Le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission (art. 2026 du Code civil). Dans ses rapports avec le constituant et le bénéficiaire, sa responsabilité est contractuelle.

B. La fiducie comportant une convention de mise à disposition. Les biens qui forment l'assiette de la fiducie peuvent être nécessaires au constituant. Dans ce cas, il est possible de conclure une convention de mise à disposition. Cette convention permet au créancier propriétaire de laisser les biens à disposition du constituant. Cette mise à disposition peut être réalisée à titre onéreux. Il est donc possible de prévoir un loyer.

Section 3. Mise en œuvre de la sûreté. La loi du 19 février 2007 ne précisait pas les conditions de mise en œuvre de la garantie. Ces précisions ont été apportées par les textes ultérieurs. La mise en œuvre de cette sûreté est différente en l'absence et en présence d'une procédure collective.

§1. Le dénouement en l'absence de procédure collective. Il faut ici distinguer selon que le fiduciaire est ou non le créancier.

A. Le fiduciaire est le créancier. En l'absence de paiement de la dette garantie, le fiduciaire acquiert la libre disposition du bien (mobilier ou immobilier) ou du droit cédé à titre de garantie. C'est ce qui résulte aujourd'hui des articles 2372-3 et 2488, alinéa 1 du Code civil. Ces dispositions réservent la possibilité d'une clause contraire. Une clause contractuelle peut cependant déroger à ce principe. Le bénéficiaire est alors désintéressé sur le prix de cette vente.

B. Le fiduciaire non créancier. Selon les articles 2372-3 et 2488-3, alinéa 2 du Code civil, le créancier peut exiger du fiduciaire la remise du bien. Le créancier peut alors librement en disposer. Si le contrat le prévoit, le créancier peut exiger la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix.

Il se peut que la valeur du prix de vente soit supérieure au montant de la dette garantie. Dans ce cas, le bénéficiaire de la fiducie réserve au constituant une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette. Tout au plus faut-il déduire du montant reversé au débiteur les montants des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire.

§2. La fiducie en cas de procédure collective. Dans un premier temps la F a été considérée comme devant être efficace en cas de procédure collective. Mais rapidement cette solution est

apparue excessive face à l'esprit du droit des procédures collectives (sauver l'entreprise). L'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des procédures collectives modifie la donc portée de la fiducie. Elle paralyse les effets de la sûreté lorsque les biens sont utiles à l'entreprise et que la procédure a pour objectif le sauvetage de l'entreprise.

Section 4. Extinction de la fiducie. Il existe plusieurs causes d'extinction de la fiducie (art. 2028 du Code civil).

- Le contrat de fiducie peut tout d'abord être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.
- Après acceptation du bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec l'accord du bénéficiaire ou sur décision de justice.
- Le contrat prend fin à l'arrivée à terme ou encore lorsque l'objet poursuivi est atteint avant le terme fixé.
- Le contrat prend fin de plein droit lorsque les bénéficiaires renoncent à la fiducie sauf stipulation contraire. En l'absence de clause contraire, le contrat prend fin de plein droit lorsque le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption. S'il est avocat, le contrat de fiducie prend fin en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.

En revanche, le décès du constituant ne met pas fin au contrat.