Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles

Corine Namont Dauchez

▶ **To cite this version:**

Corine Namont Dauchez. Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles. Sciences de l'Homme et Société. Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2013. Français. NNT : . tel-04281330

HAL Id: tel-04281330
https://hal.science/tel-04281330

Submitted on 12 Nov 2023

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

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

Université Panthéon-Assas/Ecole doctorale de droit privé

LE PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ EN DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES

Thèse de doctorat en droit privé soutenue le 5 décembre 2013 par

Corine DAUCHEZ

Thèse de Doctorat / 5 décembre 2013

Université Panthéon-Assas

Directeur de thèse : **Monsieur Michel Grimaldi**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Monsieur Laurent Aynès (Rapporteur)**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Philippe Dupichot
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Pierre-Yves Gautier
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Dominique Legeais (Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon mari, mes enfants et mes parents

Remerciements

Que ces lignes soient l'occasion d'exprimer toute ma gratitude,

A Monsieur le Professeur Michel Grimaldi, pour la justesse de sa direction,

Ainsi qu'à ceux qui m'ont écouté.

Abréviations des intitulés de revues

(Classement par pays d'édition des revues)

I - France

BC	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJ	Bulletin Joly Sociétés
D.	Recueil Dalloz
Def.	Répertoire du notariat defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
G. Pal.	Gazette du palais
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JClass. Civil	Jurisclasseur droit civil
JClass. Comm.	Jurisclasseur droit commercial
P. Aff.	Les petites affiches
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rev. fonds com	Revue du fonds de commerce
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDA	Revue lamy droit des affaires
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
JCP, éd. E	Semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP, éd. G	Semaine juridique, édition générale
JCP, éd. N	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
S.	Sirey

II – Pays étrangers

- Belgique

JT	Journal des tribunaux
Pas.	Pasicrisie belge

RB	Revue de la banque
RCJB	Revue critique de jurisprudence belge
RNB	Revue du notariat belge

- Suisse

RSNRF	Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier

- Royaume-Uni

BJIBFL	*Butterworths journal of international banking and financial law*
CLJ	*Cambridge law journal*
JBL	*Journal of business law*
JIBLR	*Journal of international banking law and regulation*
LQR	*Law quarterly review*
MLR	*Modern law review*

- Canada, Etats-Unis, Québec

BL	*The business lawyer*
CBLJ	*Canadian business law journal*
Chicago-Kent L. R.	*Chicago-Kent law review*
HLJ	*Hastings law journal*
Mon. Univ. L. R.	*Monash university law review*
RGD	Revue générale de droit
RJT	Revue juridique thémis
RN	Revue du notariat
Ten. L. R.	*Tennessee law review*

- International

MJ	*Maastricht journal of european and comparative law*

Liste des manuels et article cités par le nom des auteurs

I - Manuels :

- L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 6ème éd., 2012
- M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 3ème éd., 2012
- M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9ème éd., 2010
- D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8ème éd., 2011
- G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987
- H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, 1er vol., *Sûretés. Publicité foncière*, Montchrestien, 7ème éd., 1999, par Y. PICOD
- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996
- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit spécial des sûretés réelles,* LGDJ, 1996
- Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, 2ème éd., 2011
- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 6ème éd., 2012
- Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2ème éd., 1998.

II - Article :

- P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 63

Résumé

Le principe de spécialité de l'hypothèque s'est imposé dans le Code civil en 1804 en vue d'assurer le développement de l'économie moderne, puis il s'est répandu sur l'ensemble des sûretés réelles pour devenir un principe fondamental du droit des sûretés. Pourtant, à la fin du vingtième siècle, le principe a essuyé de violentes critiques : il rigidifiait le droit des sûretés réelles et était un frein au développement du crédit. Outre la nocivité du principe, sa remise en cause théorique annonçait son déclin en droit français d'autant qu'à l'étranger le *security interest* de droit américain, qui ne le connaît pas, ne cessait de faire des émules. Pourtant, lors de la réforme, le législateur l'a conservé tout en l'assouplissant. L'assouplissement du principe est la marque d'une réforme éclairée qui est intuitivement revenue aux origines du principe pour lui conférer la flexibilité dont le législateur originel voulait le pourvoir, mais qui a toujours été étouffée par une conception théorique inadaptée que la doctrine contemporaine doit, aujourd'hui, renouveler. Seul un retour aux sources originelles du principe de spécialité de l'hypothèque, « mère » des sûretés réelles, permet de faire surgir, à nouveau, sa réalité pratique pour poser les premiers fondements d'une conception théorique ajustée qui pousse à remettre en cause le rattachement du droit des sûretés aux droits patrimoniaux. Le principe de spécialité n'est pas un stigmate de l'archaïsme du droit des sûretés réelles français ; il est, au contraire, le ferment de son évolution.

Descripteurs : Principe de spécialité – Réforme du droit des sûretés – Droit des biens – Droit de gage général – Droit de saisir - Force exécutoire – Hypothèque - Protection et liberté du débiteur – Crédit

Title and Abstract

The specificity principle was introduced in the Civil code in 1804 to ensure the development of the modern economy. Then, it gained ground and became a fundamental principle of security law. However, at the end of the 20th century, it was violently criticized : it was accused to diffuse rigidity in security law and put a brake on credit. In addition to the principle noxiousness, its theoretical criticism was all the more announcing its decline in French law, because in foreign states the influence of the American security interest, which does not know the principle, was widening. However, the reform preserved, while softened, the principle in French law. The softening of the principle is the mark of a enlightened reform which is intuitively return to the principle origins to confer it the flexibility that the original legislator wanted, but which had been choked by an inadequate theoretical conception. This conception has to be renewed now. Only a return to original sources of hypothec specificity principle is able to capture its practical realty in order to lay the foundation stone of an adapted theoretical conception, which push to removing security law from patrimony rights. The specificity principle is not a sign of the archaism of real and personal security French law, it is, on the contrary, the ferment of his evolution.

Keywords : Specificity principle – Law security reform – Law of real and personal property – Foreclosure – Executory force – Hypothec - Debtor's protection and freedom - Credit

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LE RETOUR AUX SOURCES ORIGINELLES DU PRINCIPE

Titre 1 : L'artificialité du principe de spécialité de l'hypothèque

Chapitre 1 : La mise sous tutelle de l'hypothèque
Section 1 : La tutelle du contrat
Section 2 : La tutelle du patrimoine

Chapitre 2 : L'occultation du principe
Section 1 : Les conditions de fond
Section 2 : Les conditions de forme

Titre 2 : L'authenticité du principe de spécialité de l'hypothèque

Chapitre 1 : L'émancipation de l'hypothèque
Section 1 : La tutelle du contrat
Section 2 : La tutelle du patrimoine

Chapitre 2 : La manifestation du principe
Section 1 : Le contenu du principe
Section 2 : Le fondement du principe

DEUXIÈME PARTIE : L'ORIENTATION DU PRINCIPE EN DROIT CONTEMPORAIN

Titre 1 : Le ressourcement du principe dans l'ordre interne

Chapitre 1 : La résurgence du principe originel
Section 1 : Le principe de spécialité quant au bien grevé
Section 2 : Le principe de spécialité quant à la créance garantie

Chapitre 2 : Le débordement du principe originel
Section 1 : La nécessité de la protection de la solvabilité du constituant
Section 2 : Le critère de la protection de la solvabilité du constituant

Titre 2 : La compatibilité du principe ressourcé avec l'environnement international

Chapitre 1 : L'existence d'un principe international en droit hypothécaire
Section 1 : Le principe de spécialité quant au montant
Section 2 : Le principe de spécialité quant à l'assiette

Chapitre 2 : L'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières
Section 1 : La liberté des transactions
Section 2 : La liberté d'engagement

Introduction

L. AYNES[1]
A propos du droit des sûretés,

« Un droit d'une grand richesse, donc, passionnant et passionné, en raison des multiples conflits d'intérêts qui s'y jouent. Un droit toujours à la recherche d'une cohérence. Elle est peut être la promesse du nouveau siècle ».

1. De la spécialité des sûretés au principe de spécialité en droit des sûretés. Le sujet de thèse formulé à l'origine s'intitulait « La spécialité des sûretés ». « Le principe de spécialité en droit des sûretés » s'est, pourtant, substitué au sujet de départ. La raison en est simple : pour un chercheur en droit des sûretés, le terme de spécialité est, tout de suite, associé au fameux « principe de spécialité », règle particulière, qui irrigue le droit des sûretés réelles. En revanche, du point de vue du généraliste en droit patrimonial, « La spécialité des sûretés » évoque la spécificité des sûretés. En effet, le droit des obligations et le droit des biens sont les matières essentielles ; elles sont d'ailleurs enseignées en premier lieu aux étudiants, juste le temps, pour eux, d'assimiler l'introduction au droit. Le droit des sûretés ne leur est livré qu'ensuite. Il est un droit spécial, non pas en ce qu'il déroge au droit des biens et des obligations, ce qui n'aurait aucun sens, mais parce qu'il présente une spécificité qui l'oppose au droit des biens et des obligations. Le propriétaire et le créancier sont « riches »[2] de leurs biens et obligations tandis que la sûreté n'augmente nullement le patrimoine de celui qui en est titulaire. Elle est le recours du créancier en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur. La

[1] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Sûretés. Publicité foncière*, Editions Cujas, 10ème éd°, 2000, Avant-propos.

[2] Pour l'emploi de cette expression évocatrice et les développements à propos de la fiducie-sûreté, M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Def.* 19991, art. 35085, p. 897, n°12.

sûreté n'est qu'un instrument qui sert à asseoir la confiance des individus dans les transactions économiques et favorise ainsi leur développement. Aussi, bien qu'elle participe à la circulation des richesses entre les acteurs économiques, elle n'est pas une richesse en elle-même. Elle est, parmi les droits patrimoniaux, un droit secondaire : un droit sur lequel on compte, mais qui ne compte pas, ce qui cristallise toute son originalité.

2. **Du principe de spécialité en droit des sûretés à la spécialité des sûretés**. Le glissement sémantique opéré aurait donc dû réduire la recherche à un sujet de spécialiste en droit des sûretés tant il est vrai que le droit des sûretés connaît des règles qui n'ont pas leur équivalent en droit des biens ou en droit des obligations. Garantie de l'obligation, la sûreté n'existe que pour remédier aux avatars du droit de gage général dont le créancier est titulaire à l'égard de son débiteur. La sûreté est un ajout ; elle est soit personnelle, soit réelle. Personnelle, elle confère au créancier un droit de créance supplémentaire contre un tiers ; réelle, elle confère au créancier un droit réel sur les biens du constituant, qui bénéficie, traditionnellement, d'un droit de préférence et, parfois, d'un droit de suite sur les biens qui sont grevés de la sûreté réelle. L'expression « principe de spécialité des sûretés » désigne, dans sa présentation traditionnelle, une règle de fond spécifique au droit des sûretés réelles : la sûreté réelle spéciale ne peut porter que sur un bien déterminé en vue de garantir une créance déterminée[3]. La sûreté réelle, dit-on, est « spéciale quant au bien grevé » et « spéciale quant à la créance garantie ». Le principe de spécialité est donc une règle de droit spécial, en ce sens qu'il est spécifique au droit des sûretés et, plus particulièrement, au droit des sûretés réelles. Cependant, le rétrécissement attendu ne s'est pas opéré. Le glissement sémantique a été propice à l'avancement de la recherche confiée à l'origine, car la spécialité des sûretés était en abîme du principe de spécialité des sûretés dont il est un stigmate. Mieux, alors que la spécialité des sûretés eût été un sujet difficile à traiter, voire impossible, le crochet par le principe de spécialité a permis de la prendre à revers. Aussi, le sujet traité est uniquement « Le principe de spécialité en droit des sûretés », bien qu'en

[3] G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°459 : « L'expression « spécialité de l'hypothèque » a un double sens. Elle signifie : 1° que l'hypothèque garantit une *créance déterminée* ; 2° que l'hypothèque est établie *sur un immeuble déterminé* » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°904 : « Pour préserver le crédit du débiteur, l'hypothèque conventionnelle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés (règle de la spécialité de l'assiette, C. civ., art. 2418) et ne peut garantir qu'une ou plusieurs créances spécifiées (règle de la spécialité de la créance, C. civ. art. 2421) » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°662 : « L'hypothèque doit être spéciale, principe qui a pour but de ménager le crédit du débiteur en déterminant exactement ce qui est dû et ce qui est grevé d'hypothèque » ; D. LEGEAIS, n°543 : « Enfin, l'hypothèque est soumise à la règle de la spécialité. D'une part, elle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés. C'est la spécialité quant à l'assiette. D'autre part, elle ne peut garantir qu'une ou plusieurs créances spécifiées. C'est la spécialité quant à la créance garantie » ; F. ROY, *De la spécialité du gage hypothécaire en droit français*, thèse, Bordeaux, 1895, p. 14 : « Nous savons que la spécialité se présente sous deux aspects différents : détermination précise de la créance garantie (spécialité de la créance), détermination précise des immeubles hypothéqués (spécialité du gage) ».

creux apparaisse « La spécialité des sûretés », ce qui n'a rien d'étonnant car le principe de spécialité est au fondement du droit moderne des sûretés.

3. La vénération du principe. Né en réaction contre le système de l'Ancien droit, le principe a été introduit en droit français en 1798 et repris par le Code civil en 1804. Dès l'origine, la doctrine l'a placé au sommet des principes fondamentaux du droit moderne des sûretés réelles. Jusqu'à la moitié du vingtième siècle, il a été l'objet d'un véritable culte[4]. Laurent y voyait « la vérité relative telle qu'il est donné à l'homme de la connaître »[5], Josserand, « un principe secourable à tous »[6], Pont, « l'une des innovations les plus importantes introduites par la législation moderne »[7]… La célébration du centenaire du Code civil était encore l'occasion pour Guillouard de fustiger le droit français car, comparativement à certaines législations étrangères, il n'imposait pas dans toute sa rigueur le principe de spécialité : notre législation hypothécaire était « […] au commencement du XXème siècle, une des plus mauvaises du monde, […] *Caveant consules* »[8] ! Les thèses[9], les projets législatifs[10]

---

[4] F. LAURENT, *Principes de droit civil français,* t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3ème éd., 1878, n°163 : « Comment des idées d'une vérité aussi évidente ont-elles pu trouver de l'opposition au conseil d'Etat ? Les jurisconsultes sont des hommes de tradition : c'est leur force, mais c'est aussi leur faiblesse, quand, par respect pour le droit traditionnel, ils prétendent l'immobiliser » ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1021 : « On ne peut qu'approuver sans réserves… » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°379 : « Les rédacteurs du Code de 1804 ont donc bien fait de consacrer le principe de la spécialité » ; la même formule, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de M. JULLIOT de la MORANDIERE, t. 2, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1274 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 : « Nos lois y ont gagné » ; la spécialité est l'essence même de l'hypothèque conventionnelle, P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°672 ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire,* thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 4 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96 ; M. DURANTON*, Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 19, Alex-Gobelet libraire-éditeur, 1835, n°363. Seul HUC dénonce la « faiblesse extrême » des motifs allégués en faveur de la spécialité, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 13, *Privilèges et hypothèques*, F. Pichon successeur éditeur, 1900, n°215.

[5] F. LAURENT, *Principes de droit civil français,* t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3ème éd., 1878, n°498.

[6] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûreté*s, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681.

[7] P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°668.

[8] L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 439.

[9] Entre autres, F. ROY, *De la spécialité du gage hypothécaire en droit français*, thèse Bordeaux, Rochefort, 1895 ; G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897 ; J. C.-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (étude critique de la législation française)*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1897 ; A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904 ; P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904 ; R. BAUCHARD, *Publicité et spécialité des hypothèques, étude critique de la législation actuelle envisagée au point de vue économique*, thèse, Poitiers, Librairie des Facultés, A. Michalon, 1907 ; G. CASTIAU, *La publicité et la spécialité des hypothèques dans leurs rapports avec la protection des incapables : loi belge du 16 décembre 1851, projets de réforme français*, thèse, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908 ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912 ; J. CHEZLEPRETRE, *La réforme du cadastre et du régime hypothécaire*, thèse, Lille, 1926. En général, leurs auteurs prônent la radicalisation de la spécialité et de la publicité de l'hypothèque conventionnelle, leur application à l'hypothèque légale et la suppression de l'exceptionnelle généralité conventionnelle, voir celle de l'hypothèque judiciaire.

et les résolutions adoptées par les congrès de la propriété foncière[11] ne cessèrent de s'amonceler en vue de réclamer l'expansion du principe jusqu'au milieu du vingtième siècle, période à laquelle le principe recouvrit définitivement le droit des sûretés réelles. Son aura semblait alors inaltérable ; il s'imposait comme un principe de droit commun des sûretés réelles[12] avec lequel il faisait corps pour favoriser le développement du crédit.

4. La crise contemporaine du principe : le rationnement du crédit des PME. Pourtant, à la fin du vingtième siècle, ce tableau idyllique se troubla. Le *satisfecit* doctrinal laissa place à la critique[13] et le principe fut rejeté. Peu utile[14], inadapté[15], archaïque[16], obsolète[17], néfaste au crédit d'exploitation[18], fossoyeur des sûretés d'entreprise[19], il n'était, disait-on, même pas de l'essence de l'hypothèque[20]. Il

---

[10] Le projet Darlan du 27 octobre 1896 applique, à toutes les hypothèques, la spécialité et la publicité et supprime l'hypothèque conventionnelle de biens à venir autorisée en cas d'insuffisance de biens présents ainsi que l'hypothèque judiciaire. Pour un historique, G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 7 et s. ; P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904, p. 12 et s. ; J. CHEZLEPRETRE, *La réforme du cadastre et du régime hypothécaire*, thèse, Lille, 1926 ; J. GRASSET, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil,* thèse, Montpellier, 1907, p. 132 et s. Le projet Darlan est suivi du projet Thézard de 1908, projet Violette de 1915, des projets de la Société d'Etudes législatives de 1928-1929 et de 1942. Pour une vision postérieure, E.BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226 n°1.

[11] Pour les résolutions des congrès de la propriété foncière de Paris – mars 1889, Paris - octobre 1892 et Rouen - octobre 1896, A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904*,* p. 196.

[12] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, n°324 ; voir le titre de l'article de M. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé » ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°37 ; Ph. THERY, p. 182-183, qui expose, d'ailleurs, le principe de spécialité en introduction de la seconde partie de son manuel consacrée aux garanties réelles ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°7 : qui évoquent le principe de spécialité en introduction générale de leur manuel et souligne que le principe de spécialité empêche l'évolution de la sûreté, tandis que les sûretés réelles sont adaptées à la garantie de relations suivies et de créances répétées ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°355 évoquent, à propos d'une théorie générale des sûretés réelles, qu'ils jugent possible, les règles de détermination de l'objet qui donnent lieu à de nombreuses solutions communes.

[13] Voir, cependant, Ph. THERY, « La différenciation du professionnel et du particulier », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 57 : « L'utilité du principe de spécialité […] peut être discutée. Son importance nous semble avérée […]. Le principe de spécialité ne mérite sans doute pas les reproches dont on l'accable. Qu'il s'agisse de la créance garantie ou des biens grevés, la spécialité constitue un frein à la démesure et ménage l'avenir du débiteur ».

[14] Lors de la constitution, Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER, n°387 ; Ph. THERY, n°124, souligne la commodité de la règle qui prépare la publicité de la sûreté.

[15] P. CROCQ, p.59.

[16] M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 6.

[17] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon Assas, 2005, n°655.

[18] *Passim,* les actes du colloque « L'apport du guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », publiés *Banque et droit*, septembre-octobre 2004.

[19] L. AESCHLIMANN et B. FOEX, « Sûretés mobilières : limites et réforme du droit suisse », p. 27, *in Journée 2005 de droit bancaire et financier*, sous la direction de L. THEVENOZ et C. BOVET, accessible sur http://www.swlegal.ch (dernier accès le 24 mai 2012).

[20] D. LEGEAIS, n°556, ce qui est, au demeurant, exact.

raidissait le droit des sûretés réelles et conduisait, notamment, au rationnement du crédit des PME en obligeant les parties à constituer une nouvelle sûreté pour garantir toute nouvelle créance qui les lierait à nouveau ou pour ouvrir son assiette à tout nouveau bien qui n'aurait pas été prévu dans la convention d'origine. Les inconvénients suscités par le principe de spécialité étaient principalement ressentis lorsque la sûreté réelle était accordée par un professionnel[21] qui souhaitait financer son activité par le biais d'une sûreté réelle mobilière, car les meubles circulent plus vite que les immeubles et que leur vocation à la revente ou au renouvellement (stocks ou créances d'exploitation) en accélère, encore, le mouvement. Ainsi des « gisements de sûretés »[22] n'étaient pas exploités, alors qu'ils auraient pu concourir à remédier au rationnement du crédit des PME. Par ailleurs, lorsque la dette de l'entreprise finance le cycle d'exploitation, les crédits à court terme ont vocation à se succéder. La mise en place du crédit général de trésorerie[23] est, fréquemment, le préalable d'une entrée en relation de la banque avec le professionnel. Ce type de crédit est essentiellement subjectif[24], par opposition au crédit objectif, « consistant à identifier les besoins liés à chaque opération bien définie de l'entreprise et à mettre en regard un crédit adapté, trouvant ses garanties ou son dénouement dans l'objet financé »[25]. Le principe de spécialité semblait ainsi inadapté à la relation contractuelle à long terme entre le professionnel[26] et son fournisseur de crédit, ou entre deux personnes dans une relation d'affaires.

5. **La crise contemporaine du principe : le coût du crédit.** En outre, le principe de spécialité représentait un coût élevé pour le débiteur[27]. En effet, d'une part, l'obligation dans laquelle se

---

[21] D'ailleurs, à l'étranger, les pays qui ont choisi d'écarter le principe de spécialité « ont réservé cette possibilité au seul cas où le débiteur est un professionnel », P. CROCQ, p. 58.

[22] Pour l'expression, M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre – octobre 2004, p. 5.

[23] Il existe différents types d'endettement de l'entreprise. La dette finance soit l'exploitation, soit l'investissement, A. COURET, « Endettement et financement de l'entreprise », *G.Pal.,* 1999 (2ème sem.), p. 1360. Le crédit global d'exploitation (globex) est le mode de financement privilégié du cycle d'exploitation. Il couvre l'excédent du besoin en fonds de roulement sur le fonds de roulement (M. LECUYER, « Des PME... », *G.Pal.,* 1999 (2ème sem.), p. 1365. Ce besoin de financement est un besoin permanent. Sa prise en charge dans un accord global de crédit « offre à l'entreprise la simplicité d'une ligne unique qui se substitue à l'ensemble des crédits court terme ». Il est fortement souhaité par les professionnels. C'est une « ligne globale de crédit moyen de trois ans renouvelable regroupant l'ensemble des crédits de fonctionnement [...]. Ce crédit est ensuite mis à disposition de son bénéficiaire pour couvrir tous ses besoins de trésorerie à court terme » Ph. ROUSSELOT et J.F. VERDIE, *La gestion de trésorerie*, Dunod, 1999, p. 177.

[24] G. ROUYER et A. CHOINEL, *La banque et l'entreprise, techniques actuelles de financement*, La revue banque éditeur, 3ème éd., 1996, p. 83.

[25] Institut d'études bancaires et financières, *Les petites et moyennes entreprises*, Berger-Levrault, 1989, p. 67.

[26] L. AYNES et P. CROCQ, n°15 : « La sûreté que peut offrir le professionnel tient surtout aux éléments de son exploitations (fonds de commerce, immeuble social, créances sur la clientèle) et même sur les produits futurs de cette exploitation […] ».

[27] P. CROCQ, p. 59 : « […] l'application du principe de spécialité s'avère être un facteur de rigidité et de dépenses inutiles ».

trouvaient les parties de se re-lier avait un coût direct[28] : celui de la constitution et de la publicité du nouvel acte à conclure, lorsque la sûreté était soumise à inscription. Or, le coût de la sûreté se répercutait, toujours, sur le débiteur, soit qu'il l'assumait directement, soit que le créancier lui en faisait payer indirectement le prix en augmentant le coût du crédit accordé. D'autre part, rattaché au système de la banque « à l'acte »[29], le principe de spécialité s'opposait au système de la banque universelle[30] qui semblait si nécessaire au financement de l'entreprise, bien que ce type de relations implique une certaine « capture » de l'entreprise rendant plus compliquée la recherche de financiers alternatifs[31]. Or, la mise en place d'une relation à long terme permet à la banque d'obtenir des informations privilégiées sur l'entreprise qu'elle finance et réduit l'asymétrie d'information qui est à la source du surcoût du crédit qu'elle accorde[32]. Ainsi, le principe empêchait la mise en place d'une sûreté qui épouse la relation à long terme[33] d'une banque avec une PME[34], à qui elle aurait accordé son soutien, et qui aurait pu contribuer à les rapprocher et permettre à l'entreprise d'obtenir des conditions de crédit plus favorables et un renouvellement du crédit plus facile[35]. Alors que le principe de spécialité avait été introduit en droit français en vue de favoriser le crédit, il était apparemment devenu, au fil du temps, un frein à l'obtention du crédit d'exploitation[36].

---

[28] P. CROCQ, p. 59 : la mise à l'écart du principe permettrait « au créancier de diminuer ses dépenses et de réduire le coût du crédit accordé, ce qui, du fait de la concurrence entre les banques, profite[rait] au débiteur ».

[29] V. MOLKHOU, *Le crédit et les relations entre les banques et les PME*, thèse, Aix-Marseille II, 1999, not. p. 93.

[30] Par opposition au *narrow banking*.

[31] J-L. NAKAMURA, « La relation banque-PME », *Revue d'économie financière*, n°54, p. 48.

[32] J-L. NAKAMURA, « La relation banque-PME », *Revue d'économie financière*, n°54, p. 39 ; V. MOLKHOU, *Le crédit et les relations entre les banques et les PME*, thèse, Aix-Marseille II, 1999, not. p. 89.

[33] Finançant le cycle d'exploitation, le banquier n'est plus un prêteur ponctuel de l'entreprise, il l'accompagne et offre des solutions globales de crédit, A. COURET, « Endettement et financement de l'entreprise », *G.Pal.,* 1999 (2ème sem.), p. 1362 : « Enfin, on relèvera que le banquier moderne a changé dans ses comportements. De prêteur ponctuel qu'il était trop souvent, il entend passer au stade du partenaire, certaines banques affichant cette volonté par l'offre de produits à forte charge symbolique comme par exemple le contrat de développement proposé par le CEPME [...]. Dans le cadre de ce partenariat, une expression comme le crédit global d'exploitation peut commencer à trouver sa traduction ». L'entreprise en souscrivant au crédit global attend de sa banque une aide « qui exclut la recherche d'une cause très précise au besoin exprimé et trouve sa justification dans la structure financière de l'affaire, le sérieux, la moralité et la compétence des dirigeants », G. ROUYER et A. CHOINEL, *La banque et l'entreprise, techniques actuelles de financement*, La revue banque éditeur, 3ème éd., 1996, p. 83.

[34] Plus la taille de l'entreprise est petite, plus l'accès au financement est compliqué, Observatoire européen des PME, *6ème rapport*, Commission européenne, 2000, p. 152.

[35] V. MOLKHOU, *Le crédit et les relations entre les banques et les PME*, thèse, Aix-Marseille II, 1999, not. p. 97 à 100.

[36] G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », *Banque et droit*, septembre/octobre 2004, p. 26 n°21 : « Pourtant, on peine à trouver un texte prohibant le gage général en droit français. A défaut, le rejet du gage sur valeur abstraite ou du gage général semble donc relever essentiellement de la politique législative du crédit visant à lutter contre le surendettement. La généralisation de cette politique est regrettable car elle confond le crédit à la consommation et le crédit aux professionnels. Elle laisse de larges possibilités de crédit inexploitées et pénalise le financement d'exploitation dont ont besoin de nombreuses petites et moyennes entreprises » ; J. STOUFFLET, « Rapport de synthèse », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 50 n°3 et 4 *in fine ;* J-F. RIFFARD, « Le projet de guide

6. La volonté du gouvernement : le développement du crédit hypothécaire mobilier. Le gouvernement, quant à lui, soulignait son inadaptation au crédit à la consommation. Il voulait créer les conditions d'émergence d'un crédit hypothécaire mobilier, largement répandu outre-Manche et outre-Atlantique[37], et ainsi ouvrir plus largement la faculté de garantir des crédits à la consommation sur les biens immobiliers. L'hypothèque ne devait plus être principalement destinée au financement d'actifs lourds, d'investissements, mais elle devait devenir un support usuel de l'endettement de consommation[38]. Ainsi, prenant appui, sur les prêts à haut risque (« *sub-prime lending* »), dont la légitimité n'était pas encore mise en cause[39], alors pratiqués aux Etats-Unis, le gouvernement voulait ouvrir l'accès au crédit hypothécaire à une partie de la population qui en était habituellement exclue, dite « catégorie risquée ». C'était une nouvelle conception du crédit hypothécaire qu'il souhaitait introduire en France, bien que les effets macroéconomiques du crédit hypothécaire mobilier en fussent incertains et que le risque d'un retournement du marché de l'immobilier aient été soulignés par le rapport d'enquête, qui préconisait tout de même son adoption[40]. Le principe de spécialité constituait un obstacle à l'initiative gouvernementale. En effet, l'immeuble pouvait, certes, déjà être hypothéqué pour garantir des crédits à la consommation, mais si l'on voulait que les consommateurs puissent utiliser l'hypothèque pour garantir des emprunts destinés à des besoins de consommation courante, il fallait baisser le coût de la sûreté réelle et autoriser qu'elle puisse être réutilisée. Le rapport d'enquête relevait que cette nouvelle forme de crédit se heurtait, notamment[41], au principe

législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 1997, p. 10 ; M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 4.

[37] L'idée d'un crédit hypothécaire mobilier aux ménages est née du sentiment « que l'extraction hypothécaire avait joué un grand rôle dans le soutien de la croissance au cours de ces dernières années dans les pays anglo-saxons ». Mais les études macro-économiques disponibles ne permettent pas de l'affirmer, la prudence est de mise, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 2.2 ; B. DRANESAS, « Une France anglo-saxonne », *La tribune*, jeudi 17 juin 2004.

[38] Actuellement, le crédit hypothécaire mobilier est réservé aux opérations de restructuration de dettes de toute nature (arriérés d'impôt, de loyer, multiples prêts à la consommation…), *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 2.3.2. L'actif immobilier est l'actif de la dernière chance. Préservé par le ménage en difficultés financières, l'actif immobilier est une bouée de sauvetage jetée aux ménages pris dans le courant du surendettement. Faut-il que cela change ?

[39] *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 1.4.2.

[40] *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 2.2 : « L'incertitude sur les effets macroéconomiques du crédit hypothécaire mobilier et le risque adverse de retournement des taux ou de l'immobilier ne conduisent pas pour autant la mission à écarter l'introduction de ce type d'instrument en France ».

[41] Deux autres obstacles sont relevés : 1°) L'opinion répandue selon laquelle une hypothèque ne peut servir qu'à immeuble garantir des dépenses structurelles. En effet, Il paraît prudent que la maturité de la dette soit mise en correspondance avec la maturité de l'actif sous-jacent affecté en garantie. D'une manière générale, sur le principe du *matching,* I. MEJRI, *Le choix par l'entreprise de la structure de sa dette au*

de spécialité[42] qui s'opposait à une telle réutilisation de l'hypothèque[43]. En porte-à-faux avec son époque, la multiplication des transactions commerciales et le développement de la société de consommation semblaient avoir eu raison du principe dont la doctrine contemporaine prédisait alors le déclin[44].

7. La mondialisation du paradigme américain. Ce recul du principe de spécialité en droit des sûretés semblait d'autant plus prévisible que le principe discréditait également le droit français des sûretés réelles sur la scène internationale. En effet, les pays de *common law* organisent leur droit des sûretés sans avoir recours au principe de spécialité. Leur législation paraissait ainsi plus adaptée aux échanges commerciaux et se diffusait plus facilement à l'étranger. Le droit français des sûretés réelles, attaché au principe de spécialité et au caractère réel du gage qui obligeait le constituant à se dessaisir des biens gagés, passait ainsi pour un droit rétrograde comparativement au droit anglais, dont on observait avec curiosité la souplesse du droit des sûretés réelles incarnée par la *floating charge,* ou au droit américain qui avait remplacé en 1951 toutes les sûretés mobilières existantes par une sûreté mobilière sans dépossession unique : le *security interest*. Le modèle américain, fondé sur une conception fonctionnelle de la sûreté mobilière, ne cessait d'ailleurs de faire des émules, si bien que même le droit anglais songeait à se départir de son emblématique *floating charge*[45]. Les provinces de

---

regard de sa maturité, mémoire DEA, 2001-2002 ; R. GOFFIN, *Dette à court terme et dette à long terme*, mémoire DESS, 2001-2002, not. p. 17 : les dettes à long terme sont utilisées pour l'acquisition d'actifs immobilisés, alors que les dettes à court terme sont utilisées pour financer les actifs circulants de l'entreprise. Le risque lié à l'endettement est limité, car « en faisant correspondre la maturité de la dette à la durée de vie de l'actif, le remboursement de la dette à l'échéance est couvert par les cashs flows générés par l'actif sous-jacent ». Le rapport d'enquête, quant à lui, note que « la mission n'a pas constaté de consensus pour une pratique plus risquée du crédit grâce à un recours accru à l'hypothèque. D'importants efforts de conviction seront nécessaires pour enclencher des évolutions d'opinion et de comportement, redonner une meilleure image à l'endettement, sans susciter de rebond des phénomènes de surendettement ». « Certaines propositions portent uniquement sur des changements de pratiques professionnelles ou administratives. Ceux-ci peuvent être utilement engagés sans attendre, mais supposent une impulsion significative venue de l'Etat, compte tenu de l'inertie probable des comportements », *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, conclusion ; 2°) Le développement du crédit immobilier à la consommation était en « contradiction significative » avec la prévention du surendettement : *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 1.4.2 : « Les consultations auxquelles a procédé la mission montrent que la priorité collective est bien une politique très prudente d'octroi des crédits immobiliers, afin d'éviter au maximum les sinistres, considérés comme d'autant plus grave qu'ils mettent en cause le logement lui-même. La plupart des interlocuteurs de la mission […] se rejoignent pour donner la priorité à la prévention du surendettement, quitte à écarter de l'accession à la propriété des catégories marginalement risquées. On ne peut que relever ici une contradiction significative entre ce consensus social et l'objectif de la présente mission : une hypothèque plus accessible ne contribuera vraiment à développer le crédit que si l'on admet… qu'elle puisse être mise en jeu plus souvent ».

[42] *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004, 2.4.1.1 et 2.1.3 *in fine*.

[43] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, p. 18.

[44] P. CROCQ*, passim*.

[45] Voir les deux articles sur la proposition de réforme, R. CALNAN, «*The reform of the law of security* », *BJIBFL* 2004, p.88 ; H. BEALE, «*Reform of the law of security –Another view* », *BJIBFL*, 2004, p.117.

Common law du Canada avaient toutes adopté un modèle de sûreté fondé sur l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* (*article 9 UCC)*[46] qui a introduit le *security interest* en droit américain[47]. La législation canadienne s'était exportée jusqu'en Ukraine[48]. La Nouvelle-Zélande avait également introduit en mai 2002 un nouveau *Personal Property Security Act* (*PPSA*) configuré sur le modèle américain[49]. En outre, le *security interest* inspirait tous les projets d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières. Ainsi, en 1994, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) élaborait une loi type sur les sûretés destinées aux ex-pays de l'Est[50] modelée sur le *security interest*[51] , d'ores et déjà adoptée par une trentaine de pays[52]. De même, le projet de guide élaboré par la Commission des nations unies pour le développement du commerce internationale (CNUDCI), pour mettre en place un « régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles faisant l'objet d'une activité commerciale » [53], était sous influence américaine[54], tout autant que le guide sur les opérations garanties rédigé par l'Asian Development Bank[55], ou que le projet d'uniformisation ou d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières mis en place, à l'échelle des Amériques[56], par l'organisation des Etats américains (OEA).

---

[46] H. C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 38 n°17. De nombreuses provinces canadiennes ont pris pour modèle l'article 9 UCC en vue d'élaborer leur système de sûretés mobilières ; A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°1.

[47] Le premier texte officiel du Code de commerce uniforme américain paraît en 1951 sous le titre de « *1952 Official text* ».

[48] Le Professeur Roderick Mac Donald de l'Université de Mac Gill située à Montréal est le principal artisan de la réforme en Ukraine, J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 11, note de bas de page n°15.

[49] J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 11 n°10.

[50] J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 10 n°7.

[51] H. C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 38 n°18.

[52] J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 10 n°7.

[53] Cité par J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 9.

[54] M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 6 ; J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 13 n°19 ; H. C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 42 n°39. Sur l'insuffisance de la participation des milieux professionnels français à l'élaboration de la *soft law*, « La CNUDCI », Entretien. Trois questions à Valéry TURCEY, *D.* 2008, p. 1392.

[55] J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif sur la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 10 n°6.

8. La déspécialisation des sûretés réelles dans les pays de *civil law*. La colonisation du droit américain avait également fait son oeuvre au Québec, en 1995. Alors que le Code civil du Bas Canada, héritage du Code civil français, distinguait entre l'hypothèque, sûreté immobilière sans dépossession, et le gage, sûreté mobilière avec dépossession, le Code civil du Québec[57], inspiré par les *Personal Property Security Acts (PPSAs)* en vigueur dans les provinces de *common law* du Canada, avait adopté une notion unique de sûreté : l'hypothèque. Le système mis en place n'est, paraît-il, pas en rupture avec la tradition civiliste[58], mais il n'en demeure pas moins que le Québec a introduit des concepts équivalents à la *floating charge* et au *security interest* et qu'il a pris ses distances avec le modèle français attaché au principe de spécialité. Même en Europe[59], le principe de spécialité ne « faisait plus recette » : la Belgique, l'Espagne, l'Italie, la Suisse ou encore l'Allemagne ne lui donnaient pas l'ampleur que lui reconnaissait le droit français ou s'en affranchissaient. La France, à la fin du vingtième siècle, était donc cernée par les législations ouvertes à la sûreté réelle générale et son attachement au principe de spécialité était alors source d'insécurité juridique dans le commerce international[60] car, lorsqu'une sûreté réelle générale mobilière est constituée à l'étranger et qu'un meuble couvert par la sûreté est par la suite déplacé en France, la loi française est compétente en tant que loi du lieu de situation actuelle du bien[61].

---

[56] Créée en 1948, elle regroupe les 35 pays des deux Amériques, A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN,* 2001, vol. 103, p. 51 et s.

[57] Le Code civil du Bas Canada (1966) a été remplacé par le Code civil du Québec adopté en 1991, entré en vigueur le 1er janvier 1994.

[58] J. AUGER, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *RJT*, 1997, vol. 31, p. 633 : « On peut penser que la solution à cette problématique [accroissement et complexité du système des sûretés dès lors que cohabite avec les sûretés réelles traditionnelles la propriété transférée à titre de sûreté] réside dans la réduction systématique du nombre de sûretés créées par la loi, à la limite à une seule, réduction qui, si elle est en plus accompagnée d'une interdiction d'utiliser la propriété à des fins de garantie, aboutit nécessairement à la simplicité et à l'efficacité. Le législateur québécois a été un moment attiré par ce type de solution, mais, en fin de compte, la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés, conception marquée à l'effigie du consensualisme, a prédominé et il a renoncé à emprunter cette voie. Il a certes réduit le nombre de sûretés réelles, bien qu'il soit plus juste d'affirmer qu'il les a regroupées sous le seul concept de l'hypothèque, mais il n'a pas banni les sûretés-propriétés. L'hésitation des législateurs de tradition civiliste face à une solution aussi draconienne se comprend facilement et il ne s'en trouve aucun pour l'instant qui l'ait retenue intégralement. En outre, il est illusoire de croire que tous les problèmes du droit des sûretés réelles tiennent uniquement à leur nombre et que le seul fait de le réduire, même jusqu'à en reconnaître une seule, constitue la recette pour atteindre la simplicité et l'efficacité recherchées par le créancier ».

[59] Son influence sur le droit africain perdure. L'acte uniforme sur les sûretés (AUS) élaboré par l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) a repris la spécialité. Il est incorporé dans le droit national des 15 pays membres, M. GRIMALDI, « L'acte uniforme portant organisation des sûretés », *P. Aff.*, 13 octobre 2004, p.30, n°6.

[60] M. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 504.

[61] Cass. civ. 1ère, 8 juillet 1969, *JCP, éd° G*, 1970, II, 16182, note H. GAUDEMET-TALLON, Cass. civ. 1ère, 3 mai 1973, *RCDIP*, 1974, p. 100, note E. MEZGER ; M. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 488, n°16.

9. **Un facteur d'insécurité du commerce international[62].** Or, l'application de la loi française suppose que la sûreté réelle étrangère puisse être assimilée à un type de sûreté connu du droit français[63], car il est contraire à l'ordre public de reconnaître efficacité à un droit acquis à l'étranger mais ignoré du droit français sur un meuble situé en France[64]. Aussi, dès lors que le principe de spécialité était considéré comme un principe fondamental du droit des sûretés réelles français, les sûretés réelles conventionnelles générales étrangères ne pouvaient être reconnues en France, bien qu'elles aient été valablement constituées à l'étranger ; la sûreté générale étrangère était privée de toute efficacité sur les biens déplacés en France. L'absence de reconnaissance des sûretés réelles conventionnelles générales valablement constituées à l'étranger protégeait le crédit local[65], mais cette protection se faisait nécessairement au détriment du titulaire de la sûreté constituée à l'étranger, ce qui ne faisait qu'accréditer la mauvaise réputation du droit français fustigé pour son inadaptation aux transactions commerciales[66]. Aussi, le principe de spécialité était la marque d'une rigidité peu appréciée dans le commerce international et contribuait à discréditer le droit français des sûretés réelles.

10. **L'ambition de la réforme : le rayonnement du droit des sûretés français.** C'est dans ce contexte que l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, à l'initiative de

---

[62] Sur le conflit mobile et les sûretés mobilières, D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, PUF, 2ème éd., 2010, n°671 et s. ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 10ème éd., 2010, n°656 et s. ; Y . LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé,* Dalloz, 9ème éd., 2007, n°421 et s.

[63] La *floating charge* n'est pas assimilable à un privilège général en raison de son origine conventionnelle, ni à un nantissement de fonds de commerce, en raison, notamment, de l'exclusion des marchandises de l'assiette de la sûreté française. Voir les observations de P. LAGARDE, sous Paris, 19 janvier 1976, *RCDIP* 1977, p. 136, la *floating charge* s'apparente à un « privilège général conventionnel, incompatible avec les principes généraux du droit français des sûretés. Pour être reconnue en France, il faudrait qu'elle soit transformée par son titulaire en une sûreté spéciale. Mais alors, de deux choses l'une. Ou bien le créancier, avant la cristallisation, s'efforce de prendre des sûretés spéciales sur les biens de son débiteur situés en France et sur tous ceux qu'il vient à y acquérir, mais alors, et même à supposer que le créancier ne s'essouffle pas dans cette course-poursuite, ces sûretés spéciales ne laisseront pas au débiteur la liberté de manœuvre qui fait l'originalité de la *floating charge* et l'opération manquera son but. Ou bien le créancier attend la cristallisation de la charge flottante pour prendre ses sûretés spéciales sur les biens sis à l'étranger, mais ces mesures seront la plupart du temps inefficaces, car elles ne prendront effet que du jour où elles auront été accomplies » ; M. ATTAL, « La science comparative, instrument de reconnaissance des sûretés étrangères par le droit français », *RIDC*, 2004, p. 931 et s., qui expose les arguments classiques s'opposant à la transposition en droit français de la *floating charge* et vise, en particulier, le principe de spécialité, mais prône sa reconnaissance en droit français s'appuyant, notamment, sur le déclin du principe en droit français.

[64] Sur le refus de reconnaissance par le juge français des sûretés réelles étrangères sans dépossession en raison de leur incompatibilité avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique français, Cass. civ. 1ère, 8 juillet 1969, *JCP, éd° G*, 1970, II, 16182, note H. GAUDEMET-TALLON, Cass. civ. 1ère, 3 mai 1973, *RCDIP*, 1974, p. 100, note E. MEZGER. Cette situation, concernant la sûreté réelle sans dépossession, devrait s'éclaircir en raison de l'introduction du gage sans dépossession en droit français, pour un point de vue général récent, P. NABET, « Sûretés et droit international privé », *JCP, éd° N*, 5 octobre 2012, p. 53 et s., not. n°5 ; M. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 496.

[65] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, PUF, 2ème éd., 2010, n°671.

[66] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 3.

son Président, Monsieur le Professeur Michel Grimaldi, a sollicité[67] le législateur d'entreprendre une réforme du droit des sûretés. Cette requête a été accueillie favorablement et la réforme annoncée par le Président de la République lors de la célébration du bicentenaire du Code civil. Un des principaux objectifs était de promouvoir le droit français des sûretés réelles afin qu'il puisse servir de modèle aux pays étrangers qui ne le connaissaient pas[68]. Ainsi, le mouvement doctrinal de contestation du principe, qui s'est joué à la fin du vingtième siècle et au début du vingt-et-unième siècle, a été sans précédent ; il n'était que la manifestation d'une volonté de voir rayonner le droit français à l'étranger en lui permettant de rivaliser avec les droits de *common law*. C'était là, certainement, l'ambition du Groupe de travail réuni par Monsieur le Professeur Michel Grimaldi, sous l'égide de l'Association Henri Capitant, et de ses membres[69] qui ont accepté de participer « sans esprit partisan ou corporatiste »[70] à l'établissement du projet de réforme du droit des sûretés. Ce souhait était également celui de la doctrine française qui critiquait le principe de spécialité lui faisant porter, en partie, le lourd fardeau de la rigidité du droit des sûretés réelles français. Ainsi, la doctrine, au début du vingt-et-unième siècle, souhaitait un droit des sûretés français « fort », plus adapté à la réalité économique.

11. Le contenu de la réforme. Un projet de réforme a été élaboré, avec promptitude, par le Groupe de travail. Il proposait que le gage ne soit plus un contrat réel afin de doter le droit français d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession. Puis, pour répondre à la demande du gouvernement de favoriser le crédit hypothécaire mobilier, le Groupe de travail a élaboré l'hypothèque rechargeable.

---

[67] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 51.

[68] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 51 : dans l'ordre international seul « un droit codifié peut tenir lieu de modèle bien plus facilement qu'un droit qui, si riche soit-il, est formé de lois éparses, de strates jurisprudentielles et de théories doctrinales » ; L. AYNES, « Présentation générale de la réforme », *D.* 2006, p. 1289 : « On rêvait, bien sûr, d'un droit des sûretés cohérent, fondé sur un *corpus* présentant les diverses manières de faire sortir un créancier du lot peu enviable des chirographaires. L'ordonnance de 2006 n'accomplit pas ce rêve […] Il faut tout de même saluer cette entreprise sans précédent, qui a permis de constituer un livre IV entièrement consacré aux sûretés. Et qui répond assez bien à l'un des objectifs de la réforme : restaurer la lisibilité du droit français des sûretés, pour les usagers de ce droit et pour les étrangers, notamment ceux qui veulent se doter d'un nouveau droit des sûretés » ; P. CROCQ, p. 58 : « La raison de cet intérêt [pour le principe] se trouve dans l'étude du droit comparé et procède du constat d'un abandon plus ou moins important du principe de spécialité par de nombreux pays étrangers. Ainsi, les droits anglais et américain ont depuis longtemps renoncé à appliquer ce principe en consacrant la floating charge et le security interest et ce délaissement ne se limite plus aux pays de Common Law puisque le phénomène s'est également manifesté, assez récemment, dans des pays francophones dont la culture juridique est proche de la nôtre » ; Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 3.

[69] Le Groupe de travail était présidé par Monsieur le Professeur M. GRIMALDI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.
Ses membres étaient : Monsieur le Professeur L. AYNES, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne, Paris I, A. BAC, représentant la Fédération bancaire française, Monsieur le Professeur P. CROCQ, Professeur à l'université Panthéon-Assas, Paris II, D. DOS-REIS, conseiller à la Cour d'appel de Paris ; E. FREMEAUX, notaire à Paris, A. GOURIO, représentant de BNP-Paribas, A. PROVANSAL, avocat au Barreau de Marseille, Monsieur le Professeur Ph. SIMLER, Professeur à l'université Robert Schuman de Strasbourg et Monsieur le Professeur H. SYNVET, Professeur à l'université Panthéon-Assas, Paris II.

[70] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 51.

Par ailleurs, prenant acte de l'inadaptation du gage au crédit commercial[71], le Groupe de travail a souhaité renforcer l'attractivité du droit français mais aussi faciliter la reconnaissance de certaines sûretés constituées à l'étranger[72]. A cet effet, alors qu'il aurait pu céder à la tentation d'abandonner le principe de spécialité, source stigmatisée de la rigidité du droit des sûretés réelles français, il a préféré souffler au législateur une solution « plus nuancée » [73]. Il lui a proposé de le conserver tout en l'assouplissant[74] afin de renforcer l'efficacité de la sûreté réelle conférée au créancier et favoriser le développement du crédit[75]. Ces propositions se sont concrétisées dans l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006[76]. Le droit des sûretés réelles a été réformé mais, pour autant, le législateur n'a pas succombé à la pression qu'il subissait tant en droit interne qu'en droit international et qui aurait pu conduire à lui faire adopter une sûreté réelle mobilière unique modelée sur le *security interest* de droit américain[77].

12. La nécessité de la reconstruction du principe. Le choix du législateur contemporain, guidé par le Groupe de travail, n'a pas fait l'unanimité au sein de la doctrine. Ainsi, on a pu dire que la réforme du droit français était une « symphonie inachevée », fruit du « manque d'audace » du législateur, qu'elle n'était qu'une réforme civiliste[78], ce qui laissait entendre qu'elle n'apportait que peu

[71] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 11.

[72] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 10.

[73] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 54 : « Des révolutions étaient concevables et souhaitées par certains … Mais l'échec était garanti […].De même des principes traditionnels auraient pu être résolument abandonnés : par exemple le principe de spécialité quant à la créance. Des solutions plus nuancées ont été préférées […] ».

[74] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p.11 et 18 ; P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 31. M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 54, des assouplissements lui ont été apportée car le régime des sûretés réelles paraissait « trop rigide sur le double terrain de la constitution et de l'exécution de la sûreté », car à s'en tenir à leur constitution, elles obéissaient « au principe de spécialité quant aux biens et quant à la créance garantie : principe suivant lequel une sûreté réelle ne peut grever que des biens déterminés et garantir que des créances individualisées » ; D. LEGEAIS, n°541.

[75] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 54 : « Le projet propose de renforcer l'efficacité des sûretés et, par là même, d'aider au développement du crédit en assouplissant leur régime. Le régime actuel paraît en effet trop rigide sur le double terrain de la constitution et de l'exécution de la sûreté. Si l'on s'en tient aux sûretés réelles, leur constitution obéit au principe de spécialité quant aux biens et quant à la créance garantie : principe suivant lequel une sûreté réelle ne peut grever que des biens déterminés et garantir que des créances individualisées ».

[76] Dans les développements ultérieurs, « la réforme » vise la réforme opérée par cette ordonnance dénommée elle-même « l'ordonnance de 2006 ».

[77] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 52. Voir les développements sur le droit comparé et la politique législative, Y. PICOD, n°180 et 181.

[78] D. LEGEAIS, *RTDCom*. 2006, p. 636.

d'amélioration aux inconvénients dénoncés avant qu'elle ne survienne. La modification des dispositions relatives au principe de spécialité quant à la créance garantie a même été qualifiée de réforme « de détail »[79] et son assouplissement est presque passé inaperçu[80]. En effet, avant la réforme, la rationalité du principe avait été fortement ébranlée dans l'étude qui lui avait été consacrée par Monsieur le Professeur Pierre Crocq. L'auteur y prédisait le déclin du principe en droit français. Le principe semblait partiellement ou complètement dénué de fondement et, en partie, privé de spécificité[81]. Il se délitait, car « à l'image des êtres vivants, les règles de droit évoluent en fonction de leur environnement ou lorsqu'elles perdent leur fondement, en tout ou partie, elles s'étiolent »[82]. Or, le principe a été maintenu et, si la réforme du principe de spécialité était attendue et que l'ordonnance de 2006 « touchait » pour la première fois, depuis deux cents ans, aux articles du Code civil consacrés au principe de spécialité en droit hypothécaire, source du principe de spécialité, les modifications qui lui ont été apportées n'ont été que fort peu commentées. La doctrine s'est contentée de reprendre les premiers propos tenus par les initiateurs de la réforme[83]. On indiquait alors que le principe de spécialité connaissait certaines dérogations[84], qu'il était en recul[85], atténué[86], ou plus généralement que la réforme l'avait assoupli[87], mais personne n'exprimait quelle était la teneur de l'assouplissement du principe de spécialité. D'ailleurs, le premier bilan de la réforme du

[79] Ph. DELEBECQUE, « Le régime des hypothèques », *JCP éd°G*, 2006, Etudes 8, p. 29.

[80] U. DROBNIG, « La réforme française du droit des sûretés réelles », *D.* 2007, p. 1488, qui n'évoque pas cet aspect de la réforme.

[81] P. CROCQ, *passim*.

[82] P. CROCQ, p. 59.

[83] Lors de la réforme, les membres de la commission se sont interrogés sur l'assouplissement du principe de spécialité hypothécaire quant à la créance garantie, L. AYNES, « Droit des sûretés : où en est la réforme ? », *Droit et Patrimoine*, octobre 2004, p. 10 ; P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 31 ; M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC,* 2005, p. 796 : « C'est dans cet esprit que sont suggérés plusieurs aménagements du principe de spécialité de l'hypothèque quant à la créance garantie. Ainsi, il serait expressément précisé que l'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures » ; Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p.11 et 18 ; L. AYNES et P. CROCQ, « Le projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC*, 2006, p. 92.

[84] « Des dérogations importantes sont apportées au principe de spécialité quant à la créance garantie afin de permettre la mise en place de crédits garantis par l'hypothèque rechargeable et du prêt viager hypothécaire », D. LEGEAIS, *RTDCom.* 2006, p. 639 ; dans le cas de l'hypothèque rechargeable, L. AYNES et Ph. DUPICHOT, « Janvier 2006 – octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 90.

[85] D. LEGEAIS, *RTDCom.* 2006, p. 641 ; P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 30 ; Propos de A. CERLES, in « La réception de l'ordonnance sûretés par les praticiens », *P. Aff,* 28 avril 2006, n°85, p. 10, qui évoque la « fin d'une certaine façon du principe de spécialité ».

[86] M. BOURASSIN,V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2061 ; D. LEGEAIS, n°543.

[87] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 11 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°406.

droit des sûretés, publié en avril 2012, évoque la nécessité de définir « le bon usage »[88] du principe de spécialité et Monsieur le Professeur Laurent Aynès et Monsieur le Professeur Pierre Crocq marquent, eux-mêmes, un doute quant à leur propre compréhension du principe de spécialité que la réforme aurait modifié[89]. Le principe est manifestement, depuis la réforme, désorienté ; il faut, à présent, le guider sur le chemin de la cohérence. Le droit français des sûretés réelles n'apparaîtra, alors, plus comme un droit archaïque parce qu'il a maintenu le principe de spécialité, mais comme un droit moderne et rationnel car il saura dire pourquoi il l'a maintenu et quelle en est la portée. Le modèle français, fondé sur le principe de spécialité, pourra alors être soutenu par l'ensemble de la doctrine et être proposé à l'exportation parce qu'il est équilibré dès lors qu'il permet de conjuguer la flexibilité de la sûreté et la protection du débiteur, chère à la tradition juridique française[90]. La réforme a bienheureusement maintenu le principe moribond, c'est donc au tour du principe de « porter » le droit des sûretés réelles français pour le hisser à la hauteur des espérances suscitées par l'annonce de sa réforme.

13. Le « fil conducteur ». Ce travail ne peut être entrepris qu'autant que la doctrine puisse, elle-même, suivre un « fil conducteur » qui lui permette de guider le principe. En réalité, si la doctrine contemporaine ne retrouve pas, après la réforme, le chemin rationnel pour articuler le principe, c'est qu'elle ne l'a jamais compris. Précisément, ce qui a conduit à rigidifier le droit des sûretés réelles n'est pas le principe de spécialité, que le législateur originel avait introduit en droit français en vue de développer le crédit, mais sa construction théorique par la doctrine traditionnelle dont la doctrine contemporaine n'a fait qu'hériter et sur laquelle elle n'est revenue que peu avant la réforme. Le sens du principe, en dépit de sa construction séculaire, n'a pas été correctement saisi. La reconstruction du principe en droit contemporain doit donc débuter par un retour à ses sources originelles pour mettre en lumière les carences de sa conception traditionnelle. La thèse oblige, ainsi, à revenir sur la

[88] L. AYNES, « Conclusion » *in* « Réforme des sûretés : premiers bilans », *Droit et patrimoine*, avril 2012, p. 99, suite aux développements consacrés par Monsieur le Professeur Ph. STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *in* « Réforme des sûretés : premiers bilans », *Droit et patrimoine*, avril 2012, notamment p. 66 qui s'interroge sur les « bornes du principe de spécialité » et souligne la nécessité de le préciser.

[89] L. AYNES et P. CROCQ, n°662 : « La réforme des sûretés a modifié la compréhension de ce principe : comme l'hypothèque peut être constituée pour une créance future et qu'elle peut être rechargeable, l'attention se porte sur la détermination de la charge hypothécaire et sur la durée de celle-ci, plutôt que sur la créance garantie elle-même … ». Les points de suspension indiquent bien une certaine perplexité des auteurs quant à la compréhension actuelle du principe.

[90] M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 53 : La protection du débiteur est le second objectif poursuivi par le législateur lors de la réforme qui respecte ainsi « l'un des traits majeurs de la tradition juridique française, et plus largement de la tradition juridique latine, […] de ne pas tout sacrifier à l'efficacité économique, mais de faire sa part à l'impératif de protection. L'ordre juridique du Code civil ne se réduit pas à un ordre marchand, il est aussi un ordre social : selon la belle expression du doyen Cornu, un Code civil n'est pas *lex mercatoria* mais *res publica* ».

genèse du principe, car il ne peut avancer sûrement vers l'avenir qu'après avoir mis de l'ordre dans son passé.

14. Annonce. Aussi, le Groupe de travail en proposant au législateur de maintenir le principe de spécialité en droit français n'a pas fait preuve de timidité. Soucieux d'introduire plus de réalisme en droit des sûretés, il a intuitivement retrouvé l'élan du législateur originel en suggérant au législateur contemporain de maintenir le principe en droit français tout en adoucissant les effets rigoureux qu'on lui avait fait produire à tort. Le législateur a été inspiré ; le principe de spécialité devait être préservé en droit français. Les grandes réformes ne se font pas en mettant à terre les bastions érigés depuis des siècles[91] pour s'emparer des idoles étrangères mais elles revisitent les vestiges du passé. La création n'est pas un piétinement de la tradition, elle en est le dépassement. Ainsi, le choix du Groupe de travail en maintenant le principe de spécialité n'était pas des plus faciles mais il était le plus ambitieux. Il était le choix de la confiance dans le législateur originel qui, poursuivant un objectif pratique, avait introduit le principe de spécialité dans le Code civil pour favoriser le développement économique. Il était également le choix du dépassement : en maintenant le principe en droit français alors même que sa rationalité avait été fortement ébranlée avant la réforme, il enjoignait à la doctrine de revenir aux sources originelles du principe (première partie) afin qu'elle puisse l'orienter en droit contemporain (deuxième partie).

Première partie : Le retour aux sources originelles du principe

Deuxième partie : L'orientation du principe en droit contemporain

[91] Pour l'image d'une citadelle assiégée, L. AYNES et Ph. DUPICHOT, « Janvier 2006 – octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 90.

Première partie : Le retour aux sources originelles du principe

15. Un principe de droit hypothécaire. Le principe de spécialité est né des nécessités du droit hypothécaire ; on parle, ainsi, fréquemment du « principe de spécialité de l'hypothèque ». Introduit en droit français par la loi du 11 Brumaire an VII (1er novembre 1798), il est en vigueur depuis cinq ans au moment de l'élaboration du Code civil. Au cours des débats préparatoires, dans la section du Conseil d'Etat chargée de l'élaboration du Code civil, s'affrontent les partisans d'un retour au système de l'ancien droit, reposant sur l'hypothèque occulte et générale, et les partisans du nouveau système fondé sur les principes de publicité et de spécialité de l'hypothèque. Les discussions sont menées avec ferveur[92]. « Pour » ou « contre » le principe de spécialité, la commission est partagée[93]. Le Premier Consul demande l'établissement de deux rapports, l'un présentant le système de la loi du 11 brumaire an VII[94] et l'autre le système de l'ancien droit[95]. Il tranche lui-même la discussion[96] et impose le principe de spécialité tout en lui accordant une ampleur moindre que celle qui lui était conférée par la loi du 11 brumaire an VII. Reprise d'un principe révolutionnaire, le principe de spécialité marque la fin de l'ancien droit, tout autant que le principe de publicité de l'hypothèque[97] qu'il accompagne et avec lequel il a toujours été combiné.

[92] P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII, dans ce titre, on croise, tous à la fois, des fripons (p. 237), l'hydre de la chicane (p. 231), la nation dépravée (p.232), le tombeau du crédit (p.283), la loi vengeresse de la fraude (p.293), les bases vicieuses du système (p.293), l'odieuse inquisition (p.238), le crédit fondé sur la fraude et la fourberie (p.300), la jeunesse victime de ses passions et de la cupidité des créanciers (p.254), l'ordre social ébranlé (p.240), l'innovation effrayante (228), les arènes judiciaires (p.235)…

[93] Le projet établi par la commission de réforme du Code civil consacrait le principe de la généralité des hypothèques, reprenant l'édit de 1771. Deux membres de la commission ont voté pour ce projet ; quatre membres ont voté contre et se sont déclarés favorables au maintien du système mis en place par la loi du 11 Brumaire An VII; les deux derniers membres de la commission ont déclaré ne pas avoir d'avis et on été comptés au nombre de ceux qui votaient pour le projet, P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII, p. 223, 282 et 283.

[94] Rapport de la section de législation par M. REAL, *in* P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII, p. 281 et s.

[95] Rapport de la section de législation par M. BIGOT-PREAMENEU, *in* P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII, p.223 et s.

[96] P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII, p. 325.

[97] Pour l'histoire de la publicité foncière et sa place centrale dans les choix révolutionnaires, voir A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 199 et s.

16. Un principe pragmatique. Il est introduit en droit français afin d'apporter des améliorations propres à faciliter le crédit hypothécaire. Les discussions relatées dans les travaux préparatoires, sur le dix-huitième titre du Code civil, *Des privilèges et hypothèques,* portent d'ailleurs toutes sur les avantages et les inconvénients du système mis en place par la loi du 11 brumaire an VII[98], comparé à celui de l'ancien droit, afin d'opter pour le système le plus efficace. En outre, ce sont les observations des magistrats du Tribunal de cassation, au fait des dysfonctionnements du système hypothécaire de l'ancien régime, qui servent de base à l'élaboration du système hypothécaire adopté par le Code civil[99]. Sur leurs recommandations, le législateur reprend *grosso modo* le système de la loi du 11 brumaire an VII. En 1804, l'introduction du principe de spécialité en droit français est donc riche de sens : elle symbolise la rupture avec le système hypothécaire de l'ancien régime en vue d'assurer le développement du crédit hypothécaire que le législateur souhaite encourager. La *ratio decidendi* à l'origine du principe est, comme pour l'ensemble de la nouvelle législation hypothécaire, purement pragmatique[100]. Pourtant, le principe a rigidifié le droit des sûretés réelles. Cette inadaptation du principe à sa réalité économique, dénoncée avec tant de vigueur à la fin du vingtième siècle, manifeste, ni plus ni moins, que la doctrine n'a pas su le saisir et que cette lacune perdure depuis plus de deux siècles. La construction traditionnelle du principe ne lui a jamais donné corps ; elle n'est qu'artifice. Aussi, le principe est toujours, là, tapi dans les origines du droit hypothécaire moderne attendant qu'on le révèle. L'artificialité du principe de spécialité de l'hypothèque (titre 1), tel qu'il a été présenté par la doctrine traditionnelle, justifie que la doctrine contemporaine revienne au fondement du droit hypothécaire pour en saisir l'authenticité (titre 2).

Titre 1 : L'artificialité du principe de spécialité de l'hypothèque

Titre 2 : L'authenticité du principe de spécialité de l'hypothèque

---

[98] Le nouveau système hypothécaire devait permettre à l'acquéreur de trouver « sécurité dans son acquisition, facilité, sécurité dans sa libération », au vendeur de « toucher promptement et sans frais le prix de l'immeuble non grevé qu'il aura vendu » et au créancier d'être payé, en l'acquit du vendeur, « promptement et à peu de frais », *in* P.A. FENET, t. 15, p. 284-285. REAL poursuit : « la loi qui procurera tous ces avantages sera parfaite et ne présentera aucun inconvénient ; mais nous affirmerons et nous prouverons facilement que, comparée à tout ce qui a précédé en France la loi de brumaire an VII, elle, approchera le plus de la perfection, et offrira, sans aucune comparaison, beaucoup moins d'inconvénients ». Les observations du Tribunal de cassation ne sont pas moins orientées vers la pratique du crédit hypothécaire : « La perfection du système hypothécaire sera atteinte, si le créancier obtient la sûreté de son paiement par la solvabilité certaine du débiteur ; si le débiteur conserve l'usage facile de tout le crédit que ce qui lui reste de moyens doit lui procurer ; si le paiement s'opère par les moyens les plus simples et les moins dispendieux… », *in* FENET, t. 2, p. 607.

[99] L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1020 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°695.

[100] Not. S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°1.

TITRE 1 : L'ARTIFICIALITÉ DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE

17. L'absence d'étude du principe. Jusqu'à la moitié du vingtième siècle, la doctrine est tellement subjuguée par l'efficacité pratique du principe de spécialité de l'hypothèque, qu'elle s'emploie juste à le répandre dans les arcanes du droit français, sans guère prendre le temps de l'observer davantage. La teneur du principe donne lieu à quelques discussions qui sont closes au milieu du vingtième siècle. Aussi, les développements qui lui sont consacrés dans les manuels à la fin du vingtième siècle sont, comme on l'a relevé[101], tous, à peu près, similaires. La doctrine traditionnelle n'est donc jamais revenue sur le principe. Elle n'y a, d'ailleurs, guère été incitée car le contentieux était lui-même quasi inexistant. En effet, les institutions judiciaires n'ont eu que rarement l'occasion de se prononcer sur des affaires mettant en cause le principe de spécialité[102] que la Cour de cassation n'a pourtant pas hésité à consacrer dans un arrêt du 6 février 1939[103], qui figure depuis avec constance dans *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*[104]. Le commentaire de cet arrêt, dans la quatrième édition de l'ouvrage en 1964 est identique, au mot près, à celui inséré dans la douzième édition, parue en 2008. L'arrêt, en dépit de sa diffusion, est, d'ailleurs, étonnement peu commenté. Ainsi, le principe est devenu une relique sacrée que la doctrine traditionnelle s'est contentée de transmettre à la doctrine contemporaine qui n'a songé que récemment à remettre l'ouvrage sur le métier[105], car le principe était trop rigide. La doctrine, depuis plus de deux cents ans, n'a donc pas conscience de l'artificialité du principe de spécialité. Elle doit lui être révélée, ce qui nécessite de revenir sur la théorie hypothécaire mise en place par la doctrine traditionnelle dès le début du dix-neuvième siècle. En effet, en dépit des apparences, l'hypothèque n'a pas encore trouvé sa place en droit moderne ; sa conception théorique n'a pas épousé le bouleversement législatif survenu en 1804. Elle est, depuis tout ce temps, une réalité concrète qui fonctionne sous des concepts d'emprunt qui ne révèle pas sa

[101] P. CROCQ, p. 58 : Monsieur le Professeur CROCQ remarque dans son article, rédigé en 2001, que le principe était traité « d'une façon assez similaire dans tous les ouvrages consacrés au droit des sûretés et l'absence actuelle de publication d'articles de doctrine qui soient consacrés à une étude générale de ce thème ».

[102] Les arrêts datent, presque tous, du dix-neuvième siècle et ne concernent que l'application du principe rendue difficile en raison de l'absence de cadastre fiable. La désignation individuelle des immeubles était peu praticable. Le débat judiciaire s'est tari à mesure que le cadastre a permis d'identifier avec précision les immeubles hypothéqués, voir infra n°39.

[103] Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 145, obs. R. RODIERE, *D*. 1939, I, 53, obs. J. PLASSARD.

[104] H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4ème éd. refondue par JULLIOT de la MORANDIERE et A. WEILL, Dalloz-Sirey, 1964, p. 552 ; H. CAPITANT, Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, 12ème éd., Dalloz, 2008, p. 899.

[105] Voir la très précieuse étude de Monsieur le Professeur P. CROCQ.

véritable identité. Cette mise sous tutelle de l'hypothèque (chapitre 1) a, ainsi, conduit à occulter le principe de spécialité avec lequel elle fait corps (chapitre 2), si bien que sous l'apparence d'un principe bien réel, celui-ci n'est lui-même qu'illusion.

Chapitre 1 : La mise sous tutelle de l'hypothèque

Chapitre 2 : L'occultation du principe

Chapitre 1 : La mise sous tutelle de l'hypothèque

18. La pusillanimité du droit hypothécaire face au droit des contrats. Le droit des sûretés est un droit « jeune ». C'est seulement à compter de la moitié du vingtième siècle, que tous les traités de droit civil ont consacré un ouvrage rassemblant en un seul volume les sûretés réelles et personnelles. Auparavant, un ou deux volumes étaient exclusivement consacrés à l'hypothèque et aux privilèges ou aux sûretés réelles au sein desquels une place de choix était réservée à l'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle, légale, ou judiciaire. Le cautionnement était évoqué avec les contrats spéciaux[106] et son traitement était bien différencié de celui de l'hypothèque. Aujourd'hui, les manuels rassemblent les sûretés réelles et personnelles sous la dénomination commune de « Droit des sûretés ». Le cautionnement figure en tête de présentation des manuels, tandis que l'hypothèque qui a été, pendant tout le dix-neuvième siècle, l'égérie du droit des sûretés, s'est retirée en fin de manuel. La sûreté personnelle principale, à partir de laquelle l'ensemble du droit des sûretés personnelles est ordonné, est le cautionnement qui résulte, pour l'essentiel, de l'échange des consentements[107]. Aussi, d'une manière générale, la conception du droit des sûretés focalise sur la naissance de la sûreté lorsqu'elle résulte d'un accord de volonté. Emporté par le mouvement général de contractualisation du droit des sûretés, le droit hypothécaire a ainsi été progressivement placé sous tutelle contractuelle.

19. La pusillanimité du droit hypothécaire face au droit du patrimoine. Par ailleurs, dès le début du dix-neuvième siècle, la théorie du patrimoine est enseignée en droit français (la première édition de l'ouvrage d'Aubry et Rau paraît en 1839). Elle repose sur une classification bipartite des droits patrimoniaux : les biens et les obligations forment le contenu du patrimoine. Les droits, réels et personnels, dont la personne est titulaire sont présentés sous l'angle de l'enrichissement qu'ils lui

[106] Le cautionnement est étudié avec les contrats spéciaux par les anciens auteurs ; tous les manuels contemporains ont, à présent, intégré les développements relatifs au cautionnement en tête des manuels de droit des sûretés, voir la note de bas de page n°2, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles* : « Le dernier grand traité de droit civil à procéder ainsi est celui de M. PLANIOL et G. RIPERT. Le cautionnement est étudié (par P. SAVATIER) dans le t. XI, relatif aux contrats civils » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°105 qui évoque la place modeste réservée au cautionnement par les auteurs du dix-neuvième siècle, parmi les « petits contrats », opposés aux « grands contrats » que sont la vente et l'échange.

[107] La présentation est retenue par tous les manuels. Voir notamment, M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELIER, dont le manuel débute par une première partie consacrée aux sûretés personnelles dont le titre 1 s'intitule « Le cautionnement : la sûreté personnelle de référence », dont le chapitre 1 s'intitule lui-même « Le contrat de cautionnement ». Pour une approche différente qui met en avant, en premier lieu, les caractéristiques du cautionnement et n'aborde qu'en second lieu la formation du cautionnement, voir L. AYNES et P. CROCQ.

procurent ; ils sont ses richesses. Seuls, le propriétaire et le créancier sont « riches » [108]. Les sûretés sont des droits secondaires[109] ; elles ne sont que le recours du créancier en cas d'inexécution de ce qui lui est dû par le débiteur. Aussi, bien qu'elles ne procurent aucun enrichissement à leur titulaire, elles ont été construites par référence à l'ordonnancement patrimonial majeur. Les sûretés réelles et les sûretés personnelles, sont, en conséquence, considérées comme des sous-catégories du droit des biens et du droit des obligations : des droits vides de toute utilité économique mais, tout de même, rattachés aux deux catégories principales, bien et obligation. L'hypothèque a été, ainsi, conçue dans l'arrière-cour des droits patrimoniaux. Sa conception traditionnelle a été placée, à la fois, sous la tutelle du contrat (section 1) et du patrimoine (section 2).

Section 1 : La tutelle du contrat

20. L'hypothèque conventionnelle : le modèle. Le droit des sûretés réelles est conçu à partir de la sûreté réelle conventionnelle, tout comme le droit commun des sûretés réelles est établi à partir des sûretés réelles conventionnelles[110]. En effet, relève-t-on[111], s'il fallait réduire le droit commun des sûretés réelles à leurs seules caractéristiques communes, toutes les règles relatives à la constitution de la sûreté réelle conventionnelle seraient exclues du *corpus* de droit commun, et comme les sûretés réelles conventionnelles sont les plus fréquentes, ce droit commun présenterait bien moins d'utilité. Il est, d'ailleurs, notable que l'on évoque la « constitution »[112] de l'hypothèque pour l'hypothèque légale et judiciaire, alors que le terme n'est adapté qu'à la seule hypothèque conventionnelle ou que l'on confère à l'hypothèque conventionnelle valeur de modèle[113]. Ainsi, la doctrine adopte une

[108] Pour l'emploi de cette expression évocatrice par Monsieur le Professeur M. GRIMALDI qui a, dans un article consacré à la fiducie, souligné à propos de la fiducie-sûreté, que le créancier n'était riche que de sa créance et « non point de la propriété fiduciaire, qui conforte cette créance mais n'y ajoute aucun supplément de richesse. Corrélativement, la propriété fiduciaire n'est pas source de crédit », « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Def.* 19991, art. 35085, p. 897, n°12.

[109] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Sûretés. Publicité foncière*, Editions Cujas, 10ème éd°, 2000, Avant-propos L. AYNES : « Le siècle qui s'est achevé aura été le témoin d'un grand essor du droit des sûretés, qui ne sont pourtant que les auxiliaires du principal, le rapport d'obligation ».

[110] L. AYNES et P. CROCQ, n°415 : « Les sûretés conventionnelles sont de beaucoup les plus nombreuses et c'est à elles que l'on se réfère afin de fixer les caractéristiques des sûretés réelles ; en quelque sorte, elles constituent le droit commun ».

[111] L. AYNES et P. CROCQ, n°415.

[112] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, n°227 : J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* voir le plan général du sous-titre II « La constitution de la sûreté réelle » retenu par les auteurs.

[113] L. AYNES et P. CROCQ, n°630.

présentation de l'hypothèque à partir de l'hypothèque conventionnelle. Cette présentation, bien qu'elle paraisse opportune, n'en est pas moins à l'origine de l'artificialité de la conception traditionnelle de l'hypothèque, car elle conduit à mettre un voile contractuel sur le formalisme hypothécaire qui occulte sa spécificité.

21. L'assimilation de la convention d'hypothèque au contrat d'hypothèque. La convention est le « nom générique donné – au sein des actes juridiques – à tout accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque »[114]. Le contrat est une espèce de convention ; il est, parmi les conventions, celle qui a « pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété »[115]. La distinction entre les deux termes, reprise par le Code civil[116], est aujourd'hui considérée comme désuète[117]. Par ce glissement de vocabulaire, les deux expressions de « convention d'hypothèque » et « contrat d'hypothèque » sont aujourd'hui considérées comme synonymes[118]. Aussi, la convention d'hypothèque est un contrat « comme les autres » ; elle n'est pas plus spécifique que la constitution ou le transfert de tout droit autre droit réel immobilier. Dès lors que l'hypothèque est présentée à partir de l'hypothèque conventionnelle qui sert de modèle, l'attention accordée aux conditions de forme est plus que relative et le formalisme de l'acte notarié et de l'inscription rencontré en droit hypothécaire, est naturellement assimilé au formalisme que l'on peut parfois rencontrer en droit des contrats. La conception traditionnelle du formalisme

---

[114] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd°, 2000, V° Convention, I. 1.

[115] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd°, 2000, V° Contrat, 1.

[116] *Répertoire général alphabétique du droit français*, A CARPENTIER et G. FREREJOUAN DU SAINT, t. 14, 1895, *V°* Contrat, n°7 : « Le Code civil adopta les principes de notre ancien droit ; comme Pothier il distingua la convention du contrat, réservant ce nom à la convention formée en vue de faire naître des obligations ».

[117] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°49, les auteurs soulignent que « la distinction du contrat et de la convention n'a plus guère d'intérêt ; elle ne se rencontre pas dans les codes modernes. Dans la pratique, et même parfois dans le Code civil, on emploie indifféremment les deux termes » ; *Répertoire général alphabétique du droit français*, A CARPENTIER et G. FREREJOUAN DU SAINT, t. 14, 1895, *V°* Contrat, n°8.

[118] Démarche traditionnelle, dont l'emprunt est souligné par S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°3 : « Tout d'abord, en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, il ne faut jamais oublier qu'il s'agit d'un contrat. Ainsi les principes relatifs au contrat doivent être observés ». La première partie de l'article s'intitule : « L'hypothèque des biens à venir et les principes du contrat » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°392 : « L'hypothèque conventionnelle est d'abord un contrat soumis, en tant que tel, à la théorie générale des obligations » ; P. CROCQ, *passim*. Déjà, P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°668.
Voir cependant, J-L. AUBERT et S. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, SIREY, 13ème éd°, 2010, n°212 : « L'objet des conventions peut être, tout d'abord de créer des droits réels, à l'exclusion de la propriété. Telles sont les conventions constitutives d'un usufruit, d'une servitude – droits réels principaux – ou encore, d'hypothèque ou de gage – droits réels accessoires. Ensuite, il existe une catégorie de conventions dont le particularisme est d'engendrer des obligations […]. Ces conventions génératrices d'obligation sont les contrats […] » ; pour la présentation de cette distinction qui existait sous l'ancien droit, *Répertoire général alphabétique du droit français*, A CARPENTIER et G. FREREJOUAN DU SAINT, t. 14, 1895, *V°* Contrat, n°2 : « Tout contrat est une convention ; mais, en sens inverse, toute convention n'est pas un contrat. La convention est le genre et le contrat l'espèce. Il y a des conventions qui créent des obligations, d'autres qui les modifient, d'autres enfin qui les éteignent. Le contrat est la convention créatrice d'obligation ».

hypothécaire est, peut-on dire, contractuelle. L'hypothèque naît de la seule volonté des parties. Ni l'acte notarié, ni l'inscription ne participent à constituer l'hypothèque ; le premier n'est qu'un mode d'expression de la volonté, tandis que la seconde n'est qu'un mode d'opposabilité. En droit hypothécaire, l'acte notarié (§1) et l'inscription (§2) ne sont pas spécifiques.

§1 L'acte notarié

22. Le principe du consensualisme. Le consensualisme irrigue le droit des contrats. Par principe, le contrat est consensuel : il peut être conclu sous une forme quelconque ; il résulte du seul échange des consentements[119]. La volonté engage, à elle seule, celui qui en est l'auteur : *solus consensus obligat*[120]. Evidemment, la volonté pour produire ses effets doit tout de même être extériorisée : *voluntas in mente retenta voluntas non est*[121]. Toutefois, le contrat demeure un contrat consensuel, car seule la volonté détermine la manière dont elle doit se manifester pour produire ses effets[122]. Cependant, alors que dans un système consensualiste, tous les modes d'expression de la volonté sont tenus pour équivalents[123] (l'écrit, la parole ou le geste[124]), la loi, à raison de la gravité de l'acte conclu, peut commander à la volonté de s'exprimer selon un mode déterminé[125]. A la volonté, par principe seule nécessaire à former valablement l'acte juridique, sous réserve du respect des exigences de fond, s'ajoute alors une condition de forme. Cette condition de forme impose l'emploi d'un « langage » déterminé[126], dénommé « solennité » ; l'acte est dit « solennel ». La solennité à laquelle est subordonnée la validité du contrat est une condition de forme *ad validitatem*, mais elle n'est qu'un mode d'expression de la volonté. La rédaction d'un acte authentique est la solennité la plus

---

[119] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd°, 2000, V° Consensuel, 1.

[120] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°129.

[121] Cité par M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 22.

[122] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 30.

[123] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°127.

[124] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°127.

[125] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°127 ; M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 30 : « La forme solennelle est le mode d'extériorisation du consentement dans les actes juridiques solennels ».

[126] Au sens de langage parlé, écrit ou gestuel.

courante[127]. Dans la présentation traditionnelle, l'acte notarié, forme d'acte authentique, est le mode impératif d'expression de la volonté pour constituer l'hypothèque.

23. L'acte notarié : la « bouche » du constituant. La volonté d'hypothéquer du constituant doit, impérativement, être recueillie en la forme authentique. L'acceptation du créancier peut n'intervenir que par acte sous seing privé[128] ; elle peut même être tacite[129]. L'acte notarié est, donc, le mode impératif d'expression de la volonté d'hypothéquer du constituant. Evidemment, la volonté du créancier doit rencontrer celle du constituant pour constituer l'hypothèque, mais les deux volontés peuvent se rencontrer en dehors de l'acte notarié, dès lors que celle du constituant est exprimée par acte notarié. L'acte notarié est la « bouche » du constituant, l'instrument (l'*instrumentum*) au moyen duquel s'exprime sa volonté de conclure l'hypothèque (le *negotium*[130]), mais l'*instrumentum* ne participe pas au *negotium*. Aussi, les mots utilisés par le notaire, pour rédiger son acte, ne font qu'exprimer la volonté du constituant qui emprunte la langue du notaire.

24. La qualification d'acte de disposition. Dans cette présentation traditionnelle, l'acte notarié n'est que la manifestation d'un formalisme de protection du constituant de l'hypothèque[131], dont le consentement doit être éclairé à raison de la gravité de l'acte d'hypothèque. En effet, depuis le dix-neuvième siècle, l'hypothèque est présentée comme un acte de disposition[132]. C'est que, disait-on,

---

[127] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd°, 2011, n°537 ; M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 290.

[128] Cass. req, 4 décembre 1867, *S*. 1868, I, 252 ; Cass. req. 3 novembre 1903, *DP*, 1906, I, 529 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°450 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°911, et les références citées ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°583.

[129] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°450.

[130] Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8ème éd°, 2009, n°217 : « D'une manière générale, les actes juridiques sont des manifestations de volonté accomplies en vue de produire des effets de droit et sans lesquelles ces effets ne se produiraient pas. De cette manière, correspondant à l'usage le plus fréquent, c'est l'opération juridique envisagée quant au fond – le negotium – qui est désignée ».

[131] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°450 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°909 : « L'exigence d'un acte notarié pour la validité de l'hypothèque (C . civ., art. 2416) est considérée, dans la communauté des juristes, comme destinée à protéger le seul débiteur constituant » ; Ph. THERY, n°123.

[132] P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire - traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mise en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1868, n°609 : « Pour pouvoir conférer hypothèque, il faut avoir la faculté de disposer de la chose hypothéquée […]. Ainsi, ce que le législateur exige ici, ce n'est pas une capacité telle quelle, la capacité de s'obliger, c'est une capacité spécialement déterminée, la capacité d'aliéner. L'hypothèque étant un acte d'aliénation, la disposition de la loi est parfaitement conséquente » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1324 : « Pour pouvoir hypothéquer un immeuble, il faut avoir la capacité de l'aliéner […]. La raison en est que, l'hypothèque étant un démembrement de la propriété ou un droit réel sur un immeuble, la constitution d'hypothèque est une aliénation partielle […]. A ce motif excellent on en

l'hypothèque « n'est pas autre chose historiquement que la concession du droit d'aliéner (*jus distrahendi*) conférée au créancier par le propriétaire du bien »[133]. Elle comprenait le risque de l'aliénation du bien hypothéqué : à défaut de paiement de la créance, le bien peut être saisi et vendu ou attribué au créancier. Le débiteur risquait ainsi la perte de l'immeuble hypothéqué. Aliénation « partielle »[134] ou « en germe »[135], l'hypothèque a « le venin à la queue » [136] disaient les anciens. La qualification d'acte de disposition est, pourtant, approximative, car l'hypothèque ne confère pas le droit de vendre le bien[137]. Actuellement, l'hypothèque n'est plus présentée comme conférant le droit de saisir et faire vendre le bien hypothéqué. Pour autant, la plupart des auteurs approuvent l'opportunité de la qualification, car ils considèrent que l'hypothèque est un acte grave qui justifie le recours au formalisme de protection dont on la recouvre.

25. L'utilité du recours à la forme. L'intervention du notaire se justifie par « l'intérêt du débiteur : l'emprunt hypothécaire est d'autant plus dangereux que son caractère menaçant n'apparaît pas à première vue, parce qu'il laisse au débiteur l'espoir de conserver son immeuble ; l'emprunteur a donc grand besoin des conseils d'un officier public »[138]. La condition de forme protège donc le constituant contre un engagement irréfléchi[139]. C'est la justification traditionnelle du formalisme : « dans un régime où l'on est lié sans formes, *l'attention* n'est pas attirée sur le contrat que l'on conclut. On

ajout souvent un autre. L'hypothèque, si elle n'est pas une aliénation, en contient tout au moins le germe ; car l'expropriation est son dénouement fatal […] » ; G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°501 : l'hypothèque est « traditionnellement considérée comme une aliénation en puissance de la chose » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°917 : « L'hypothèque est un acte d'aliénation » ; Ph. THERY, n°119 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2025; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, n°279.

133 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°353 ; voir la présentation de l'hypothèque comme « le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance. Ce droit d'hypothèque est un droit dans la chose, *jus in re* », M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, 1846, p. 423.

134 Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°403 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n° 172.

135 G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1324.

136 G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1324.

137 G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1324 : « Nous disons que cette considération n'est pas absolument satisfaisante. Car toute obligation, si elle n'est pas acquittée, conduit ou peut conduire à une expropriation forcée » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°669.

138 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°446.

139 M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°910 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1316 ; Y. PICOD, n°312.

risque donc de s'engager à la légère, soit d'être victime des manœuvres frauduleuses de son cocontractant. On risque même d'être engagé sans s'en rendre compte, puisqu'aucun signe extérieur ne sépare les négociations préalables du consentement définitif. L'accomplissement des rites obligatoires prévient ces dangers : il permet de « savoir où l'on va ». Par là, le formalisme est protecteur de la volonté : protecteur de chacune des parties contre elle-même et contre l'autre. Il évite « les surprises du consentement » : considération – morale, elle aussi – qui n'est pas négligeable »[140]. Dans la conception traditionnelle, l'acte notarié, au même titre que toute autre condition de forme en droit des contrats, assure la protection du constituant dont elle éveille la conscience[141].

26. Vers la disparition de la solennité. Poursuivant jusqu'au bout la logique contractuelle dans laquelle la doctrine traditionnelle l'a placée, la doctrine contemporaine fait remarquer que l'hypothèque n'est pas un acte plus grave que l'obligation[142]. Seule l'obligation est source de l'endettement et non l'hypothèque : lui seul est la seule source de risque de saisie pour le débiteur, car c'est lui qui créé le risque de l'aliénation du bien en donnant prise au droit de gage général[143]. Le constituant n'aurait donc pas besoin d'être protégé lors de la constitution de l'hypothèque. On en déduit, alors, contrairement à la solution traditionnellement établie[144], que l'hypothèque par acte sous seing privé devrait être admise[145]. Il faudrait logiquement écarter en droit hypothécaire les manifestations du formalisme de protection. L'analyse est, elle-même, corroborée par la validité de la constitution des promesses d'hypothèque par acte sous-seing privé[146]. En effet, dès lors qu'il est

---

[140] J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique. Le contrat – Formation – Effets – Actes unilatéraux – Actes collectifs*, Dalloz, 14ème éd., 2010, n°301. D'une manière générale, pour la relation entre la protection des parties et le formalisme, A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12ème éd., 2010, n°101 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd., 2011, n°535 et 545 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°132.

[141] A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12ème éd., 2010, n°107.

[142] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°570.

[143] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°635.

[144] Une telle hypothèque a toujours été frappée de nullité absolue, Cass. req. 3 novembre 1903, *D.* 1906, I, 259 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 13, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1927, avec le concours de E. BECQUE, n°450 ; L. AYNES et P. CROCQ, n°661. *Adde,* Y. PICOD, n°314, pour une présentation ne se fondant pas sur le formalisme de protection : « La solennité est un élément de formation du contrat d'hypothèque sanctionnée par la nullité absolue du contrat. Elle pourra par conséquent être invoquée par les parties comme par les tiers qui y ont intérêt. L'irrégularité de l'acte peut résulter de l'absence de l'officier ministériel, mais aussi du fait qu'il a instrumenté hors de son ressort, comme de l'inobservation des formalités imposées par la loi ou de toute irrégularité de l'acte. Il ne s'agit donc pas d'une nullité de protection, l'intérêt du crédit – autrement dit, l'*intérêt général* – étant en jeu ».

[145] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°583.

[146] Cass. req., 5 novembre 1860, *D.*, 1861, I, 301, *S.* 1861, I, 858 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°455.

tenu pour acquis que le formalisme de l'acte notarié est un formalisme protecteur, il devrait être interdit de s'engager à consentir une hypothèque par acte sous-seing privé[147], or une telle promesse est valable[148], c'est donc que le formalisme ne joue pas le rôle de protection du constituant de la sûreté et, comme on ne voit pas quel rôle il peut jouer, on est conduit à proposer sa suppression en vue d'assouplir le droit des sûretés réelles[149]. L'acte notarié, à l'instar de la solution retenue par la Cour de cassation en matière de partage, n'aurait alors d'autre but que d'assurer l'effectivité de la publicité foncière obligatoire et le défaut d'authenticité de l'acte d'hypothèque n'affecterait pas sa validité[150]. La doctrine contemporaine met, ainsi, la doctrine traditionnelle face à sa propre contradiction et révèle une lacune de la conception traditionnelle de l'hypothèque qui considère le titre authentique comme un simple instrument de manifestation de la volonté du constituant. La condition de forme *ad validitatem* à laquelle est soumise l'hypothèque conventionnelle ne participe nullement à l'existence du droit formé, il est donc possible de l'écarter dès lors qu'il est démontré qu'elle n'est pas utile pour protéger le constituant. Dans la conception traditionnelle, l'hypothèque naît de la volonté des parties, seule force constituante de la sûreté, bien que la manifestation de volonté du constituant doive emprunter une forme particulière. L'acte notarié n'est qu'un mode d'expression de la volonté. Que l'on milite pour son maintien ou sa suppression, il ne présente aucune spécificité[151] ; il n'est, au plus, qu'un formalisme *ad validitatem* destiné à protéger le constituant de la sûreté réelle, équivalent à celui que l'on rencontre parfois en droit des contrats. L'inscription à laquelle est soumise l'hypothèque est, quant à elle, présentée comme une simple formalité de publicité d'un contrat translatif ou constitutif d'un droit réel immobilier ; elle ne présente aucune spécificité et ne participe pas non plus à constituer l'hypothèque.

---

147 Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°575.

148 Not. Y. PICOD, n°313 : « Par ailleurs, la promesse d'hypothèque par laquelle le promettant s'engage à formaliser l'hypothèque à la demande du créancier peut être établie par acte sous seing privé. Néanmoins, il ne s'agit que d'une obligation de faire, laquelle se résout, en cas d'inexécution, par l'allocation de dommages et intérêts ».

149 Le but est de « contractualiser » le droit des sûretés réelles pour l'assouplir.

150 Cass. civ. 1ère, 24 octobre 2012, *BC*, I, n°218 : « […] il résulte de l'article 835 du Code civil que le partage convenu entre les indivisaires présents et capables n'est assujetti à aucune règle de forme de sorte qu'il peut être conclu par acte sous seing privé et que, s'il porte sur des biens soumis à publicité foncière, il doit être passé par acte notarié, la cour d'appel en a exactement déduit que cette formalité a pour but d'assurer l'effectivité de la publicité obligatoire, mais que le défaut d'authenticité de l'acte n'affecte pas sa validité ».

151 Voir cependant, supra note de bas de page n°144, l'analyse de Monsieur le Professeur Y. PICOD qui relève que l'hypothèque relève du monopole du notariat et que la solennité n'est pas la manifestation d'un formalisme de protection. Il poursuit (n°314) en indiquant que le monopole des notaires en matière hypothécaire a pour contrepartie une responsabilité appréciée sévèrement par la jurisprudence et que « la responsabilité du notaire en tant que rédacteur de l'acte est considérée par la jurisprudence comme de nature quasi délictuelle dans la mesure où il s'agit d'obligations statutaires ».

§2 L'inscription

27. Le rattachement de la publicité hypothécaire à la publicité foncière de droit commun. La publicité des hypothèques est spécifiquement organisée, depuis 1804, par la Code civil. Aujourd'hui encore, l'article 2426 du Code civil dispose que les hypothèques légales, judiciaires ou conventionnelles doivent être inscrites au bureau des hypothèques de la situation des biens. A côté de ce régime spécial, il existe un régime général de publicité organisé par le décret n°55-22 du 4 janvier 1955 pour les actes constitutifs ou translatifs de droits réels. L'opposabilité du contrat, notamment lorsqu'il a pour objet de constituer ou transférer un droit réel immobilier, est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité de publicité foncière, qualifiée de condition de forme *ad opposabilitatem*, dénommée « publication », tandis que l'opposabilité de la convention, lorsqu'elle a pour objet de constituer une hypothèque est subordonnée à l'accomplissement d'une formalité dénommée « inscription ». Cependant, la publicité des hypothèques, spécialement organisée par le Code civil depuis 1804, subit l'attraction de la publicité foncière de droit commun, qui organise, notamment, la publicité des actes et mutations de droits réels immobiliers. Cette attraction est matérialisée dans les manuels de droit des sûretés par l'exposé préalable des règles de publicité de droit commun, avant que ne soient abordées les sûretés réelles immobilières. Il en découle que la publicité de l'hypothèque n'est pas plus spécifique que la publicité d'un autre droit réel ; elle ne fait qu'exposer aux tiers l'existence d'un droit réel préalablement constitué dont il faut conforter l'opposabilité.

28. L'effet de la publication. En effet, la publicité des contrats, quels qu'ils soient, conforte l'opposabilité du droit réel constitué ou transféré par le contrat[152]. L'opposabilité du droit réel existe préalablement à la formalité de publicité. Le formalisme *ad opposabilitatem* est précautionneusement distingué du formalisme *ad validitatem* : « Il ne faut pas confondre les formes constitutives d'une solennité avec les formalités requises pour une publicité. Celles-ci n'intéressent pas la validité, mais seulement l'opposabilité ; en d'autres termes, le défaut d'une publicité n'a pas pour conséquence la nullité de l'acte, mais son inopposabilité parce qu'une formalité de publicité n'a pas pour objet l'expression du consentement »[153]. Ainsi, le formalisme traditionnel *ad validitatem* conduit à la nullité

[152] L. AYNES et P. CROCQ, n°632.

[153] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd., 2011, n°556. Pour une présentation identique, Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°163, b).

absolue[154] du contrat, car il est le seul mode d'expression de la volonté de l'auteur de l'acte juridique[155], tandis que le formalisme *ad opposabilitatem* conforte l'opposabilité du contrat valablement formé entre les parties. Pas plus que la condition de forme *ad validitatem*, la publicité d'un contrat translatif ou constitutif d'un droit réel immobilier ne participe à constituer le droit.

29. L'effet de l'inscription. L'effet de l'inscription est « moulé » sur celui de la publication. L'inscription ne fait que renforcer l'efficacité de l'opposabilité de l'hypothèque en assurant sa publicité à l'égard des tiers au moyen d'un *instrumentum* spécifique, l'inscription[156]. La publicité hypothécaire présente, cependant, cette particularité que l'inscription est le seul mode légal d'opposabilité de l'hypothèque : « le défaut d'inscription rend l'hypothèque inopposable même aux tiers de mauvaise foi, qui en connaissent l'existence ; alors que le défaut de publicité du transfert d'un droit immobilier n'empêche pas celui-ci d'être opposable aux tiers qui le connaissent »[157]. Cette spécificité n'empêche pas de considérer que l'hypothèque existe bien qu'elle ne soit pas opposable, dès lors que le contrat a été valablement conclu entre les parties, même s'il faut bien reconnaître qu'elle en est plutôt le spectre[158]. La conception de la publicité hypothécaire est une conception contractuelle, en ce sens qu'elle n'accorde à la publicité d'autre rôle que celui d'assurer, comme pour tout autre contrat translatif ou constitutif de droit réel, l'opposabilité aux tiers de l'hypothèque pré-constituée par le contrat. Ainsi, l'hypothèque a été placée sous tutelle contractuelle : les conditions de forme, auxquelles elle est soumise, ont toujours été envisagées comme celles que l'on rencontre habituellement en droit des contrats. Dans la conception traditionnelle, la volonté des parties donne seule naissance à l'hypothèque, bien qu'elle ait à se soumettre à un formalisme qui n'est qu'un mode d'expression de la volonté, tandis que la publicité ne fait que conforter son opposabilité aux tiers. En tout état de cause, la forme ne participe nullement à constituer l'hypothèque. Cette conception du formalisme hypothécaire ne surprend guère dès lors que l'hypothèque est, elle-même, présentée à partir des droits patrimoniaux dont elle semble alors tirer sa substance.

---

[154] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°146.

[155] Voir supra n°22 et s.

[156] La doctrine est unanime. Pour une formulation claire, Y. PICOD, n°315 : « L'inscription n'est qu'une forme de publicité, sans effet sur la validité de l'hypothèque ».

[157] L. AYNES et P. CROCQ, n°670.

[158] Voir cependant l'évocation d'un fantôme d'hypothèque, L AYNES et P. CROCQ, n°670.

Section 2 : La tutelle du patrimoine

30. La conception patrimoniale du droit des sûretés. Le droit des sûretés est indissociablement lié au patrimoine[159]. Il ne s'agit pas là de reprendre une nouvelle fois la théorie du patrimoine mais, simplement, de souligner la force d'attraction qu'elle a pu exercer sur la conceptualisation du droit des sûretés qui n'a pu être construit qu'en référence aux droits patrimoniaux. « Le droit des sûretés n'existe que par et pour le patrimoine. Par le patrimoine : les éléments du patrimoine (meubles ou immeubles) sont l'assiette des sûretés, ou même le patrimoine dans son ensemble. Pour le patrimoine : indispensables au crédit, les sûretés permettent la production et la circulation des richesses, l'accroissement du patrimoine »[160]. Le patrimoine ne contient que deux types de droits, ceux qui rendent son titulaire « riche » : les biens et les obligations. Aussi, l'hypothèque n'est jamais considérée en elle-même et elle ne peut pas l'être car précisément elle n'est pas une richesse. Son concept a toujours été bancal : elle affecte un bien[161] en garantie d'une obligation[162]. Elle établit, dit-on, « une collaboration entre ces deux droits [droit personnel et droit réel] en faisant participer la créance aux avantages de la réalité »[163]. L'hypothèque est, même parfois, explicitement présentée comme un « […] droit mixte : elle est à la fois une créance contre un débiteur, et un droit réel qui porte sur un immeuble »[164]. En réalité, cette conception patrimoniale de l'hypothèque est à l'origine d'un mirage. Pas plus qu'on n'a encore vu l'hypothèque, on n'a encore pu la toucher du doigt, car elle est bien calfeutrée à l'intérieur du bien et de l'obligation, qui la tiennent sous leur autorité. Ainsi, l'hypothèque est-elle enracinée dans le droit des biens (§1) et, moins perceptiblement, dans le droit des obligations (§2).

---

[159] *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 2008, *V°* Patrimoine : le patrimoine est l' « ensemble des biens et des obligations d'une même personne (c'est-à-dire de ses droits et charges appréciables en argent) de l'actif et du passif, envisagé comme formant une universalité de droit, un tout comprenant non seulement ses biens présents mais aussi ses biens à venir ».

[160] L. AYNES et P. CROCQ, n°3 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°14.

[161] Le droit des sûretés réelles est placé « dans l'orbite du droit des biens », Y. PICOD, n°251. Les sûretés réelles sont envisagées par rapport au droit des biens, M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°14 : « Ainsi, les sûretés personnelles, qui confèrent un droit de créance supplémentaire au créancier bénéficiaire , doivent être mises en relation avec le droit des obligations, tandis que les sûretés réelles, constitutives de droit réel accessoires, puisent leur racine dans le droit des biens ».

[162] L. AYNES et P. CROCQ, n°678 : « Elle affecte l'immeuble qui en est grevé au paiement de la créance qu'elle garantit ».

[163] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, thèse, 1979, n°1.

[164] L. AYNES et P. CROCQ, n°678.

§1 L'enracinement de l'hypothèque dans le droit des biens

31. Le traitement de l'hypothèque par le droit des biens. L'hypothèque a eu un peu de mal, au départ, à s'insérer dans la *summa divisio* des droits patrimoniaux[165]. La doctrine l'a parfois présenté comme un droit personnel[166] et plus souvent un droit réel, ce qui n'est plus aujourd'hui contesté. Tous les manuels de droit des biens comportent une présentation des droits réels que l'on dénomme « accessoires » par opposition aux droits réels principaux, la propriété et ses démembrements. Pour autant, il apparaît que son intégration dans le droit des biens est délicate. L'hypothèque est qualifiée de droit de réel accessoire, de droit réel de garantie ou de droit réel au second degré, et les définitions du droit réel accessoire, appliquées au droit réel d'hypothèque, sont, pour le moins, hétéroclites : garantie particulière[167], mise en réserve de la valeur[168], emprise juridique[169], droit réel servant de garantie[170], garantie éventuelle[171], affectation au paiement d'une dette[172], droit de paiement

---

[165] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°1 : « En effet, l'hypothèque, tout comme le privilège, est un droit réel accessoire, encore appelé droit réel de garantie ou droit réel au second degré. Son but est de garantir le créancier contre le non paiement de sa créance. Ainsi, loin de satisfaire à l'opposition classique des droits réels et des droits personnels, l'hypothèque établit une collaboration entre ces deux droits en faisant participer la créance aux avantages de la réalité et cela s'accompagne d'un enchevêtrement des notions fondamentales ».

[166] V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 2, 5ème éd., 1859, p. 349 : « l'hypothèque n'est point un démembrement de la propriété de l'immeuble, un vrai *jus in re* sur cet immeuble ; c'est un simple *jus ad rem mobilem, ad pecuniam,* comme la créance entre la personne : car ce n'est rien autre chose que cette créance elle-même, en tant qu'elle s'exerce sur l'immeuble » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 9, *Traité de la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit. De l'usage et de l'habitation*, t. 1, n°471 et 472 : « Les autres [droits réels] au contraire, simplement accessoires, hypothèques, privilèges, nantissement, antichrèse, droits de gage perfectionnés, droits réels sui generis, qui participent de la nature des créances qu'ils ont seulement pour but de garantir, et qui sont, comme elles, sujets à toutes les causes d'extinction spéciales aux créances » ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, par E. COLMET DE SANTERRE, t. 9, article 2092 – 2218, 2ème éd., 1889, n°75 bis-III : « C'est un droit réel sur un immeuble, et cependant il n'est pas énuméré par l'article 526 parmi les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. C'est qu'en effet; en considérant les choses du côté pratique, il n'y a pas à rechercher la nature propre du droit d'hypothèque. C'est un droit accessoire, il doit avoir la nature du droit principal. La créance sera le plus ordinairement mobilière, parce que les créances ont le plus habituellement pour objet des meubles […] ».

[167] Les droits réels accessoires au droit de créance « constituent une garantie de ce droit de créance ; ils renforcent la situation du créancier en lui permettant d'être plus sûr d'être payé ; ainsi l'hypothèque, par le droit qu'elle accorde au créancier sur l'immeuble hypothéqué confère une garantie particulière », H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 2ème vol., *Biens. Droits de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 8ème éd. par Fr. CHABAS, 1994, n°1286.

[168] Le droit réel accessoire est une « mise en réserve » de la valeur de la chose, J. CARBONNIER*, Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004, n°700, p. 1580 ; CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13ème éd., 2007, n°19, p. 50 ; Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011, n°82.

[169] Le droit réel accessoire réalise dans l'hypothèque « une emprise juridique […] le créancier n'étant investi d'aucune possession sur l'immeuble hypothéqué », Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5ème éd., 2006, n°32.

[170] Les « sûretés réelles consistent dans l'affectation au paiement d'une dette d'un ou de plusieurs biens […] : le créancier [obtenant] sur le bien qui lui est affecté un droit réel servant de garantie à la dette », Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8ème éd°, 2010, n°51.

[171] Les droits réels accessoires « ne confèrent à leur titulaire qu'une garantie éventuelle sur le bien. Leur pouvoir plane sur le bien plus qu'il ne repose sur l'assiette de la garantie », G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13ème éd., 2007, n°19, p. 50.

[172] « L'immeuble est affecté à l'acquittement d'une obligation, sans que le débiteur soit dessaisi de son bien », Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011, n°82.

préférentiel sur la valeur[173]… Aussi, sauf à dire que l'hypothèque est un droit qui sert à garantir une créance, ce qui, dans la présentation traditionnelle, est commun à l'ensemble des sûretés, et qu'il confère au créancier deux attributs (le droit de préférence et le droit de suite), le droit des biens ne définit pas précisément le droit réel d'hypothèque, ni d'une manière générale, le droit réel accessoire. En outre, si l'hypothèque a, certes, été longtemps considérée comme un démembrement du droit de propriété[174], cette conception de l'hypothèque est aujourd'hui rejetée[175].

32. L'attachement de l'hypothèque au droit de propriété. Pourtant, bien que l'assimilation de l'hypothèque par le droit des biens soit manifestement délicate, la doctrine traditionnelle n'a pas hésité à placer ses attributs au cœur même du droit de propriété : le droit de suite et le droit de préférence, qui sont les attributs traditionnels de l'hypothèque, ont été considérés comme les attributs essentiels de tous les droits réels[176]. Ce rattachement paraît plus que douteux car ces attributs présentent une telle spécificité qu'on ne voit guère comment ils peuvent encore être rattachés au droit de propriété ou à tout autre droit réel principal. Le droit de préférence est le droit « pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers […] dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils seront préférés »[177]. Le

---

[173] Les droits réels de garantie « confèrent au créancier le droit de se payer sur le bien grevé par préférence à tout autre créancier, même si le débiteur l'a aliéné. Ils ne donnent pas un pouvoir direct sur la chose mais un droit sur sa valeur », Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4ème éd., 2010, n°353.

[174] L'opinion est unanimement admise au milieu du vingtième siècle, V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 2, 5ème éd., 1859, p. 349 : « Non ; l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété de l'immeuble […]. Nous sommes, nous l'avouons, le premier écrivain qui osions dire que l'hypothèque n'est qu'un *jus ad rem*. Dumoulin, Pothier, Delvincourt, M. Tarrible, M. Battur, M. Persil, M. Troplong, etc. […] » ; not. L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques. Livre III, titres XVIII et XIX du Code civil*, t. 2, A. Pedone éditeur, 1897, n°634 : « A notre avis, l'hypothèque démembre le droit de propriété car elle mutile un de ses attributs essentiels, l'abusus, le droit de disposer librement de l'immeuble hypothéqué pour s'en approprier le prix. Le propriétaire peut encore aliéner l'immeuble sur lequel existe une hypothèque, mais il n'en peut toucher le prix, et, de plus, l'aliénation qu'il fait au profit d'un acquéreur déterminé n'est que conditionnelle, subordonnée au non exercice par les créanciers hypothécaires de leur droit de surenchère. Il n'a donc plus qu'un droit de propriété amoindri, mutilé, et par conséquent démembré » ; R. TENDLER, *Les sûretés*, Dalloz, 1983, n°197, pour qui l'hypothèque est un démembrement de la propriété bien qu'elle n'entrave pas le pouvoir matériel d'utilisation ; B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°253 : « L'hypothèque doit être traitée comme les autres droits réels » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES*, Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., n°894.

[175] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°568 : « Catégorie particulière, car ces droits ne procèdent pas d'un véritable démembrement de la propriété. Certains auteurs se refusent cependant à l'admettre, notamment parce que la sûreté prive le propriétaire de certaines de ses prérogatives. Les droits réels ne nous semblent pas pour autant être issus d'un démembrement de la propriété, puisque leur véritable objet est le droit du constituant sur le bien grevé et qu'ils permettent d'en appréhender la valeur et non de bénéficier des utilités qu'il peut offrir ».

[176] Not. Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°47 ; Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011, n°82 : « Pour rendre plus assuré le remboursement d'une somme due par quelqu'un, son créancier se voit reconnaître des avantages empruntés au droit le plus fort de tous, à la propriété […] ». Pour une discussion de la théorie classique selon laquelle le droit réel ne se manifeste que par le droit de suite et le droit de préférence, Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5ème éd., 2006, n°25 et s.

[177] *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 2008, *V°* Préférence, 2.

second, qui vient le conforter, est le droit de suite qui lui permet de saisir le bien entre les mains du tiers acquéreur afin d'exercer sur le prix résultant de la vente forcée son droit de préférence. Ces deux attributs emblématiques de l'hypothèque ne sont guère concevables pour les droits réels principaux[178]. Le propriétaire, l'usufruitier ou encore le nu-propriétaire n'ont aucune utilité d'un droit de préférence, qui consisterait à leur permettre de se faire payer en priorité sur le prix de vente de leur bien[179]. Le droit de préférence n'est utile qu'à celui qui est en concours, or le propriétaire lorsqu'il « touche » le prix de vente de son bien n'est en concours avec personne. Le droit de suite ne peut, quant à lui, être assimilé à l'action en revendication du propriétaire ou l'action confessoire des titulaires des autres droits réels principaux. La revendication est la sanction du droit de propriété, elle est « l'action exercée par une personne qui réclame la restitution de la chose en se prétendant propriétaire. Elle se fonde donc sur l'existence du droit de propriété et a pour but l'obtention de la possession »[180]. La revendication ne s'envisage que dans une atmosphère de contestation du droit du propriétaire par le possesseur de la chose[181]. Elle est une protection du propriétaire contre l'usurpateur de son bien[182] qui pourrait se prévaloir de la possession qu'il exerce pour acquérir la propriété de la chose grâce à l'usucapion. Face au possesseur d'une servitude ou de l'usufruit de la chose, le titulaire de la servitude ou le *verus usufructuarius* exerce une action négatoire qui est l'équivalent de l'action en revendication du propriétaire. Il nie alors l'usufruit ou la servitude exercé

---

[178] Voir la présentation traditionnelle par J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004, n°702, qui distingue le droit personnel et le droit réel au moyen du droit de suite et du droit de préférence « qui n'appartiennent pas au droit personnel ». Il relève, pourtant, à propos du droit de suite que « c'est pour l'hypothèque que le droit de suite prend tout son relief, mettant une différence tangible entre la condition du créancier hypothécaire et celle du créancier chirographaire » et, à propos du droit de préférence, que « c'est surtout pour les droits réels de garantie, spécialement pour l'hypothèque, que le droit de préférence, comme le droit de suite, a sa portée pratique la plus considérable : quand il y aura lieu de répartir le prix de l'immeuble hypothéqué, les créanciers hypothécaires, grâce à leur droit réel, seront payés avant les créanciers chirographaires ; et entre les créanciers hypothécaires, les plus anciens passeront avant les plus récents (*prior tempore, potior jure*) ».

[179] Ch. LARROUMET, *Droit civil,* t. 2, *Les biens. Droits réels principaux*, Economica, 5ème éd., 2006, n°25 et 33 : « On rejettera aussi la doctrine classique selon laquelle le droit réel ne se manifesterait que par le droit de suite et le droit de préférence. Sans doute, ce sont là des éléments éventuellement importants, en ce qui concerne l'opposabilité du droit aux tiers, mais ils ne sont pas essentiels, du moins pour les droits réels principaux « et n°33 : « Le droit de préférence n'est pas envisageable en ce qui concerne les droits réels principaux, contrairement au droit de suite, et il est l'apanage des droits réels accessoires, encore que la doctrine dominante l'admette indifféremment pour les deux sortes de droits réels et même pour le droit de propriété, ce qui n'a pas de sens ».

[180] G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. 2, *Obligations. Contrat. responsabilité. Droits réels. Biens. Propriété*, 1957, n°2333.

[181] H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 2ème vol., *Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, Montchrestien, 8ème éd., 1994, par Fr. CHABAS, n°1486 : « L'usucapion nécessite un certain délai. Il est, en effet, nécessaire de donner au propriétaire le temps de s'opposer à la possession du tiers et de revendiquer sa chose. En raison du délai imposé, l'usucapion ne joue en pratique, que contre le propriétaire négligent qui s'est désintéressé de sa chose pendant un long espace de temps ; voilà pourquoi on lui préfère le possesseur », et n°1629.

[182] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4ème éd., 2010, n°122.

par un tiers[183]. L'action est autrement dénommée « revendication partielle »[184] pour marquer la restriction de l'action à une seule des utilités de la propriété. Pour le reste, l'action a tout d'une action en revendication de la propriété : le défendeur est un possesseur qui conteste le droit du demandeur. Si elle aboutit, elle remet le demandeur en possession et empêche le défendeur de posséder plus avant. Or, le créancier hypothécaire, qui exerce le droit de suite, n'est nullement propriétaire et il ne réclame pas la possession de la chose, ou d'un droit sur la chose, mais il veut s'en saisir, non pas pour asseoir sa qualité de propriétaire qui lui serait contesté par un tiers possesseur, car il n'est pas propriétaire, il exerce son droit de suite pour faire vendre le bien et se payer sur son prix de vente. Du côté du tiers acquéreur, celui-ci ne se positionne nullement en possesseur de l'hypothèque ; il n'a, d'ailleurs, jamais été admis que l'hypothèque puisse faire l'objet d'une quasi-possession[185] : la prescription, en matière hypothécaire, est une prescription extinctive et non une prescription acquisitive, comme c'est le cas pour les autres droits réels principaux. L'acquéreur ne se positionne pas plus en possesseur du bien hypothéqué en vue de contester le droit de propriété du créancier hypothécaire, qui n'est pas propriétaire. Aussi, le rattachement de l'hypothèque au droit des biens, et d'une manière générale du droit des sûretés réelles au droit des biens, n'est qu'artificiel ; il empêche toute tentative de percevoir la spécificité de l'hypothèque car elle a été mise au cœur de la propriété qu'il faudrait « dénerver » pour qu'elle puisse être appréhendée. L'hypothèque est « ancrée » dans le bien ; il faudrait l'en retirer. Elle est, également, bien que cela soit plus délicat à mettre en évidence, enracinée dans le droit des obligations.

§2 L'enracinement de l'hypothèque dans le droit des obligations

33. La remise en cause de l'indépendance structurelle de l'hypothèque à l'égard de la créance garantie. L'hypothèque de droit moderne n'est que l'évolution de l'hypothèque de l'ancien droit que le législateur de 1804 a entendu modifier. Or, ce passage de l'hypothèque de l'ancien droit à

[183] J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004, n°867.

[184] ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 2, 4ème éd., 1891, n°810, cité par Ph. DUTILLEUL-FRANCOEUR, *La revendication*, thèse, Paris II, 2003, n°113.

[185] C-E. CLAEYS, « La notion de possession. Pour une approche pédagogique nouvelle », *in Etudes dédiées à la mémoire de Gérard DEHOVE*, PUF, 1983, p. 117, n°12 : « Mais, précisément, ce dernier exemple montre les limites de la possession des droits autres que la propriété. La possession d'un droit, au sens technique et complet, ne peut se concevoir qu'à propos des droits réels principaux, susceptibles de prescription acquisitive, tels que l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes continues et apparentes. La possession prolongée de tels droits permet de les acquérir et remplit ainsi son rôle essentiel de présomption de titre » ; voir également Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°154 qui admettent, cependant la possession pour tous les droits réels principaux et accessoires, mais qui relèvent qu' « il faut en exclure cependant l'hypothèque dont la loi ne protège pas l'exercice de fait ».

l'hypothèque de droit moderne n'a pas été correctement saisi par la doctrine traditionnelle[186], si bien qu'en dépit du caractère étonnant du propos, l'obligation contient le germe de l'hypothèque qui devra être ensoleillé pour faire éclore une conception de l'hypothèque qui en épouse la réalité. L'enracinement de l'hypothèque dans l'obligation est moins saillant que dans le bien, car ce ne sont pas les attributs de l'hypothèque qui sont cachés dans l'obligation. Pour le mettre en évidence, il faut revenir sur le caractère accessoire de l'hypothèque à l'égard de la créance garantie. L'hypothèque est traditionnellement présentée comme l'accessoire de la créance garantie ; elle est un droit réel sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation[187]. Si l'on veut bien reprendre la distinction établie par Goubeaux entre les accessoires par production et les accessoires par affectation, il semblerait que l'on ne puisse pas dire que l'hypothèque soit un accessoire par production, car dans l'accessoire par production, le principal participe à la structure de l'accessoire[188] ; il « fait exister »[189] l'accessoire qui sort de ses « entrailles »[190] : il lui donne la vie[191]. « L'accessoire part de l'identification avec le principal, pour se diriger vers l'indépendance »[192]. Pourtant, si la doctrine traditionnelle a semblé couper le lien structurel entre l'obligation et l'hypothèque, conformément à l'intention du législateur de 1804, elle a, également, toujours considéré que le caractère accessoire de l'hypothèque impliquait l'existence préalable de l'obligation principale garantie[193]. Or, si l'existence

---

[186] Voir infra n°61 et s. sur l'évolution de la notion d'hypothèque et le passage de l'hypothèque de l'ancien droit à l'hypothèque moderne.

[187] *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 2008, *V°* Hypothèque.

[188] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°23.

[189] Expression de G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°22.

[190] Expression de G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°22.

[191] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°22.

[192] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°23.

[193] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd°, 1931, p. 881 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, avec le concours de E. BECQUE, t. XIII, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1927, n°330 ; B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1969, n°6, l'hypothèque ne peut précéder l'existence de la créance ; Ph. SIMLER et P. DELEBECQUE, n°382, la créance garantie doit avoir une existence ou du moins être en germe ; Y. PICOD, n°299, pour cette présentation de principe maintenue après la réforme : « L'hypothèque ne peut naître que s'il existe une *créance à garantir*. Elle est donc sous la dépendance de la créance qu'elle garantit : elle ne saurait précéder la naissance de la créance, ni lui survivre » ; Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, collection de thèses, t. 37, Defrénois, 2009, n°388 : « L'application stricte de cette règle conduit alors à décider que l'accessoire de la créance ne peut jamais accéder à la vie juridique avant la naissance qu'il est censé garantir. […] Sur le plan des principes, on ne peut donc affecter un accessoire à la garantie d'une créance inexistante ou plutôt, on ne peut créer un accessoire de façon parfaite si la créance n'existe pas ou pas encore. Cette exigence est la conséquence nécessaire de ce qu'est un accessoire de la créance. Car pour qu'un droit prémunisse effectivement un créancier contre la défaillance de son débiteur, il faut bien qu'une telle obligation principale existe ». L'auteur conteste la démonstration de P. CROCQ, qui distingue la spécialité et le caractère accessoire, P. CROCQ, p. 59-60 : « […] la spécialité n'est pas de l'essence des sûretés. On pourrait pourtant le croire, dans un premier mouvement de l'esprit, en partant de l'idée suivant laquelle toute sûreté est accessoire et en affirmant que le lien d'accessoire à principal n'existe vraiment que lorsque les deux extrémités de ce lien sont parfaitement et précisément déterminées, mais ce serait oublier, d'une part, que la question de la spécialité se pose lors de la constitution de la sûreté alors que la question du caractère accessoire concerne bien davantage la réalisation de celle-ci et, d'autre part, et surtout, que notre droit connaît aussi bien le cautionnement « omnibus », donné pour toutes dettes présentes et à venir […]. Or, le cautionnement « omnibus » comme les privilèges généraux sont à la fois des droits accessoires et des sûretés ».

même de l'hypothèque est dépendante de l'existence de la créance, le caractère accessoire ne peut que traduire un lien structurel entre l'obligation garantie et l'hypothèque. Pour reprendre les termes de Goubeaux, c'est bien l'obligation qui donne vie à l'hypothèque et la fait exister. Passant sur cette anomalie, la doctrine traditionnelle a considéré l'hypothèque comme un simple accessoire par affectation de l'obligation ; elle a, ainsi, caché la dépendance structurelle sous-jacente de l'hypothèque à l'égard de la créance garantie sous son caractère accessoire. Pourtant, là encore, la dépendance fonctionnelle, telle qu'elle est présentée par la doctrine traditionnelle, peut être contestée et ramenée à une dépendance structurelle.

34. La remise en cause de la dépendance fonctionnelle. Toujours selon Goubeaux, l'accessoire par affectation poursuit « […] la même fin que le principal, mais il ne peut atteindre ce but qu'*indirectement*, au travers du principal dont le service est son but direct »[194]. L'accessoire n'en est pas moins indépendant, ce n'est que l'adhésion au but poursuivi par le principal qui l'unit à celui-ci. La structure de l'accessoire le distingue ainsi du principal[195]. « C'est [même] la résistance qu'oppose sa structure qui l'empêche de se fondre dans le principal »[196]. La notion d'accessoire par affectation met ainsi l'accent sur la dépendance fonctionnelle de l'hypothèque à l'égard de la créance garantie. Aussi, *a priori*, dès lors que la sûreté « n'existe que pour garantir une créance »[197] dont elle garantie le paiement et qu'elle en est l'accessoire, le but poursuivi par l'hypothèque devrait être le même que celui poursuivi par l'obligation. Pourtant, le caractère accessoire à la créance garantie de l'hypothèque témoigne bien d'une intériorisation par l'obligation de l'hypothèque, car le but poursuivi par l'hypothèque n'est pas exactement le but poursuivi par l'obligation. En effet, si l'obligation permet au créancier qui en est titulaire d'obtenir l'accomplissement d'une prestation déterminée par le débiteur, l'hypothèque ne confère, quant à elle, qu'un droit de préférence et un droit de suite, elle ne permet nullement d'obtenir du débiteur l'accomplissement de sa prestation. Si la prestation est en nature et que le débiteur s'est engagé à livrer une commande, l'hypothèque ne permettra nullement d'obtenir la livraison de la commande. Evidemment, lorsque l'obligation est monétaire, le débiteur est engagé à payer une somme d'argent. Pour autant, l'hypothèque ne permet pas d'obtenir l'accomplissement par le débiteur, lui-même, de son obligation. Pour user du droit qu'il tient de

[194] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°20.

[195] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°23.

[196] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°23.

[197] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°900.

l'hypothèque, le créancier doit, en premier lieu, saisir le bien et le faire vendre pour se payer sur le prix de vente et il pourra, ensuite et, seulement ensuite, se prévaloir de son droit de préférence[198]. Ce qui constitue, donc, le principal de l'hypothèque est bien plutôt le droit de gage général que l'obligation elle-même. Or, le droit de gage général, né en 1804, a lui-même été incorporé dans l'obligation. Aussi, bien que l'hypothèque apparaisse détachée structurellement de l'obligation ; elle y est encore « ancrée », car le droit de gage général auquel elle s'ajoute, et dont elle est l'accessoire, participe à la structure même de l'obligation. L'hypothèque agit, alors, au sein même de l'obligation qui l'incorpore. Bien qu'elle ne participe pas à atteindre le même but que l'obligation et qu'elle ne soit que l'accessoire du droit de gage général, elle ne peut s'en détacher. L'obligation, par le biais de son emprise sur le droit de gage général, la contient. Dans la présentation traditionnelle, l'hypothèque est toujours, en dépit de la rupture avec l'ancien droit voulue par le législateur en 1804[199], en gestation au coeur de l'obligation qui ne peut en « accoucher » sans qu'au préalable l'obligation n'ait, elle-même, été « dénervée » du droit de gage général. L'obligation intériorise plus secrètement que le bien l'hypothèque. Dans la conception traditionnelle, le droit de gage général fait corps avec l'obligation et, dès lors que l'hypothèque est un accessoire, qu'il soit structurel ou fonctionnel, du droit de gage général, elle ne peut plus être regardée comme un droit structurellement indépendant de l'obligation : l'hypothèque est « en » elle. Le bien et l'obligation exercent une véritable tutelle sur l'hypothèque et maintiennent à couvert sa spécificité. L'hypothèque, recluse dans le bien et l'obligation, ne peut défier ses autorités et le principe de spécialité, qui est une règle spécifiquement façonnée par le législateur de 1804 pour l'hypothèque, ne peut se manifester ; il est occulté.

[198] C'est, d'ailleurs, ce que l'on souligne en relevant que le droit des sûretés ne peut être envisagé indépendamment de l'obligation de somme d'argent. Il faut bien que le créancier puisse se payer sur le prix de vente d'un bien d'une somme d'argent qui corresponde soit au montant de sa créance, si l'obligation est une obligation monétaire, soit à son équivalent monétaire, si l'obligation est en nature, L. AYNES et P. CROCQ, n°1 : « Les sûretés garantissent l'exécution future d'une obligation ; elles sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme ».

[199] Voir infra n°83 et s.

Chapitre 2 : L'occultation du principe

35.L'incidence de la tutelle patrimoniale. Dès lors que la conception de l'hypothèque a été établie à partir des droits patrimoniaux principaux, le principe de spécialité est complètement occulté. Aussi, bien que le principe soit né en droit hypothécaire et qu'il ait été spécifiquement établi, à l'origine, par le législateur pour favoriser le crédit hypothécaire, le principe tel qu'il a été exposé dans les manuels, pendant plus de deux siècles, ne confère aucune spécificité à l'hypothèque : il se contente d'imposer la détermination des biens et des obligations. Cette absence de spécificité du principe témoigne de son caractère artificiel. Si le principe de spécialité n'existait pas, les biens hypothéqués et les obligations garanties devraient, tout de même, être déterminés. Les règles qui sont unies sous l'égide du principe ne sont qu'une reprise de règles déjà existantes ; elles ne sont, par conséquent, pas spécifiques au droit hypothécaire. Le principe de spécialité n'est qu'un « patchwork » de règles non spécifiques au droit des sûretés réelles, que rien n'unit. Il n'a pas lieu d'être.

36. L'incidence de la tutelle contractuelle. Par ailleurs, le principe de spécialité est exposé à partir de l'hypothèque conventionnelle, considérée comme n'importe quel autre contrat constitutif d'un droit réel immobilier. La présentation traditionnelle du principe de spécialité repose ainsi sur la dichotomie qui sert en droit commun des contrats à présenter les règles de validité et d'opposabilité du contrat translatif ou constitutif de droit réel[200]. La doctrine dédouble, alors naturellement, le principe : elle oppose le principe de spécialité quant à la constitution au principe de spécialité quant à l'inscription. Elle accorde bien plus d'importance au principe de spécialité quant à la constitution qu'au principe de spécialité quant à l'inscription, aux conditions de fond plutôt qu'aux conditions de forme. Ainsi, la mise sous tutelle contractuelle de l'hypothèque la prive de l'originalité des conditions de forme qui relèvent du principe. Le principe est aseptisé. Cette approche parcellaire du principe n'en favorise nullement la compréhension ; elle renie, surtout, sa spécificité qui ne peut résulter du dépeçage contractuel auquel s'est livrée la doctrine. La mise sous tutelle patrimoniale de

[200] Le principe de spécialité quant à l'inscription est présenté comme un complément du principe de spécialité quant à la constitution, qui est la spécialité de droit commun, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°956 : à propos de la spécialité quant à l'inscription, « Cette spécialité est propre à l'inscription et frappe toutes les sûretés immobilières. Dans le cas de l'hypothèque conventionnelle, elle complète la spécialité de droit commun de l'hypothèque elle-même » ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 6ème éd., 2011, n°416 : « Pour les hypothèques conventionnelles, la spécialité des inscriptions hypothécaires complète et prolonge la spécialité au stade de la constitution. En revanche, pour les hypothèques légales, qui sont par principe, générales, la règle de la spécialité apparaît pour la première fois au moment de l'inscription ».

l'hypothèque a ainsi conduit à occulter les conditions de fond (section 1) relevant du principe, tandis que la mise sous tutelle contractuelle en occultait les conditions de forme (section 2).

Section 1 : Les conditions de fond

37. La distinction du principe de spécialité quant au bien grevé et du principe de spécialité quant à la créance garantie. Reposant sur la présentation patrimoniale de l'hypothèque, un bien en garantie d'une obligation, le principe de spécialité est, à nouveau, dédoublé : l'hypothèque conventionnelle, dit-on, est spéciale quant au bien grevé et quant à la créance garantie. Aussi, plutôt que d'envisager le principe dans son unité, on procède à une nouvelle analyse parcellaire, ce qui l'empêche de se manifester. Le principe de spécialité quant au bien grevé ne présente aucune spécificité. Il n'est pas spécifique au droit réel d'hypothèque mais il concerne tous les droits réels. Par ailleurs, le rattachement de l'hypothèque au droit des obligations a, lui-même, « submergé » le principe de spécialité quant à la créance garantie[201]. Le principe de spécialité quant à la créance garantie n'est lui-même, dans la présentation traditionnelle, qu'une réplique de la nécessité de déterminer l'obligation dès lors que l'hypothèque en est l'accessoire. La conception patrimoniale de l'hypothèque occulte le principe : le principe de spécialité quant au bien grevé (§1) et le principe de spécialité quant à la créance garantie (§2) ne sont pas spécifiques à l'hypothèque.

§1 Le principe de spécialité quant au bien grevé

38. L'occultation par le droit commun des contrats. Le principe de spécialité quant au bien grevé est occulté. On ne peut le voir, car la doctrine en a fait un *ersatz* de la condition de détermination de tout droit réel principal. Le principe de spécialité de l'hypothèque est donc caché par le rattachement de l'hypothèque au droit des biens. La condition de détermination des biens grevés imposée par le principe de spécialité exposée (A), il suffit de relever qu'elle est équivalente à la condition de détermination du droit réel principal (B), pour conclure à l'artificialité du principe de spécialité quant au bien grevé.

[201] La démarche implique qu'il soit fait référence au principe de spécialité quant à la créance garantie, ainsi que la présentation traditionnelle l'exposait.

A) La détermination des biens à raison du principe de spécialité

39. L'exigence de l'ancien article 2129 du Code civil. S'il est une exigence dont la doctrine n'a jamais douté, c'est bien celle qui relève du principe de spécialité quant au bien grevé, bien qu'elle ait donné lieu, à ses débuts, à quelques controverses à raison de ses difficultés d'application pratiques. Le principe de spécialité a toujours été présenté comme une règle de fond imposant la détermination des biens grevés lors de la constitution de l'hypothèque[202] à peine de nullité absolue. L'article 2129 du Code civil dans sa version d'origine obligeait à « déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur ». « Par la *nature*, la loi entend l'état de la superficie des immeubles, leur mode d'exploitation ; c'est aussi ce que la loi appelle « l'espèce » des biens […]. L'acte doit indiquer, par exemple, si l'immeuble hypothéqué est une maison d'habitation, une usine, etc. ; s'il s'agit d'un terrain non bâti, on doit spécifier si c'est une lande, une terre cultivée, un pré, une vigne, un bois, etc. »[203]. Quant à la situation de l'immeuble, elle permet de le localiser. Il faut désigner « la portion du territoire de la commune où l'immeuble hypothéqué est situé » [204]. A l'époque, comme le cadastre n'était pas encore un outil fiable, le titre constitutif devait contenir l'indication de la commune dont dépendait l'immeuble hypothéqué et des tenants et aboutissants de l'immeuble grevé[205]. Ainsi, « spécialiser le gage hypothécaire, [c'était] désigner l'immeuble ou les immeubles soumis à l'hypothèque avec une exactitude et une clarté suffisantes pour rendre impossible l'erreur ou la confusion. [C'était] pour obtenir ce résultat que l'article 2129 [prescrivait]

---

[202] G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°459 : « L'expression « spécialité de l'hypothèque » a un double sens. Elle signifie : 1° que l'hypothèque garantit une *créance déterminée* ; 2° que l'hypothèque est établie *sur un immeuble déterminé* » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681 : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être établie vaguement, sur les biens, sur les immeubles du débiteur ; elle doit avoir un objet déterminé ; non pas que le constituant ne puisse affecter plusieurs immeubles en sûreté d'une même dette, mais ces immeubles doivent être spécifiés, individualisés dans l'acte constitutif […] » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°904 : « Pour préserver le crédit du débiteur, l'hypothèque conventionnelle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés (règle de la spécialité de l'assiette, C. civ., art. 2418) […] » ; D. LEGEAIS, n°543 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°387 : « d'autres [hypothèques] sont spéciales et ne portent que sur un bien déterminé ».

[203] *Répertoire pratiqude législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°972. La nature de l'immeuble est déterminée dès lors que sont identifiées « les principales qualités caractéristiques » de l'immeuble grevé : « maison, usine, parc, jardin, prés, vigne, bois, etc… », M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°427.

[204] *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°973.

[205] *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°973 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°427 qui évoquent également la contenance de l'immeuble.

d'indiquer dans l'acte constitutif « la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués »[206].

40. Les difficultés d'application pratique du principe de spécialité. Pour autant, la loi ne déterminait pas, dans ses dispositions d'origine, les éléments qui devaient entrer « dans la désignation de la nature et de la situation de chacun des immeubles hypothéqués »[207]. Et, dans un premier temps, la jurisprudence acceptait, des affectations qui portaient seulement l'indication de la nature des biens hypothéqués (bâtiments, terres labourables, prés, champs…) et de la commune à laquelle ils sont rattachés. Ainsi, il y avait une désignation suffisante de la nature et de la situation des biens hypothéqués, dans l'acte qui portait constitution d'hypothèque sur tous les immeubles, sans exception, consistant en « maison d'habitation et d'exploitation, cours, jardins légumiers, terres en labour, vergers, etc. » que le débiteur possédait sur les communes mentionnées[208]. Ce genre de désignation n'identifiait pas les immeubles hypothéqués. Les magistrats tout autant que les notaires en avaient conscience, mais cette application était, « dans l'état de la propriété en France, [la] plus compatible avec les exigences de la pratique »[209]. En effet, au début du 19ème siècle, le morcellement

[206] P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, 1904, p. 48 ; G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1897, p. 43 : « D'une part aucune formule sacramentelle n'est exigée pour l'individualisation de l'immeuble ; il suffit qu'il puisse être nominativement désigné sans doute possible. Mais d'autre part, l'absence de forme sacramentelle ne doit pas nuire à cette désignation nominative. Il faut que celui-ci soit déterminé individuellement par une claire désignation de sa nature (article 2129) ou espèce (article 2148), et de sa situation. Il faut, et il suffit, en résumé, que l'on sache quel immeuble est hypothéqué par l'indication du genre et du lieu ».

[207] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 3, 6ème éd°, par E. BARTIN, 1938, p. 389.

[208] Not. Cass. civ. 25 novembre 1868, *S.* 69, I, 128 ; *D.P.* 69, I, 149 ; Cass. civ. 27 novembre 1893, *S.* 1894, I, 349, *D.P.* 1894, I, 566 ; Paris, 11 avril 1892, *S.* 1894, 2, 131, *D.P.* 94, 2, 79 ; Cass. civ. 12 mars 1867, *S.* 67, I, 221, *D.P.* 67, I, 347. *Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898, sous l'article 2129 du Code civil : note 5, Nancy, 30 mai 1843, *S.* 1843, II, 43.547, *D.P.,* II, 209 ; note 9, Pau, 23 août 1834, *S.* 1835, II, 120, *D.P.,* 1835, 22, 29 : « Il y a désignation suffisante des biens hypothéqués et de leur nature, lorsque le débiteur s'est borné à déclarer qu'il hypothèque les biens qu'il possède dans la commune de …, tels qu'ils sont désignés et confrontés dans le cadastre », n°15 : « Enfin dans un troisième système, que consacre une jurisprudence constante à l'heure actuelle, on décide que, lorsqu'un débiteur donne hypothèque sur tous les biens qu'il possède dans une ou plusieurs communes, il n'est pas nécessaire qu'il fasse une désignation particulière de chacun des immeubles hypothéqués : il suffit qu'il en fasse connaître la nature d'une manière générale, en déclarant s'ils consistent en maisons, champs, vignes, etc. », Besançon, 22 juin 1810, Paris, 10 juin 1812 ; n°16 : « Il y a désignation suffisante de la nature et de la situation des biens hypothéqués, dans l'acte portant constitution d'hypothèque sur « tous les immeubles sans exception, maison d'habitation et d'exploitation, cours, jardins légumiers, terres en labour, vignes, etc. » que le débiteur possède dans diverses communes mentionnées, Cass. civ. 25 novembre 1868, S. 1869, 1, 128, *D.P.,* 1869,I, 149.

[209] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, 8ème éd., Dalloz, 1935, n°1275 : « Cette pratique s'explique par le morcellement si accentué de la propriété rurale. Pour le propriétaire qui possède des parcelles disséminées et souvent d'une faible étendue, l'affectation hypothécaire deviendrait plus difficile, a-t-on dit justement […], s'il fallait donner, dans les actes, une énumération détaillée des diverses parcelles grevées. La Jurisprudence a pu croire favoriser le crédit en autorisant une affectation collective, en diminuant, par ce moyen, le nombre des procès en nullité et en responsabilité » ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807 : « Cette tendance libérale des arrêts dans l'interprétation de l'article 2129 s'expliquait par le morcellement de la propriété et les insuffisances du cadastre » ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1024, et plus loin : « […] ce mode de constitution de l'hypothèque nous paraît seul compatible avec la division, le morcellement de la propriété en France […]. ».

de la propriété immobilière et l'absence d'un cadastre fiable rendaient difficile la désignation individuelle des immeubles hypothéqués.

41. L'apaisement des difficultés d'application pratique. Cette période d'interprétation libérale a pris fin au début du vingtième siècle[210]. A partir de la loi du 1er mars 1918, la publicité foncière s'appuie sur l'identification cadastrale des biens immobiliers[211] : les références cadastrales du bien grevé devaient être indiquées dans le bordereau d'inscription (ancien article 2148 du Code civil) [212]. Le cadastre était alors associé à la vie civile[213]. Ce remaniement ne touchait pas la spécialité constitutive, mais il marqua, tout de même, un coup d'arrêt à l'interprétation libérale de l'ancien article 2129 du Code civil[214]. Puis, le décret du 4 janvier 1955[215] a modifié l'ancien article 2129 du Code civil et, par une suite de renvois, a prescrit, l'indication de la nature, la situation, la contenance et la désignation cadastrale de chacun des immeubles grevés, qui est, depuis lors, appliqué avec rigueur. Ces difficultés liées à l'application pratique de la règle se sont donc apaisées à mesure de la mise en place d'un cadastre fiable et ont, à présent, totalement disparue. L'exigence de l'identification des biens hypothéqués dans l'acte n'a jamais été, réellement sujette à discussion, seule l'application pratique de la règle était rendue délicate.

---

[210] L'application peu rigoureuse du principe est, parfois, soulignée pour attester d'un renversement du principe (A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, Paris I, 2007, n°347). Mais, cette jurisprudence, fondée sur des nécessités pratiques liées à l'état de la propriété immobilière n'est plus d'actualité depuis 1955, et ne peut soutenir l'hypothèse d'un renversement du principe de spécialité.

[211] La réforme vise à faciliter le travail des conservateurs qui ne recopieront plus les bordereaux sur le registre des inscriptions. Les bordereaux seront reliés. Elle met, également, en place une plus grande précision du document hypothécaire par la double identification des parties et des immeubles. Pour un commentaire de cette réforme, A. DUPARCQ, « Suppression du registre des inscriptions en matière hypothécaire », *Journal des notaires et des avocats*, 1918, art. 31919, suite art. 31944, 31973, 32017 ; pour la proposition de loi antérieure, *Journal des notaires et des avocats*, 1916, art. 31275.

[212] L'article 1 de la loi du 1er mars 1918 modifie l'ancien article 2148-5° du Code civil. Il impose, pour l'hypothèque conventionnelle, l'indication, dans le bordereau d'inscription, du numéro et de la parcelle cadastrale. L'inscription des hypothèques légale et judiciaire en est dispensée. Leur généralité est maintenue : une seule inscription frappe tous les immeubles compris dans la circonscription du bureau.

[213] E. BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226, le système adopté s'inspire du livre foncier, en vigueur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle (notamment la règle de l'effet relatif, n°7, le fichier immobilier, n°5). C'est un système mixte, fondé à la fois sur l'identification de la personne et des immeubles. Le répertoire de la loi du 21 Ventôse An VII, en vigueur jusqu'au décret de 1955, organise une publicité personnelle. Il est remplacé par un fichier immobilier prévoyant un système distinct selon que l'immeuble est classé en zone urbaine ou rurale. La publicité est, encore, principalement fondée sur la personne. Cependant, dans le premier cas, des fiches parcellaires son appelées à compléter le fichier personnel au fur et à mesure de la mise en place de la réforme. Dans le second cas, l'utilisation de fiches complémentaires de caractère purement réel (fiche d'immeuble) est prévue.

[214] Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807.

[215] La réforme est l'œuvre du gouvernement, en vertu de pouvoirs spéciaux conférés par la loi du 14 août 1954. Pour la mise en cause de la constitutionnalité de la délégation de pouvoirs ainsi consentis à l'exécutif pour modifier le Code civil, E. BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226 n°1 ; P. ESMEIN, « La réforme de la publicité foncière », *G. Pal.* 1955, Doctrine, 30, n°3.

B) La détermination du droit réel principal

42. Un principe « fantôme ». La condition de détermination des biens grevés à laquelle le principe de spécialité soumet l'hypothèque ne lui est, cependant, pas spécifique. Tous les droits réels principaux doivent être déterminés. La spécialité est, d'ailleurs, présentée comme la « condition fondamentale de l'existence du droit réel »[216] dont elle est le critère[217]. Le principe de spécialité est alors envisagé par la doctrine traditionnelle comme un *ersatz*, en droit des sûretés réelles, de la condition d'individualisation de l'assiette du droit réel principal[218]. Cette assimilation du principe de spécialité quant au bien grevé à la condition d'individualisation de l'assiette du droit réel est, à présent, entérinée. Aujourd'hui, « le premier mouvement de l'esprit est de rechercher le fondement de la spécialité quant aux biens grevés dans la notion même de « droit réel », [car] le propre d'un droit réel est, en effet, de conférer à son titulaire un droit sur une chose qui direct et immédiat, c'est-à-dire « sans intermédiaire »[219]. C'est ainsi qu' « un tel droit ne peut exister que si son objet est individualisé ou si l'individualisation de celui-ci ne dépend que de son titulaire. A partir du moment où la détermination de l'objet suppose l'intervention d'un autre sujet de droit, le caractère immédiat cesse d'exister et le droit réel disparaît. C'est, par exemple, ce qui expliquait, avant la réforme du 10 juin 11994, la disparition du droit du vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété lorsque son bien se trouvait mélangé avec d'autres biens identiques au sein du stock de l'acheteur. Si le propre de la

---

[216] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°257 ou n°286 : l'auteur considère « la spécialité comme étant de l'essence du droit réel d'hypothèque et non, simplement, une mesure tendant à ménager le crédit du débiteur et simplifier la procédure d'ordre ».

[217] S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441 et s., n°33 : « la spécialité est le critère unique du droit réel de l'hypothèque ».

[218] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°246 : « L'hypothèque n'échappe pas à celle règle. Mais l'individualisation de l'assiette n'est pas une simple condition d'exercice du droit réel. Sa portée est plus vaste et concerne la substance même du droit, car l'individualisation du droit se fait par rapport au bien qui en est l'objet pour aller jusqu'à se confondre avec lui comme c'est le cas pour le droit de propriété ». C'est un réflexe naturel ainsi que le souligne Monsieur le Professeur CROCQ, p. 60 : « Si l'on veut bien définir les sûretés réelles comme celles qui confèrent un droit réel à leur titulaire, le premier mouvement de l'esprit est de rechercher le fondement de la spécialité quant aux biens grevés dans la notion même de « droit réel ». Le propre d'un droit réel est, en effet, de conférer à son titulaire un droit sur une chose qui est direct et immédiat, c'est-à-dire « sans intermédiaire ». Or, un tel droit ne peut exister que si son objet est individualisé ou si l'individualisation de celui-ci ne dépend que de son titulaire [….]. Si le propre de la sûreté réelle est de conférer un droit réel à son titulaire, on conçoit alors bien qu'une telle sûreté ne puisse être constituée que si son objet est déterminé. La nature juridique de la sûreté suppose donc nécessairement le respect du principe de spécialité de son objet lors de sa constitution » ; A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, Paris I, 2007, n°347 : « Le principe de spécialité signifie qu'un droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée, sur un objet individualisé. Il exige que les biens qui composent l'assiette sur laquelle porte le droit soient identifiés ».

[219] P. CROCQ, p. 60.

sûreté réelle est de conférer un droit réel à son titulaire, on conçoit alors bien qu'une telle sûreté ne puisse être constituée que si son objet est déterminé. La nature juridique de la sûreté suppose donc nécessairement le respect du principe de spécialité de son objet lors de sa constitution »[220]. Ainsi que le souligne Monsieur le Professeur Pierre Crocq, dans la présentation traditionnelle, il n'y a pas plus « d'exigence de spécialité en matière de constitution de sûreté réelle qu'il n'y en a dans n'importe quel contrat ayant pour objet de créer ou de transmettre un droit réel »[221]. Le principe de spécialité quant au bien grevé ne présente aucune spécificité, pas plus, d'ailleurs, que le principe de spécialité quant à la créance garantie.

§2 Le principe de spécialité quant à la créance garantie

43. Annonce. Le rattachement de l'hypothèque à l'obligation s'est traduit, dans la présentation traditionnelle, par la reconnaissance d'un lien d'accessoire entre l'hypothèque et l'obligation. La doctrine traditionnelle a, bien que cette position soit aujourd'hui remise en cause, toujours déduit du caractère accessoire la nécessité de déterminer l'obligation garantie par l'hypothèque. Or, le principe de spécialité quant à la créance garantie a, lui-même, été interprété comme imposant, lors de la constitution de l'hypothèque conventionnelle, la détermination de l'obligation. Aussi, la détermination des créances garanties, requise par le principe de spécialité (A) est équivalente à la condition de détermination attachée au caractère accessoire de l'hypothèque (B). La conception du principe, issue de la conception patrimoniale de l'hypothèque, est dès lors artificielle.

A) La détermination de l'obligation à raison du principe de spécialité

44. L'affirmation progressive de la condition de détermination des créances garanties. Le principe de spécialité quant à la créance garantie n'a pas, dès l'origine, été associé à l'exigence de détermination de l'obligation. En effet, la doctrine a due faire face à des obstacles liés à l'ambiguïté de la rédaction de l'ancien article 2132 du Code civil, siège du principe de spécialité quant à la

[220] P. CROCQ, p. 60.

[221] P. CROCQ, p. 60 et encore p. 60 : « […] si le principe de spécialité se réduit à l'exigence d'un droit ayant un objet déterminé […], rien ne devrait alors empêcher un débiteur, en application de l'article 1130 du Code civil, de constituer une sûreté réelle sur un bien futur dès lors que celui-ci est déterminé ou déterminable, la seule réserve étant alors que le droit réel conféré ne peut commencer à exister qu'à partir du moment où le bien est entré dans le patrimoine du constituant ».

créance garantie (1°). Soutenue par la jurisprudence, elle les a surmontés (2°), pour requérir la détermination de la créance garantie lors de la constitution de l'hypothèque.

1°) Les incertitudes liées à la rédaction de l'ancien article 2132 du Code civil

45. La confusion de l'ancien article 2132 du Code civil. La doctrine a toujours souligné les difficultés d'interprétation[222] de l'article 2132 du Code civil, siège du principe de spécialité quant à la créance garantie, dont la rédaction était ambiguë. La loi confondait, disait-on, le cas de l'hypothèque consentie pour une créance conditionnelle avec celui où l'hypothèque était consentie pour une créance indéterminée[223], précision étant ici faite que dans le langage des auteurs, au début du vingtième siècle, une créance indéterminée est une créance dont le montant n'est pas déterminé. Dans les deux cas, le créancier devait faire une évaluation de la créance dans l'inscription. Or, si on comprenait parfaitement l'utilité de l'évaluation quand la créance était « indéterminée » [224], on n'en voyait pas l'utilité quand la créance était « conditionnelle et déterminée dans son *quantum* »[225]. Dès lors que la créance était conditionnelle, ce n'était pas une estimation qui convenait mais la mention de ses modalités »[226]. De toute évidence, une interprétation cohérente de l'article 2132 du Code civil ne pouvait être dégagée qu'autant que l'hypothèse de l'obligation conditionnelle visée dans la

---

[222] La confusion des termes empruntés par l'article est relevée par tous les auteurs, voir not. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402 : « Tout ce que nous venons de dire sur la spécialité quant à la créance hypothécaire se lit péniblement entre les lignes dans l'art. 2132 […]. Ce texte a été rédigé avec une extrême négligence, et, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, il est impossible de mettre d'accord l'une avec l'autre les deux parties dont il se compose ».

[223] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272 : « C'est là une méprise évidente, car, de ce qu'une créance est conditionnelle, il ne résulte pas que son chiffre soit indéterminé » ; voir les observations de R. RODIERE, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, not. p. 147.

[224] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272 : « C'est là une méprise évidente, car, de ce qu'une créance est conditionnelle, il ne résulte pas que son chiffre soit indéterminé » ; voir les observations de R. RODIERE, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, not. p. 147.

[225] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272 : « C'est là une méprise évidente, car, de ce qu'une créance est conditionnelle, il ne résulte pas que son chiffre soit indéterminé » ; voir les observations de R. RODIERE, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, not. p. 147.

[226] Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 145, obs. R. RODIERE ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402.

seconde partie de l'article[227] était exclue, démarche que la doctrine a adoptée, pour rester concentrée sur la détermination de la créance garantie.

46. Le dépassement de l'ambiguïté de la rédaction de l'article 2132 du Code civil. Le texte imposait explicitement la « détermination de la somme » pour laquelle l'hypothèque était consentie. Aussi, dans un premier temps, la doctrine avait interprété l'exigence professée par le texte comme imposant la détermination du montant de la créance garantie[228] se référant plus ou moins à la détermination de la créance garantie[229]. Puis, à partir du milieu du vingtième siècle, l'exigence de détermination du montant de la créance garantie n'est plus mise en exergue, les manuels se réfèrent davantage à la détermination de la créance garantie qui devient l'aspect essentiel[230], voir l'unique aspect[231], du principe de spécialité quant à la créance garantie et on ne tire alors plus guère de

---

[227] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402.

[228] Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°801 : « L'hypothèque est spéciale ou générale suivant que le gage hypothécaire est affecté au paiement d'une ou plusieurs créances spéciales, déterminées dans leur montant, ou, au contraire, au paiement de créances dont le montant est indéterminé » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1369 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 386. *Code civil annoté*, Ed. FUZIER-HERMAN, t. 4 (article 1582 à 2281), 1898, note n°1 sous l'article 2132 du Code civil : « Le texte de l'art. 2132 a fait l'objet de différentes observations de la part des commentateurs ; on a fait remarquer que ce texte, pris à la lettre, semble indiquer que l'hypothèque ne peut pas garantir des créances dont le montant n'est pas déterminé dans l'acte constitutif, alors que ce texte n'a eu pour but d'exiger la détermination du montant de la créance dans l'acte constitutif qu'à l'égard des créances dont le montant pouvait alors être connu ; pour les créances indéterminées, il suffit ainsi que cela résulte d'ailleurs des dispositions finales de ce même article, que le créancier en fixe, lors de l'inscription la valeur estimative […] ».

[229] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1399 : « De même qu'un débiteur ne peut pas valablement consentir une hypothèque portant sur tous ses biens en général, sans désignation spéciale de la nature et de la situation de chacun d'eux, de même la loi proscrit l'hypothèque qu'un débiteur consentirait pour sûreté de toutes ses dettes en général envers une personne déterminée sans autre précision, ou même de toutes celles qu'il a contractées ou contractera dans un délai déterminé, le courant de l'année par exemple. En un mot, il ne suffit pas d'individualiser l'immeuble ou les immeubles sur lesquels l'hypothèque est établie, ce qui constitue la spécialité quant au gage hypothécaire, il faut en outre individualiser la créance pour sûreté de laquelle on consent l'hypothèque […] » ; Trib. civ. Lille, 17 novembre 1937, *D.H.* 1938, 95 : voir la précision du tribunal qui relève qu'en l'absence de compte courant entre le débiteur, constituant, et le créancier, les actes constitutifs d'hypothèque, ne mentionnant que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie, sont nuls, car « il est impossible de dire à quels prêts sont affectés ces garanties hypothécaires, qu'elles constituent des hypothèques volantes pouvant être affectées à n'importe lequel des prêts consentis par la société Leplat » (nullité de l'hypothèque demandée par un créancier et non le débiteur).

[230] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272 : « Il est indispensable, en effet, de connaître exactement, et la créance garantie par l'hypothèque, et le chiffre de cette créance » ; Ph. THERY, n°124 : « Plus importante, en revanche, est l'identification de la créance garantie. La condition est encore relative au crédit du débiteur. L'hypothèque garantit une créance déterminée ». Voir Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°406, qui affirment que « le Code civil originaire exigeait que la créance garantie pût être individualisée par une double série d'indication » et mentionnent l'indication de la cause de la créance garantie ; L. AYNES, *Les sûretés. La publicité foncière,* Cujas, 8ème éd°, 1996, n°662 : « Quant à la créance, il faut que soient indiqués dans l'acte de constitution sa cause et son montant (a. 2132). Sa cause : par exemple que la créance garantie provient de tel prêt. Son montant : il n'est pas nécessaire qu'il soit déterminé, il suffit qu'il soit déterminable […] » ; M. BOURASSIN,V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2061 : « A peine de nullité, l'acte notarié doit individualiser la créance garantie, c'est-à-dire indiquer sa cause (C. civ., art. 2421, al. 2) et son montant (C. civ., art. 2423) » ; MAZEAUD et CHABAS, n°274.

[231] G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°459 : « L'expression « spécialité de l'hypothèque » a un double sens. Elle signifie : 1° que l'hypothèque garantit une *créance déterminée* ; 2° que l'hypothèque est

conséquence de la détermination du montant de la créance garantie qui avait pourtant occupée tous les esprits jusqu'à cette époque. Ainsi, Josserand remarque qu'il est « curieux »[232] que le législateur ne fasse mention que de « l'énumération du montant de la créance »[233] et les rares auteurs qui s'interrogent optent pour la nullité de l'affectation hypothécaire à défaut d'indication dans le titre constitutif de la cause des créances garanties[234]. La pratique fait, quant à elle, une application de la règle en déterminant dans l'acte constitutif de l'hypothèque la créance garantie par l'indication de sa cause[235]. Le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1939[236] « fixe » le principe.

2°) La détermination de l'obligation à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1939

47. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1939. Les tribunaux n'avaient eu que rarement à se prononcer sur le principe de spécialité quant à la créance garantie[237] et c'est donc l'unique fois

---

établie *sur un immeuble déterminé* » ; D. LEGEAIS, n°556 : « Le droit de l'hypothèque conventionnelle était traditionnellement dominé par le principe de spécialité. L'hypothèque devait porter sur un bien déterminé et garantir une créance également déterminée » et n°543 : « Enfin, l'hypothèque est soumise à la règle de la spécialité. D'une part, elle ne peut porter que sur un ou des immeubles déterminés. C'est la spécialité quant à l'assiette. D'autre part, elle ne peut garantir qu'une ou plusieurs créances spécifiées. C'est la spécialité quant à la créance garantie ».

[232] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1684 : « La spécialisation de la créance s'effectue par une double indication : 1° indication de la *cause*, de la source de la créance : prêt, constitution de rente viagère, etc. ; 2° énumération du *montant* de la créance. Il est curieux de remarquer que l'article 2132 ne fait état que de la deuxième indication ».

[233] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1684 ; PLASSARD le relève également, dans son commentaire du célèbre arrêt rendu le 6 février 1939 par la Cour de cassation, à propos de la spécialité quant à la créance garantie. Il cite PLANIOL et RIPERT : « En fait d'hypothèques conventionnelles un créancier ne peut obtenir de sûreté que pour une *créance déterminée*. La loi (art. 2132) n'exprime pas clairement cette première condition ; elle la suppose plutôt et la sous-entend », Cass. civ. 6 février 1939, *D.* 939, I, 53, obs. J. PLASSARD, p. 54.

[234] La spécialisation de la créance hypothécaire s'effectue par l'indication de la cause de la créance garantie, L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1684 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de M. JULLIOT de la MORANDIERE, t. 2, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272.

[235] Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146 : « De cette rareté et du silence des praticiens un même fait rend assez bien compte : c'est *par le même acte* que très couramment on constate l'ouverture de crédit, le prêt, telle obligation de faire… *et* l'hypothèque constituée pour la sûreté du créancier. Il n'y a dès lors aucun doute. L'indivisibilité matérielle des opérations indique, sans qu'on la spécifie expressément dans la partie de l'*instrumentum* consacrée à la constitution hypothécaire quelle est la créance garantie. Et c'est comme en passant que les tribunaux et la Cour de cassation constatent : « Attendu que le … un prêt fut consenti par X… à Y… ; qu'une hypothèque fut constituée *pour sûreté de ce prêt* » […]. Ainsi, en pratique, aucune difficulté ne s'élève et c'est à une application, correcte bien que souvent inconsciente, de la spécialité que l'on est redevable de cette économie de procès ».

[236] Cass. civ., 6 février 1939, *D.* 1939, I, 53, note J. PLASSARD, *S.* 1941, I, 145, note R. RODIERE : si « l'art. 2132 c. civ. n'exige pas, en termes explicites, la mention de la cause de la créance garantie pour la validité de l'hypothèque conventionnelle, il n'en est pas moins vrai qu'en vertu du principe de la spécialité de la créance hypothécaire, cette créance doit être déterminée expressément, ou par voie de référence dans l'acte constitutif ».

[237] Trib. civ. Lille, 17 novembre 1937, *D.H.* 1938, 95, « Attendu qu'aux termes de l'art. 2132 c. civ., l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte », sont nulles les hypothèques « dès lors qu'il est impossible de dire à quels prêts sont affectées ces garanties hypothécaires, qu'elles constituent des hypothèques volantes […] » ; Montpellier, 29 octobre 1952, *D.* 1953, somm. 31 : « Si l'hypothèque conventionnelle est spéciale en ce qu'elle garantit une créance déterminée, cette détermination se fait par l'indication de la cause de la créance, c'est-à-dire du fait qui explique et justifie, dans la volonté

où la Cour de cassation a eu l'occasion de se saisir du principe. Etait en cause une affectation hypothécaire aux termes de laquelle le constituant entendait garantir « des sommes pouvant être dues éventuellement […] et ce jusqu'à concurrence de 400.000 fr. ». L'obligation garantie était une obligation de somme d'argent mais, selon les termes empruntés par la Cour d'appel de Toulouse, dans l'arrêt qu'elle rend le 29 avril 1932[238], nul n'aurait su dire si l'obligation résultait « d'une ouverture de crédit pour opérations à venir » ou « d'un compte courant dont l'apurement n'étant pas encore réalisé, le solde ne sera qu'ultérieurement connu » [239]. La Cour d'appel admet la nullité de l'affectation hypothécaire. Un pourvoi est formé par le créancier qui entend obtenir la cassation de l'arrêt qui a déclaré nuls les contrats d'affectation hypothécaire « pour le seul motif que les titres[240] n'indiquaient pas la nature et la cause de la créance garantie […] alors que cette indication n'est prescrite par aucun texte à peine de nullité »[241]. La Cour de cassation le rejette. En effet, « si l'article 2132 c. civ., n'exige pas, en termes explicites, la mention de la cause de la créance garantie pour la validité de l'hypothèque conventionnelle, il n'en est pas moins vrai qu'en vertu du principe de la spécialité de la créance hypothécaire, cette créance doit être déterminée expressément ou par voie de référence dans l'acte constitutif »[242]. La Cour de cassation se range ainsi du côté des juges du fond. Selon Rodière, la Cour de cassation entend alors préciser qu'il convient de « […] lever les doutes sur l'espèce d'obligation à la sûreté de laquelle est affectée l'hypothèque. Il est possible, et courant dans les relations d'affaires, que plusieurs rapports obligatoires lient deux individus. Si l'un d'eux consent une hypothèque à l'autre, il faut préciser quelle est la créance qu'ils ont en vue ou les énumérer toutes s'ils veulent les comprendre en bloc dans leur opération » [243]. On souligne alors que « la

---

des parties, la création de l'obligation » ; Nancy, 20 avril 1989, Elf France/Villette, jurisdata n°043517 : nullité de l'affectation hypothécaire consentie pour « le montant de toutes sommes pouvant être dues éventuellement à la société ANTAR S.A. et Cie, [ainsi que] pour le montant des intérêts […], toutes pénalités, indemnités ou sommes quelconques qui seraient éventuellement dues en vertu des accords commerciaux passés entre les parties », aux motifs que « ni l'acte constitutif, ni le bordereau d'inscription ne mentionnent, même de manière sommaire, l'évènement ou la condition dont dépend l'existence de la créance […], la référence à des « accords commerciaux » dont la date et la nature n'est pas indiquée étant à cet égard insuffisante, d'autre part et surtout que le créancier n'a pas procédé à l'estimation de sa créance prévue par l'article 2132 précité. Par suite l'hypothèque consentie pour toutes sommes éventuellement dues en vertu des accords commerciaux […] est nulle ».

[238] Toulouse, 29 avril 1932, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, note R. RODIERE.

[239] La formulation exacte est celle-ci : « si bien que l'une des parties peut prétendre qu'il s'agit d'une ouverture de crédit pour opérations à venir, tandis que l'autre peut prétendre avec une semblable apparence de raison qu'il s'agit d'un compte courant dont l'apurement n'étant pas encore réalisé, le solde ne sera qu'ultérieurement connu », Toulouse, 29 avril 1932, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146.

[240] Il y avait, dans l'espèce, deux conventions hypothécaires comportant une clause identique.

[241] Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, note R. RODIERE, 147.

[242] Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, note R. RODIERE, 148.

[243] Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146.

mention de la cause de la créance garantie permet d'identifier la créance »[244]. Cette obligation s'impose que la créance garantie soit une créance monétaire ou en nature.

48. L'individualisation, dans l'acte, de l'obligation monétaire à raison de l'indication de sa cause. L'hypothèque peut, en effet, être constituée pour garantir des obligations de n'importe quelle espèce[245], des obligations monétaires comme des obligations en nature[246] : *non tantum ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest*[247]. L'objet de l'obligation monétaire ne permet pas de dissocier, entre elles, les obligations monétaires, car elles ont toutes pour objet la remise d'une somme d'argent[248]. Mais si la détermination de leur objet ne permet pas de les individualiser, elles peuvent être individualisées par leur cause[249] : « on parle ainsi de loyers dus au bailleur par le preneur, d'honoraires perçus de son client par l'avocat, de salaire payés par les employeurs… »[250]. Aussi, lorsque la nature de l'obligation garantie est monétaire, elle ne peut être énumérée qu'autant que l'on connaît sa cause : l'origine[251] de la créance. Il faut donc indiquer, dans l'acte à peine de nullité, la source[252] de la créance garantie, « le fait qui explique et justifie, dans la volonté des parties, la création de l'obligation »[253]. On comprend, ainsi, que la Cour de cassation ait requis, dans l'arrêt du 6 février

---

[244] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse Toulouse, 1974, n°16 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°905.

[245] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°417, citent en exemple : « prêt, constitution de rente viagère, créance résultant d'une obligation de faire, d'un contrat d'ouverture de crédit, indemnité pour préjudice causé, etc… » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1400.

[246] Pour cette classification, not. J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004, n°925 : l'auteur propose de dépasser la classification traditionnelle empruntée par le Code civil des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, en mettant « à part l'obligation de somme d'argent ou obligation monétaire, en l'opposant à toutes les autres obligations ou obligations en nature, comme à l'économie en nature s'oppose l'économie monétaire ». Cette classification des obligations est, par ailleurs, de plus en plus répandue, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd°, 2011, n°2.

[247] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, COSSE et DELAMOTTE, 1846, p. 440, n°59.

[248] Pour le monolithisme des obligations monétaires, Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, thèse, Paris II, 1984, p. 5.

[249] Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, thèse, Paris II, 1984, p. 5 : « Face au caractère multiforme des obligations en nature, on est tenté de mettre en évidence le monolithisme des obligations monétaires, dont l'objet semble toujours identique : remettre une somme d'argent. Toutefois, dès lors que l'on considère leur cause, les obligations monétaires se révèlent, par les termes mêmes qui servent à les désigner, beaucoup plus diverses qu'on ne pouvait le penser … ».

[250] Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, thèse, Paris II, 1984, p. 5 ; Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146, « l'hypothèque est constituée pour tel prêt de tant consenti tel jour ».

[251] Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146.

[252] G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°195.

[253] Montpellier, 29 octobre 1952, *D.* 1953, somm. 31.

1939, qui concernait une obligation monétaire, la détermination de la cause de la créance garantie, car elle souhaitait en imposer l'individualisation dans l'acte. Comme l'indique Rodière, la Cour de cassation souhaitait imposer l'individualisation des créances garanties[254]. Cependant, requérir l'indication de la cause de l'obligation garantie est également pertinent lorsque l'obligation est en nature. L'objet est alors certainement un facteur pertinent d'identification[255] de l'obligation, rôle qu'il ne peut tenir lorsque l'obligation est monétaire, mais il n'en demeure pas moins qu'à défaut de détermination de la cause de la créance garantie, celle-ci n'est pas identifiée. Rodière souligne cette distinction entre les obligations monétaires et en nature et observe que « pour les obligations de faire, on se contentera de la nature[256] exacte de la créance. Ainsi, dit-il, on constituera l'hypothèque « pour la sûreté de l'obligation que contracte le débiteur de marner tel domaine »[257]. Il emploie le terme « nature », mais l'exemple qu'il fournit démontre que ce qui est exigé est non seulement d'indiquer la nature de l'obligation, « marner », mais plus précisément de « marner tel domaine ». Il s'agit, en réalité, d'identifier l'obligation garantie quelle qu'en soit la nature. Rodière indique alors que, dans ce cas, il n'est nul besoin d'indiquer le montant de la créance garantie[258]. Ainsi, dans la présentation traditionnelle, le principe de spécialité quant à la créance garantie soumet l'hypothèque conventionnelle, à peine de nullité, à la nécessité de déterminer la créance garantie lors de sa constitution. La détermination de la créance garantie imposée par le principe de spécialité ne se

---

[254] Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146. C'est, par ailleurs, le terme employé par RODIERE tout au long de son commentaire, ce qu'il relève (p. 147).

[255] Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, thèse, Paris II, 1984, p. 5 : « Donner une somme d'argent ou fournir une prestation en nature bien spécifiée paraissent deux choses totalement différentes : l'obligation a dans le premier cas un caractère abstrait, dans le second un caractère concret. Le paiement d'une somme d'argent procure à celui qui la reçoit un pouvoir d'achat. Le créancier d'une obligation en nature en attend au contraire un résultat précis, nettement individualisé. Ne se ramenant pas à une dette d'unités idéales, les obligations en nature ont des objets extrêmement divers, qui font de leur catégorie un groupe remarquablement hétérogène, pour ne pas dire hétéroclite », plus loin, p. 19 : « De chacune de ces prestations, le créancier attend un avantage précis, bien déterminé ».

[256] Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 145, note R. RODIERE, 146 : « Les rédacteurs du Code civil ont, ainsi, entendu que « fût déterminée *ne varietur l'espèce* de la créance garantie », et plus loin : il faut « lever les doutes sur l'espèce d'obligation à la sûreté de laquelle est affectée l'hypothèque ».

[257] Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 146, note R. RODIERE, 146.

[258] *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°1007 : « Pour individualiser la créance, s'il s'agit d'une obligation autre que celle de payer une somme d'argent, l'acte constitutif devra préciser en quoi consiste cette obligation » et n°1008 : « s'il s'agit d'une somme d'argent, l'acte constitutif doit indiquer la cause en vertu de laquelle elle est due : prêt, prix de vente, indemnité d'un préjudice cause, etc.; et en faire connaître le montant » ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 386 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1400 : « Si comme il arrivera le plus souvent, l'hypothèque est consentie pour sûreté d'une dette de somme d'argent déterminée, l'acte constitutif devra en indiquer la cause et le montant. Que si l'hypothèque est attachée à une obligation autre que celle de payer une somme d'argent déterminée, par exemple une obligation de faire, il ne sera pas nécessaire d'en fixer la valeur pécuniaire dans l'acte constitutif, parce qu'il est possible d'individualiser la créance sans indiquer son chiffre. On dira, par exemple, que l'hypothèque est consentie pour sûreté de l'obligation que contracte le débiteur de marner tel domaine, d'enlever tous les matériaux qui se trouvent sur tel terrain ».

distingue alors pas de la détermination des créances garanties, traditionnellement requise, à raison du caractère accessoire de la sûreté réelle.

B) La détermination de l'obligation à raison du caractère accessoire

49. La présentation traditionnelle du caractère accessoire de l'hypothèque. Selon les termes de l'ancien article 2114 du Code civil, aujourd'hui devenu l'article 2393 du Code civil, l'hypothèque est un droit réel « affecté à l'acquittement d'une obligation » [259]. L'hypothèque est traditionnellement présentée comme un accessoire de la créance, dont elle garantit le paiement. Dès lors que l'hypothèque est conçue comme un accessoire de la créance, la doctrine traditionnelle en a déduit qu'elle ne pouvait exister sans que la créance dont elle assurait le paiement n'existe préalablement[260] : « du caractère accessoire de l'hypothèque, il résulte bien qu'elle ne saurait subsister sans le principal [la créance]. Elle naît et elle meurt avec lui »[261]. L'exigence de l'actualité de la créance garantie rendait d'ailleurs incertaine, jusqu'à la réforme de 2006, la possibilité pour l'hypothèque de garantir des créances futures[262]. Or, l'obligation, elle-même, ne peut exister sans être déterminée. Un débiteur ne peut être obligé à « tout » ou simplement « quelque chose »[263]. Aussi, à raison du rattachement de l'hypothèque à la créance garantie, le principe de spécialité quant à la créance garantie n'ajoute rien à l'exigence de détermination qui résulte du caractère accessoire de la sûreté[264]. D'ailleurs, Goubeaux,

---

[259] M. BOURASSIN,V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2014; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°382, à noter que les auteurs ne citent pas exactement l'article 2393, al 1er : « L'hypothèque est un droit réel affecté à l'acquittement d'une obligation » et non « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°678 : « L'hypothèque affecte l'immeuble qui en est grevé au paiement de la créance qu'elle garantit ».

[260] Voir supra n°33.

[261] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°902 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, *Sûretés réelles. Publicité foncière. Contrats civils. Principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°80 : « Le caractère accessoire ne permet pas de concevoir l'hypothèque s'il n'y a pas de créance à laquelle elle puisse être rattachée ».

[262] Ph. SIMLER et P. DELEBECQUE, n°382.

[263] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4ème éd°, 2009, n°1 : « Toute obligation a un objet qui lui est spécial (fournir telle chose par exemple) ».

[264] Sur la relation entre le caractère accessoire à la créance garantie et le principe de spécialité quant à la créance garantie, Ph. THERY, n°3 : Les sûretés « […] sont ainsi l'accessoire d'une créance. La sûreté garantit toujours une créance déterminée, à tout le moins déterminable (comme on le verra pour le cautionnement). Cette exigence – qui est plus ou moins strictement comprise selon le type de sûreté – traduit un souci de protection. Protection de la caution qui doit savoir à quoi elle s'engage. Protection du débiteur qui, à peine d'obérer définitivement son crédit, ne doit pas pouvoir affecter des biens en garantie de n'importe quelle dette susceptible de naître un jour ou l'autre au profit du créancier » ; J-P. SENECHAL, « Les prêts substitutifs », *JCP éd. N*, 1987, I, p. 15, n°8, et n°6, le caractère accessoire de l'hypothèque a « un aspect qualitatif : l'hypothèque n'est pas attachée à n'importe quelle créance mais *précisément à celle pour la garantie de laquelle elle est née ou à été constituée*. Accessoire, l'hypothèque est aussi spéciale » ; au Québec, la doctrine et la jurisprudence estiment que la spécialité est tirée du caractère accessoire de la sûreté, J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,*

dans sa thèse consacrée à l'accessoire en droit privé, attache cette conséquence au caractère accessoire qu'« il faut toujours une créance au paiement de laquelle la sûreté est affectée. Et cette créance doit être bien déterminée […]. La sûreté se trouve nécessairement attachée à une créance donnée »[265]. Dans la conception traditionnelle, le caractère accessoire de l'hypothèque occulte la spécificité du principe de spécialité qui ne peut se manifester. Le caractère accessoire à l'obligation implique la détermination de la créance garantie à laquelle le principe de spécialité n'ajoute rien. La détermination du bien hypothéqué et de la créance garantie n'est pas une exigence spécifique à l'hypothèque. Le principe de spécialité ne s'est jamais révélé. Quant aux conditions de forme, elles ne sont que très peu étudiées ; elles sont voilées par la conception contractuelle de l'hypothèque.

Section 2 : Les conditions de forme

50. La mention spéciale dans le titre constitutif et dans le bordereau d'inscription. Dès lors que la convention d'hypothèque est traitée comme un contrat « comme les autres », il est impossible de dégager des règles de forme qui soient spécifiques au principe de spécialité. D'ailleurs, s'il est d'usage de souligner que les biens doivent être « désignés spécialement » [266] ou « spécifiés dans l'acte constitutif »[267] ou que « la spécialité doit être constatée dans l'*instrumentum* »[268]…, les développements relatifs au principe de spécialité quant à l'inscription, rattaché au formalisme *ad opposabilitatem,* sont sacrifiés, car il est considéré comme secondaire[269], tout comme ceux consacrés à une éventuelle

---

Thémis, Montréal, 2003, p. 614 et 621 ; J. AUGER, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *RJT*, 1997, vol. 31, p. 640 : la controverse sur la validité de l'hypothèque *omnibus* « tient plutôt au statut d'accessoire de l'hypothèque qui suppose son rattachement à une créance » ; D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUF d'AIX-MARSEILLE, 2001, n°3 : « […] l'expression caractère accessoire désigne une certaine relation, un lien spécifique, entre l'obligation du garant et la dette couverte » ; B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1969, n°13 et s. qui évoque à raison du caractère accessoire l'existence d'un « principe de permanence du support » qui fait participer la créance garantie à la structure de l'hypothèque.

[265] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Bibl. de droit privé, t. XCIII, LGDJ, 1969, p. 75 et p. 94, n°53 : « L'hypothèque a pour but de renforcer une créance déterminée dans son montant et ses modalités » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, avec le concours de E. BECQUE, t. XIII, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1927, n°325 : l'hypothèque consiste « essentiellement à affecter par préférence et sans déplacement, un bien particulier, détaché de l'ensemble du patrimoine dont il fait partie, à l'exécution d'une dette déterminée, ce bien restant d'ailleurs soumis au droit de gage général résultant de toute obligation ».

[266] Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807.

[267] Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807.

[268] MAZEAUD et CHABAS, n°269.

[269] Le principe de spécialité quant à l'inscription est présenté comme un complément du principe de spécialité quant à la constitution, qui est la spécialité de droit commun, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°956 : à propos de la spécialité quant à l'inscription, « Cette spécialité est propre à l'inscription et frappe toutes les sûretés immobilières. Dans le cas de l'hypothèque conventionnelle, elle complète la spécialité de droit commun de l'hypothèque elle-même » ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 6ème éd., 2011, n°416 : « Pour les hypothèques conventionnelles, la spécialité des inscriptions hypothécaires complète et prolonge la spécialité

condition de forme *ad validitatem*. L'absence de spécificité du formalisme *ad validitatem* de l'acte notarié et *ad opposabilitatem* de l'inscription a conduit a occulté la spécificité de la mention relative aux biens grevés et à la créance garantie dans le titre authentique (§1) ou dans l'inscription (§2).

§1 La condition de forme *ad validitatem*

51. Le caractère exprès lors de la constitution entre les parties. Depuis le Code civil, l'hypothèque conventionnelle n'est plus tacite, mais elle est expresse[270], ainsi que le rapporte Bugnet : « Sous la loi nouvelle, l'hypothèque conventionnelle résulte également de deux causes réunies, 1° la convention, 2° la forme de l'acte, qui doit être un acte notarié (V. art. 2127, C . civ.) ; mais la convention d'hypothèque n'est jamais sous-entendue, elle doit être expresse et en outre elle doit nominativement indiquer, par nature et situation les immeubles qui sont hypothéqués »[271]. L'acte notarié doit formellement établir l'hypothèque. Le caractère exprès de l'hypothèque implique donc inéluctablement que la volonté du constituant s'exprime par des mots dans l'acte notarié, puisque l'acte notarié est un simple mode d'expression de la volonté d'hypothéquer du constituant. Le caractère exprès « touche » encore au fond de l'acte juridique : « La loi, lorsqu'elle exige une volonté expresse, veut une volonté manifestée clairement et sans ambiguïté : c'est donc une question d'existence et d'interprétation de la volonté, (question de fond et non de forme), peu importe la manière dont elle est extériorisée »[272]. Aussi, bien que le mode d'expression de la volonté soit imposé par le législateur[273], les parties demeurent libres d'exprimer, dans les termes qu'elles choisissent, leur volonté du moment qu'elle est dénuée d'ambiguïté. Aucune formule sacramentelle n'est imposée[274]. Il suffit que la volonté résulte clairement de l'acte[275].

---

au stade de la constitution. En revanche, pour les hypothèques légales, qui sont par principe générales, la règle de la spécialité apparaît pour la première fois au moment de l'inscription ».

[270] *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 2008, *V°* Exprès : « Formellement exprimé ; explicitement manifesté, en général par écrit […] parfois par la parole, ou même par de simples signes ou gestes consacrés par l'usage ; se dit d'un acte de volonté déclarée (ordre exprès, accord exprès, stipulation expresse […] ».

[271] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, H. PLON, 2ème éd°, 1861, p. 426.

[272] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 95.

[273] Voir supra n°22.

[274] Pour le cautionnement, L. AYNES et P. CROCQ, n°203.

[275] L. AYNES et P. CROCQ, n°203, pour le cautionnement ; M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p 95.

L*'instrumentum,* réceptacle de la volonté des parties, contient alors nécessairement l'énoncé d'éléments de fond, car le *negotium* ne peut être valablement exprimé que par l'*instrumentum*.

52. L'empreinte de la condition de fond. Parmi ces énonciations relatives au fond, certaines s'imposent à peine de nullité mais cela ne « fait » nullement de ces énonciations des conditions de forme. En effet, si l'identité des biens grevés et des créances garanties doit être mentionnée dans le titre constitutif de l'hypothèque, cette mention n'est que l'empreinte laissée dans l'*instrumentum* des conditions de fond imposées à peine de nullité du *negotium*. La mention dans l'acte est liée au mode d'expression de la volonté impérativement désigné par le législateur, l'acte notarié. Ainsi, à défaut de la mention dans l'acte de l'identité des biens hypothéqués et des créances garanties, l'hypothèque conventionnelle est nulle, car elle ne remplit pas la condition de fond et non pour manquement à une condition de forme spécifique qui s'imposerait *ad validitatem*[276]. Il n'existe donc pas de formalisme *ad validitatem* spécifique à l'hypothèque ; seul subsiste le formalisme de l'acte notarié qui n'est qu'un mode d'expression de la volonté du constituant de l'hypothèque[277]. Ainsi, l'absence de spécificité du formalisme *ad validitatem* lors de la constitution de l'hypothèque conventionnelle conduit à priver de toute spécificité la mention dans l'acte de l'identité des biens grevés et des créances garanties. L'hypothèque conventionnelle présentée comme un contrat « ordinaire » est nécessairement soumise à des conditions de fond qui ressurgissent dans l'*instrumentum* qui ne fait qu'exprimer le *negotium*. La mention ne joue aucun rôle dans la constitution de l'hypothèque. De même, la conception contractuelle du formalisme *ad opposabilitatem* ôte toute spécificité à la mention que le législateur de 1804 a, également, imposé lors de l'inscription.

§2 La condition de forme *ad opposabilitatem*

53. Les mentions cadastrales individualisant l'immeuble hypothéqué. Dès lors que la conception contractuelle de l'hypothèque occulte la spécificité de l'inscription de l'hypothèque, elle aboutit

[276] Ainsi, pour distinguer les mentions relatives au fond, mais qui constituent des conditions de forme, de celles qui ne sont qu'une simple « traduction » des exigences de fond, Madame GUERRIERO prend l'exemple de l'hypothèque aérienne : « L'hypothèque aérienne doit contenir la mention de la créance garantie et de l'objet grevé par l'hypothèque (art. 122-5 du Code de l'aviation civile) mais il s'agit là de mentions de fond nécessaires à la validité au fond de la constitution d'hypothèque. Tandis que les mentions [condition de forme] que nous envisageons ici ne sont pas imposées nécessairement par l'économie de l'opération. En leur absence, l'acte serait suffisant et valable. Elles ne sont exigées *ad solemnitatem* que parce que la loi en a ainsi décidé », M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 344.

[277] La donation (article 931 du Code civil), le contrat de mariage (article 1394 du Code civil) ou encore la subrogation conventionnelle (article 1250 du Code civil) doivent, également, être conclus par acte notarié à peine de nullité.

également à neutraliser la spécificité de la mention qui doit être insérée dans l'inscription lors de la publicité de l'hypothèque. La mention dans l'inscription de l'identité des biens grevés s'est toujours imposée pour l'hypothèque conventionnelle sans qu'il puisse y être fait exception, conformément aux dispositions de l'ancien article 2148 du Code civil. Cette exigence a toujours été maintenue. Les bordereaux déposés à la conservation des hypothèques doivent donc, encore aujourd'hui, désigner chacun des immeubles affectés avec indication de la commune où ils sont situés, à l'exclusion de toute désignation générale, même limitée à une circonscription territoriale donnée[278]. La nature, la situation et la désignation cadastrale de chacun des immeubles affectés doivent être indiquées dans le bordereau d'inscription[279]. Les références cadastrales, nécessaires à l'inscription au fichier immobilier, individualisent nécessairement l'immeuble grevé[280]. En effet, le territoire français est « découpé » par le cadastre et toute parcelle de terre est identifiée, dans sa commune, par une section et un numéro. Une parcelle de terre cadastrée section A n°1 de telle commune se distingue de la parcelle section A n°2 de cette même commune. Lorsqu'un immeuble est en copropriété, la désignation des lots hypothéqués doit être individuelle. Le bordereau doit mentionner le numéro de lot de copropriété affecté ainsi que la quote-part dans la propriété du sol afférente à ce lot[281].

54. La mention de la créance garantie et de son montant. La présentation traditionnelle du principe de spécialité quant à la créance garantie, lors de l'inscription, est plus confuse. On observe parfois que le principe de spécialité quant à la créance garantie impose l'individualisation de la créance garantie[282] ; l'indication du montant de la créance est alors un élément de détermination de la créance. Parfois, l'indication de la cause de la créance garantie est visée et plus loin l'obligation d'indiquer le capital de la créance sans pour autant se référer pour cette dernière mention au principe de spécialité[283]. D'autre fois, la détermination de la créance garantie[284] est évoquée sans noter la

[278] Article 2426, al. 3, du Code civil.

[279] Article 7 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955.

[280] Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4ème éd., 2010, n°118.

[281] Article 7 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955.

[282] MAZEAUD et CHABAS, n°376 et s., la créance doit être parfaitement individualisée. Le bordereau doit préciser la cause et le montant de la créance garantie.

[283] D. LEGEAIS, n°580.

[284] M. BOURASSIN,V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2066, les auteurs ne notent pas l'indication du montant de la créance ou de la cause de la créance garantie ; Ph. THERY, n°171 : l'auteur indique que le bordereau doit contenir la mention du montant de la créance garantie (capital et accessoires), mais ne rattache pas expressément cette exigence au principe de spécialité quant à la créance garantie. L'auteur ne mentionne pas la cause de la créance garantie.

détermination du montant de la créance ou l'indication de la cause de la créance. D'autre fois encore, les auteurs se réfèrent explicitement au principe de spécialité quant à la créance garantie et ne se réfèrent qu'à l'obligation de chiffrer la créance garantie[285]. Que ce soit l'indication de la cause de créance garantie ou celle de son montant, cette mention dans l'inscription ne permet, pourtant, nullement de caractériser une condition de forme *ad opposabilitatem* spécifique à l'hypothèque conventionnelle, tout comme lorsque la mention porte l'identification du bien hypothéqué.

55. L'absorption du principe de spécialité quant au bien grevé par la publicité foncière. En effet, le contenu de la mention d'individualisation des biens ne diffère pas selon qu'il s'agit d'inscrire une hypothèque ou de publier un acte de mutation ou de constitution de droit réel à la conservation des hypothèques. En effet, lorsqu'il s'agit de publier un acte portant mutation ou constitution de droits réels immobiliers, la publication ne peut être effectuée que sur dépôt de deux expéditions de l'acte. La partie normalisée de l'acte doit contenir « uniquement les éléments indispensables à la publicité des droits réels »[286], parmi lesquels figure la « désignation complète des immeubles »[287]. La spécialité de l'inscription a, dit-on, été absorbée par la publicité foncière[288]. Cependant, l'absence de spécificité de la mention dans l'inscription ne se suffit pas du simple constat que les biens hypothéqués doivent être désignés lors de l'accomplissement de la formalité de publicité, comme lorsqu'il s'agit de publier tout autre droit réel. A défaut, on trouverait encore une spécificité à la mention puisque les autres droits réels ne sont pas accessoires à une créance garantie, or l'inscription doit contenir l'indication de la cause de la créance et de son montant.

56. L'information des tiers. Si la mention dans l'inscription de l'hypothèque n'est pas spécifique, c'est qu'elle est assimilée à une publicité de droit commun ; la publicité n'est qu'une publicité confortative et non une publicité constitutive. L'hypothèque porte atteinte au droit des tiers qui ont intérêt à connaître l'identité des biens hypothéqués et des créances garanties. Ces éléments doivent être révélés aux yeux du « public » par l'inscription afin d'assurer la protection des tiers qui y ont intérêt. La protection des tiers justifie, à elle seule, qu'il soit fait mention dans l'inscription de la créance, de

---

[285] Editions antérieures à la réforme, L. AYNES, *Les sûretés. La publicité foncière*, Cujas, 8ème éd°, 1996, n°670 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 5ème éd°, 1999, n°828 ; Y. PICOD, n°316, qui évoque une « somme déterminée ».

[286] Article 34, 1, du décret n°55-22 du 4 janvier 1955, la partie normalisée contient, également, les éléments permettant l'établissement des droits, taxes, salaires et impôts.

[287] Article 34-1, 1, du décret n°55-22 du 4 janvier 1955.

[288] Not. L. AYNES et P. CROCQ, n°671.

son montant et des biens hypothéqués. Assimilée à la publication des autres actes constitutif ou translatif de droit réel, l'inscription de l'hypothèque conventionnelle doit contenir l'indication des biens grevés et des créances garanties et de leur montant, sans que cette mention ne traduise l'existence d'une quelconque spécificité de la mention. La spécialité quant à l'inscription n'est que la révélation aux tiers, en vue d'assurer leur protection, de l'identité des biens grevés et de la créance garantie. Elle ne joue aucun rôle dans la constitution de l'hypothèque. Dans la présentation traditionnelle, il n'existe, donc, aucune condition de forme spécifique attachée au principe.

57. Conclusion du titre 1. L'artificialité du principe. Alors que le législateur en 1804 a réformé en profondeur le système hypothécaire afin de rompre avec l'hypothèque occulte et générale de l'ancien droit, la spécificité de l'hypothèque qu'il a nouvellement modelée n'a pas été perçue car l'hypothèque n'a jamais été considérée par elle-même et pour elle-même. L'hypothèque a été moulée dans les forges du contrat ; elle a été conçue à partir du modèle de l'hypothèque conventionnelle. Les conditions de forme, l'acte authentique et l'inscription, n'ont, alors, aucune envergure spécifique en matière hypothécaire, alors qu'elles sont au cœur de l'institution. L'hypothèque a, ainsi, été amenée par le droit des contrats à se cacher dans le droit des biens et le droit des obligations. La présentation traditionnelle de l'hypothèque est dépendante des droits patrimoniaux : elle un droit réel affecté en garantie d'une obligation. Placée par l'autorité du contrat sous la tutelle du droit des biens et du droit des obligations, l'hypothèque n'a jamais encore pu être encore touchée du doigt car elle est bien calfeutrée dans le bien et l'obligation, alors même qu'elle ne procure aucune richesse au créancier qui en est titulaire. L'autorité de la division binaire des droits patrimoniaux l'oblige à y demeurer. Aussi, l'hypothèque est, actuellement, « un effet privé, que personne n'a jamais vu, en quelque sorte la troisième vitesse d'un dérailleur à deux pignons » [289]. Dès lors le régime élaboré pour l'hypothèque n'est lui-même qu'artificiel. Dans la conception traditionnelle, le principe de spécialité ne se rapporte nullement au droit hypothécaire qui avait, pourtant, suscité son introduction dans le Code civil. Il n'est que la reprise en droit des sûretés de règles connues en droit des biens et en droit des obligations. Dans la présentation traditionnelle, le principe de spécialité quant au bien grevé n'est qu'un *erstaz* de l'obligation de déterminer l'objet de tout droit réel et le principe de spécialité quant à la créance garantie n'ajoute rien à l'obligation de déterminer la créance tirée du caractère accessoire de la sûreté. L'authenticité du principe doit, à présent, être recherchée.

[289] F. O'BRIEN, *Le troisième policier*, Editions Phébus, Paris, 2003, p. 21.

TITRE 2 : L'AUTHENTICITÉ DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE

58. ***Quae est hypotheca.*** La conception traditionnelle de l'hypothèque, placée sous l'égide du contrat et des droits patrimoniaux, doit être revisitée afin d'obliger le principe de spécialité, dont il fût l'emblème en 1804, à se manifester. Il faut, donc, partir à la recherche d'une conception de l'hypothèque dont la construction emprunterait un chemin rationnel différent de celui suivi par la doctrine moderne. Il faut, également, s'obliger à ne pas se référer aux nombreuses théories élaborées autour de l'hypothèque, du bien et de l'obligation, depuis 1804, car s'il y a une chance d'établir une conception de l'hypothèque qui soit susceptible d'en saisir la réalité, elle suppose que l'on reprenne le discours créatif depuis l'origine. La démarche est, cependant, loin d'être condescendante ; elle répond à un véritable besoin de combler le « vide » de l'hypothèque qui doit, enfin, vivre par elle-même et pour elle-même, et non « au crochet » du patrimoine et du contrat. Elle est emprunte d'humilité. En effet, lorsque l'on projette de s'avancer en remettant en cause des concepts fondateurs du raisonnement, le résultat de la recherche ne peut être sûr et peu paraître insuffisant, car il n'est qu'une percée dans la raison juridique, articulée au moyen des notions traditionnelles, qu'il ne peut remettre en cause dans toutes ses ramifications. Il a, cependant, le mérite de créer une vision de la liberté qui pourrait s'offrir à la doctrine contemporaine si elle s'affranchissait des conceptions qui lui ont été transmises par la doctrine traditionnelle. L'acquisition de la liberté est autant un vertige, celui qui naît de l'absence de repère dès lors que l'on s'affranchit du raisonnement traditionnel, qu'un élan par lequel on est emporté qui permet d'avancer de nouvelles propositions. Aussi, le contexte qui a présidé à l'émergence de l'hypothèque en droit moderne et, par la même, à l'émersion du principe en droit français[290] doit être recréé afin de réduire la distance chronologique et culturelle qui nuirait, à défaut, à l'exacte perception de la volonté du législateur originel. La notion d'hypothèque, telle qu'elle sera dégagée, reposera essentiellement sur les dispositions originelles du Code civil, mais aussi sur les travaux préparatoires au Code civil, tout autant que sur les commentaires de la doctrine émis jusqu'à la moitié du vingtième siècle, car si les auteurs ont abordé l'hypothèque par le contrat et le patrimoine, ils étaient imprégnés de l'impératif économique qui justifiait son remaniement par le Code civil. Le passage de l'ancien droit au droit moderne devra,

[290] La démarche justifie que l'on se réfère aux articles du Code civil, dans leur version d'origine, reproduits en Annexe. Cette démarche d'un retour aux sources a déjà été empruntée par Monsieur le Professeur CROCQ pour replacer le corollaire du principe de spécialité dans son contexte historique et tenter d'en dégager la cohérence (P. CROCQ, p. 61). Mais c'est ici, le principe de spécialité lui-même qui serait institué dans son contexte d'origine.

donc, être scrupuleusement observé pour déterminer ce que le législateur a voulu modifier dans l'hypothèque de l'ancien droit et dégager la substance de l'hypothèque en droit moderne. Il faut, ainsi, dans un premier temps, creuser plus nettement le lit du droit hypothécaire, pour faire émerger la spécificité de l'hypothèque des dispositions originelles du Code civil, afin qu'elle puisse constituer un terreau fertile à l'émersion du principe de spécialité. Le principe de spécialité peut alors, lui-même, apparaître dans toute son originalité, en tant qu'il est un principe spécifique au droit hypothécaire qui s'est par la suite répandu en droit des sûretés réelles. Le principe de spécialité prend alors tout son sens. Il fait « corps » avec l'instrument juridique qui lui a donné naissance. Le retour sur la genèse de l'hypothèque a, donc, pour objet de proposer son émancipation de la tutelle (chapitre 1) qui lui a été imposée depuis deux cents ans pour provoquer la manifestation du principe de spécialité (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'émancipation de l'hypothèque

Chapitre 2 : La manifestation du principe

Chapitre 1 : L'émancipation de l'hypothèque

59. Le renversement de la conception traditionnelle de l'hypothèque. L'hypothèque considérée indépendamment de la source contractuelle, le réflexe naturel qui conduit à privilégier l'étude des conditions de fond peut être contrarié. En effet, si l'hypothèque conventionnelle constitue, certes, l'hypothèque la plus répandue, il existe des hypothèques légales et judiciaires. Il faut, donc, se pencher plus attentivement sur les conditions de forme auxquelles l'hypothèque conventionnelle est soumise. Ce formalisme n'a jamais été présenté dans toute son originalité ; il contient, pourtant, la spécificité de l'hypothèque : les conditions de forme participent de la substance même du droit d'hypothèque, quelle qu'en soit la source, car l'hypothèque est une institution reposant sur l'autorité du titre qui lui donne naissance[291]. Ainsi, même lorsqu'elle est conventionnelle, la volonté des parties, bien qu'elle soit nécessaire, n'est pas suffisante pour lui donner existence. Le caractère institutionnel de l'hypothèque mis à jour, il apparaît que l'hypothèque n'est ni un bien, ni une obligation, ni même un droit mixte. En effet, si le droit réel accessoire est traditionnellement présenté comme un droit réel vide de toute substance économique, c'est que le droit réel auquel la doctrine traditionnelle fait référence est le droit de propriété ; les sûretés ne sont pas source d'enrichissement pour leur titulaire, elles n'amputent pas la propriété. Elles ne sont pas non plus les accessoires de l'obligation, mais elles évoluent bien davantage autour du droit de gage général, dont la notion n'est pas aboutie en droit moderne. Le retour aux origines du Code civil permet, en revanche, de « remplir » l'hypothèque de la confiance qu'elle confère au créancier qui en est titulaire sans qu'il soit fait référence au bien dont le constituant est propriétaire ou à l'obligation qu'elle est censée garantir. Sa substance n'est pas une richesse, mais elle n'en est pas moins une utilité économique : elle accroit la confiance du créancier qui ne se satisfait pas de celle que lui procure le droit de gage général auquel elle s'ajoute. L'hypothèque doit, enfin, être émancipée de la tutelle du contrat (section 1) et du patrimoine (section 2) pour en dégager une conception institutionnelle et non-patrimoniale.

[291] Voir la définition de l'acte authentique issue d'un retour sur les traces de l'authenticité, *L'authenticité*, sous la direction de L. AYNES, La documentation française, 2013, n°21 : « L'acte authentique devient ainsi l'acte émanant d'une autorité publique qui a pour effet d'être doté de la foi publique, cette définition s'appliquant aussi bien à l'acte du notaire qu'à celui du législateur ou du juge judiciaire ».

Section 1 : La tutelle du contrat

60. L'élaboration de la conception institutionnelle en droit moderne à partir de la conception de l'ancien droit. Pour établir le caractère institutionnel de l'hypothèque, il faut reprendre le fil de l'histoire de l'hypothèque conventionnelle lors du passage de l'ancien droit au droit moderne pour montrer que l'hypothèque ne naît pas de la simple rencontre des volontés des parties. L'acte notarié n'est pas, en droit hypothécaire, une simple manifestation d'un formalisme de protection. Il joue, actuellement, ce rôle mais il est bien plus qu'une solennité telle qu'elle est, aujourd'hui, entendue en droit des contrats. La genèse de l'hypothèque permet d'établir sa spécificité en droit moderne. En effet, si le Code civil s'est placé en rupture avec les concepts hérités de l'ancien régime, il n'a pas créé *ipso jure* l'hypothèque. Le législateur s'est fondé sur l'hypothèque de l'ancien droit qu'il n'a fait que reprendre pour lui apporter les améliorations qui étaient nécessaires pour assurer le bon fonctionnement du système hypothécaire. L'hypothèque de droit moderne n'est, donc, que l'évolution de l'hypothèque de l'ancien droit. Le législateur originel n'a pas rompu le lien établi entre l'instrument hypothécaire et l'autorité de sa source. Tout comme sous l'ancien droit, l'acte notarié, forme d'acte authentique, est au cœur de l'institution car l'hypothèque n'est autre que la force exécutoire conférée aux parties qui viennent la requérir expressément, depuis 1804, auprès du notaire lorsqu'elle est conventionnelle. Aussi, la volonté des parties est inapte à créer l'hypothèque. Le notaire, le juge et la loi sont les seuls « instituteurs » de l'hypothèque. Ainsi, pour l'hypothèque conventionnelle, on peut parler d'institution conventionnelle. Par ailleurs, prenant acte des inconvénients du système de l'ancien droit, le législateur a voulu sécuriser les transactions immobilières. Il a donc ajouté à l'hypothèque de l'ancien droit un caractère public. Cette publicité est, là encore, maîtrisée par le notariat, car le législateur l'a directement implanté dans l'acte authentique. Depuis lors, il faut considérer qu'à défaut d'authenticité et de publicité, l'hypothèque n'existe pas. Le formalisme auquel l'hypothèque conventionnelle a été soumise par le Code civil en 1804 dépasse donc, sans aucune doute, le formalisme que l'on rencontre en droit commun des contrats : l'acte notarié (§1) et l'inscription (§2) sont substantiels à l'hypothèque en droit moderne.

§1 L'acte notarié

61. La nécessité de l'acte notarié. L'hypothèque sous l'ancien droit naissait de la convention tacite des parties et de l'obligation constatée par acte notarié. Le rôle de l'acte notarié lors de la

constitution de l'hypothèque conventionnelle a été, aujourd'hui, perdu de vue. Il n'est nullement question, ici, de procéder à un rappel historique destiné à faire ressurgir une conception dépassée de l'instrument hypothécaire, mais simplement d'approfondir la nécessité de dresser un acte notarié, telle que l'exigence était requise sous l'ancien droit, pour ensuite déterminer dans quelle mesure le législateur de 1804 a entendu l'écarter[292]. Or, l'étude de l'hypothèque de l'ancien droit met en évidence que le recours à l'acte notarié n'est nullement, à cette époque, une nécessité destinée à protéger le constituant de l'hypothèque, mais qu'il est une condition inhérente à l'existence même de l'hypothèque, car elle n'est pas un droit réel, à l'instar de la propriété, mais elle est une contrainte qui pèse sur le constituant. Le Code civil n'a pas entendu se départir de cette conception de l'hypothèque. Aussi, dans l'ancien droit (A), tout comme en droit moderne (B), l'acte notarié, en tant qu'il est un titre authentique, est consubstantiel à l'hypothèque.

A) La substance de l'hypothèque sous l'ancien droit

62. Le « droit de gage », attribut de l'hypothèque. Sous l'ancien droit, l'hypothèque est manifestement un droit particulier ; elle est l'ancêtre du droit de gage général que l'on connaît en droit moderne. L'hypothèque, conférée par acte notarié, attribue au créancier « un droit de gage », droit de saisir les biens du débiteur et de les faire vendre pour se payer sur leur prix de vente, et emporte un droit de suite et de préférence. Elle n'est pas née du droit de propriété. Elle n'est pas un attribut qui « prive » le propriétaire, car elle n'a pas été « prise » sur le droit de propriété. Aussi, tandis que les parties, lorsqu'elles transfèrent ou constituent un droit réel, dénommé principal, doivent déterminer l'objet de leur convention, l'hypothèque peut être constituée alors même que son objet n'est pas déterminé. L'existence de l'hypothèque, alors même qu'elle « porte » sur tous les biens présents et à venir du constituant, montre qu'elle ne constitue pas un droit réel, car il est de l'essence de tout droit réel d'avoir un objet déterminé (1°). Sous l'ancien droit, l'attribut essentiel de l'hypothèque est le « droit de gage » dont l'existence est liée à la présence du notaire, représentant du Roi et en tant que tel à l'autorité du titre (2°) que les parties sont venus solliciter auprès lui pour contraindre le débiteur.

[292] Sur l'opportunité d'un retour sur le passé de l'authenticité pour en comprendre le présent, *L'authenticité*, sous la direction de L. AYNES, La documentation française, 2013, n°8.

1°) L'absence de corrélation entre l'existence de l'hypothèque et la détermination des biens

63. 13ème siècle : apparition de la clause d'obligation. Jusqu'au 12ème siècle, seuls les meubles du débiteur, pouvaient être saisis par le créancier pour les faire vendre et se payer de sa créance sur leur prix de vente[293] ; les immeubles étaient insaisissables en raison de leur affectation familiale et seigneuriale[294] : « Qui n'a que des immeubles est insolvable »[295]. Ainsi, l'exécution forcée de l'obligation pouvait uniquement être obtenue sur les biens meubles du débiteur[296]. Puis, la propriété immobilière individuelle est devenue, également, le siège des dettes de l'individu et il est apparu « raisonnable de faire le débiteur bon païeur par tous moïens »[297]. Ainsi, au 13ème siècle, est né l'*obligatio bonorum*[298]. Elle naît d'une convention passée entre le débiteur et le créancier : elle est le fruit d'une clause insérée dans le contrat de prêt, autorisant[299] le créancier à saisir et faire vendre, non seulement tous les meubles, mais également les immeubles de son débiteur si la dette n'était pas payée à l'échéance. Usitée à partir du 13ème siècle, cette combinaison d'un contrat de prêt, par acte notarié, et d'une autorisation de saisir et faire vendre portait le nom d'obligation[300] (*obligatio*[301]). La clause était, elle-même, dénommée « clause d'obligation »[302]. « L'obligation asseyait le gage des

---

293 B. FROMIONT-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Paris II, 1998, n°334 et s.

294 B. FROMIONT-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Paris II, 1998, n°336.

295 Adage d'origine germanique cité par B. FROMIONT-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Paris II, 1998, n°334, note de bas de page n°20.

296 Il existe également la contrainte par corps. La contrainte par corps est « une voie d'exécution par laquelle le créancier poursuit sur la personne même de son débiteur le paiement de ce qui lui est dû », *Répertoire général alphabétique de droit français*, t. 14, 1895, *V°* Contrainte par corps, n°1.

297 LOYSEAU, cité par A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 11.

298 J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1114.

299 A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 177 : « Ce qui entravait ou gênait l'exécution sur les immeubles du débiteur, c'est qu'on se faisait scrupule d'en disposer sans le consentement du propriétaire : par tous les moyens on cherchait à avoir son concours au moins dans la forme. Mais toute difficulté ne disparaissait-elle pas, si dans le contrat, le créancier obtenait l'autorisation de saisir et de vendre tous les biens du débiteur, meubles et immeubles […] ? On devait songer à cette combinaison : nous la trouvons dans les auteurs du XIIIè siècle sous le nom d'*obligation* ».

300 A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 7 et 8.

301 J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 20 : « L'*obligatio* est une convention spéciale par l'effet de laquelle les biens du débiteur, meubles et immeubles, sont affectés à l'exécution de son obligation. Elle contient autorisation de les saisir et faire vendre ».

302 A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, , Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 8.

créanciers sur tout le patrimoine du débiteur »[303]. L'*obligatio* n'est rien d'autre que l'ancêtre du droit de gage général.

64. La supériorité de l'obligation spéciale sur l'obligation générale. Dès l'origine, l'obligation présente deux variétés[304]. Elle est soit générale (*obligatio generalis*), soit spéciale (*obligatio specialis*) [305]. « L'obligation est spéciale lorsque l'engagement contractuel indique individuellement l'immeuble ou les immeubles qui y sont compris, et générale, lorsque cette détermination individuelle fait défaut »[306]. Au début, l'obligation générale confère un droit de suite très réduit et n'emporte pas le droit de préférence[307]. L'obligation spéciale, du moins en tant qu'elle portait sur un immeuble[308], remédiait à ces deux inconvénients[309]. Elle permettait au créancier non seulement de saisir et faire vendre les biens pour permettre au créancier de se payer de sa créance sur le prix de vente, mais il pouvait exercer cette prérogative alors même que le débiteur avait vendu à un tiers le bien spécialement obligé. L'*obligatio spécialis*[310] sur les immeubles conférait le droit de suite. Elle conférait également le droit de préférence : le créancier qui en était titulaire pouvait se faire payer avant les autres créanciers[311] et avant celui qui était titulaire d'une obligation générale bien qu'elle lui soit

---

[303] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 179.

[304] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 182 ; S. TANAGHO, RTDCiv. 1970, p. 441, n°26 ; pour une présentation de l'obligation omnium bonorum et de l'obligation spéciale, J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1114.

[305] BEAUMANOIR définit les deux espèces : « On doit savoir que obligation générale, se est d'obliger tout ce qu'on a, sans nommer nule certaine coze en part soi, si comme aucuns dient en lor lettres : et *à se tenir fermement j'ai obligié moi et le mien_mueble et non mueble, presens et à venir*. Par tex et mos est fete obligation generale. Et obligation especiale si est fete en autre manière, si comme s'aucuns dist en ses lettres : et *à se tenir fermement j'ai obligié tel bois tele vigne ou tel pré, en tel lieu »,* BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, LXX, 12, cité par J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 21. Esmein fait, d'ailleurs, remarquer à propos de la formulation de BEAUMANOIR que cette terminologie « ne variera plus et se conservera jusqu'à la fin de notre ancien droit », A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 182.

[306] J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 21.

[307] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 182, 183. L'acquéreur à titre onéreux de l'immeuble ne pouvait être inquiété par le créancier, seul le donataire était exposé à des poursuites, A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, , Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 8 ; J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 22.

[308] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 188 : « L'hypothèque romaine portait sur les meubles comme sur les immeubles, et à son exemple, l'obligation de notre ancien droit fut étendue aux meubles du débiteur. Mais ici encore, la convention ne pouvait produire son effet. L'obligation se manifestait surtout par le droit de suite, le droit de préférence, alors même qu'il existait, ne venait qu'en seconde ligne, et comme voie de conséquence », plus loin, p. 198 : « L'influence du droit romain ne fut point assez forte pour faire étendre l'hypothèque aux meubles comme aux immeubles et avec les mêmes effets ».

[309] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 182, 185.

[310] J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1114 : « L'obligation spéciale […] porte sur un seul bien, généralement immobilier, affecté (on dit alors *assigné*) au paiement de la dette ».

[311] A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 8.

antérieure[312]. Le droit de préférence et le droit de suite furent ainsi, dans un premier temps, les seuls attributs de l'*obligatio spécialis*[313]. La spécialité est alors présentée comme le critère de l'existence du droit réel[314]. A l'opposé, il faut en déduire que l'*obligatio generalis* n'accordait au créancier ni droit de suite, ni le droit de préférence, réservés à l'*obligatio spécialis*[315]. Cependant, l'évolution historique postérieure fournit un démenti à cette corrélation de la spécialité et de la réalité de l'*obligatio*. Il faudrait pour la maintenir faire l'impasse sur toute l'histoire hypothécaire sur la période allant du 14ème siècle à la Révolution.

65. La nature réelle de l'hypothèque générale. A partir du 14ème siècle, l'obligation spéciale et l'obligation générale se rapprochent ; toutes deux confèrent, dès ce moment, le droit de suite et le droit de préférence[316] et c'est, par ailleurs, au même moment, que l'obligation change de dénomination, qu'elle devient l'« hypothèque »[317]. A la fin du 16ème siècle, la supériorité de l'hypothèque spéciale apparaît parfois encore[318]. Puis, les deux régimes s'alignent, et, dans un mouvement inverse, c'est même l'hypothèque générale qui prend l'avantage sur l'hypothèque

[312] A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 9.

[313] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 186.

[314] On donna, ainsi, « plus de force à l'*obligatio spécialis,* en tant du moins qu'elle portait sur un immeuble. Cela était naturel ; en restreignant le droit du créancier à un ou plusieurs immeubles déterminés, les parties avaient voulu le renforcer, lui faire gagner en énergie ce qu'il perdait en étendue », A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 185. J. C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 21 : « Si d'un côté l'hypothèque spéciale, portant sur ou plusieurs immeubles individuellement déterminés restreint le droit de créancier, elle le renforce de l'autre ». Pour cette idée à la fin du vingtième siècle, S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°33 : « Ainsi, la spécialité est le critère unique du droit réel de l'hypothèque ; la préférence est son but, et la suite est son élément auxiliaire. Il en résulte que toute idée d'une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur, sera inadmissible » ; B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, not. n°294, pour le rattachement de la spécialité à la nature réelle de l'hypothèque, sans que pour autant il y ait de véritable démonstration : « […] nous avons, avec d'autres, rattaché cette règle à la nature réelle du droit de l'hypothèque et il ne paraît que l'on puisse nous reprocher quelque arbitraire ou quelqu'a priori, tant sont unanimement admises la réalité du droit d'hypothèque et l'individualisation nécessaire de l'objet de tout droit réel ».

[315] A cet instant, le droit de gage est encore très éloigné de l'hypothèque romaine, puisque celle-ci confère des attributs identiques, qu'elle soit ou non générale et qu'elle s'étend aux meubles, A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 189.

[316] S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°26 ; A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 197 ; J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1115.

[317] S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°26 ; J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1115 : « A cette époque, d'ailleurs, le droit romain retrouvé va fournir toutes les règles nécessaires. Le mot même d'hypothèque va être repris et, avec lui, tous les textes de droit romain. L'assimilation de l'obligation spéciale et de l'hypothèque romaine a été plus précoce dans les pays de droit écrit. A partir du XIVème siècle au moins, l'obligation générale donne droit de suite. L'évolution a été plus tardive dans les pays de droit coutumier (XVIè siècle) ».

[318] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 195.

spéciale[319]. Au 17ème siècle, il est définitivement acquis que l'hypothèque générale et spéciale sont soumises à un régime identique. Dumoulin exprime l'identité du régime auquel elles sont soumises, sous la forme d'un adage dont la « formule devait définitivement triompher »[320] : « *Regulariter tantum operantur generalis hypotheca quantum specialis* ». L'hypothèque, comme l'indique Pothier[321], générale ou spéciale, confère non seulement le droit de saisir, faire vendre et se payer sur le prix de vente, mais aussi le droit de suite et le droit de préférence. Les hypothèques se rangent, entre elles, suivant leur rang sans égard pour leur étendue[322]. Cette identité de régime est la marque d'une identité de nature. A la fin de l'ancien droit, l'hypothèque est, certainement, une contrainte, car elle fait peser sur le constituant le risque de la saisie de ses biens, ainsi que le droit de suite et de préférence ; mais elle n'est pas un droit réel : elle ne porte pas sur des immeubles. S'il faut déterminer les biens hypothéqués, c'est qu'à défaut le créancier est titulaire d'une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur. La distinction de l'hypothèque générale et spéciale n'est pas liée au droit qu'elle confère à son titulaire : l'hypothèque fait peser une contrainte sur le constituant de l'hypothèque, peu importe la détermination des biens. La spécialité n'est, peut-on lire, « qu'une simple désignation des objets »[323].

2°) L'autorité du titre

66. L'ensaisinement seigneurial. On ne peut donc lier l'existence de l'hypothèque à l'identification des biens hypothéqués lors de la constitution de l'hypothèque, et ce même au 13ème siècle lorsque l'hypothèque n'était encore que l'*obligatio*. En effet, à cette époque, la supériorité de l'*obligatio specialis*

---

[319] S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°26. Le bénéfice de discussion est, en effet, défavorable au créancier titulaire d'une hypothèque spéciale : le débiteur peut l'obliger à exercer son hypothèque spéciale avant l'hypothèque générale dont il pouvait, par ailleurs, être titulaire et l'obliger, ainsi, à saisir et faire vendre les biens qui lui étaient spécialement hypothéqués avant ceux qui lui étaient généralement hypothéqués. De plus, le tiers acquéreur d'un immeuble spécialement hypothéqué pouvait lui imposer d'exercer son hypothèque générale avant son hypothèque spéciale si le débiteur était propriétaire d'autres biens au temps de l'exercice de l'action. Pour remédier à ces inconvénients, une clause est insérée aux termes de laquelle l'hypothèque est stipulée « sans que l'hypothèque générale déroge à la spéciale et la spéciale à la générale », J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 24 ; A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 197.

[320] A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883, p. 197.

[321] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, 1861, p. 423 : « L'*hypothèque*, ou *droit de gage*, est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance ».

[322] A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, , Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 10 ; J C-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (Etude critique de la législation française)*, thèse, Paris, 1897, p. 22-23.

[323] S . TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441, n°27.

sur l'*obligatio generalis* réside dans l'autorité du seigneur. Elle provenait de l'ensaisinement par le seigneur dès le contrat : « dans un régime où les transferts se font par l'intermédiaire des seigneurs, le créancier est ensaisiné par le seigneur dès le contrat. Ayant déjà reçu cette saisine, le créancier non payé peut, à l'échéance, prendre le bien sans autre forme judiciaire, et cela à l'encontre de tous. Il a de la sorte, un véritable droit de suite, et un véritable droit de préférence »[324].

67. L'acte notarié. Puis, l'ensaisinement seigneurial tombe en désuétude[325]. Parallèlement, à partir du 14ème siècle, le notariat est organisé sous l'impulsion de la royauté. Philippe-le-Bel porte « le premier règlement organique de cette institution dans son ordonnance de 1304 »[326]. Une ordonnance de 1319 met les actes notariés « sur un pied d'égalité avec les actes judiciaires émanant des juges, des sénéchaux et des baillis »[327]. Les juges peuvent toujours recevoir les actes et leur donner l'authenticité mais leurs actes font alors double emploi avec ceux des notaires[328], dont les actes authentiques font pleine foi en justice et ont force exécutoire. Les actes de justice volontaire dressés par les notaires ont ainsi la même force que ceux établis par le juge lui-même[329]. C'est, également, au 14ème siècle, que l'*obligatio* prend la dénomination d'hypothèque et que l'hypothèque spéciale et générale se rapprochent et confèrent, toutes deux, le droit de suite et le droit de préférence à leur titulaire. Par une ordonnance de 1542, François Ier sépare la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse. Il décide que les juges ne pourront plus recevoir de contrat[330]. Les notaires sont investis du droit de dessaisir le vendeur et d'investir l'acquéreur, et bientôt puisque les actes des notaires produisent de plein droit le transfert de propriété, ils produisent également hypothèque générale sur tous les biens immobiliers présents et à venir du débiteur[331]. Au 16ème siècle, l'acte notarié est nécessaire et suffisant

---

[324] J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1114.

[325] J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1115.

[326] G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 85.

[327] G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 86.

[328] G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 87.

[329] A Rome, déjà, le notaire est un juge, G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 73.

[330] « Que la rédaction des actes [est] dévolue aux notaires, et qu'il aurait empiètement de la part des juges s'ils en recevaient, empiètement dont la sanction consistait dans la nullité de l'acte et dans une peine sévère infligée au magistrat », G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 87.

[331] Aussi, dès lors que l'on « faisait devant les juges des actes de saisine et de dessaisine, c'est-à-dire que le vendeur se dessaisissait entre les mains du juge qui investissait l'acquéreur de la propriété ; […] on accorda aux notaires le droit de dessaisir le vendeur et d'investir l'acquéreur, et cela au moyen d'une clause expresse insérée dans l'acte, clause qui devint plus tard de style, et qu'on finit même par supprimer dans les actes, de manière à leur faire produire de plein droit un transfert de propriété. Puisqu'on pouvait ainsi aliéner, on devait pouvoir, à plus forte raison, constituer hypothèque […] sans avoir besoin d'une clause spéciale ; on supposait dans tous les contrats la clause par laquelle le débiteur engageait tous ses biens présents et à venir ; ainsi, on arriva à faire emporter aux actes une

pour constituer l'hypothèque[332]. L'hypothèque repose « sur le sceau de l'autorité publique, sur la force exécutoire de l'acte notarié. Comme le dit le jurisconsulte L'Hommeau, *L'hypothèque ne vient pas de la convention des parties, mais de l'autorité du roi* »[333] ou encore Pothier, « L'autorité publique du sceau dont ils sont munis est ce qui leur fait produire cette hypothèque »[334]. L'acte notarié représente l'autorité royale et investit le créancier du « droit réel de gage ».

68. L'autorité de la source. Aucun lien n'est établi entre le droit réel d'hypothèque, qui confère le droit de suite et le droit de préférence, et la détermination des biens hypothéqués lors de la conclusion de l'hypothèque. Dans l'hypothèque, la qualité de droit réel tient certainement à l'autorité de l'*instrumentum* qui lui donne naissance. Il n'y a alors qu'à constater que l'hypothèque naît également du jugement et de la loi pour comprendre que le droit réel d'hypothèque est lié à l'autorité de la source qui l'a fait naître et non à l'étendue de son assiette, car c'est de cette autorité dont le créancier est investi par l'hypothèque et qui lui permet de saisir directement les biens du débiteur. L'hypothèque, sous l'ancien droit, investit le créancier de l'autorité royale par l'intermédiaire d'un de ses représentants. Ainsi, dans l'ancien droit, l'hypothèque conventionnelle générale n'est pas incompatible avec l'existence du droit réel d'hypothèque, car elle n'est que l'émanation de l'autorité royale incarnée par le notaire qui l'institue.

69. Caractère tacite et caractère général implicite de l'hypothèque. Par ailleurs, le caractère général de l'hypothèque était implicite. Si les parties souhaitaient réduire l'assiette de l'hypothèque, il fallait qu'elles expriment expressément une volonté en ce sens et que l'acte qui constitue l'hypothèque désigne les biens hypothéqués. En outre, l'hypothèque conventionnelle était tacite, elle était déduite de la seule constatation de la créance dans l'acte notarié. Le seul fait de requérir l'intervention du notaire pour constater l'obligation suffisait à créer l'hypothèque. Les parties n'avaient nullement besoin de manifester expressément leur intention de constituer l'hypothèque. En l'absence de toute manifestation contraire de volonté, l'hypothèque naissait de la constatation de la créance dans l'acte notarié et portait sur tous les biens présents et à venir du constituant. En revanche, il était

---

hypothèque générale sur tous les biens du débiteur, aussi bien que la saisine et la dessaisine qui avait remplacé l'ensaisinement judiciaire », G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867, p. 91-92.

[332] J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1118.

[333] J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd°, 2010, p. 1118.

[334] Cité par A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 876, à propos du rattachement de l'hypothèque générale au caractère exécutoire de l'acte authentique ».

impossible que la volonté des parties puisse constituer une hypothèque si elles ne recouraient pas à un acte notarié. Le législateur en 1804, bien qu'il ait modifié la technique de l'hypothèque conventionnelle, ne s'est pas départi de cette conception institutionnelle de l'hypothèque.

B) La substance de l'hypothèque en droit moderne

70. La désarticulation de l'hypothèque de l'ancien droit. Pour déterminer si le législateur de 1804 a entendu se départir de cette conception institutionnelle de l'hypothèque, il faut rechercher les modifications qu'il a entendu apporter à l'hypothèque de l'ancien droit en partant de sa définition retenue par Pothier. Dans l'ancien droit, l'hypothèque est « le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance » [335]. Elle conférait le droit de suite et le droit de préférence[336]. Ainsi, sous l'ancien droit, l'hypothèque confère au créancier le droit de saisir les biens du débiteur pour se payer sur leur prix de vente. La prérogative essentielle de l'hypothèque est donc celle que nous connaissons aujourd'hui sous la dénomination de « droit de gage général »[337]. En 1804, le législateur a, tout simplement, extirpé de l'hypothèque générale de l'ancien droit, le « droit de gage » pour l'accorder à tous les créanciers (ancien article 2092 du Code civil[338])[339]. L'hypothèque de droit moderne est donc le résultat d'une désarticulation de l'hypothèque de l'ancien droit. Elle a été « brisée » en deux morceaux qui peuvent être, à nouveau, réunis en droit moderne. D'un côté, le droit de gage général a été attribué à tous les créanciers, mais leur droit de saisir est intermédié : ils doivent, au préalable, saisir le juge pour exercer la saisie. C'est, ainsi, que l'on peut qualifier le droit de gage de droit « personnel »[340]. D'un autre côté, le caractère réel de l'hypothèque de l'ancien droit a été laissé dans l'acte notarié. Le caractère réel du

---

335 M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, 1861, p. 423 : « L'*hypothèque*, ou *droit de gage*, est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance ».

336 Voir supra n°62 et s.

337 Le droit de gage général est, aujourd'hui, définit comme le droit qui permet au créancier « de saisir les biens de son débiteur afin de se payer sur leur valeur de revente », J. FRANCOIS, *Traité de droit cvil sous la direction de Ch. LARROUMET*, t. 4, *Les obligations. Régime général*, Economica, 2ère éd., 2010, n°277 ; Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1094 : « Ce droit permet à tout créancier de saisir tous biens compris dans le patrimoine de son débiteur au moment des poursuites, afin de les faire vendre et de se faire payer sur le prix » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°4.

338 Voir annexe.

339 Pour la naissance du crédit en droit moderne, voir infra n°83 et s.

340 F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1095 : le droit de gage général « ne confère, en dépit de son appellation, aucun droit réel, mais seulement un droit personnel ; il n'est, pas conséquent, assorti ni d'un droit de préférence, ni d'un droit de suite ».

« droit de gage » est ainsi exclusivement relié à la force exécutoire. La force exécutoire conférée par l'acte notarié dispense le créancier de l'autorisation du juge[341] pour saisir les biens du débiteur[342]. Si la qualité d'un droit réel est d'être direct, la force exécutoire est cette qualité même qui fait défaut au droit de gage général depuis 1804. L'acte notarié en ce qu'il dispense de l'intermédiation judiciaire, et qu'il confère un droit de suite et un droit de préférence, contient, depuis 1804, le seul caractère réel du droit de gage général de l'ancien droit. Aujourd'hui, si les deux morceaux, droit de saisir (droit de gage général) et hypothèque doivent s'envisager séparément, il faut absolument souligner leur complémentarité. L'hypothèque conventionnelle de droit moderne ne peut, par ailleurs, être envisagée sans le support de l'acte notarié.

71. La force exécutoire conférée par l'acte notarié. Le caractère réel de l'hypothèque conventionnelle résulte ainsi de la forme de l'acte notarié car l'acte notarié est un acte authentique revêtu de la formule exécutoire. L'acte exécutoire permet à celui qui en est titulaire « de mettre en jeu directement la contrainte sociale »[343] en produisant une expédition de l'hypothèque revêtue de la formule exécutoire. Ainsi, le titulaire de l'hypothèque est dispensé d'autorisation de justice et accorde au créancier les attributs du droit de gage de l'ancien droit. Le passage de l'ancien droit au droit moderne est, donc, caractérisé par l'attribution à l'ensemble des créanciers « d'un droit personnel de saisir » pour favoriser l'essor de l'endettement. L'hypothèque, en revanche, confère en sus une dispense d'autorisation judiciaire accompagnée d'un droit de suite et d'un droit de préférence. Lorsqu'un créancier titulaire du droit de gage général souhaite exercer son droit de saisir, il peut recourir directement à la contrainte sociale. Si le droit de gage général est la contrainte sociale, l'hypothèque en constitue le renfort, renfermant en son sein les « restes » de l'hypothèque générale de l'ancien droit.

---

341 G. COUCHEZ*, Voies d'exécution*, Sirey, 9ème éd., 2007, n°349 : « Dans certains cas, le principe de nécessité d'une autorisation judiciaire de pratiquer la mesure conservatoire est écarté (art. 68 L. 9 juill. 1991). Il en va ainsi tout d'abord lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire. Un tel créancier pourrait parfaitement poursuivre directement une procédure d'exécution. Il peut cependant avoir des raisons de vouloir limiter son ambition, dans l'immédiat, à une simple mesure conservatoire. Il était opportun de lui permettre de procéder ainsi. Il était tout aussi opportun de dispenser alors le créancier de la nécessité d'une autorisation judiciaire ».

342 G. COUCHEZ, *Voies d'exécution*, Sirey, 9ème éd., 2007, n°82 : le titre exécutoire « permet de mettre en jeu directement la contrainte sociale (de recourir aux voies d'exécution forcée pour faire exécuter les dispositions qu'il contient) […] le caractère exécutoire résulte en général de l'apposition de la formule exécutoire sur une expédition de l'acte ». Ainsi, la saisie ne peut être pratiquée « que si la créance sur laquelle est fondée la procédure est constatée dans un titre exécutoire, lequel permet, si nécessaire, de recourir à la force publique pour en assurer l'exécution ».

343 *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 8ème éd° revue et augmentée, 2000, *V°* Exécutoire, 1,a).

72. L'effet d'immobilisation de la valeur du bien. Sans pour autant entreprendre la remise en cause de la présentation de l'hypothèque consistant à y voir un droit sur la valeur car la démarche adoptée dans ce travail est celle d'un retour aux sources du principe, ni abonder dans son sens, car cette présentation est née de l'impossibilité de classement de l'hypothèque au sein des droits patrimoniaux, la force exécutoire qui forme la substance de l'hypothèque permet d'expliquer « l'immobilisation de la valeur des biens » au profit du créancier, sans qu'il soit besoin de l'obtention d'un jugement préalable. En effet, plutôt qu'un droit sur un bien, l'hypothèque est, dit-on, un droit sur la valeur du bien[344] : « Le droit du créancier hypothécaire porte […] sur une valeur, mieux sur la contre-valeur du droit hypothéqué qui apparaît lors de la vente »[345]. Elle réserve la valeur du bien hypothéqué au profit du titulaire de l'hypothèque. Cette réservation de la valeur des biens au profit du créancier hypothécaire est la manifestation de l'existence d'un droit direct sur la valeur du bien, de telle sorte qu'elle est placée « sous main de justice » par l'hypothèque, ce qui explique que le constituant ne puisse y porter atteinte dès sa constitution[346]. La constitution de l'hypothèque produit ainsi, en quelque sorte, les effets d'une saisie de la valeur des biens hypothéqués. Alors que la saisie d'un bien le rend indisponible, l'hypothèque rend la valeur du bien indisponible, tandis que le constituant peut toujours disposer du bien hypothéqué. On comprend, cependant, dans cette présentation que le propriétaire soit gêné ; le propriétaire du bien hypothéqué reste bien propriétaire, mais il est un « propriétaire contraint »[347], car la valeur de son bien est réservée au profit du créancier hypothécaire, dès le jour de la constitution de l'hypothèque. L'hypothèque ne prend rien au bien, mais, en toute certitude, elle gêne le propriétaire.

73. La source de la force exécutoire. L'*instrumentum* qui reçoit la volonté des parties leur confère la force exécutoire. Les parties se rendent chez le notaire qui les reçoit, et qui est d'ailleurs tenu, en sa qualité d'officier public ministériel, de les recevoir, pour requérir la force exécutoire. Le notaire la

[344] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°381 : « En réalité, son droit réel est un « droit réel au second degré », c'est un droit portant sur le droit que le débiteur a sur la chose et qui est, le plus souvent, un droit de propriété. Or, ce droit représente une valeur et c'est cette valeur qui est affectée à titre de garantie au créancier. Le droit du créancier hypothécaire porte donc sur une valeur, mieux sur la contre-valeur du droit hypothéqué qui apparaît lors de la vente » ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2012 ; D. LEGEAIS, n°543 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1120 et s; Ph. THERY, n°181 (présentation de l'hypothèque comme un droit sur un bien et un droit sur la valeur du bien).

[345] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°381.

[346] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°935 : MOULY observe que le propriétaire est limité, par l'existence de l'hypothèque, dans l'exercice de ses prérogatives économiques. Dès lors que l'immeuble est hypothéqué, l'*usus* du constituant « est limité par l'obligation de jouir en bon père de famille ; son *fructus* est limité dans l'avenir par l'interdiction de percevoir les loyers avec trop d'avance ; son *abusus* est limité par l'interdiction d'aliéner les produits ou de les détruire ».

[347] Voir infra n°95.

leur confère à leur demande. A ce titre, on peut parler d'institution conventionnelle de l'hypothèque, le notaire en est l'instituteur. Ainsi, l'hypothèque est consubstantielle à l'acte notarié[348], qui est une variété d'acte authentique[349]. On conteste parfois cette obligation d'établir un acte notarié, mais si l'on ôte la forme notariée à l'hypothèque, la convention est inapte à créer la force exécutoire et il ne peut y avoir d'hypothèque. Pour autant, tout acte authentique ne donne pas naissance à une hypothèque. Depuis 1804, l'hypothèque doit être expressément requise par les parties. La créance simplement constatée par acte authentique ne donne pas lieu à hypothèque. La nullité de l'hypothèque pour défaut d'authenticité est absolue, « référence étant faite au vice de forme »[350] et il ne peut résulter d'hypothèque sous seing privé, puisque la force exécutoire est l'utilité juridique conférée par l'hypothèque au créancier. Ainsi, la Cour de cassation a, toujours, jugé avec raison que la promesse d'hypothèque par acte sous seing privé ne peut valoir hypothèque, qu'elle ne donne lieu qu'à des dommages et intérêts[351]. Plus qu'une nullité de l'hypothèque qui serait consentie par acte sous seing privé, on doit parler ici d'inexistence. De même, c'est la force exécutoire attachée au jugement de condamnation qui est à la source de l'hypothèque du jugement de condamnation. Concernant l'hypothèque légale, c'est la loi qui la confère à certains créanciers à raison de leur qualité. Ainsi, le Code civil, en 1804, n'est pas revenu sur la liaison établie entre le « droit réel » d'hypothèque et l'autorité de la source dont elle émane. La rédaction de l'ancien article 2117 du Code civil ne laissait, d'ailleurs, planer aucune ambiguïté quant à l'origine de l'hypothèque : « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi. L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires. L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats ». Seuls la loi, le jugement de condamnation et la convention par acte notarié sont les sources de l'hypothèque. Dans l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque ne naît pas directement de la volonté des parties. La convention des parties serait inapte à produire

[348] C'est d'ailleurs pour cela que la promesse d'hypothèque sous seing privé ne peut valoir hypothèque. Le juge ne peut allouer au créancier que des dommages et intérêts, car le constituant ne méconnaît qu'une obligation de faire. Le juge ne peut décider que son jugement tiendra lieu d'hypothèque, ce qu'il peut faire lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente que le promettant refuse d'authentifier, pour cette comparaison voir, L. AYNES et P. CROCQ, n°661. Il faut, par ailleurs, remarquer que les arrêts qui ont décidé de valider les promesses d'hypothèque sous seing privé sont intervenus dans des espèces où la promesse d'hypothèque n'avait pas été faite par le débiteur de l'obligation garantie, mais par un tiers. Il s'agissait, en réalité de sûreté réelle pour autrui, si bien que si l'on admettait la nullité de la promesse d'hypothèque, le tiers ne pouvait plus être poursuivi par le créancier. Dès lors que l'on peut le condamner à des dommages et intérêt, sur le fondement d'une promesse d'hypothèque sous seing privé, il est possible de lui faire supporter par le biais de la condamnation à des dommages et intérêts la charge de l'obligation.

[349] L. AYNES, « L'authenticité », *Droit et patrimoine*, dossier, septembre 2009 : « L'authenticité provient de l'autorité et confère l'autorité ; c'est-à-dire qu'elle ajoute à l'acte de volonté privée la force d'un acte public, qui se soutient par lui-même et résiste au temps et à la contestation … ».

[350] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°909.

[351] Cass. civ. 3ème, 7 avril 1993, *BC*, III, n°55.

l'hypothèque si la volonté du constituant n'était pas exprimée par devant notaire. La solution n'est pas différente aujourd'hui bien que les textes aient été modifiés : l'article 2394 du Code civil dispose que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi », l'article 2396 du Code civil a certes supprimé la mention relative à la forme extérieure des actes et des contrats à laquelle se référait l'ancien article 2117 du Code civil. Ainsi, il est indiqué qu'elle « résulte des conventions », mais l'article 2416 du Code civil dispose bien explicitement que « l'hypothèque ne peut être consentie que par acte notarié ». En tout état de cause, dans la conception institutionnelle de l'hypothèque, la forme est non seulement essentielle mais elle est substantielle. Certes, elle ne peut naître sans que les parties l'aient souhaitée, et leur accord de volonté est nécessaire, mais elle leur est nécessairement accordée par l'acte notarié.

74. Le formalisme de protection. Par ailleurs, bien que le formalisme de l'acte notarié soit essentiel à l'existence de l'hypothèque, il n'en demeure pas moins qu'il joue, également, le rôle d'un formalisme de protection. L'hypothèque dispense le créancier de demander en justice l'autorisation de saisir les biens, alors que le créancier chirographaire est obligé d'obtenir un jugement sur le fond condamnant le débiteur à exécuter l'obligation afin d'obtenir l'autorisation de saisir les biens de son débiteur[352]. Le constituant est, par l'hypothèque même, exposé directement au risque de saisie. Elle confère, également, le droit de suite et le droit de préférence qui portent atteinte à la liberté patrimoniale du constituant : certes le constituant conserve le droit de disposer, mais il ne peut plus vendre le bien hypothéqué aussi facilement, ni en recueillir le prix sans avoir au préalable désintéressé le créancier. Il peut, certes, s'engager envers de nouveaux créanciers, mais l'hypothèque qui aura été constituée, pèsera sur ses opportunités lorsqu'il lui sera demandé de fournir une hypothèque. Aussi, l'octroi de l'hypothèque aggrave l'obligation[353] tandis que l'obligation chirographaire ne confère pas, en elle-même, le droit de saisir directement les immeubles hypothéqués et lui conserve toute sa liberté patrimoniale. La sécurité supplémentaire qu'il en retire nuit plus gravement au constituant que lorsqu'il contracte une obligation chirographaire. Pour apprécier la gravité de l'hypothèque, il ne faut donc pas comparer l'obligation et l'hypothèque mais l' « obligation chirographaire » et l' « obligation hypothécaire ». Ce n'est donc pas soutenir que l'hypothèque est plus grave que l'obligation, mais que

[352] Voir, l'argument qui consiste à fonder l'absence de gravité de l'hypothèque, car elle ne créé pas « le risque d'une aliénation du bien », c'est l'endettement sous-jacent qui créé ce risque Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°635.

[353] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, *passim*, et notamment, n°570, n°653 : « Là encore, l'argument pèche en droit : l'octroi d'une sûreté réelle n'est pas un acte grave puisque la sûreté réelle ne génère par elle-même aucun endettement de sorte que nous aimerions comprendre au nom de quel paradoxe le cautionnement est souvent perçu comme un engagement moins grave que l'octroi d'une sûreté réelle […] ».

« l'obligation hypothécaire » est plus grave que « l'obligation chirographaire »[354]. La protection du constituant lors de la constitution de l'hypothèque est donc justifiée. A défaut, dès lors que l'hypothèque est indolore, elle passerait inaperçue, elle ne se révèlerait « aux yeux du constituant » que postérieurement. En outre, si l'obligation est un danger pour le débiteur, car elle l'expose au risque de la saisie, elle est certainement plus dangereuse accompagnée de l'hypothèque que lorsqu'elle en est dépourvue[355], c'est d'ailleurs pour cela que le créancier demande la constitution de l'hypothèque. La constitution de la sûreté est le signe d'un danger de l'obligation que le créancier n'entend pas assumer. La qualification d'acte de disposition est donc heureuse[356] et le formalisme de protection qui entoure la constitution de l'hypothèque justifié. La condition de forme *ad validitatem* dépasse simplement, dans le cadre de l'hypothèque, le simple formalisme de protection, la forme est alors consubstantielle au droit constitué. Par ailleurs, le législateur en 1804 a voulu remédier aux inconvénients du caractère occulte de l'hypothèque ; la publicité est devenue un nouvel attribut de l'authenticité. Aussi, l'inscription de l'hypothèque n'est pas seulement l'équivalent de la publication de tout autre droit réel immobilier. Elle participe, elle aussi, à la substance du droit.

§2 L'inscription

75. L'essor de la publicité foncière à partir de la publicité hypothécaire. Dans l'ancien droit, les hypothèques étaient occultes. Cette absence de publicité était source d'insécurité : nul ne prêtait avec sûreté, nul n'achetait sans crainte d'être évincé[357]. Colbert avait bien tenté, dans un édit de mars

[354] Le terme d'obligation chirographaire est rapporté par le vocabulaire juridique Cornu, même si on souligne que son emploi est plus rare pour qualifier la créance que le créancier, in *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 2008, *V°* Chirographaire.

[355] Pour l'opinion qui consiste à ne voir aucun danger dans l'hypothèque, car c'est l'obligation qui génère le risque de saisie, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, *passim*, et notamment, n°570, n°653 : « Là encore, l'argument pèche en droit : l'octroi d'une sûreté réelle n'est pas un acte grave puisque la sûreté réelle ne génère par elle-même aucun endettement de sorte que nous aimerions comprendre au nom de quel paradoxe le cautionnement est souvent perçu comme un engagement moins grave que l'octroi d'une sûreté réelle […] ».

[356] « La solution est heureuse, car l'hypothèque est un acte plus dangereux que la vente, le débiteur ayant l'illusion de conserver son immeuble, alors qu'il ne peut le vendre ni facilement, ni à son prix », L. AYNES et P. CROCQ, n°669, mais relève-t-on, encore, « ce qui est faux théoriquement reste exact pratiquement. L'hypothèque offre plus de dangers que la simple obligation […], elle entrave dans une certaine mesure l'aliénation de ses biens ou, tout au moins, […] elle empêche le débiteur d'en encaisser le prix », G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°459.

[357] Le système proposé repose sur la création de greffes d'enregistrement « dans lesquels, disait le préambule de l'édit, ceux qui auront des hypothèques pourront former et faire enregistrer leurs oppositions ; et, ce faisant, seront préférés à ceux qui auront négligé de le faire ; et par ce moyen on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé ; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller ; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieures », cité par A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 877.

1673, d'organiser la publicité systématique des hypothèques, mais sa tentative avait échoué « devant l'opposition des familles nobles qui, fortement endettées, redoutaient la publicité »[358] et l'édit avait été rapporté en avril 1674. Aussi, à la veille de la Révolution, la publicité hypothécaire n'existait que partiellement, dans quelques régions, la Bretagne et les pays de nantissement. La Convention, puis le Directoire, se sont inspirés de ce système et, par deux lois successives, ont imposé à l'ensemble du pays la publicité des hypothèques. La loi du 9 Messidor an III (27 juin 1795) a rendu toutes les hypothèques publiques. Elle est, rapidement remplacée par la loi du 11 brumaire an VII (1er novembre 1798), qui reste en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil. Dans ce système, les hypothèques sont publiques ainsi que tous les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque. La loi du 11 brumaire an VII a servi de fondement à l'élaboration du régime hypothécaire établi par le Code civil. Pourtant, sous la pression des partisans du système de l'ancien droit, le régime hypothécaire mis en place par le Code civil est « boiteux »[359] : la publicité des actes translatifs[360] est écartée[361] et les hypothèques légales (hypothèque du mineur, de l'interdit et de la femme mariée) demeurent occultes. Aussi, la réforme hypothécaire est en vogue dès la promulgation du Code civil[362]. En 1855[363], pour renforcer le crédit hypothécaire, tous les actes entre vifs de

---

358 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 877.

359 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 880 ; E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891, p. 98 à 103 et 107.

360 P. de LOYNES, « Le Code civil et le crédit. Régime hypothécaire, régime de la transmission de la propriété », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, 1904, p. 387.

361 « Le principal vice du système retenu par le Code civil « résidait dans le défaut de publicité des aliénations immobilières », A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 880. Seules les donations immobilières, dès lors qu'elles ont pour objet des biens susceptibles d'hypothèque, sont soumises à la transcription, à peine d'inopposabilité, et ce dès l'origine du Code civil (article 939).

362 L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 416 ; E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891, p. 90, p. 108 et s. Une grande enquête, diligentée par Martin du Nord, alors Garde des Sceaux débute en 1841 ; elle invite la Cour de cassation, les Cours d'appels et les Facultés de droit à exprimer leurs opinions. Elle s'étale sur sept années puis mise de côté par la révolution de 1848 ; elle témoigne d'une quasi unanimité en faveur de la spécialité et de la publicité (J. GRASSET, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil,* thèse, Montpellier, 1907, p. 132 et s.). En 1849, une nouvelle commission est nommée, des discussions sont engagées, le projet Vatimesnil, présenté le 4 avril 1850 à l'Assemblée, prévoit l'application, dans toute leur rigueur, des principes de spécialité et de publicité des hypothèques, l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir, même en cas d'insuffisance des biens présents, et la publicité de tous les droits réels immobilier à peine d'inopposabilité, quand survient le coup d'état du 2 décembre 1851. Le second Empire reprend le projet de réforme, E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891, p. 117 et s.

363 La loi du 23 mars 1855, relative à la transcription en matière hypothécaire, étend le champ de la publicité à tout acte entre vifs, translatifs de propriété immobilière ou de droit réels susceptibles d'hypothèque. Le système de publicité reste basé sur l'identification des personnes. La loi, comme son nom l'indique, n'envisage pas une réforme d'ensemble, mais vise seulement à renforcer le crédit hypothécaire. La publicité, bien que nettement plus efficace (opposabilité aux tiers subordonnée à la formalité de publicité, art. 3) et étendue, reste encore incomplète (notamment défaut de publication des partages et transferts à cause de mort), voir pour un résumé jusqu'en 1904, P. de LOYNES, « Le Code civil et le crédit. Régime hypothécaire, régime de la transmission de la propriété », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, 1904, p. 383.

transmission de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèque sont soumis à l'accomplissement d'une formalité de publicité, appelée « transcription ». Mais la réforme est, encore, incomplète, si bien qu'au début du vingtième siècle, Guillouard décrète l'état d'urgence[364] et jette les grandes lignes d'une réforme basée sur la suppression des hypothèques occultes[365]. En 1935, un décret-loi étend la publicité aux actes translatifs à cause de mort (testament ou succession) et aux actes déclaratifs (partage et transaction). Et, depuis 1955[366], toutes les hypothèques sont publiques et tous les actes de mutation immobilière sont publiés. L'histoire de la publicité foncière a donc pour origine la publicité de l'hypothèque à partir de laquelle elle s'est développée afin d'assurer la sécurité du système hypothécaire mis en place en 1804 et la sécurité des acquéreurs de biens immobiliers. A présent que tous les actes de mutation immobilière sont soumis à la publicité, l'inscription hypothécaire ne semble pas présenter de spécificité ; elle est assimilée au formalisme *ad opposabilitatem* de droit commun.

76. La distinction de l'inscription de l'hypothèque des formalités matérielles de publicité foncière. Pourtant, l'inscription de l'hypothèque a toujours relevé de dispositions particulières. Elle est, encore à présent, régie par les 2426 et suivants du Code civil Code civil, alors que la publicité de tous les autres actes translatifs ou constitutifs de droit réel est prévue par les dispositions du décret n°55-22 du 4 janvier 1955[367]. La publicité hypothécaire n'est pas, à l'instar de la publication des autres droits réels immobiliers, confortative, mais elle participe à l'existence même du droit réel d'hypothèque. Cette nouveauté a été le produit de la nécessité. En effet, sous l'ancien droit, l'hypothèque, comme tous les droits réels, était opposable de plein droit. Cette opposabilité de plein droit de l'hypothèque était une source d'insécurité. Aussi, depuis 1804, l'opposabilité de l'hypothèque ne naît pas automatiquement lorsque le notaire dresse l'acte authentique à la requête des parties. Le titre authentique confère au créancier un droit d'inscription (A) qu'il est tenu

---

[364] L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, *passim.*

[365] Et sur l'introduction d'un livre foncier, L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 430.

[366] La réforme est l'œuvre du gouvernement, en vertu de pouvoirs spéciaux conférés par la loi du 14 août 1954. Pour la mise en cause de la constitutionnalité de la délégation de pouvoirs ainsi consentis à l'exécutif pour modifier le Code civil, E. BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226 n°1 ; P. ESMEIN, « La réforme de la publicité foncière », *G. Pal.* 1955, Doctrine, 30, n°3.

[367] Article 28 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 : « Sont obligatoirement publiés au bureau des hypothèques de la situation des immeubles : 1° Tous actes, même assortis d'une condition suspensive, et toutes décisions judiciaires, portant ou constatant entre vifs : a) Mutation ou constitution de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques, qui sont conservés suivant les modalités prévues par le Code civil ».

d'exercer afin de matérialiser l'opposabilité de l'hypothèque qui prend, ainsi, définitivement corps dans l'inscription (B).

A) La naissance du droit d'inscription

77. **La publicité hypothécaire, un remède aux inconvénients de l'hypothèque occulte de l'ancien droit**. Le législateur, en 1804, alerté par les inconvénients de l'hypothèque occulte de l'ancien droit, a voulu y remédier. A cet effet, l'hypothèque devait être publique. Ainsi, l'acquéreur ne pouvait voir son acquisition remise en cause par la survenance inopinée d'une hypothèque dont il n'aurait pas eu connaissance au moment de la vente. Par ailleurs, les créanciers hypothécaires, eux-mêmes, avaient intérêt à connaître les autres hypothèques ; à défaut, l'efficacité de l'hypothèque qui leur avait été conférée pouvait être réduite à néant. Il fallait donc un système de publicité des hypothèques qui rassure à la fois les acquéreurs et les créanciers hypothécaires[368] : « Les immeubles entrent dans les transactions, soit pour être aliénés, soit pour être affectés au paiement d'une somme prêtée, ou à l'exécution d'une obligation. Le but à remplir, dans un système hypothécaire, est donc de procurer à ce double genre de transactions la plus grande solidité, sans en altérer l'essence ni en embarrasser la forme »[369]. « La sécurité des opérations immobilières est subordonnée à une parfaite publicité des charges réelles qui grèvent les immeubles. Les droits réels étant opposables aux tiers, la clandestinité de leur constitution, si elle était admise, aurait pour conséquence d'écarter les tiers acquéreurs, et les prêteurs sur hypothèques, car ils craindraient de découvrir, après l'acquisition ou le prêt, que des charges diminuent ou ruinent la valeur de l'immeuble, ou même que l'immeuble n'appartenait plus à la personne avec laquelle ils ont traité » [370].

78. **Les travaux préparatoires au Code civil.** Aussi, les rédacteurs du Code civil ont retiré à l'hypothèque son opposabilité de plein droit ; ils ont implanté dans le titre authentique la publicité hypothécaire. L'acte notarié constitutif de l'hypothèque, en tant qu'il est un acte authentique, fait naître, depuis 1804, un droit d'inscription qui permet d'en obtenir l'opposabilité après accomplissement de la formalité de publicité. On trouve trace du droit d'inscription dans les

[368] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 871 : « La publicité des privilèges et hypothèques qui grèvent l'immeuble. Cette publicité est encore plus indispensable que la précédente, tant pour le prêteur que pour celui qui se propose d'acquérir l'immeuble ».

[369] *In* FENET, t. 15, p.284.

[370] MAZEAUD et CHABAS, n°356.

observations du Tribunal de cassation[371], qui ont servi de base à l'établissement du régime hypothécaire. Le Tribunal de cassation avait proposé une rédaction de l'ancien article 2148 du Code civil mentionnant que les bordereaux d'inscription devaient contenir « la date du titre, ou, à défaut de titre, à l'égard des inscriptions prises sur les comptables, l'époque à laquelle l'hypothèque et le droit d'inscription ont pris naissance », ou encore que « les titres sur lesquels on fonde l'hypothèque et le droit d'inscription sont les titres authentiques »… Les travaux préparatoires du Code civil relatent, par ailleurs, la virulente critique de Bigot-Préameneu contre le système de publicité hypothécaire que l'on souhaitait instaurer. Il évoque, à propos de l'hypothèque légale du mineur, dans la section III, intitulée « De l'inscription considérée comme un moyen d'établir les hypothèques », la contradiction de la loi « avec elle-même si d'une part elle déclarait que l'ordre public exige que le droit d'hypothèque soit inhérent à telle créance, tandis que d'une autre part elle ferait dépendre cette hypothèque d'une inscription qui pourrait être involontairement ou même volontairement omise. Ce serait créer d'une main ce que l'on détruirait de l'autre »[372]. Par ailleurs, poursuit-il, « dans le système où l'hypothèque n'est point acquise par le contrat, mais seulement par une inscription sur chaque immeuble, le droit de priorité n'existe plus qu'altéré et dénaturé, lorsqu'un créancier qui voudrait avoir pour gage tous les biens de son débiteur ne les connaît pas, ou lorsqu'un créancier postérieur s'inscrit avant celui qui devait avoir le premier rang »[373].

79. La confusion des termes du Code civil. Le législateur a, par ailleurs, toujours semblé confondre la constitution et l'opposabilité de l'hypothèque, mais ce n'était pas le fruit d'une confusion mais l'expression d'un changement : l'hypothèque naissait de l'acte notarié mais seul l'exercice de son droit d'inscription qu'il tenait de l'acte notarié était susceptible de lui conférer l'opposabilité aux tiers. Ainsi, l'article 10 de la loi du 9 messidor an III disposait-il que l'hypothèque n'était « acquise définitivement que par la formalité de l'inscription »[374], l'article 3 de la loi du 11 brumaire an VII que

[371] Observations du Tribunal de cassation, *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par A. FENET, t. 2, MDCCCXXVII, p. 612 ; p. 615 et s. qui traitent de la généralité du droit d'inscription.

[372] *In* FENET, t. 15, p. 242.

[373] *In* FENET, t. 15, p. 242.

[374] Article 19 de la loi du 9 messidor an III : « Les actes de la nature mentionnée aux deux articles précédents, donnent hypothèque de plein droit, et sans avoir besoin d'être exprimée, sur les biens présens et à venir des obligés […]. Et néanmois l'hypothèque n'est acquise définitivement que par la formalité de l'inscription de ces actes, qui est faite dans le registre pour ce destiné, par le conservateur des hypothèques […] », *in Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, avis du Conseil d'état*, par J-B. DUVERGIER, t. 11, 2ème éd°, 1835, p. 153.

« l'hypothèque existe, mais à charge de l'inscription » [375]. Les termes employés par le législateur dans le Code civil ne sont pas moins ambigus. L'article 2135 du Code civil qui évoque les cas où exceptionnellement l'hypothèque n'est pas soumise à l'inscription disposait, dans sa rédaction originelle, que l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, ce qui laissait supposer que l'inscription était, dans tous les autres cas, une condition d'existence de l'hypothèque[376]. C'est donc l'existence même de l'hypothèque à l'égard des tiers qui est en jeu. L'article 2134 du Code civil « proclame, en principe, la nécessité de l'inscription pour toute hypothèque. En principe, c'est donc l'inscription qui donne la vie à l'hypothèque et qui révèle son effet extérieur » [377].

80. Le seul mode légal d'opposabilité de l'hypothèque. La publicité de l'hypothèque n'est donc pas qu'une question d'accomplissement de la formalité de l'inscription à l'instar de la publication. En 1804, l'hypothèque a été amputée de son opposabilité de plein droit. Lors de la constitution de l'hypothèque, le titre authentique fait naître au profit du créancier un droit d'inscription. L'opposabilité de l'hypothèque est subordonnée à l'exercice par le créancier de son droit d'inscription. L'inscription substantifie l'opposabilité de l'hypothèque ; elle est son opposabilité même. On comprend alors que l'inscription hypothécaire se distingue de la publication des autres droits réels : « le défaut d'inscription rend l'hypothèque inopposable même aux tiers de mauvaise foi, qui en connaissent l'existence ; alors que le défaut de publicité du transfert d'un droit immobilier n'empêche pas celui-ci d'être opposable aux tiers qui le connaissent »[378]. L'inscription de l'hypothèque produit l'opposabilité de l'hypothèque, alors que les règles de la publicité foncière n'ont vocation qu'à régler les conflits entre les titulaires qui tiennent leur droit du même auteur. L'opposabilité d'un droit réel principal, si l'acte qui le constitue ou le transfère n'était pas publié, existe, bien que son efficacité soit réduite. Tandis que, pour l'hypothèque, l'opposabilité résulte de l'inscription. A défaut d'inscription, l'hypothèque est inexistante à l'égard des tiers. Le législateur a souhaité que l'opposabilité de l'hypothèque ne soit plus automatique. Il lui a retiré son opposabilité de plein droit en faisant naître un droit d'inscription de l'acte notarié. L'inscription est ainsi devenue

[375] Article 3 de la loi du 11 brumaire an VII : « L'hypothèque existe, mais à la charge de l'inscription : 1° Pour une créance consentie par acte notarié », *in Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, avis du Conseil d'état*, par J-B. DUVERGIER, t. 11, 2ème éd°, 1835, p. 12.

[376] Voir la rédaction initiale de l'article 2135 du Code civil : « L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, 1° Au profit des mineurs […] – 2° Au profit des femmes […] ».

[377] TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente. Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil*, 2ème éd°, t. 2, 1835, n°570.

[378] L. AYNES et P. CROCQ, n°670.

consubstantielle à l'hypothèque. Elle participe de l'existence même du droit d'hypothèque. A défaut d'accomplissement de la formalité de publicité, l'hypothèque est amputée de son opposabilité, qui demeure « en germe » dans l'hypothèque. En droit moderne, l'opposabilité de l'hypothèque n'est plus de droit, elle est devenue un droit.

B) L'exercice du droit d'inscription

81. La prérogative du titulaire de l'hypothèque. L'accomplissement de la formalité de publicité est, pour le créancier, l'exercice d'un droit qu'il tient de l'acte authentique, alors que l'acquéreur n'exerce pas un droit lorsqu'il publie son titre de propriété en vue de rendre le transfert de propriété opposable aux tiers. Il requiert ainsi auprès du conservateur, qui ne peut la refuser, la publicité du titre authentique. L'exercice du droit d'inscription est une manifestation de volonté de la part du créancier. Ainsi, en 1804, le législateur a subordonné l'opposabilité de l'hypothèque à un acte juridique exprès. Le créancier ne peut, depuis lors, opposer le droit qu'il tient de l'acte notarié, sans en avoir manifesté publiquement l'intention. Cet acte juridique est unilatéral : « le consentement ou la présence du débiteur ne sont pas nécessaires pour l'inscription, et ni le requérant ni le conservateur ne sont tenus, une fois l'inscription prise, de l'en aviser »[379]. Seule la volonté du créancier est nécessaire pour obtenir l'inscription de l'hypothèque[380], qui naît à l'égard des tiers lors de l'accomplissement de la formalité, bien qu'elle soit en germe dans le titre inscrit. Aussi, alors que l'accomplissement des formalités de publicité foncière n'est pas la manifestation d'une volonté de la part de celui qui exécute la formalité[381], l'accomplissement de la formalité d'inscription manifeste une volonté du créancier en vue de produire un effet de droit : l'opposabilité de l'hypothèque. Madame Guerriero souligne, d'ailleurs, dans sa thèse consacrée à l'acte juridique solennel, que « l'accomplissement de la formalité de publicité se distingue tellement de l'acte juridique (*negotium*) qu'elle constitue un véritable acte juridique autonome […]. En ce qui concerne le contrat d'hypothèque […], la publicité requiert un acte de volonté qui est un acte juridique »[382]. La volonté

[379] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°719.

[380] Le droit d'inscrire l'hypothèque « appartient à tout titulaire d'une créance hypothécaire : au créancier lui-même, aux successeurs universels ou à titre universel, ou même à un successeur à titre particulier comme un cessionnaire », M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°719.

[381] Voir supra n°28.

[382] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 214.

d'inscrire l'hypothèque ne peut pas être extériorisée de n'importe quelle manière. Le mode d'extériorisation de la volonté du créancier n'est pas libre[383] ; il est déterminé par le législateur. Il ne connaît pas d'équipollent. Cette condition de forme est l'établissement d'un bordereau et son dépôt à la conservation des hypothèques accompagnés de l'acte « qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque »[384]. A défaut d'accomplissement des « rites » imposés par le législateur, la volonté du créancier n'étant pas exprimée dans la forme requise par la loi, la formalité est refusée ou rejetée.

82. L'inscription et l'authenticité. L'inscription de l'hypothèque conventionnelle est directement liée à la nature du titre qui institue l'hypothèque. Seuls les titres authentiques peuvent donner lieu à l'inscription. Ainsi, l'inscription de l'hypothèque conventionnelle est obtenue sur présentation de l'original ou de l'expédition authentique de l'acte constitutif de l'hypothèque. Le droit d'inscrire naît de l'authenticité de l'acte notarié. L'accomplissement de la formalité par le créancier est l'exercice d'un droit autonome qu'il tient de la convention d'hypothèque par acte notarié, que seule la constitution de l'hypothèque par acte notarié peut lui conférer, car seuls les actes authentiques peuvent être publiés. L'hypothèque conventionnelle est, par essence, une institution notariale. La substance de l'hypothèque, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, est concentrée dans l'authenticité de l'acte qui l'institue. Il est, donc, possible, à présent que la conception contractuelle a pu laisser transparaître la véritable portée du formalisme hypothécaire de détacher l'hypothèque de la conception patrimoniale.

Section 2 : La tutelle du patrimoine

83. Le rattachement de l'hypothèque au crédit. Le droit des biens et le droit des obligations se sont partagés la dépouille de l'hypothèque générale de l'ancien droit. Le droit de suite et le droit de préférence ont été rattachés au droit des biens, tandis que le droit de gage général a été absorbé par

[383] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 31 : « Elle n'est prise en considération par le droit que si elle est extériorisée selon la forme déterminée impérativement par la loi », et nos développements sur la solennité de l'hypothèque, supra n°22 et s.

[384] Article 2148 du Code civil, rédaction d'origine : « Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque. Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré […] » et l'article 2153 du Code civil qui prévoit le dépôt de deux bordereaux à la conservation des hypothèques avec des mentions spécifiques pour les « droits d'hypothèque purement légale de la nation, des communes et des établissements publics sur les biens des comptables, ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes mariés sur leurs époux […] », sans qu'il soit nécessaire de représenter le titre qui naissance à l'hypothèque.

l'obligation. En faisant du droit de gage général la sanction de l'obligation, la doctrine l'a camouflé dans l'obligation si bien qu'il n'est jamais considéré en lui-même. Cette approche est naturelle car le droit de gage général n'est pas un droit patrimonial ; il est inclassable : il n'est ni un bien, ni une obligation. Il est le lien entre les biens et les obligations du débiteur : la contrainte sociale. La théorie du patrimoine a amplement contribué à camoufler l'hypothèque derrière le bien et l'obligation. En effet, l'ordonnancement binaire qu'elle a mis en place ne permet pas l'élaboration d'une conception qui en soit détachée. Pourtant, le législateur en 1804 n'a pas rattaché l'hypothèque au bien ou à l'obligation, ce qui n'a jamais été mis en évidence car l'hypothèque a toujours été considérée comme l'affectation d'un bien en garantie d'une obligation : dans la conception traditionnelle, l'hypothèque porte sur une richesse pour garantir une autre richesse. Elle n'existe, donc, ni par elle-même, ni pour elle-même. Il faut, donc, faire l'effort de considérer l'hypothèque indépendamment du bien et de l'obligation. Détachée du bien et de l'obligation, elle semble n'être dotée d'aucune substance économique ; elle est considérée comme un droit accessoire « vide ». Pourtant, l'hypothèque n'est pas « rien » sans le bien et l'obligation ou leur combinaison. Elle se trouve au fondement de l'économie moderne car elle rend le créancier confiant. Plus précisément, elle le rend plus confiant que lorsqu'il est seulement titulaire du simple droit de gage général. La confiance est une utilité économique autonome de la propriété et de l'obligation. Reposant sur l'évolution survenue en 1804[385] montrant l'imbrication du droit de gage général et de l'hypothèque, une conception de l'hypothèque « rivée » au droit de gage général peut être élaborée. En effet, s'il n'est pas considéré comme une utilité économique autonome de l'obligation, le droit de gage général est, pourtant, à la source du crédit : il est le crédit. D'ailleurs, l'hypothèque sans droit de gage général ne conférerait aucune confiance au créancier, s'il ne pouvait, préalablement, saisir le bien et le faire vendre. La conception « dé-patrimonialisée » de l'hypothèque suppose que l'on fasse, préalablement, naître en droit moderne le crédit (§1) dont l'hypothèque n'est qu'un instrument (§2).

§1 La naissance du crédit en droit moderne

84. Le droit de gage général : un droit « vide » de substance économique. Le crédit est traditionnellement amphibologique : il est à la fois la confiance qu'inspire le débiteur sur sa

[385] Voir la section précédente.

solvabilité[386], la confiance dans les moyens de paiement du débiteur résultant de son aptitude à payer ses dettes au moyen de ses actifs, et le soutien financier[387], donc la créance. Il y a, donc, deux conceptions du crédit : le « crédit-confiance » et le « crédit-créance ». Les deux sens du mot « crédit » sont alors contradictoires. Dans le « crédit-confiance », celui qui s'attache au sens commun, le crédit est un sentiment de sécurité qui rassure le créancier, tandis que dans le « crédit-créance », le crédit est un risque pour le créancier. Le droit des sûretés retient la deuxième acception : les sûretés sont présentées comme les garanties du crédit[388]. Elles permettent au créancier de se préserver du risque du crédit. Le droit des sûretés surgit, alors, de la défiance à l'encontre du risque du « crédit-créance ». D'un autre côté, le crédit est inconsciemment enfoui dans la propriété ; c'est parce que la personne est propriétaire que le créancier lui fait confiance, ce qui explique que, dans un premier temps, le droit de gage général soit apparu comme un droit que l'on aurait pris sur la propriété. Pour cette raison, le « crédit-confiance » est attaché à la considération de la solvabilité du débiteur. Le crédit, là encore, n'est pas un droit. Il est la considération du bilan patrimonial du débiteur. Pour faire apparaître le crédit en droit, il faut « dénerver » la créance (A) et le bien (B) du droit de gage général, attribut de l'hypothèque de l'ancien droit[389].

---

386 *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 8ème éd° revue et augmentée, 2000, *V°* Crédit, I, 1 : « Confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité ».

387 *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 8ème éd° revue et augmentée, 2000, *V°* Crédit, I, 2 : il est le « soutien financier ; [l'] opération par laquelle une personne (généralement un banquier) met ou faire mettre une somme d'argent à la disposition d'une autre personne en raison de la confiance qu'elle lui fait ».

388 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 7ème éd°, 2009, n°1 : « Les garanties sont des institutions qui ont pour objet de protéger les créanciers contre les risques du crédit […]. Les garanties sont fournies lors de la fourniture de crédit […]. Les garanties sont nécessaires à tout créancier qui entend se protéger contre les risques du crédit » et au n°2 où les garanties sont présentées comme parant au risque du crédit » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, 2009, n°3 : « les développements qui précèdent ont mis en évidence le rôle essentiel des sûretés comme auxiliaires du crédit. Aujourd'hui plus que jamais, la formule lapidaire « pas de crédit sans sûreté » exprime une réalité. Telle est même la signification étymologique du terme (credere = croire, avoir confiance). Cette confiance ne peut être aveugle : seules des garanties sérieuses peuvent la susciter. Est-il besoin de souligner l'importance du crédit dans la vie économique ? […]. Le crédit est omniprésent dans le commerce et dans l'industrie. Il constitue l'un des moteurs essentiels de l'économie. Les sûretés en sont les irremplaçables auxiliaires » ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, n°2 : « Ainsi, le crédit est fonction de la possibilité pour un créancier de bénéficier d'une sûreté […] » ; Y. PICOD, n°3 : « En proposant l'octroi d'une sûreté, le débiteur trouvera du crédit plus facilement auprès des éventuels contractants, rassérénés sur les chances d'un paiement intégral à l'échéance. On a coutume de dire qu'il n'y a pas de crédit sans sûretés, en ce sens que le crédit (*credere* = avoir confiance) est fonction de la possibilité pour un créancier de bénéficier de sûreté. Mais si elle facilite incontestablement l'accès au crédit, la sûreté en augmente généralement le coût […]» ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°5 : « Conçues pour ménager le paiement des créances qui ne sont pas réglées sitôt leur naissance ou le remboursement des prêts, les sûretés sont les filles du crédit. Toutefois, par un puissant phénomène de rétroaction, les sûretés assurent le développement du crédit, ceci au point de masquer le lien de filiation et de donner l'impression que celui-ci est engendré par celles-là, tant il est vrai qu'il n'y a que peu ou point de crédit là où il n'y a pas ces auxiliaires précieux, voire indispensables, que sont les sûretés » ; L. AYNES et P. CROCQ, n°1 : « L'importance pratique des sûretés n'est pas à démontrer : sans sûreté, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne », n°7 : « Leur avantage principal est de favoriser le crédit. Elles en sont même, bien souvent, une condition car les établissements de crédit doivent respecter des exigences de fonds propres qui sont déterminées en fonction de leur exposition au risque laquelle se trouve réduite si ces créanciers disposent de sûretés efficaces. En conséquence, pour une même quantité de fonds propres, une banque pourra prêter plus ou moins selon que le crédit sera, ou non, garanti par une sûreté » ; BOURASSIN, BREMOND et JOBARD-BACHELIER, n°3, la définition donnée du crédit est bien celle de la confiance dans la solvabilité du débiteur, mais les auteurs n'en tirent aucune conséquence dans leur présentation du droit des sûretés réelles.

389 Voir supra n°70.

A) Le détachement du droit de gage général de la créance

85. La distinction de l'*obligatio* du *debitum*. Dans la présentation traditionnelle, toute obligation doit être exécutée et il n'y a d'obligation qu'autant qu'il y a une sanction qui émane de l'Etat et qui peut être obtenue en justice : « L'obligation est un lien de droit unissant le créancier au débiteur »[390]. La contrainte, le droit d'agir en justice pour obtenir le paiement forcé de la dette sur les biens du débiteur est inhérente à l'obligation. Cette contrainte est l'*obligatio*, par opposition au *debitum*, la prestation due par le débiteur[391]. Au sein de l'obligation, seul le *debitum* enrichit le créancier ; l'*obligatio* ne fait qu'assurer au créancier qu'en cas d'inexécution de son débiteur, il obtiendra l'exécution forcée du *debitum*. En ce sens, l'*obligatio* est le droit ; elle n'enrichit pas directement le créancier, mais elle lui est consubstantielle. Le *debitum* ne se conçoit pas sans l'*obligatio* et vice-versa. Le droit de gage général est la sanction de l'obligation.

86. Le « droit » de gage général. Pourtant, si l'on considère cette présentation comme exacte, il faudrait modifier la terminologie traditionnelle car le droit de gage général ne peut être considéré comme un droit. Il n'est qu'une action, car il est alors la sanction en justice de l'obligation dont il n'est que la juridicité. D'ailleurs, le créancier qui désire saisir les biens de son débiteur et les faire vendre pour se payer de sa créance, doit, au préalable, obtenir un jugement sur le fond et le juge autorisera, si la demande du créancier est bien fondée, la saisie des biens du débiteur en vue d'obtenir le paiement de sa créance sur le prix de vente des biens de son débiteur. Aussi, le droit de gage général ne serait que la sanction inhérente à toute obligation, au même titre que l'action paulienne et l'action oblique qui, relève-t-on, sont des actions en justice car « par nature, [elles] requièrent une demande en justice »[392] et qu'elles ne semblent conférer aucun droit, tandis qu'à l'inverse, l'action directe serait « plus un droit qu'une action »[393], car le droit direct peut être exercé sans intervention judiciaire[394]. Cependant, il faut bien remarquer qu'en 1804, le législateur n'a pas reconnu de droit paulien, oblique, de résiliation, de résolution ou encore d'astreinte, alors qu'il a

[390] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 4ème éd°, 2009, n°1.

[391] L. AYNES et P. CROCQ, n°121 : « Le lien de droit qui unit un débiteur au créancier comporte habituellement deux éléments. D'une part, un pouvoir de contrainte donnée au créancier, l'*obligatio* : grâce à lui, le créancier peut poursuivre le débiteur et obtenir, avec le secours de l'Etat, le paiement forcée de la dette. D'autre part, une prestation promise, l'objet même de la dette, le *debitum* ».

[392] Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1187.

[393] Fr. TERRE, Ph. LEQUETTE et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1187.

[394] Fr. TERRE, Ph. LEQUETTE et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1187.

accordé un droit de gage général à tous les créanciers. Par ailleurs, la genèse du droit de gage général extirpé de l'hypothèque de l'ancien droit, et non de la créance, montre bien qu'il existe un droit autonome de l'obligation qui a été happé par celle-ci dès son introduction en droit moderne.

87. Le paiement en somme d'argent. En outre, si l'*obligatio* n'était que le versant juridique du *debitum*, elle ne devrait pas permettre au créancier d'obtenir autre chose que ce qui lui est dû à raison du *debitum* : le paiement de la créance, en nature ou monétaire, par le débiteur. Or, le droit de gage général permet au créancier d'obtenir autre chose que ce qui est dû au créancier : le paiement en somme d'argent sur le prix de vente des biens de son débiteur, sans que l'intervention du débiteur soit nécessaire. Le droit de gage général ne permet pas d'obtenir l'exécution forcée de la créance par le débiteur, ce que cherchait à obtenir, en son temps, la contrainte par corps. Il ne permet pas d'aboutir au paiement de l'obligation, paiement au sens juridique évidemment, c'est-à-dire : l'exécution des obligations qu'elles soient monétaires ou en nature. Le droit de gage général peut être défini comme le droit de saisir les biens du débiteur pour les vendre et obtenir sur leur prix de vendre un paiement en somme d'argent de la créance.

88. L'existence du crédit antérieurement à l'obligation. Son existence témoigne de l'existence d'un droit détaché de l'obligation, le droit de saisir, que l'on a positionné à côté de l'obligation, en 1804, pour conférer au débiteur du crédit. Ainsi, le droit de gage général n'est pas consubstantiel à l'obligation bien qu'il soit essentiel pour susciter l'engagement du créancier. Plutôt que de naître concomitamment à l'obligation, on peut même dire que le crédit lui serait, en quelque sorte, antérieur car la confiance suscite la créance. Bien qu'il n'ait d'utilité qu'au regard de la créance, le droit de gage général est un droit autonome de l'obligation, qui ne procure aucun enrichissement à son titulaire. L'obligation, lorsqu'elle est exécutée immédiatement, ne confère, d'ailleurs, pas de droit de gage général, ce qui est logique car lorsque « la maison ne fait pas crédit » le créancier ne fait justement pas confiance ; il reçoit un paiement immédiat, le droit de gage général ne lui sert à rien. Le droit de gage général est le soutien économique qui suscite l'émergence de l'obligation, sans pour autant se confondre avec elle, car si le créancier n'avait pas le droit de saisir les biens du débiteur pour l'obliger à les vendre pour se payer sur leur prix de vente, il ne contracterait pas. En cela, le droit de gage général est une utilité économique. Le lien établi entre les biens et les obligations du débiteur doit, alors, être envisagé comme un pouvoir de contrainte pesant sur la personne qui peut être obligée par ses créanciers à vendre ses biens pour payer en argent ses dettes. Ce lien est le crédit que le législateur a institué en 1804.

89. Autres pistes de réflexion. D'autres arguments militant en faveur de l'existence d'un droit dissociable de la créance peuvent être avancés. En effet, l'obligation n'est pas apparue en 1804, elle existait bien avant le droit de gage général. En revanche, le droit de gage général n'a été accordé à tous les créanciers qu'en 1804. Il ne s'est pas substitué à la force contraignante de l'obligation préexistante. D'ailleurs, la contrainte par corps n'a été abolie qu'en 1867, ce qui montre bien que le droit de gage général n'a pas été envisagé comme un substitut de la force contraignante de l'obligation. Le droit de gage général n'avait pas pour objet de rendre l'obligation « plus obligatoire » mais de donner du crédit au débiteur. La vraie question est plutôt de savoir ce qu'est devenue l'obligation suite à la disparition de la contrainte par corps. Par ailleurs, on reconnait l'obligation naturelle, cette obligation dont il est maintenant souvent dit qu'elle n'est qu'un devoir moral. Pourtant, celui qui a exécuté une obligation naturelle ne peut demander, par la suite, la répétition de ce qu'il a payé au motif qu'il ne devait pas le paiement. C'est donc bien qu'il était obligé. Enfin, il est admis que le droit de gage général puisse faire l'objet de convention qui en limite l'étendue, tout comme il serait possible que les parties conviennent de l'exclure. Evidemment, la solution présenterait peu d'avantages pour le créancier[395], mais elle montre bien que le droit de gage général n'est pas indissociable de l'obligation et qu'il est un droit autonome de la créance. Le droit de gage n'enrichit pas le créancier, son enrichissement provient de sa créance. Le législateur en 1804 en accordant à tous les créanciers un droit de gage général a institutionnalisé le crédit. Il se distingue, cependant, de la force contraignante inhérente à toute obligation. Le droit de gage général extirpé de l'obligation, auquel il avait été raccroché sitôt son entrée dans le Code civil, il convient de le détacher du droit de propriété auquel il avait été, un temps, rattaché par la doctrine traditionnelle.

B) Le détachement du droit de gage général de la propriété

90. L'extraction du droit de saisir de la propriété. Au dix-neuvième siècle, le droit de saisir a été compris comme un démembrement du droit de propriété, car il a semblé « mutiler » le droit

[395] Fr. TERRE, Ph. LEQUETTE et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1096 : « La généralité du droit de poursuite ainsi reconnu au créancier n'a rien d'impératif. Elle est susceptible d'aménagements contractuels. Le créancier peut ainsi, par exemple, renoncer à saisir tel bien ou telle catégorie de biens, ou inversement, limiter son droit de poursuite à tel bien ou à telle catégorie de biens. Mais une renonciation pure et simple au droit de poursuite serait évidemment dépourvue de sens, ou du moins ravalerait l'obligation au rang d'obligation naturelle ».

d'*abusus*[396]. C'est ainsi que l'hypothèque passait, elle-même, pour un démembrement de propriété, car elle conduisait à l'aliénation du bien hypothéqué[397]. Or, le droit de saisir les biens du débiteur et de les faire vendre n'a pas été extrait du droit de propriété pour être accordé à tous les créanciers. Certes, l'*abusus* comprend le droit d'aliéner les biens, mais le droit de gage général ne donne pas au créancier le droit de vendre les biens du débiteur, mais il lui permet de saisir les biens et d'obliger le débiteur à les vendre. Le créancier force la vente par le débiteur. Le droit de gage général est une contrainte qui pèse sur la personne du débiteur et non un droit réel sur les biens du débiteur. La tendance est à perdre de vue que le droit de gage général est une contrainte sur la personne, car, depuis l'abolition de la contrainte par corps, le créancier ne se saisit plus du débiteur mais de ses biens, mais s'il ne se saisit plus physiquement du débiteur mais de ses biens, la saisie des biens n'est possible qu'en raison de la contrainte que le créancier fait peser sur la volonté du débiteur. Le droit de gage général est un droit né de l'hypothèque dont il a été extirpé en 1804. En effet, sous l'ancien droit, le propriétaire de biens immobiliers n'inspirait pas plus confiance que celui qui ne l'était pas, car le créancier ne pouvait le saisir et obligé le propriétaire à vendre pour se payer sur le prix de vente de ses biens, ce dont rend compte l'ancien adage « Qui n'a que des immeubles est insolvable ». Seule l'hypothèque conférait le droit de saisir l'ensemble des biens du débiteur. Ainsi, le droit de saisie est né de l'autorité de l'Etat, seul l'acte notarié pouvait conférer au créancier le droit de saisir car le notaire qui le recevait était un délégataire de l'autorité de l'Etat. Le Code civil s'est contenté de l'institutionnaliser. La philosophie individualiste de l'époque y aurait, peut-être, vu un droit accordé tacitement par le débiteur au créancier à la naissance de toute obligation[398], tout comme il était

---

[396] L'opinion est unanimement admise au milieu du vingtième siècle, V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 2, 5ème éd., 1859, p. 349 : « Non ; l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété de l'immeuble […]. Nous sommes, nous l'avouons, le premier écrivain qui osions dire que l'hypothèque n'est qu'un *jus ad rem*. Dumoulin, Pothier, Delvincourt, M. Tarrible, M. Battur, M. Persil, M. Troplong, etc. […] » ; not. L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques. Livre III, titres XVIII et XIX du Code civil*, t. 2, A. Pedone éditeur, 1897, n°634 : « A notre avis, l'hypothèque démembre le droit de propriété car elle mutile un de ses attributs essentiels, l'abusus, le droit de disposer librement de l'immeuble hypothéqué pour s'en approprier le prix. Le propriétaire peut encore aliéner l'immeuble sur lequel existe une hypothèque, mais il n'en peut toucher le prix, et, de plus, l'aliénation qu'il fait au profit d'un acquéreur déterminé n'est que conditionnelle, subordonnée au non exercice par les créanciers hypothécaires de leur droit de surenchère. Il n'a donc plus qu'un droit de propriété amoindri, mutilé, et par conséquent démembré » ; R. TENDLER, *Les sûretés*, Dalloz, 1983, n°197, pour qui l'hypothèque est un démembrement de la propriété bien qu'elle n'entrave pas le pouvoir matériel d'utilisation ; B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°253 : « L'hypothèque doit être traitée comme les autres droits réels » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., n°894.

[397] Voir supra n°24.

[398] Fr. TERRE, Ph. LEQUETTE et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°21 : à propos de la philosophie individualiste régnant à la fin du dix-huitième siècle : « Allant jusqu'au bout de son analyse, la philosophie de l'époque a fait du contrat l'instrument qui permet d'expliquer tout le système juridique. La société est née d'un contrat, le contrat social. Les conventions sont, selon la formule de Rousseau, « la base de toute autorité parmi les hommes ». Et l'on s'efforce d'expliquer par le contrat, ou à tout le moins par la volonté, la plupart des situations juridiques : le régime légal n'est pas le résultat d'une disposition de la loi, mais d'une convention tacite des époux qui s'y sont référés en s'abstenant de faire un contrat de mariage ; la succession légal ne fait qu'exprimer ce qu'aurait été le testament tacite du défunt ; la nationalité est le produit d'un contrat passé entre le citoyen et l'Etat… ».

tacitement accordé par l'hypothèque sous l'ancien droit au créancier hypothécaire. En réalité, le législateur a institué le crédit général. Il voulait susciter la confiance, car une personne n'a pas de crédit, bien qu'elle soit propriétaire, si l'Etat ne confère pas au créancier, subsidiairement à sa créance, un droit de saisie des biens en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur. Le droit de saisir pour faire vendre le bien ne confère aucune des utilités auxquelles peut prétendre le propriétaire : l'*usus*, le *fructus* ou même l'*abusus*. L'idée d'un droit de saisir la propriété qui aurait été « pris » sur le droit de propriété lui-même est inepte. Le crédit est un lien établi entre les biens et les obligations ; il n'est pas un bien. Ce lien est une contrainte qui pèse sur la personne du débiteur. Le droit de gage général, autrement dénommé droit de saisie, ne provient ni de l'obligation, ni de la propriété. Il est une utilité économique autonome extirpé par le législateur en 1804 de l'hypothèque générale de l'ancien droit. Le crédit n'est toujours pas né en droit moderne, il est en gestation dans l'obligation et la propriété qui doivent en accoucher. En revanche, dès lors qu'on dégage le droit de gage général de l'obligation et de la propriété, qu'on l'appréhende comme une utilité économique autonome, le crédit, il est possible de concevoir l'hypothèque, elle-même, comme un instrument de crédit, dégagée de toute substance patrimoniale.

§2 L'hypothèque, un instrument du crédit

91. La relation du droit de gage général avec l'hypothèque. Le droit de gage général dégagé du patrimoine, l'hypothèque peut, à présent, être conçue indépendamment du bien et de l'obligation, puisque le droit de gage général lui fournit un point d'ancrage indépendant. Ainsi, l'hypothèque n'est pas « écrasée » par le bien et l'obligation. Elle peut se manifester dans toute sa spécificité, car elle est un droit détaché du bien et de l'obligation. Elle est, certainement, un instrument de crédit, car elle donne confiance au créancier. Sa relation avec le droit de gage général doit, à présent, être envisagée. Elle constitue le renfort de la confiance du créancier. Si le droit de gage général suscite la confiance du créancier, celui-ci a davantage confiance lorsque le débiteur lui confère une sûreté réelle car, par son effet, la contrainte, que constitue le droit de saisir qui pèse sur le débiteur, s'accentue. En effet, alors que le droit de gage général laisse le débiteur libre de ses transactions et de ses engagements, la sûreté réelle pèse sur la liberté économique. Elle ne l'empêche ni de vendre ses biens, ni de s'engager auprès d'autres créanciers, mais elle est un frein, une contrainte plus « lourde » que le droit de gage général. L'hypothèque peut, alors, être détachée du droit des biens ; elle est une atteinte à liberté du

constituant, un accroissement de la contrainte qui pèse sur le débiteur, un renfort du droit de gage général (A), ce que révèle la consistance de ses attributs (B).

A) Le renfort du droit de gage général

92. Le principal de l'hypothèque : le droit de gage général. De l'exposé préalable, il semble que s'il y a un droit qui constitue le principal de l'hypothèque, c'est bien plutôt le droit de gage général que la créance. En effet, l'hypothèque réalise l'amélioration de la situation du créancier chirographaire. Aussi, plutôt que d'affirmer que l'hypothèque est l'accessoire de la créance, il est plus juste de dire que l'hypothèque est un accessoire du droit de gage général. Il faut, donc, à présent, reprendre la distinction établie par Goubeaux qui a permis de détacher l'hypothèque de la créance pour l'arrimer au droit de gage général. Alors qu'elle n'est pas, comme l'on s'en doute à raison de l'exposé précédent, dans la dépendance structurelle du droit de gage général, l'hypothèque est, en revanche, dans sa dépendance fonctionnelle ; elle poursuit le même but.

93. L'indépendance structurelle du droit de gage général et de l'hypothèque. Dès lors que, d'un côté, le droit de gage général permet d'obliger le débiteur à vendre ses biens pour obtenir le paiement en somme d'argent sur leur prix de vente et que, d'un autre côté, l'hypothèque est la force exécutoire conférée par le titre authentique publié, il en résulte indubitablement que l'hypothèque n'est pas le produit du droit de gage général, mais celui de la convention par acte notarié publiée. Il faut profiter de cette circonstance pour établir clairement, qu'à l'inverse, l'hypothèque n'affecte nullement en garantie les biens sur lesquels elle porte. En effet, l'hypothèque n'affecte pas les biens du constituant en garantie de l'obligation, car ils sont déjà affectés par le droit de gage général[399]. L'hypothèque ne crée donc pas une affectation, qu'elle soit générale ou même spéciale, qui se superposerait à l'affectation générale d'ores et déjà établie par le droit de gage. S'il fallait considérer cette présentation comme exacte, cette seconde affection ferait nécessairement double emploi avec la première. Il ne faut donc pas définir l'hypothèque comme l'affectation d'un bien en garantie d'une obligation. Ainsi, l'hypothèque n'est pas dans la dépendance structurelle du droit de gage général : elle donne la force exécutoire publique, une dispense d'autorisation judiciaire pour exercer une contrainte sur le débiteur distincte de celle du droit de gage général accompagnée du droit de suite et

[399] Voir le rappel de la présentation traditionnelle qui fait reposer la notion de sûreté sur l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine , P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 248, n°276.

du droit de préférence ; il donne le droit de gage général, le droit de contraindre le débiteur à la vente de ses bien, suite à leur saisie, pour payer en argent ses dettes. L'une n'est pas produit par l'autre.

94.La dépendance fonctionnelle de l'hypothèque à l'égard du droit de gage général. En revanche, l'hypothèque poursuit la même fin que le principal : le paiement en somme d'argent sur le prix de vente des biens du débiteur, mais elle ne peut atteindre ce but qu'*indirectement*, au travers du droit de gage général dont le service est son but direct[400]. Lorsque le créancier agit en exécution forcée, s'il est titulaire d'une hypothèque, l'hypothèque lui prête « main forte » : l'hypothèque est le bras armé de la saisie. Elle confère la force exécutoire au créancier et, d'ailleurs, tous les anciens traités évoquent l'« action hypothécaire », car l'action exercée par le créancier hypothécaire change de nature ; on aurait dit, au début du dix-neuvième siècle, qu'elle était plus « énergique » que celle exercée par le créancier chirographaire. Le créancier devient alors titulaire d'un véritable droit « réel » de saisie accompagné d'un droit de suite et d'un droit de préférence. La dispense d'autorisation de saisie se joint au droit de saisie pour lui conférer un caractère direct et produit le droit de suite et le droit de préférence. L'hypothèque de l'ancien droit désarticulée par le Code civil se recompose alors. Le droit de gage général et l'hypothèque reforment ainsi le couple qu'ils formaient sous l'ancien droit, lorsqu'ils étaient réunis dans l'hypothèque générale. Ainsi, l'hypothèque est certainement un droit accessoire, mais elle est un droit accessoire au droit de gage général et non accessoire à la créance. Elle peut exister indépendamment de l'existence même du droit de gage général, car, dans la mesure où elle n'est qu'un accessoire fonctionnel, seule sa mise en œuvre est dépendante de l'existence d'un droit de gage général actuel en la personne du créancier. Sa structure est autonome de celle du droit de gage général. Depuis, 1804, l'hypothèque n'est plus que le « caractère réel » de l'hypothèque de l'ancien droit : la dispense d'autorisation judiciaire permet au créancier d'obtenir une contrainte directe et immédiate sur le constituant de l'hypothèque, sans passer par le juge, et conférer au créancier un droit de suite et un droit de préférence. L'hypothèque est dans la dépendance fonctionnelle du droit de gage général, dont elle améliore l'efficacité, en produisant une contrainte sur le constituant de l'hypothèque à raison de ses attributs spécifiques. On comprend, ainsi que les attributs de l'hypothèque aient du mal à s'énoncer sans la référence au droit de gage général dont ils contribuent à renforcer l'efficacité et qui lui sont historiquement liés.

[400] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°20.

B) Les attributs de l'hypothèque

95. L'atteinte à la liberté du constituant de la sûreté réelle. L'utilité conférée par l'hypothèque a déjà été identifiée. Cette utilité n'est autre que la force exécutoire que les parties viennent requérir auprès du notaire, officier public ministériel. L'hypothèque n'en participe pas moins pleinement à la vie économique, car, elle fournit au créancier un « supplément de confiance » qui lui fait défaut et sans lequel il ne contracterait pas avec le débiteur. Accompagné de l'hypothèque, le droit de gage change de nature, il retrouve la force dont il était doté sous l'ancien droit par l'effet même de l'acte notarié, mais il ne retrouve sa pleine ampleur d'antan qu'autant que l'acte notarié contienne la volonté expresse des parties de constituer l'hypothèque. La convention par acte notarié ajoute une intensité supplémentaire que l'acte notarié ne peut produire seul depuis le Code civil. Le droit de gage général, extirpé de l'hypothèque générale de l'ancien droit, le droit de suite et le droit de préférence sont, dorénavant, les attributs de la seule force exécutoire publique. Ils manifestent l'existence d'une contrainte directe et immédiate exercée sur le débiteur par le créancier[401]. En ce sens, l'hypothèque n'est pas une atteinte à la propriété du débiteur, elle porte atteinte à sa liberté en conférant au créancier ce que l'on dénomme le droit de préférence (1°) et le droit de suite (2°) qui le gênent dans l'exercice de ses activités patrimoniales.

1°) Le droit de préférence

96. Le « poids » du crédit hypothécaire. La liberté du débiteur chirographaire n'est nullement affectée par le droit de gage général[402]. Il lui est loisible de s'engager auprès d'autres créanciers afin, notamment, d'obtenir de nouveaux concours bancaires. En revanche, lorsque le débiteur accorde une hypothèque à un créancier, il subit une contrainte, non pas qu'il ne puisse s'engager dans un lien d'obligation, mais le droit de gage qu'il a consenti à son créancier, sous l'effet de l'hypothèque, retrouve la nature réelle dont il était pourvu sous l'ancien droit. Ainsi, lorsque le débiteur consent

[401] Pour l'idée d'une évolution de la notion de sûreté autour de la notion de pouvoir, L. AYNES, « Conclusion », *in* « Réforme des sûretés : premiers bilans », *Droit et patrimoine*, avril 2012, p. 98, à propos de la réforme des sûretés : « Il s'agit là d'une véritable révolution dans la conception même des sûretés, car la sûreté n'est plus seulement le droit d'obtenir un paiement par une voie différente de l'obligation elle-même ; elle est de plus en plus souvent, surtout avec le développement de la procédure collective, un instrument de pouvoir entre les mains du créancier, pouvoir qui pourrait même aller jusqu'au droit de gérer l'actif donné en garantie ».

[402] Les moyens de contrainte sont réduits *a minima*. L'action paulienne et l'action oblique suppose la fraude ou l'inaction du débiteur.

une hypothèque, il subit une contrainte que l'on identifie sous le terme de « droit de préférence ». Le droit de préférence est un « tour de faveur »[403] accordé au créancier qui pourra être payé avant les autres créanciers sur le prix de vente de l'immeuble. Il permet « d'être payé par préférence aux autres sur le prix de l'immeuble hypothéqué »[404]. L'énoncé de la définition du droit de préférence témoigne bien de l'imbrication de cet attribut de l'hypothèque avec le droit de gage général, car il est bien impossible de le définir sans s'y référer. Ce droit de préférence est certes la manifestation d'un avantage pour le créancier, mais cet avantage est le corollaire d'une contrainte qui pèse sur le débiteur. Il interdit au constituant de payer les autres créanciers avant d'avoir payé le titulaire de l'hypothèque sur le prix de l'immeuble. Lorsque le débiteur souhaitera recourir à un nouvel emprunt auprès d'un nouveau créancier, l'hypothèque rendra plus difficile l'octroi de nouveaux concours bancaires. La contrainte du droit de préférence rend, ainsi, le crédit hypothécaire plus « lourd » pour le débiteur. Il porte, alors, atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant qui ne peut plus contracter d'engagement sans être gêné par la sûreté réelle qu'il a concédée. Dès lors, si l'hypothèque concédée au créancier laisse le constituant libre de ses engagements, le droit de préférence n'est pas neutre pour le constituant de la sûreté réelle. Il atteint, en réalité, sa liberté d'engagement ; le Code civil mentionnait même que l'individu, lui-même, était grevé d'hypothèque[405]. Si le constituant conserve, bien évidemment, le droit de s'engager bien qu'il ait consenti une hypothèque, il est moins libre car l'hypothèque fait peser sur lui une contrainte. Cette distinction entre « avoir le droit » et « être libre » est plus facilement saisissable à propos du droit de suite.

2°) Le droit de suite

97. L'idéal révolutionnaire : la liberté des transactions. La révolution est porteuse d'une idée nouvelle. Contre le système féodo-seigneurial qui multipliait les propriétaires sur le même immeuble, la propriété foncière est devenue libre et exclusive[406]. La liberté de disposer des biens est affirmé dans l'article 537 du Code civil : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent […] ». La liberté de disposer est à la fois celle d'utiliser et de faire circuler les biens

[403] Pour l'emploi de cette expression, M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, p. 611.

[404] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 954.

[405] Voir la rédaction de l'ancien article 2148 du Code civil qui mentionne « l'individu grevé d'hypothèque ».

[406] A-M. PATAULT*, Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 162.

immobiliers[407]. « Les préoccupations économiques et l'influence des physiocrates se retrouvent derrière ces mesures, mais aussi la volonté politique d'en finir avec le tendance de la société d'Ancien Régime à mettre hors circulation l'immeuble, pilier de l'ordre social » [408]. L'immeuble est « offert à la mobilité. La loi supprime toutes les formes de retrait qui paralysaient les aliénations en frappant de précarité la propriété de l'acquéreur » [409]. « De même, les substitutions, qui interdisaient à l'héritier ou au donataire de disposer librement de l'immeuble reçu, sont supprimées » [410]. Le système hypothécaire, mis en place en 1804, participe du même mouvement.

98. Le droit de suite : un danger pour l'acquéreur. L'hypothèque confère un droit de suite au créancier qui en est titulaire. Celui-ci « permet au créancier d'exercer son droit de préférence sur le prix de l'immeuble, même quand celui-ci est sorti du patrimoine du débiteur, et est devenu la propriété d'une autre personne »[411]. Ce droit de suite ne rend, évidemment, pas le bien indisponible, mais crée une insécurité pour le tiers acquéreur, qui peut être amené à payer deux fois ou voir sa vente remise en cause. Il est un danger pour l'acquéreur et perçu comme une gêne pour le propriétaire qui consent l'hypothèque qui peut aliéner le bien mais devra, alors, subir la contrainte de la procédure de purge du droit de suite. L'hypothèque, considérée comme un renfort du droit de gage général, fait peser une contrainte sur la liberté des transactions du débiteur. Le constituant a bien le droit de disposer de son bien, mais il ne peut le faire sans subir de contrainte. Il a donc le droit de disposer mais il n'exerce pas ce droit en toute liberté.

99. Le droit de suite : une gêne[412] pour le propriétaire. On a pu, ainsi dire que si l'hypothèque ne rendait pas le bien indisponible en droit[413], elle créait une situation « d'inaliénabilité de fait »[414], qui

---

[407] A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 172.

[408] A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n°147.

[409] A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n°147.

[410] A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n°147.

[411] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 964.

[412] G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, *Sûretés réelles. Publicité foncière. Contrats civils. Principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°90 : « [Si l'hypothèque] n'entrave pas le droit de jouissance du propriétaire, l'hypothèque est une gêne pour la propriété ». Voir l'emploi de l'expression pour le droit de rétention, L. AYNES et P. CROCQ, n°452, « Ainsi, le droit de rétention gèle la chose et gêne tout le monde ».

[413] La Cour de cassation a, récemment, rappelé que l'hypothèque n'entraîne pas l'indisponibilité du bien grevé, Cass. civ. 3ème, 18 juin 2008, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *JCP éd. G*, 2008, I, 211, n°17.

[414] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 41 : « C'est à tort que l'on considère parfois que la solennité de la constitution d'hypothèque est illogique puisque la vente d'un immeuble est consensuelle. Outre que, l'hypothèque est un acte plus grave

constituait une gêne pour le propriétaire désireux d'aliéner le bien hypothéqué. Au sens commun, l'hypothèque est un obstacle, une difficulté qui entrave ou empêche l'accomplissement de quelque chose[415]. L'hypothèque entrave l'accomplissement de la vente du bien hypothéqué, car le droit de suite, dont elle est assortie, fait planer une insécurité sur les actes d'aliénation réalisés par le constituant. A raison de son droit de suite, l'hypothèque n'entame pas le droit de disposer du constituant de l'hypothèque, en revanche, elle est une atteinte à la liberté de ses transactions. Si le constituant conserve le droit de disposer du bien hypothéqué, sa liberté est réduite[416], alors que l'obligation personnelle, a-t-on dit, conservait au constituant « la libre disposition » de ses biens[417].

---

que la vente immobilière car le constituant, ne sentant pas le poids de ce dont il se dépouille, risque de céder à la facilité, on modifie le sort du bien grevé dont on entrave la circulation, car il est bien connu qu'un bien hypothéqué devient, en fait, pratiquement indisponible » ; J-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », *in Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du notariat defrénois, p. 14 et s.: l'auteur souligne, qu'à côté de l'inaliénabilité volontaire qui résultait d'une clause d'inaliénabilité, existent des inaliénabilité de fait. Ces inaliénabilités sont des manifestations de l'individualisme dont est imprégnée la propriété privée. Elle résulte, en général, de la « volonté exclusive et toujours prééminente, du propriétaire d'origine. Cette stipulation manifeste ainsi un certain pouvoir du propriétaire de fixer le statut juridique de son bien lorsqu'il figurera dans le patrimoine d'autrui, soit en fonction de son intérêt personnel […], soit en fonction de l'intérêt du nouveau propriétaire ou des membres de la famille de celui-ci […] ». « Encore convient-il de remarquer que l'inaliénabilité n'y est généralement pas envisagée directement et pour elle-même. Il s'agit plutôt d'une inaliénabilité de fait et éventuelle, qui résulte de ce que le droit du propriétaire peut être résolu. Alors, d'une part, les actes d'aliénation que celui-ci aura pu accomplir sur le bien se trouveront, le cas échéant, frappés de résolution et, d'autre part, le risque même de cette résolution, dans la mesure où il est connu – ce qui est normalement le cas, grâce à la publicité foncière – détermine une pure inaliénabilité de fait ». Ainsi, « l'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens et droits donnés, et de faire revenir ces biens et droits au donateur, libres de toutes charges et hypothèques […]. Inutile de dire que celui qui se rendrait acquéreur d'un tel bien serait un acquéreur hypothétique. Le vendeur dans le réméré se réserve la possibilité de reprendre la chose vendue moyennant le remboursement du prix de vente (article 1659 du Code civil). Inutile de dire que si l'acquéreur est bien propriétaire, il peut difficilement vendre le bien grevé d'une telle faculté. D'autant qu'aux termes de l'article 1664 du Code civil, « le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de rachat n'aurait pas été déclarée dans le second contrat ». En d'autres termes, le vendeur dispose d'un droit de suite. Quant à l'acquéreur, comme le tiers détenteur dans l'hypothèque, il peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur (article 1666 du Code civil). « Dans tous ces cas le propriétaire est pratiquement privé de son droit d'aliéner en raison de l'instabilité de sa situation juridique. La caractéristique commune à ces diverses situations est en effet l'insécurité juridique qui menace les tiers », J-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », *in Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du notariat defrénois, p. 14 et s.

[415] *Le nouveau petit Robert*, 1993, V° « Hypothèque ».

[416] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1274 ; M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 41 : « […] on modifie le sort du bien grevé dont on entrave la circulation, car il est bien connu qu'un bien hypothéqué devient, en fait, pratiquement indisponible ». D'où les inconvénients dénoncés lorsque l'hypothèque est générale, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°803 : « Tous les biens étant hypothéqués, leur circulation se trouve entravée ; une procédure de purge devenait nécessaire dans tous les cas d'aliénation » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1274 : « Il est donc préférable, dans l'intérêt du débiteur, qu'il n'affecte à la garantie de chaque créance que les immeubles nécessaires et qu'il garde les autres libres » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 : la spécialité permet de lutter « contre la facilité avec laquelle il [le débiteur] hypothéquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une seule dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun ; en limitant ainsi le gage hypothécaire, on laisse au débiteur la disposition des autres biens qui lui appartiennent, il peut librement les aliéner ou les affecter à la sûreté d'autres créanciers. On ménage le crédit du propriétaire ; on sauvegarde ainsi les intérêts de la richesse publique ».

[417] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1324 : « Celui qui s'oblige confère bien à son créancier le droit de gage général des art. 2092 et 2093 ; en s'obligeant personnellement il engage son patrimoine. Mais cette affectation générale est vague et indéterminée ; elle ne lui enlève ni la propriété, ni la libre disposition de ses biens ; il conserve après cet acte les droits qu'il avait antérieurement et il peut les exercer avec la même liberté pourvu qu'il ne se rende pas coupable de fraude. Il en est autrement de celui qui constitue une hypothèque » ; P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 10, *Commentaire - traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mise en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 1, 2ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1868, n°14 : à propos du droit de gage général, « […] en effet, puisque la loi nous dit que le droit de gage s'étend aux biens *présents et à venir*, elle nous dit par cela même que ce droit affecte non seulement les biens acquis au débiteur au moment de l'obligation, mais encore ceux que le débiteur acquiert après et à mesure qu'il les acquiert. – Mais, par contre, il ne faut pas tenir compte non plus des biens que l'obligé a pu avoir au moment de l'obligation et qui ont cessé d'être siens quand l'exécution de l'obligation vient à être poursuivie […]. Le droit de gage général consacré par notre article ne se maintient, en effet, qu'autant que le débiteur reste en possession […]. Si donc le débiteur a disposé d'une chose à lui appartenant, s'il l'a mise hors de son patrimoine par un acte quelconque d'aliénation, il l'a transmise franche et libre de ce droit de

Ainsi, l'hypothèque ne grève pas les biens du débiteur pour garantir ses obligations, elle est un renfort du droit de gage général. Elle porte atteinte à la liberté du débiteur qui lorsque le crédit est chirographaire peut, en revanche, « toucher » le prix de vente de son bien tout autant que le vendre sans avoir à subir les contraintes de la procédure de purge. Le crédit hypothécaire est, donc, plus « lourd » que le crédit chirographaire ; il porte atteinte à la liberté du constituant de la sûreté réelle. L'émancipation de l'hypothèque de la tutelle du contrat et du patrimoine permet au principe de spécialité de se manifester.

gage dont elle était affectée entre ses mains, et c'est par là, entre autres choses, que ce droit diffère de l'hypothèque, laquelle suit l'immeuble qui en est grevé en quelques mains qu'il passe ».

Chapitre 2 : La manifestation du principe

100. Les circonstances du principe. Le voile du contrat et du patrimoine, à présent, levé sur l'hypothèque, le principe de spécialité peut se manifester. Dès lors que l'hypothèque ne confère aucune richesse au créancier, mais lui permet d'imposer des contraintes au constituant de la sûreté réelle, qui pèse sur sa liberté économique, il apparaît quasi naturel que le « poids » de hypothèque doive être circonscrit. En 1804, le législateur a voulu maîtriser la force du crédit hypothécaire qui naissait de l'acte authentique. Il l'a désamorcé en lui retirant son attribut principal, le crédit. Il a, ainsi, institué le crédit général en donnant à toute personne du crédit ; le droit de gage général a, certainement, une consistance économique, celle de la confiance qu'il confère au créancier. Dans le même temps, le législateur a implanté dans le titre authentique la publicité hypothécaire, car le crédit hypothécaire, sous l'ancien droit, portait atteinte à la libre circulation des biens immobiliers, si bien que l'hypothèque de droit moderne est devenue un droit inscrit. Enfin, parallèlement à l'avènement de la publicité hypothécaire, le principe de spécialité est apparu. Appuyé sur le promontoire de la publicité hypothécaire, le prestige du principe de spécialité quant à l'inscription a, d'ailleurs, toujours escamoté le principe de spécialité lors de la constitution de l'hypothèque, qui était même parfois présenté comme une simple phase préparatoire de la spécialité quant à l'inscription[418]. La doctrine a,

[418] Ph. THERY, n°124 qui relève que l'utilité du principe de spécialité quant à la constitution (à propos de l'individualisation des biens grevés) « paraît se limiter à des considérations de commodité, notamment pour la publicité » ; TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente. Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil*, 2ème éd°, t. 2, 1835, n°513 : « Aujourd'hui, au contraire, l'hypothèque doit être publique. Il fallait donc déterminer par une indication spéciale les immeubles qui en sont grevés. On voit que le législateur prépare dans notre article les éléments de l'inscription dont il sera question plus tard, et qui porte l'hypothèque à la connaissance du public. Il exige que l'acte constitutif de la créance, ou bien un acte authentique postérieur, désigne la nature et la situation de chacun des immeubles hypothéqués, afin que ces indications soient répétées dans l'inscription. Ainsi la spécialité prépare l'inscription : l'inscription assure la publicité », et n°515 : « Une des conséquences les plus importantes de la spécialité, c'est que l'hypothèque générale conventionnelle se trouve prohibée par le Code. Plusieurs motifs ont déterminé le législateur : 1° D'abord il n'a pas voulu que le débiteur put facilement engager toute sa fortune, sachant bien que les emprunteurs passent facilement par toutes les conditions qu'on leur impose, pourvu qu'on leur prête de l'argent. 2° Ensuite il a voulu empêcher l'accumulation de plusieurs hypothèques sur le même immeuble. Car leur concours entraîne toujours des discussions dispensieuses. 3° Enfin (et ce motif est le plus décisif) il a voulu favoriser les effets de la publicité. Car comme je viens de le dire, de la spécialité découle, dans l'esprit du Code, la publicité », enfin n°545, à propos de l'article 2132 du Code civil : « En effet, c'est dans l'acte que doivent se trouver tous les éléments de l'inscription qui doit faire connaître aux tiers la position du débiteur avec lequel ils vont contracter. La loi a donc été conséquente avec elle-même, en exigeant que l'acte contînt une énonciation exacte des sommes pour la sûreté desquelles l'hypothèque a été consentie » ; J-C. PERSIL, *Régime hypothécaire ou commentaire sur le XVIIIè titre du livre III du Code civil relatif au privilèges et hypothèques*, 4ème éd°, t. 1, 1833 : « La disposition de cet article est la conséquence nécessaire du système de spécialité développé ci-dessus, et de la publicité des hypothèques, dont nous aurons occasion de parler. Il eût été, en effet, inutile de chercher à mettre à découvert la situation des débiteurs, si, à la publicité des hypothèques qui grèvent leurs biens, on n'eût ajouté la condition essentielle de la détermination des sommes pour lesquelles elles étaient établies ».

cependant, toujours pris garde de les distinguer[419], soulignant, cependant, ce parallélisme étonnant entre le principe de spécialité quant à l'inscription et le principe de spécialité quant à la constitution[420]. Le principe de spécialité est entièrement tourné vers la publicité hypothécaire que le Code civil a implanté dans le titre authentique : le principe de spécialité quant à l'inscription n'est que la face publique du principe de spécialité quant à la constitution. Ils sont indissociables. Aussi, si le principe se dédouble, ce dédoublement n'est que matériel et non substantiel. Le législateur a introduit le principe de spécialité pour résoudre les inconvénients qu'aurait suscité l'hypothèque générale devenue publique en 1804. Le contenu du principe (section 1) manifeste tout autant que son fondement (section 2) l'existence d'un principe doté d'une authentique spécificité que l'on ne peut comprendre qu'autant que la conception traditionnelle de l'hypothèque est abandonnée.

Section 1 : Le contenu du principe

101. La clarification du principe et de son corollaire. La présentation du principe doit être clarifiée à la lumière de la conception originelle de l'hypothèque. Le principe de spécialité est lié au crédit, son principal. Le crédit, la confiance, ne suppose nullement la détermination de biens ou d'obligation, car il est seulement le lien entre les biens et les obligations du débiteur. L'identification de la personne à qui le créancier fait confiance est suffisante pour que ce lien puisse s'établir. L'hypothèque ne fait que renforcer le crédit. L'hypothèque et le droit de gage général sont de la même essence. Aussi, le principe de spécialité n'est pas celui qui a été présenté par la doctrine traditionnelle, du moins n'a-t-il pas la même portée. Le principe de spécialité ne peut être vraiment compris qu'autant qu'on le rapproche du droit de l'exécution forcée et non du droit des biens et des

[419] P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°674 : « Le principe dont avons à faire application est celui de la spécialité. Or, encore une fois, la spécialité n'est pas la publicité ; et il ne faut pas les confondre. La spécialité a un autre objet que l'intérêt des tiers : elle prend en main le crédit du débiteur qu'elle ménage […] : voilà son objet précis. Ne parlons donc pas de l'inscription, ni des tiers, car nous ne sommes pas en présence de l'article 2148, parlons du contrat hypothécaire et des parties qui le forment, car c'est l'article 2129 que nous avons à expliquer » ; R. TENDLER, *Les sûretés*, Dalloz, 1983, n°335 : « La spécialité ainsi requise au moment de la constitution de l'hypothèque est indépendante de celle exigée lors de l'inscription, qui, elle, est requise pour toutes les hypothèques aussi bien légales judiciaires que conventionnelles. Le but de l'exigence de spécialité n'est pas le même dans les deux hypothèses. La spécialité de l'inscription tend à protéger les tiers. Ceux-ci en effet, doivent être en mesure de connaître immédiatement le passif hypothécaire d'un éventuel contractant. La spécialité de la constitution a pour but de protéger le constituant d'une hypothèque conventionnelle contre lui-même et contre les pressions de créanciers ».

[420] *Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898, note 1, sous l'article 2129 du Code civil : « […] étant donné ce parallélisme observé par le législateur, il semble convenable de confondre l'interprétation de ces deux dispositions législatives pour ainsi dire identiques, en faisant observer que ce qui sera dit des mentions de l'acte constitutif d'hypothèque devra être étendu aux mentions de l'inscription et réciproquement » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., n°1664.

obligations. Les relations entretenues par le principe avec son corollaire, la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, pourront être éclaircies et l'on comprendra que la rigidité de la règle n'était due qu'à sa conception traditionnelle, elle-même issue d'une conception inadéquate de l'hypothèque. Si les biens à venir du constituant ne peuvent être hypothéqués, c'est, tout simplement, qu'ils ne peuvent être désignés dans l'acte. Le contenu du principe de spécialité, identifié à la lumière de la conception originelle de l'hypothèque, (§1), permet, ainsi, de clarifier la prohibition de l'hypothèque des biens à venir (§2).

§1 Le principe

102. La détermination de l'hypothèque. La présentation du principe, dans les manuels actuels, est plutôt confuse. Selon les ouvrages, le principe est tantôt présenté comme une condition de fond[421] ou de forme[422], une condition de fond et de forme[423], une règle « à la limite du fond et de la forme »[424], un caractère de l'hypothèque[425], ou encore un « formalisme [qui] touche au fond de l'acte »[426]. Dès lors que l'hypothèque affectait un bien en garantie d'une obligation, le principe de spécialité a semblé imposer l'obligation de déterminer les biens hypothéqués et l'obligation garantie. En effet, la validité de l'hypothèque était soumise, aux termes de l'ancien article 2132 du Code civil et de l'ancien article 2129 du Code civil[427], à une déclaration spéciale énumérant des biens et déclarant une somme. Mais, dès lors que la conception patrimoniale traditionnelle de l'hypothèque est abandonnée, il apparaît que la condition de détermination n'est pas l'obligation de déterminer

[421] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°409; D. LEGEAIS, n°556 : la spécialité quant à la constitution serait une règle de fond ; seule la spécialité quant à l'inscription serait une règle de forme ; Ph. THERY n°124, évoque la condition, semble-t-il, comme une condition de fond.

[422] M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2063.

[423] MAZEAUD et CHABAS, n°269 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1316 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°193 ; Cl. WITZ et M. STORCK, *JClass. Civil*, *Art. 2129 à 2133*, « Hypothèques. Spécialité de l'hypothèque. Extension de l'hypothèque aux améliorations. Hypothèque des biens à venir », fasc. 110, 2002, n°3.

[424] P. ANCEL, *Droit des sûretés,* LITEC, 2004, p. 143 n°348. Dans les éditions suivantes, la spécialité trouve sa place dans les conditions de forme, P. ANCEL, *Droit des sûretés,* LexisNexis, 6ème éd., 2011, n°394; Rappr. Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°801, l'auteur observe que « la spécialité de la sûreté, lorsque celle-ci est assujettie à une publicité, se reflète dans l'inscription. De sorte que la règle de la spécialité, dans la mesure où elle est imposée, participe à la fois aux conditions de fond et de forme (la forme s'entendant, dans le cas particulier, d'une forme de publicité) ».

[425] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°872.

[426] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1316.

[427] Voir la reproduction de ces articles en annexe.

l'assiette du droit réel sur lequel elle porterait, car l'hypothèque n'est pas un droit réel, ni celle de déterminer l'obligation garantie à raison du caractère accessoire de l'hypothèque à la créance garantie, car elle est l'accessoire du crédit. Les conditions de fond (A) et de forme (B) auquel l'acte authentique public est soumis, dès lors qu'il institue l'hypothèque, doivent être revisitées.

A) Les conditions de fond

103. L'unicité du principe. Le principe de spécialité ne doit pas être envisagé de manière parcellaire, en le découpant selon des pointillés patrimoniaux : d'un côté le principe de spécialité quant au bien et de l'autre le principe de spécialité quant à la créance garantie. On ne peut le comprendre que lorsqu'on l'appréhende dans sa globalité en l'appliquant à l'hypothèque qui n'est qu'un complément du droit de gage général (le crédit). L'indétermination ne met pas en cause l'existence du droit de gage général, qui existe indépendamment de la détermination des biens sur lesquels la saisie portera, tout autant que de son montant. Le principe de spécialité est entièrement vers le droit de l'exécution forcée. Il implique de déterminer, dans le titre authentique public, l'assiette de l'hypothèque (1°) ainsi que son montant (2°).

1°) La détermination de l'assiette de l'hypothèque

104. Le caractère accessoire de l'hypothèque. La détermination des biens grevés, relevant du principe de spécialité, n'est pas essentielle à l'hypothèque, comme on a pu le croire jusqu'à présent. Il existe, d'ailleurs, des hypothèques générales. L'hypothèque est un renforcement du crédit, aussi elle pourrait, par principe, « porter » sur tous les biens présents et à venir, seules des considérations pratiques ont conduit le législateur a imposé le principe de spécialité. D'ailleurs, le législateur, en 1804, le laissait entendre en établissant une corrélation entre l'assiette de l'hypothèque et le droit de gage général. En effet, l'ancien article 2092 du Code civil, qui ouvre, en 1804, le dix-huitième titre « Des privilèges et hypothèques », doit être mis en corrélation avec l'ancien article 2114 du Code civil. Ils disposent respectivement :

> Article 2092 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir »

Article 2114 du Code civil : « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ».

105. L'indifférence à l'identité du bien. Au sein de l'article 2114 du Code civil, d'ailleurs repris par la réforme de 2006 (article 2393 du Code civil) et placé en tête du livre IV du Code civil consacré aux sûretés, l'expression « les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » ne désigne pas autre chose que le droit de gage général qui ne forme que le principal de l'hypothèque. Il faut, d'ailleurs, remarquer que les auteurs tirent traditionnellement de la définition de l'article 2114 du Code civil une définition de l'hypothèque qui est toute autre. Ils omettent la lettre s et définissent l'hypothèque comme étant l'affectation d'un bien à l'acquittement d'une obligation. En outre, l'ancien article 2122 du Code civil autorisait le créancier qui a une hypothèque légale à « exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite […] ». De même, le créancier titulaire d'une hypothèque judiciaire peut exercer son hypothèque « sur tous les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir par la suite » (ancien article 2123 du Code civil). Ainsi, la présentation de l'hypothèque retenue par le Code civil est celle d'un droit ayant pour objet non pas un bien mais le droit de gage général, le crédit. Aussi, la détermination des biens, véhiculé par le principe de spécialité, revêt une toute autre signification que pour les droits réels.

106. La réalisation de la sûreté. L'obligation de déterminer les biens dans le titre authentique traduit la volonté du législateur d'imposer, par avance, l'identification des biens sur lesquels le titulaire de l'hypothèque pourra exercer son droit de préférence et son droit de suite. Le principe de spécialité impose, donc, la détermination de l'assiette de l'hypothèque. Il ne s'agit pas de déterminer l'assiette du droit de gage général, du crédit, car l'hypothèque n'est pas une clause limitative de l'étendue du droit de gage général. Le principe de spécialité contraint à anticiper, dès la constitution de la sûreté, sa réalisation. L'identification du bien n'a, donc, pas la même portée que pour les droits patrimoniaux, car si l'identité du bien n'est pas indifférente au créancier hypothécaire, elle n'est pas consubstantielle au droit qui lui est concédé ; elle ne concerne que la réalisation de son droit. La détermination des biens n'est faite qu'en vue de la réalisation de la sûreté, ce qui implique que le créancier ne considère le bien qu'en raison du prix qu'il pourra en retirer lors de sa vente en cas de réalisation de sa sûreté.

2°) La détermination du montant de l'hypothèque

107. Les termes originels du Code civil. L'ancien article 2132 du Code civil disposait que l'hypothèque conventionnelle n'était valable qu'autant que « la somme » pour laquelle elle était consentie était certaine et déterminée par l'acte. Aussi, la prescription ressortissant au principe de spécialité « quant à la créance garantie » n'a, en réalité, jamais été rationalisée. En effet, la doctrine a interprété le texte comme imposant une condition de détermination de la créance garantie. Or, la détermination de la créance garantie n'était pas l'objectif visé par le législateur, qui souhaitait imposer la détermination de la « somme pour laquelle l'hypothèque [était] consentie ». La rationalisation de l'idée du législateur aurait impliqué que seule la détermination du montant de l'hypothèque soit considérée comme la condition de fond mais il est apparu logique, dès lors que l'hypothèque était tenu en respect par les droits patrimoniaux, de fixer ce montant au montant de la créance.

108. La validité de l'hypothèque consentie pour une créance d'un montant indéterminé. Il n'en demeure pas moins que le législateur n'a jamais voulu imposer que le montant déterminé dans le titre authentique, tout autant que dans l'inscription, soit celui de la créance. En effet, il a toujours été admis que l'hypothèque puisse être constituée pour garantir des obligations de n'importe quelle espèce[428], des obligations monétaires comme des obligations en nature[429] : *Non tantum ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest*[430]. Cette classification oppose les obligations en fonction de leur objet : les obligations monétaires ont pour objet une somme d'argent ; les obligations en nature ont pour objet une prestation ou le transfert de propriété d'une chose qui n'est pas une somme d'argent[431]. Or, seule une créance monétaire, dont l'objet porte sur une somme d'argent dispose en elle-même d'un capital ou d'un montant. Les créances, qui ne sont pas monétaires, ont certainement une valeur qui peut être estimée lors de la constitution de l'hypothèque, mais elles n'ont pas de

[428] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°417, citent en exemple : « prêt, constitution de rente viagère, créance résultant d'une obligation de faire, d'un contrat d'ouverture de crédit, indemnité pour préjudice causé, etc… » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1400.

[429] Pour cette classification, not. J. CARBONNIER*, Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004, n°925 : l'auteur propose de dépasser la classification traditionnelle empruntée par le Code civil des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, en mettant « à part l'obligation de somme d'argent ou obligation monétaire, en l'opposant à toutes les autres obligations ou obligations en nature, comme à l'économie en nature s'oppose l'économie monétaire ».

[430] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, COSSE et DELAMOTTE, 1846, p. 440, n°59. Cette classification des obligations est, actuellement, de plus en plus répandue, Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd°, 2011, n°2.

[431] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral,* PUF, 2ème éd., 2010, p. 186.

montant. L'hypothèque pouvait, donc, être constituée pour garantir une créance dont le montant était indéterminé[432], comme c'est le cas lorsqu'elle garantit une ouverture de crédit ou le solde débiteur d'un compte courant[433]. Dans ce cas, bien que le législateur ne l'ait pas imposé[434], la pratique, conformément aux vœux de la doctrine[435], indiquait dans l'acte une évaluation de la créance. La rédaction de l'ancien article 2132 du Code civil ne correspondait, d'ailleurs, pas à l'intention du législateur rappelée par Aubry et Rau : « Cette pensée est celle-ci : l'acte constitutif de l'hypothèque devrait, pour répondre complètement aux exigences du principe de la spécialité indiquer toujours d'une manière précise, la somme ou la valeur pour laquelle l'hypothèque est consentie. Mais comme cette condition est impossible à remplir directement pour les obligations de faire ou de ne pas faire, et pour toutes celles dont la valeur est indéterminée, il n'y avait, en ce qui les concerne, que deux partis à prendre : c'était ou d'imposer aux contractants la nécessité de convenir d'une évaluation dans l'acte de constitution, ou de laisser au créancier le soin de faire cette évaluation dans l'inscription, sauf au débiteur à en demander la réduction, si elle paraissait excessive. C'est ce dernier parti que le législateur a adopté »[436].

109. L'innovation du Code civil : la fin de l'hypothèque indéterminée. Le passage de l'ancien droit au Code civil marque ainsi, a-t-on dit, la fin de l'hypothèque consentie pour garantir des « sommes indéterminées dans leur *quantum*[437] *»*. On trouve les prémisses de la détermination « de la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie »[438], à laquelle se réfère l'article 2132 du Code civil, en droit intermédiaire, dans la loi du 9 messidor an 3 (27 juin 1795). L'article 16 de ladite loi dispose qu'« il n'y a plus d'hypothèque indéfinie : en conséquence, tout titre de créance ou portant obligation doit

---

[432] *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°993 : « On peut constituer une hypothèque pour la garantie de toute espèce de créances, quel qu'en soit l'objet, que le chiffre en soit dès à présent déterminé ou qu'il dépende d'un règlement ultérieur, […] ».

[433] Pour les développements relatifs à l'hypothèque en garantie de l'ouverture de crédit ou du compte courant, voir infra n°212 et s.

[434] La mention du montant de la créance garantie ne s'imposait pas pour les obligations en nature, qui ne disposait pas de montant en elles-mêmes, ou pour les obligations monétaires dont le montant est indéterminé lors de la constitution de l'hypothèque, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de M. JULLIOT de la MORANDIERE, t. 2, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1272.

[435] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1402 : « Si maintenant, laissant le texte de côté, on se demande, en se plaçant au point de vue rationnel, comment chacune des hypothèses qui viennent d'être examinées aurait dû être régie, nous dirons que, dans tous les cas, le législateur aurait dû exiger, dans l'acte constitutif de l'hypothèque et dans l'inscription tout à la fois, l'indication du montant de la créance et des diverses modalités dont elle peut être affectée […] ».

[436] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 386.

[437] Voir la réflexion de R. RODIERE, sous Cass. civ. 6 février 1939, *S.*, 1941, 145 : « Instruits par les fâcheux errements de l'ancien droit, les rédacteurs du Code civil ont voulu que les sommes garanties fussent déterminées […]. La spécialisation quant à la créance garantie signifie donc d'abord *la nullité des hypothèques pour sommes indéterminées dans leur quantum* ».

[438] Voir l'article 2132 du Code civil dans sa rédaction d'origine.

en déterminer le montant ; à défaut de quoi, il ne peut conférer hypothèque ». L'article 2132 du Code civil n'est pas plus exigeant que la loi du 9 messidor et la référence au montant de la créance garantie n'était pas une nécessité, mais le législateur ne l'a pas expressément formulé. La détermination d'un montant n'invitait pas à déterminer le montant de la créance ou fixer l'hypothèque au montant de la créance, mais à déterminer un montant autonome fixé lors de la constitution de l'hypothèque. Le principe de spécialité quant à la créance garantie n'était donc qu'un principe de spécialité quant au montant de l'hypothèque. Il s'agissait de fixer, non pas le montant de la saisie car l'hypothèque n'est pas une clause limitative du droit de gage général, mais le montant du droit de préférence auquel l'hypothèque donnait droit lors de la réalisation de la saisie. Comme pour le principe de spécialité quant à l'assiette, le législateur a voulu imposer lors de la constitution de l'hypothèque que les parties se projettent au stade de la réalisation. En imposant, à la fois la détermination de l'assiette et du montant de l'hypothèque, le Code civil a innové en mettant fin à l'hypothèque conventionnelle indéterminée. Outre la condition de détermination de l'hypothèque, le législateur a imposé le respect de conditions de forme spécifique à l'hypothèque.

B) Les conditions de forme

110.La mention dans l'acte. Depuis le Code civil, l'acte authentique publié doit contenir, à peine de nullité absolue, une mention spécifique[439]. Lors de l'étude précédente de la condition de forme, il a été établi que la mention dans l'acte n'était pas une condition de forme, car elle n'était que la résurgence des conditions de fond[440]. Il faut, à présent, pour caractériser l'existence de conditions de forme spécifiques qui s'imposeraient à raison même du principe de spécialité, dégager un formalisme spécifique qui se distingue de celui de l'acte notarié ou de l'inscription. Or, il s'avère que le législateur a imposé l'existence d'un mode d'extériorisation de la volonté (1°) impératif (2°) [441] qui s'ajoute à celui de l'acte notarié ou de l'inscription sans pour autant qu'il soit la simple résurgence des conditions de fond.

---

[439] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 333 : « pour certains actes juridiques graves, la loi n'exige pas seulement que la volonté de leur auteur soit manifestée dans un écrit […] ; elle impose […] des formes spéciales. Ces formes spéciales sont très variables ; elles peuvent même se cumuler. Parfois la loi exige que l'auteur de l'acte le rédige lui-même, et pour cela elle impose une mention manuscrite. D'autre fois, elle exige que l'écrit contienne des mentions obligatoires ».

[440] Voir supra n°52.

[441] Selon la définition retenue par M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 29 : « Les formes solennelles sont des formes de la manifestation de la volonté qui sont impérativement déterminées par la loi ».

1°) Un mode spécifique d'extériorisation de la volonté

111. L'existence de deux modes spécifiques d'énonciation. Le législateur a imposé en sus de l'obligation de recourir à un acte notarié, l'obligation pour le constituant d'extérioriser sa volonté suivant des modalités particulières. Cette condition de forme particulière s'impose également au créancier lors de l'inscription de l'hypothèque. La volonté de constituer et d'inscrire l'hypothèque ne peut être formulée librement. Elle doit emprunter deux modes spécifiques d'énonciation. Suivant le premier, l'assiette de l'hypothèque doit être énumérée (a). En second lieu, le montant de l'hypothèque doit être exprimé sous forme de somme d'argent (b).

a) L'énumération de l'assiette de l'hypothèque

112. Une déclaration spéciale. Le principe de spécialité impose au constituant de l'hypothèque une déclaration spéciale dans l'acte constitutif de l'hypothèque :

> Ancien article 2129 du Code civil :
> « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles […] sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens peut être nominativement soumis à l'hypothèque.
> Les biens à venir ne peuvent être hypothéqués ».

113. L'énumération. Cette déclaration est également prescrite par l'ancien article 2148 du Code civil lors de l'inscription. Or, si l'énumération des biens implique la détermination des biens, elle s'en distingue. La détermination relève du fond alors que l'énumération relève de la forme. En effet, lorsqu'une vente porte sur plusieurs immeubles, la détermination des biens vendus n'impose pas l'énumération, orale ou écrite, de chacun des biens qui forme l'objet de la convention. Ainsi, la vente de « tous les immeubles dont le vendeur est actuellement propriétaire » est valable[442]. Seule compte

[442] A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°34, à propos de la détermination de l'objet de la vente lorsque cet objet consiste en un corps certain : « On admet aussi que les biens puissent être déterminés par référence à la propriété du vendeur ; ainsi dans la cession à forfait qui peut suivre une « faillite », la vente porte sur tous les éléments d'actifs de l'entreprise (de même un inventeur peut céder « tous ses brevets ») ». Le contentieux est peu fourni, mais la Cour de cassation a, déjà, jugé que l'objet d'une vente était suffisamment déterminé, bien que les parties aient conclu de vendre « la totalité du mobilier » et qu' « une partie (en) est actuellement installée dans le pavillon, tandis que l'autre, la plus importante, se trouve au garde-meubles », Cass. civ. 1ère, 16 juin 1964, *BC*, I, n°322. De même, l'obligation, souscrite par le cessionnaire de parts sociales, de « se substituer dans les cautions personnelles des vendeurs » est valable, car « portant sur l'ensemble des cautionnements personnels donnés par les vendeurs en garantie des emprunts contractés par la société dont les actions sont cédées », une telle obligation a un objet déterminé, Cass. com. 1er avril 1997,

l'identification des biens vendus par les parties et peu importe le mode d'énonciation de la volonté, que la désignation empruntée soit individuelle ou collective, dès lors qu'il ne subsiste, pour les parties, aucun doute sur l'identité[443] des biens[444]. Aussi, même si la spécialité imposait une condition de fond de détermination des immeubles qui ne ferait que reproduire les exigences de droit commun, l'hypothèque conventionnelle « sur tous les immeubles appartenant actuellement au constituant » devrait être valable, car la référence à la propriété du constituant assurerait l'identification des immeubles hypothéqués. Une telle mention insérée dans l'acte devrait satisfaire à l'exigence formulée par l'ancien article 2129 du Code civil.

114. L'interdiction de la formulation générale. Pourtant, le constituant ne peut hypothéquer, par une formule générale, tous les immeubles dont il est propriétaire[445]. L'acte par lequel il requiert l'hypothèque doit nécessairement énumérer chacun des immeubles[446]. Si une personne est propriétaire d'un premier immeuble, sis à Paris 13ème, 1 boulevard Arago, et d'un second, sis à Paris 5ème, 255 rue Saint-Jacques, l'acte constitutif doit indiquer l'identité de chacun des immeubles. L'acte

---

BC, IV, n°90. Pourtant, dans une affaire antérieure similaire, la clause avait été condamnée, Cass. civ. 1ère, 18 octobre 1994, *BC*, I, n°291, le cessionnaire des parts avait déclaré « s'engager dès à présent à prendre à leur compte toutes les cautions ayant pu être consenties par M. Z », le cédant. Voir, cependant, Cass. civ. 3ème, 3 janvier 1979, *BC*, III, n°4, l'objet n'était pas suffisamment déterminé, dès lors qu'il était simplement fait référence à « tous les immeubles et meubles appartenant à une personne à une date indiquée ».

443 *Le nouveau petit Robert*, 1993, *V°* Identité : « Le fait pour une personne d'être tel individu et de pouvoir être légalement reconnue pour tel sans nulle confusion grâce aux éléments (état civil, signalement) qui l'individualisent ».

444 En tout état de cause, ce qui importe, c'est la possibilité d'identifier l'objet afin que les parties, et principalement le débiteur, puissent connaître l'étendue de l'engagement contracté. Ainsi, la chambre commerciale dans l'arrêt du 1er avril 1997 a cassé l'arrêt rendu par Cour d'appel d'Orléans qui avait considéré que la clause de reprise des cautionnements « ne permettait pas à M. X (le cessionnaire) de connaître l'étendue réelle de l'obligation qu'il souscrivait […] ». Dans l'arrêt rendu par la première chambre civile, le 16 juin 1964, la vente de « tout le mobilier » est validée « du fait que les objets entreposés au garde-meubles pouvaient être aisément identifiés ».

445 L. AYNES et P. CROCQ, n°662 : « La règle permet de cantonner la charge hypothécaire, dans l'intérêt du constituant et de ses ayants cause, en même temps qu'elle interdit une affectation générale par une formule générale (ex. : tous les immeubles) qui deviendrait rapidement de style » ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°639 : la spécialité fait, ainsi, « obstacle à la stipulation générale par laquelle le constituant prétendrait constituer une hypothèque générale sur tous ses biens présents […] » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°409 : « La loi qui abandonne ainsi les règles de l'ancien droit favorable aux hypothèques générales, ne défend pas à un débiteur d'hypothéquer tous ses immeubles ; elle l'oblige simplement à les identifier avec précision ».

446 P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°676 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96*bis*, I ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1275 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 387 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1370 ; R. VIGUIER, *De l'obligation avec ou sans hypothèque*, thèse, Montpellier 1907, p. 66 : « D'après l'article 2129 cité plus haut, l'acte constitutif doit indiquer spécialement les biens hypothéqués. Pour cela il faut que le débiteur désigne au notaire rédacteur de l'acte chacun des biens qu'il veut hypothéquer à la dette. Le notaire devra alors, conformément à la loi, déclarer spécialement la nature et la situation des immeubles hypothéqués ».

constitutif ne peut porter la simple indication que le constituant hypothèque tous ses biens présents, ce qui, pourtant, au fond, reviendrait au même. La détermination suppose l'identification des biens alors que l'énumération requiert l'énonciation individuelle, et non collective, de chacun des immeubles. Les biens sont, ainsi, individualisés dans l'acte, mais il ne s'agit ici que d'une individualisation abstraite, purement intellectuelle.

115. L'énumération, un mode d'énonciation adapté à tout mode d'expression. L'énumération est un mode d'énonciation de la volonté adapté à n'importe quelle autre forme d'extériorisation de la volonté. Elle n'est pas nécessairement corrélée à l'exigence d'un acte notarié ou même d'un acte écrit. A supposer que la forme imposée pour extérioriser la volonté soit la forme orale, la mention d'individualisation trouverait un équivalent dans l'obligation, faite au constituant, de prononcer oralement une formule qui individualise les biens grevés et les créances garanties[447]. A supposer, bien que cela soit encore purement théorique, que la forme imposée pour extérioriser la volonté consiste en un geste, l'énumération équivaudrait, pour le débiteur, à pointer chacun des biens qu'ils souhaitent hypothéquer : chaque champ et non le domaine, chaque maison et non le lotissement, chaque lot de copropriété et non l'immeuble entier… On pourrait, même, imaginer que seule l'énumération soit imposée quel que soit le mode d'extériorisation de la volonté. Ainsi, la condition de forme, qui impose une énonciation particulière de la volonté, est autonome de la condition de forme, qui impose le mode d'expression de la volonté. Le législateur, en 1804, a donc soumis la validité de l'acte notarié à une condition de forme spéciale : l'énonciation individuelle des biens hypothéqués, autrement dit, leur énumération. L'une n'implique pas l'autre.

b) La déclaration d'une somme d'argent

116. L'expression d'un chiffre. Le montant qui doit être indiqué dans l'acte doit être exprimé sous forme de somme d'argent. L'ancien article 2132 du Code civil disposait que l'hypothèque conventionnelle n'était valable qu'autant que la somme pour laquelle elle était consentie, était certaine et déterminée par l'acte. La somme est une quantité d'argent déterminée. Il faut donc déterminer dans l'acte une somme, c'est-à-dire une quantité d'argent déterminé. Cette condition est une condition de forme spécifique. Elle est passée inaperçue, car on considérait que l'hypothèque

[447] Pour une autre forme d'énonciation, cette fois-ci verbale, voir l'obligation faite au testateur de dicter le testament authentique au notaire (article 972 du Code civil), sur ce mode d'énonciation verbale, M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 304.

garantissait la créance et que, dans bien des cas, les créances garanties sont des créances monétaires ; aussi les actes mentionnaient en général le montant requis sous forme de somme d'argent. En revanche, cette exigence de l'article 2132 du Code civil prend tout son sens lorsque les créances garanties étaient des créances en nature, ce qui était plus fréquemment le cas jusqu'au milieu du vingtième siècle. La condition de forme s'impose également dans l'inscription. L'ancien article 2148 du Code civil disposait que « le montant du capital des créances exprimées dans le titre » devait figurer dans le bordereau d'inscription. Ce montant s'entendait d'une somme d'argent. Ainsi, il a été jugé que « l'inscription prise pour des prestations en nature [était] nulle et sans effet, lorsque ces prestations n'ont pas été évaluées en argent dans le bordereau », à propos d'une inscription d'hypothèque conventionnelle prise pour garantir le paiement d' « un capital de 1200 francs produisant 120 francs de rente argent, plus six kilogrammes d'huile et deux paires de poulets »[448], car lorsqu' « il s'agit de prestation en nature, l'évaluation devra en être faite en une somme d'argent »[449]. Les exemples judiciaires sont rares, car la pratique s'est toujours conformée à cette condition de forme ; elle n'en existe pas moins pour autant. Aussi, la convention d'hypothèque, tout autant que l'inscription, doit exprimer un montant sous forme d'une somme d'argent. Rodière évoque une « appréciation numérique des créances »[450] mais ce montant n'est autre que le montant de l'hypothèque qui peut, donc, être fixé indépendamment de toute référence à la créance et qui doit, aux termes de la condition de forme, être exprimé en somme d'argent.

2°) Le caractère impératif

117. Annonce. Pour que ces deux modes d'énonciation de la volonté soit considérés comme des solennités spécifiques, il faut que le défaut de la forme requise engendre la nullité de l'acte. Toute condition de forme est impérative. Ainsi, l'énumération de l'assiette de l'hypothèque et l'indication d'un chiffre ne peuvent être remplacées par un autre mode d'énonciation. Le défaut d'énumération des biens ou d'énonciation d'un chiffre doit être sanctionné par la nullité absolue, sanction

[448] Riom 18 janvier 1844, *S*. 1844, I, 166.

[449] *Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898, note 184, sous l'article 2148 du Code civil, à propos de Riom 18 janvier 1844, *S*. 1844, I, 166 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., n°1652; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, t. 9, art. 2092 – 2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 2ème éd., 1889, n°128 ; P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec les lois sur la transcription, sur la tenue des registres hypothécaires, sur l'hypothèque maritime, etc.*, t 2, 3ème éd., Delmotte et fis, éditeurs, 1876, n°990.

[450] R. RODIERE, note sous Cass. civ. 6 février 1939, *S*. 1941, I, 146.

traditionnelle du défaut de respect des conditions de forme (1°). Ce caractère impératif implique que la condition de forme ne connaisse pas d'équipollents (2°).

a) La sanction

118. La nullité absolue. Le défaut d'énumération de l'assiette et d'énonciation d'un montant sous forme de somme d'argent est sanctionné par la nullité absolue[451], qui est la sanction traditionnelle du vice de forme. Mais, bien que la nullité absolue soit enseignée depuis 1804, on objecte, de plus en plus souvent, que la nullité relative serait plus adaptée, car la règle de forme aurait pour seule raison d'être la protection du constituant[452]. Cependant, si, d'une manière générale, le choix entre la nullité relative et la nullité absolue dépend de la nature de l'intérêt protégé par la règle, intérêt privé ou général[453], on relève également que la protection de l'intérêt privé n'est pas exclusive de la protection de l'intérêt public[454]. Aussi, l'enseignement traditionnel de la nullité absolue n'est pas solidement contestable. En outre, et c'est là l'argument qui semble l'emporter, la théorie de l'inexistence conduit à admettre que lorsque l'acte n'est pas conclu dans les formes voulues par la loi, il soit inexistant : « c'est que la solennité se confond avec le consentement dans les contrats solennels, en ce sens que le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans la forme légale » [455]. En tout

[451] CA Montpellier, 7 juin 1849, *D.P.*, 1851, 2, 156 ; CA Douai, 12 juillet 1938, *D.H.*, 1939, somm. p. 22 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 948 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°431 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1682, la nullité est absolue, à la disposition de tout intéressé ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1377 ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1027 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU*, Droit spécial des sûretés réelles*, n°1321.

[452] A. FOURNIER, *Rép. civ. Dalloz*, « Hypothèque conventionnelle », avril 2007, n°69 ; Cl. WITZ et M. STORCK, *JClass. Civil*, *Art. 2129 à 2133*, « Hypothèques. Spécialité de l'hypothèque. Extension de l'hypothèque aux améliorations. Hypothèque des biens à venir », fasc. 110, 2002, n°18 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°873 : l'action en nullité « n'est ouverte selon la majorité des auteurs, qu'au seul constituant puisque lui seul est protégé par l'exigence d'une spécialité ».

[453] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd., 2011, n°701, 702.

[454] M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 367, ainsi, la forme imposée lors de la constitution de l'hypothèque « n'a pas seulement pour but de protéger le constituant ; elle protège aussi le créancier, et plus généralement le crédit ». L'auteur ajoute que, la loi en édictant une règle de forme pour l'extériorisation de la volonté entend imposer une condition supplémentaire pour former l'acte juridique. « Or les conditions de formation d'un acte juridique ne peuvent être déterminées qu'en vue de l'intérêt général. Les règles imposant une forme solennelle à un acte juridique ont donc ce caractère sans qu'il soit utile de distinguer entre l'intérêt public et l'intérêt privé général. La violation des règles édictées dans l'intérêt général étant la nullité absolue, la sanction des règles de forme est la nullité absolue « , p. 369.

[455] LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 15, n°457, cité par R. VIGUIER, *De l'obligation avec ou sans hypothèque*, thèse, Montpellier 1907, p. 29 : « La solennité est la dernière condition que la doctrine exige pour l'existence de certains contrats, dits solennels. Nous en avons dit la raison en traitant des donations. Pourquoi la donation est-elle inexistante quand l'acte n'est point fait dans les formes voulues par la loi ? C'est que la solennité se confond avec le consentement dans les contrats solennels, en ce sens que le consentement est censé ne pas exister quand il n'est pas exprimé dans la forme légale ». La doctrine au 19ème siècle considérait que l'inobservation de la forme solennelle était un cas d'inexistence de l'acte juridique. Sur la théorie de l'inexistence, M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975, p. 357 et s. Pour un rapprochement, à propos

état de cause, la question de la nature de la nullité ne pourra être tranchée qu'au moment de l'étude du fondement du principe. S'il s'avère que le principe protège à la fois l'intérêt général et l'intérêt du constituant, il faudra trancher en faveur de la solution traditionnelle reconnaissant un caractère absolu à l'action en nullité.

119. L'impossibilité de confirmer l'acte nul pour défaut de spécialité. Le caractère absolu explique que la nullité ne puisse être couverte[456]. L'acte de confirmation, formulé dans les termes imposés par la loi, ne serait que l'acte constitutif. L'acte qui ne contient pas les mentions impératives pourra, toujours, valoir comme promesse d'hypothèque, mais cet acte n'est pas générateur d'une hypothèque. Il ne peut être sanctionné que par des dommages et intérêts. L'effet constitutif de l'hypothèque aura achoppé sur le défaut de spécialité. Le créancier serait, en revanche, en droit « d'exiger la constitution d'une nouvelle hypothèque ou le remboursement immédiat, et, faute par le débiteur d'y consentir, il peut obtenir contre lui une condamnation qui conférera hypothèque judiciaire »[457].

120. Le caractère impératif : la nullité de l'inscription. Le contenu de la mention à indiquer dans le bordereau d'inscription est scrupuleusement détaillé par le législateur. En revanche, le législateur ne s'est pas préoccupé d'indiquer la sanction du défaut des mentions dans le bordereau d'inscription ou du défaut de respect des conditions de forme. La jurisprudence distingue, à l'époque, les énonciations substantielles et les énonciations accessoires. Seule l'absence des énonciations substantielles est sanctionnée par la nullité de l'inscription[458]. L'énonciation du montant sous forme d'argent[459] et des biens[460] est classée dans la première catégorie, l'élection de domicile et la

---

du gage, L. AYNES et P. CROCQ, n°506 : « en l'absence de cet écrit [l'écrit constitutif du gage], il est informe, non formé, ce qui paraît désigner une inexistence, plus encore qu'une nullité » ; en faveur de la nullité du gage et non de l'inexistence, Y. PICOD, n°199.

[456] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°431 : « […] il n'y a donc pas de confirmation possible ; s'il en était autrement, on aboutirait à un régime hypothécaire tout différent de celui qu'a voulu la loi : l'hypothèque conventionnelle pourrait être constituée à l'état d'hypothèque générale, il n'y aurait de soumise à la règle de la spécialité que son inscription ».

[457] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°431.

[458] A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1904, p. 64 ; « Avant la loi de 1918, on discutait le point de savoir quelles étaient les conséquences de ces omissions et dans quel cas elles entraînaient la nullité de l'inscription. La Doctrine distinguait entre les mentions substantielles et les mentions accessoires. Les premières étaient celles dont l'insertion paraissait indispensable à la complète réalisation du double principe de la spécialité et de la publicité des hypothèques », A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, p. 1010.

[459] L'indication du montant de la créance ou son évaluation dans l'inscription constitue une formalité substantielle : l'inscription est donc nulle lorsqu'elle ne contient pas une pareille mention, *Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898, note 181, sous l'article 2148 du Code civil ; A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1904, p. 84 : « Les bordereaux doivent également

désignation du créancier ne sont que des énonciations accessoires[461]. La doctrine soutient la nullité, car « la forme même de ces articles [2148 et 2153 du Code civil, rédaction d'origine], disent Aubry et Rau, et l'énumération détaillée des mentions ou énonciations requises indiquent nettement que le législateur a jugé nécessaire de déterminer lui-même […] les éléments que l'inscription doit contenir pour réaliser les principes fondamentaux de la spécialité et de la publicité tels qu'il les comprenait et qu'il entendait les organiser »[462].

121. L'acuité du débat antérieurement au décret n°55-22 du 4 janvier 1955. A l'époque, la question a son importance et le contentieux est fréquent[463], car la publicité n'est pas assise sur l'identification cadastrale des immeubles. La désignation des immeubles est, alors, sujette à contestation. En effet, comme souligné, auparavant, la jurisprudence accepte des désignations collectives. Les tiers tentent alors de se prévaloir de la nullité de l'inscription pour défaut de spécialité. Evidemment, aujourd'hui le débat s'est tari, car, suivant les dispositions du décret n° 55-2 du 4 janvier 1955, le dépôt du bordereau qui ne contiendrait pas les mentions requises pour assurer le principe de spécialité serait refusé par le conservateur des hypothèques. La question de la nullité de l'inscription ne se pose donc plus en pratique. Plus tard, l'article 2148 du Code civil, issu de la loi du 1er mars 1918, a prévu la nullité de l'inscription pour défaut des énonciations prescrites uniquement si leur défaut avait causé un préjudice aux tiers qui en demandaient la nullité. Il a été abrogé par le décret du 4 janvier 1955.

---

indiquer le montant de la créance en principal et accessoires ou une évaluation dans le cas où elle est requise. Cette déclaration est substantielle, elle a pour but de faire connaître les sommes dues par le débiteur, et l'inscription est nulle, si elle ne désigne pas le montant de la créance », et pour la jurisprudence et la doctrine à l'appui de cette solution, voir la note de bas de page n°3, p. 84 ; « Ainsi, l'inscription est nulle, si elle ne désigne pas le montant de la créance », Cass. req, 5 septembre 1808, *S*. 1808, I, 577, accueil du pourvoi invoquant que l'omission du montant du capital et des accessoires « viciait l'inscription dans sa substance, et emportait nullité », la note (2) indiquant que « tous les auteurs reconnaissent que la désignation du montant des créances inscrites est une formalité substantielle de l'inscription, puisque ce que l'on a précisément intérêt à rechercher dans l'inscription, c'est le chiffre exact de la créance ».

460 *Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898, note 249, sous l'article 2148 du Code civil, Cass. civ. 1er mai 1860, *S*. 1861, I, 267, *D.P.* 1860, I, 510 : « D'après la jurisprudence, l'indication de l'espèce et de la situation des biens est une des mentions substantielles de l'inscription. Ainsi, est nulle l'inscription d'un privilège qui ne fait pas connaître les biens qu'elle frappe » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES*, Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., n°1702 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par R. RAU et Ch. FALCIMAIGNE, 5ème éd., 1900, § 276 : il faut « distinguer parmi les mentions et énonciations requises par les articles 2148 et 2153, celles dont l'insertion est indispensable à la complète réalisation du double principe de spécialité et de publicité des hypothèques, et que, par ce motif, on peut appeler substantielles, de celles qui, du point de vue de ce double principe, n'ont qu'un objet accessoire ou secondaire, et que l'on nomme règlementaires. L'omission de toute mention ou énonciation substantielle entraîne la nullité de l'inscription où elle se rencontre, sans que le juge puisse se dispenser de prononcer cette nullité, par le motif que l'omission dont il s'agit n'aurait en fait causé aucun préjudice aux tiers qui s'en prévalent »; P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec les lois sur la transcription, sur la tenue des registres hypothécaires, sur l'hypothèque maritime, etc.*, t. 2, 3ème éd., Delmotte et fis, éditeurs, 1876, n°1003, qui soutient également la nullité de l'inscription ; A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1904, p. 142

461 A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1904, p. 67 et s.

462 A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Paris, 1904, p. 65.

463 Voir l'abondante jurisprudence rapportée sous l'article 2148 du Code civil, *in Code civil*, annoté par ED. FUZIER-HERMAN, t. 4, 1898.

Evidemment, aujourd'hui et depuis le décret n°55-22 du 4 janvier 1955, portant réforme de la publicité foncière, la nullité de l'inscription n'a plus beaucoup de portée, car la sanction du défaut de spécialité dans le bordereau ne permet pas d'établir la formalité. La nullité ne peut être demandée car l'inscription n'est jamais générale[464]. Pourtant, si tant est que le dépôt vienne à être accepté et la formalité exécutée, le défaut de spécialité devrait entraîner la nullité absolue de l'inscription.

b) L'absence d'équipollents

122. L'absence de caractère impératif des éléments d'identification des biens hypothéqués. L'énonciation d'un chiffre ne connaît pas d'équipollents. Aucune décision judiciaire ne semble avoir été rendue à ce sujet. Concernant l'énumération des biens hypothéqués, celle-ci pourrait très bien résulter sur d'autres éléments que les éléments d'identification cadastrale, aujourd'hui imposées par l'article 2418 du Code civil. Seul le mode d'énonciation est impératif : l'énumération. La jurisprudence a, souvent, à ses débuts, admis des désignations plus ou moins précises[465], tenant seule l'énumération pour essentielle. Mais, il est vrai que pour les immeubles, la référence aux mentions cadastrales de l'immeuble est la plus simple, l'expérience du début du dix-neuvième siècle où le cadastre n'était pas encore mis en place prouve suffisamment que la manière la plus efficace pour énumérer les immeubles est de se référer à leur identification cadastrale[466]. Ainsi, l'énonciation d'un

---

[464] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°752 : « L'inconvénient de ce système, comme le faisaient par avance remarquer Aubry et Rau, c'est qu'il a pour résultat final d'enlever toute signification aux énonciations exigées par l'art. 2148 al. 3, en réduisant tout à l'existence d'un préjudice causé. Si l'on veut assurer l'amélioration progressive du régime hypothécaire par l'observation ponctuelle des formalités, l'omission ou la défectuosité de l'une des énonciations requises par la loi devrait entraîner la nullité de droit de l'inscription toutes les fois et par cela seul qu'étant de nature à induire en erreur les tiers en général, elle contient le germe ou la possibilité d'une violation du principe fondamental de publicité et de spécialité, indépendamment de toute preuve d'un préjudice particulier subi par le demandeur […]. Les règles de publicité s'appliquant aux constitutions d'hypothèques, règles qui ont pour objet de satisfaire aux nécessités du crédit, sont de celles qui constituent un formalisme indispensable à la vie économique, et dont l'application ne paraît pas pouvoir être éludée grâce à l'intervention arbitraire du juge. Il aurait mieux valu que le législateur, à l'exemple de l'Edit de 1673, déterminât, sous la sanction d'une nullité rigoureuse, les éléments de l'inscription qui ont un rapport direct avec la spécialité et la publicité : c'eût été le seul moyen de triompher des errements antérieurs de la pratique et de la jurisprudence, et d'imposer la réalisation de ce double principe » ; Comp. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1618, qui s'interroge « au cas, exceptionnel, où le conservateur ne décèlerait pas l'irrégularité lors du dépôt, ni dans le mois suivant (délai maximum que lui donne l'article 34-3 du décret du 14 octobre 1955) ? Sans doute engage-t-il sa responsabilité envers les tiers auxquels il cause un préjudice. En revanche, faute d'être prévue par les textes, il ne semble pas qu'une nullité de l'inscription puisse être encourue […]. Faute de reproduction de la règle prévue en 1918, deux attitudes sont concevables : soit admettre la nullité en raisonnant comme le faisait la jurisprudence antérieure à 1918, soit n'admettre, en cas de préjudice causé aux tiers, que la responsabilité du conservateur. Compte tenu du caractère limitatif de la sanction des irrégularités formelles, il paraît conforme à l'économie des décrets de 1955 d'opter pour le principe « pas de nullité sans texte ».

[465] Cass. civ. 26 avril 1852, *D.* 1852, p. 131 et s. : voir la formulation de l'arrêt d'appel et celui de l'arrêt rendu par la Cour de cassation : « Que l'arrêt attaqué, […] est muet sur la nature des biens affectés. Qu'il reconnaît et déclare qu'en l'absence de termes exprès dans cet acte, on y cherche vainement des indications équipollentes, et que rien ne vient suppléer à l'omission de l'énonciation de la nature de tout ou partie des biens affectés » et l'arrêt d'appel : « […] qu'à la vérité, si une jurisprudence généralement admise et digne de l'être enseigne qu'il n'existe pas en cette matière de formule sacramentelle et que les équipollents sont toujours admis, pourvu que, d'une manière ou d'une autre, ils servent à indiquer la nature des immeubles hypothéqués ».

[466] Voir supra n°40, 41.

montant sous forme de somme d'argent et l'énumération sont de véritables conditions spécifiques à l'hypothèque, qui s'impose au débiteur et au créancier, tant lors de sa constitution que de son inscription. La clarification des prescriptions relevant du principe permet d'éclairer la prohibition de l'hypothèque des biens à venir qui est son corollaire.

§2 Le corollaire

123. La clarification des relations entretenues par le principe et son corollaire. Le principe de spécialité a pour corollaire l'interdiction de constituer une hypothèque sur biens à venir. Cette règle a toujours été présentée, et à juste titre, comme le corollaire du principe de spécialité[467], ce que son positionnement à la suite de l'énoncé du principe au sein de l'ancien article 2129 du Code civil rend, par ailleurs, incontestable. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir a, cependant, connu un développement qui n'a certainement pas été voulu par le législateur originel, si bien que les relations entre le principe et son corollaire sont, à présent, plus que troublées. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir, si confuse jusqu'à présent, peut être éclaircie. S'il est impossible de consentir une hypothèque sur des biens à venir, c'est tout simplement parce qu'il est impossible d'identifier dans le titre de l'hypothèque des biens dont l'identité n'est pas connue au jour de son établissement, car la détermination du bien n'est pas consubstantielle à l'hypothèque, qui n'est pas un droit patrimonial. Cette impossibilité purement matérielle prohibe la possibilité de constituer une hypothèque sur des biens à venir. Pour le démontrer, il convient, dans un premier temps de détacher l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir à laquelle elle a été rattachée par la jurisprudence (A), puis de retrouver l'intention du législateur (B)

---

[467] P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°677 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1694 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°433 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°808 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1273, 1278 ; R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1944, n°977 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil,* t. 1, *Introduction au droit - Personnes - Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, 33ème éd., 2011, n°1583 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°409. Pour un rapprochement des deux règles : L. AYNES et P. CROCQ, n°662 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1381 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°410 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°182 ; MAZEAUD et CHABAS, n°272 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1292.

A) Le détachement de l'interdiction de l'hypothèque de la chose d'autrui

124. La confusion du corollaire. Les développements suivants ont pour but de montrer que l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui a obscurci la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, alors que le législateur en 1804 n'entendait pas l'y rattacher ; le détachement de l'hypothèque de la chose d'autrui de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir ne préjuge, donc, en rien de la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui. La relation qui unit le principe et son corollaire est simple : l'interdiction, faite au constituant, d'hypothéquer ses biens à venir est la conséquence nécessaire et immédiate de l'obligation de les énumérer dans le titre de l'hypothèque. Aussi, l'hypothèque conventionnelle devrait pouvoir être constituée sur des biens à venir déterminés, seule l'hypothèque des biens à venir indéterminés devrait être prohibée. C'est la seule prescription qui découle logiquement du principe de spécialité. Cependant, le corollaire a pris une expansion que le législateur de 1804 n'avait, certainement, pas souhaité. La jurisprudence, cautionnée par la doctrine, a déduit du corollaire l'interdiction d'hypothéquer le bien d'autrui, que l'on a considéré comme un « bien à venir déterminé ». Dès lors, la prohibition de l'hypothèque des biens à venir est devenue confuse, car elle a semblé interdire une chose et son contraire. Le principe dont elle émane impose la détermination des biens et, pourtant, alors qu'elle n'est que la conséquence nécessaire et immédiate du principe dont elle découle, elle interdit de constituer une hypothèque sur un bien même s'il est déterminé[468]. Corollaire du principe de spécialité, la prohibition de l'hypothèque des biens à venir ne pouvait, en toute logique, générer une interdiction d'hypothéquer un bien déterminé. Le rattachement de l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir n'était, en réalité, qu'un rattachement d'opportunité.

125. Le rattachement par la jurisprudence. L'hypothèque de la chose d'autrui était un délit civil sanctionné, jusqu'en 1867, par la contrainte par corps ; tout comme la vente de la chose d'autrui, elle constituait un stellionat[469]. Le Code civil avait, par ailleurs, prévu la nullité de la vente de la chose d'autrui dans l'article 1599 du Code civil qui dispose, depuis lors, que « la vente de la chose d'autrui

[468] Il est d'ailleurs courant de lire que « la prohibition d'hypothéquer les biens à venir est formulée par la loi dans les termes les plus généraux ; par conséquent, la constitution d'hypothèque portant sur un bien à venir serait nulle, alors même qu'elle satisferait au principe de spécialité » G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1381 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1278.

[469] Ancien article 2059 du Code civil : « Il y a stellionat, - Lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire ; - Lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou que l'on déclare des hypothèques moindres que celles dont les biens sont chargés ». L'article a été abrogé par la loi du 22 juillet 1867, supprimant la contrainte par corps en matière civile.

est nulle ». La sanction de l'hypothèque de la chose d'autrui n'avait, quant à elle, pas été prévue par le législateur. La jurisprudence[470] a, alors, rattaché l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. Ce rattachement était tiré de la référence aux biens « dont le constituant est actuellement propriétaire », faite à l'origine dans l'article 2129 du Code civil[471]. L'hypothèque de la chose d'autrui est alors frappée de nullité absolue[472], sanction qui est attachée à l'article 2129 du Code civil[473], tandis que la vente de la chose d'autrui est frappée d'une simple nullité relative. Il s'est bien trouvé des auteurs[474] pour contester le travail de la jurisprudence mais ils n'ont guère été écoutés et, pour l'essentiel[475], la doctrine actuelle le commente sans critique.

---

[470] Cass. civ. 24 mai 1892, *D.P.* 1892, I, 327 ; *S.* 1892, I, 289 : « Vu l'art. 2129 c. civ. ; - Attendu que des termes mêmes de cet article, il résulte que l'existence, dans la personne de celui qui constitue une hypothèque, d'un droit actuel de propriété sur l'immeuble, au moment où il est grevé d'affectation hypothécaire, est la condition même de la possibilité légale de cette affectation ; - Que cette condition est substantielle ; - Qu'à son défaut le contrat est entaché d'une nullité absolue comme manquant d'objet ; - Qu'il s'ensuit que l'hypothèque nulle dans son principe même, ne peut être validée par le fait que le constituant deviendrait ultérieurement propriétaire ; - Qu'autrement on pourrait arriver, par une voie détournée, à frauder la loi et à consentir l'hypothèque des biens à venir qu'elle interdit expressément… ».

[471] P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°19 ; voir déjà, très rapidement après la promulgation du Code civil, Bordeaux, 24 janvier 1833*, S.* 1833, II, 569 : « Attendu, en droit, que, suivant, l'art. 2129, Cod. Civ., il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui est consentie par le débiteur sur les biens dont il est actuellement propriétaire ».

[472] Civ. 24 mai 1892, *D.P.* 1892, I, 327 ; *S.* 1892, I, 289, précité ; Civ. 13 novembre 1912, *D.P.* 1913, I, 433, note DE LOYNES, *S.* 1914, I, 150 ; R. SAVATIER, n°976 et 978 : « […] l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle de nullité absolue, par suite de l'interdiction d'hypothéquer les biens à venir » ; Ch. BEUDANT, n°781 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n° 399, voir la note de bas de page n°2, p. 386, sur l'introduction de la nullité relative; P. THERY, n°153.

[473] La jurisprudence dominante est en faveur de la nullité absolue de l'hypothèque de biens à venir, C. WITZ et M. STORCK, *JClass. Code civil*, art. 2129 à 2133, fasc. 110, *Hypothèques, spécialité de l'hypothèque, extension de l'hypothèque aux améliorations, hypothèques des biens à venir*, 2002, n°3, voir infra n°117 nos développements sur la sanction du défaut de spécialité.

[474] R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTDCiv.* 1905, p. 748 : « D'ailleurs, est-il certain que l'hypothèque des biens à venir interdite par l'article 2129, ce soit, à proprement parler, l'hypothèque de la chose d'autrui ? Quand on se reporte aux conditions dans lesquelles cet article fut rédigé, il semble que l'on ait été préoccupé surtout d'empêcher la clause d'hypothèque générale sous une de ses formes : l'hypothèque des biens à venir, c'est-à-dire de tous les biens qu'une personne pourra acquérir. Le législateur a-t-il véritablement voulu par là annuler l'hypothèque d'un bien d'autrui déterminé ? […] peut-être pourrait-on dans cette voie faire un effort plus net pour limiter la portée de l'article 2129 § 2. » ; G. CHANTEAUD, *Des sûretés réelles sur la chose d'autrui*, thèse, Paris, 1900, p. 60 : « Le dernier paragraphe de l'art. 2129 ne doit pas être étudié isolément mais comme le développement logique, le corollaire du premier qui établit le principe de spécialité. Les rédacteurs du Code, ne pensant qu'à la généralité de l'ancienne hypothèque conventionnelle, n'envisageaient les biens à venir qu'en général, *in globo*, c'est à dire comme la masse essentiellement incertaine des biens qui pouvaient échoir au constituant », p. 61 : « On ne proscrit, disait Treilhard, en présentant notre titre au Corps législatif, que la clause d'affectation générale sans désignation particulière, parce que cette clause ne présente aucune sûreté réelle et qu'elle est le plus souvent un piège tendu à la bonne foi. La défense d'hypothéquer en général les biens à venir est la conséquence de ce que je viens de dire » ; MERLIN, *Recueil Alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 4ème éd., MDCCC XXVIII, t. 4, V° *Hypothèque*, § IV bis, VI, p. 494 : « […] on pourrait même dire que les termes, *appartenant actuellement au débiteur,* ne sont pas placés dans cet article, comme établissant une condition expresse de la validité de la stipulation d'Hypothèque ; que cet article ne présente comme condition expresse de cette validité, que la déclaration spéciale, dans un acte authentique, de la nature et de la situation des immeubles que l'on veut hypothéquer ; qu'il suppose bien que ces immeubles appartiennent au débiteur, et que c'est ce qu'il faut entendre par ces mots, *appartenant actuellement* ; mais que supposer n'est pas disposer ; qu'au surplus, ces mots ne sont là placés que par opposition aux biens à venir ; que le même article déclare aussitôt ne pouvoir pas être hypothéqués conventionnellement ; et qu'en effet, Marrible dit que *l'esprit de la loi*, en employant ces mots, *est d'exclure les biens à venir* » ; P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°19 : « Cette présentation, qui est très généralement acceptée par les auteurs n'est peut-être pas exempte de critique. Les travaux préparatoires fournissent malheureusement fort peu d'éclaircissement sur le sens de ces mots, car l'article 2129 fut adopté sans discussion, mais il semble bien que la jurisprudence leur donne une portée qui n'était pas dans l'intention du législateur ».

[475] Cependant, pour une critique, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* n°313. Pour les auteurs, l'interdiction de l'hypothèque de la chose d'autrui est trop souvent présentée comme une application de l'hypothèque des biens à venir.

126. La protection des créanciers du *verus dominus*. Pourtant, le rattachement de l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir n'est pas né du constat d'une communauté d'inspiration qui aurait uni les deux règles. On a dit que les règles de la publicité foncière avaient forcé le rattachement de l'interdiction d'hypothéquer le bien d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir[476]. Ainsi, « on a soutenu que la publicité [était] inconciliable avec l'idée de l'hypothèque de la chose d'autrui »[477] : « Les nécessités du crédit immobilier s'opposent à une validation ultérieure d'une telle hypothèque : les tiers ont le droit de juger de la validité des hypothèques d'après les indications portées sur les registres, et ils risqueraient d'être trompés si une hypothèque qui semble nulle comme ayant été constituée sur l'immeuble d'autrui, pouvait se trouver validée par la suite »[478]. Le rattachement de la règle à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir et au caractère absolu de la sanction y attachée, ôtait ainsi toute possibilité de régularisation de l'hypothèque définitivement inefficace[479]. C'est donc principalement la protection des créanciers hypothécaires du *verus dominus* qui était recherchée. En effet, la régularisation de l'hypothèque *a non domino* par l'acquisition postérieure du constituant portait préjudice au créancier hypothécaire du *verus dominus* qui pouvait, alors même qu'il avait consciencieusement consulté le registre de la publicité foncière, se voir opposer l'hypothèque *a non domino,* dès lors qu'elle était antérieurement inscrite. Ainsi, le créancier titulaire d'une hypothèque *a non domino* validée par l'acquisition postérieure du constituant *a non domino*, ne peut s'en prévaloir à l'égard du créancier titulaire d'une hypothèque antérieure à l'acquisition*,* car elle se trouve frappée d'une nullité « absolue et irréparable »[480]. En revanche, la jurisprudence a considéré, à plusieurs reprises, que le créancier, titulaire de l'hypothèque *a non domino*, était fondé, à s'en prévaloir,

---

476 P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°21.

477 P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°21.

478 P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°21 à 24 ; voir les motifs de Dijon, 25 avril 1855, *S.* 1855, II, 405 : « Que, à la différence de la vente de la chose d'autrui, qui, bien que nulle dans son principe, peut cependant être consolidée du vendeur à l'acquéreur, par l'acquisition qui en serait faite postérieurement par le vendeur, la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui ne saurait être validée au regard des tiers, quels qu'ils soient, par le fait seul de l'acquisition qui en serait faite ensuite par le débiteur, et cela par cette simple raison que tout notre système hypothécaire reposant sur la plus entière publicité, la nullité primitive et apparente pour tous, par le fait de l'inscription, ne peut être couverte par un acte nouveau rendu apparent pour tous également et par la même publicité ».

479 Cass. civ. 24 mai 1892, *D.* 1892, I, 327 ; Bordeaux, 24 janvier 1833, *S.* 1833, II, 569 ; Montpellier, 10 février 1896, *D.* 1897, II, 269.

480 Nancy, 30 mai 1843, *S.* 1843, II, 547, l'arrêt décide, en revanche, la validation de l'hypothèque à l'égard du débiteur, car il ne doit pas pouvoir alléguer contre son créancier sa propre turpitude ; voir également, Dijon, 25 avril 1855, *S.* 1855, II, 405 qui n'évoque que la nullité au regard des tiers ; Paris, 15 mars 1838, *S.* 1838, II, 167 qui exclue que le créancier hypothécaire postérieur à l'acquisition puisse invoquer la nullité de l'hypothèque consentie avant l'acquisition ; Bordeaux, 21 décembre 1832*, S.* 1833, II, 205, admet que le créancier est fondé à demander que l'immeuble soit déclaré soumis à son hypothèque, postérieurement à son acquisition. La note attire l'attention du lecteur sur le fait que « la question de validité de l'hypothèque ne s'est élevée qu'entre le créancier et le débiteur ».

postérieurement à l'acquisition de l'immeuble hypothéqué, à l'égard de son débiteur[481]. Il y avait là une bien curieuse nullité absolue et certainement un argument permettant de réfuter le rattachement de l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir.

127. La règle de l'effet relatif. En tout état de cause, la protection des créanciers du *verus dominus* ne peut plus, aujourd'hui, justifier l'opportunité de ce rattachement. En effet, depuis lors, la règle de l'effet relatif a été introduite en droit français (article 3 du décret n°55-22 du 4 janvier 1955). Un créancier hypothécaire de l'acquéreur ne peut donc publier l'hypothèque dont il est titulaire que si le constituant, son auteur, a lui-même publié son titre de propriété[482]. La ratification de l'hypothèque par l'acquisition postérieure de l'immeuble ne peut rendre efficace une inscription antérieure à l'acquisition de l'immeuble, car il est, à présent, impossible d'inscrire l'hypothèque avant l'acquisition de l'immeuble. Seul le propriétaire, dont le titre est publié, peut inscrire une hypothèque sur le bien. Les créanciers du *verus dominus* n'ont donc plus rien à craindre, l'hypothèque consentie a *non domino* leur est inopposable puisqu'elle ne peut être inscrite.

128. La protection du *verus dominus*. On a, par ailleurs, souligné que le rattachement n'avait pas seulement pour but de sauvegarder les prévisions des tiers, mais également de préserver les intérêts du *verus dominus*[483]. En effet, l'hypothèque est une sûreté sans dépossession du créancier, ni possession du créancier qui en est titulaire[484]. Ainsi, face au possesseur d'une servitude ou d'un usufruit sur sa chose, le propriétaire peut exercer une action en revendication, action dite négatoire,

---

[481] Voir les références jurisprudentielles dans la note précédente. Pour la référence à ce système mis en place par la jurisprudence, Cass. civ. 24 mai 1892, *D. P.* 1893, I, 327, voir la note sous l'arrêt, *in fine*, Cass. req. 18 novembre 1896, D.P. 1897, I, 78, exception de nullité offerte au créancier qui tient son hypothèque régulièrement constituée par le *verus dominus,* voir la note sous l'arrêt.

[482] L. AYNES et P. CROCQ, n°638.

[483] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1279, la nullité absolue a, notamment, pour intérêt d'ouvrir au *verus dominus* une voie « pour récupérer son bien net d'une hypothèque qui diminue son propre crédit », elle n'a pas « pour justification une protection de la personne du constituant, mais la sauvegarde du crédit hypothécaire » ; les mêmes auteurs, *Droit commun des sûretés réelles*, n°313**,** la nullité absolue « vise à protéger le crédit hypothécaire dans son ensemble [car]: son but n'est certes pas de protéger le constituant, qui a parfois donné l'hypothèque tout à fait sciemment ; ni même de protéger seulement le créancier. Il faut aussi protéger le véritable propriétaire […]. L'action en revendication ne suffit pas à assurer la protection du propriétaire. Car celui-ci ne souhaite pas seulement récupérer son bien. Il veut le récupérer vierge de toute charge imposée contre son gré et qui en obère la valeur ».

[484] Dans l'hypothèque, la *possessio juris* n'existe pas, C. LARROUMET, *Droit civil,* t. 2, *Les biens. Droits réels prinicpaux*, Economica, 5ème éd., 2006, n°59 : « […] il ne peut y avoir de possession de l'hypothèque car, bien qu'étant un droit réel, non seulement l'hypothèque ne réalise aucune emprise matérielle sur l'immeuble qui en est l'objet, mais encore, d'une part, elle ne peut être constituée et rendue opposable aux tiers que selon des formes prévues par la loi et, d'autre part, le créancier hypothécaire n'exerce pas activement ses prérogatives jusqu'à la saisie de l'immeuble ; il s'agit d'un droit purement passif, ce qui n'est pas compatible avec la possession » ; R. BEUDANT, *Cours de droit civil français,* tome IV, *Les biens*, Paris, 1938, 2nde éd°, Rousseau & Cie, Editeurs, p. 734 n°666 : « La quasi-possession s'applique aux droits réels autres que la propriété. On peut les posséder, alors même que l'on n'en serait pas véritablement titulaire. Cela est vrai de tous les droits réels principaux… Cela est vrai même de certains droits réels accessoires, - à savoir : ceux qui, tel le gage, mettent la chose grevée au pouvoir du créancier, mais non d'autres, qui, telle l'hypothèque, ne dessaisissent pas le constituant ».

mais lorsqu'il se trouve confronté à un créancier hypothécaire, il ne peut user de cette arme, car le créancier n'est pas un possesseur qui lui conteste son droit de propriété ou un droit réel démembré. En effet, toute revendication a pour but l'obtention de la possession ; elle ne s'envisage que dans cette atmosphère de contestation du droit du propriétaire par le possesseur : elle est une protection contre l'usurpateur de son bien. Ainsi, dès lors que le propriétaire est resté en possession, il ne peut exercer l'action en revendication[485] contre le créancier *a non domino*, il faudrait donc lui ouvrir la voie de l'action en nullité qui seule lui permet de recouvrer un bien libre de toute charge. La nullité accordée au *verus dominus* devrait nécessairement être absolue, car une simple nullité relative lui fermerait la voie de l'action. Cependant, le *verus dominus* n'a nullement besoin d'être protégé par cette action en nullité que l'on tire de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. Certes, le *verus dominus* peut vouloir faire tomber l'hypothèque, car elle porte atteinte à son crédit. Mais elle ne porte atteinte à son crédit qu'autant qu'elle est inscrite. Or l'inscription ne peut être prise qu'autant que le titre de propriété du constituant est lui-même publié[486]. Aussi, dès lors que le titre doit être publié, il ne peut s'agir que d'un cas d'anéantissement du titre de propriété du constituant, or dans ce cas l'anéantissement du titre emporte l'annulation des hypothèques inscrites sur le bien : *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis*[487]. Le bien retourne dans le patrimoine du *verus dominus* libre de charge sans qu'il soit besoin de lui accorder une action en nullité spécifique[488].

129. L'inscription intercalaire. Il reste que le vendeur peut toujours consentir une hypothèque alors qu'il aura antérieurement vendu le bien. Cette hypothèque pourra être inscrite dès lors qu'elle sera présentée au bureau de la conservation des hypothèques avant que la vente n'y soit déposée en vue de la publication. Le créancier de l'hypothèque *a non domino* du chef du vendeur pourra se prévaloir de son hypothèque à l'encontre des créanciers de l'acquéreur, tout autant que du *verus dominus*. Aussi, la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui est-elle opportune. Elle permet à l'acquéreur, tout autant qu'à son créancier hypothécaire de requérir la nullité de l'hypothèque *a non domino* dans le

[485] On a d'ailleurs souligné cette lacune de la loi lorsque le propriétaire est resté en possession de la chose. Il ne peut exercer l'action en revendication. On milite alors pour un droit à demander la nullité absolue, ayant ainsi la vertu d'ouvrir la voie de l'action au *verus dominus* resté en possession, Civ. 3ème, 8 décembre 1999, *D.* 2001, 269, note Ch. ALBIGES.

[486] Voir supra n°127, la règle de l'effet relatif.

[487] Sur cet adage et son incidence sur les droits des ayants cause de l'acquéreur dont le titre est anéanti, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd°, 1999, n°399, p. 805.

[488] L'action en nullité pourrait, tout de même, jouer le rôle d'une action déclaratoire. Préalablement à toute action en exécution du créancier hypothécaire *a non domino*, le *verus dominus* serait admis à nier l'hypothèque en justice. Il n'aurait ainsi pas à attendre l'exécution de la sûreté pour introduire une action en distraction de saisie. L'action déclaratoire tend à faire déclarer judiciairement l'inexistence ou l'existence d'un droit. Sur cette action déclaratoire, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. 1, *Introduction. Notions fondamentales. Organisation judiciaire*, Sirey, 1961, n°233.

conflit qui l'oppose au créancier du vendeur. Pour autant, dans cette hypothèse, l'hypothèque en cause n'est pas une hypothèque de « biens à venir », mais une hypothèque de « bien vendu ». En aucun cas, le constituant de l'hypothèque n'entend acquérir le bien ; il l'a justement vendu. De toute évidence, et quoi qu'il en soit de l'existence et de l'opportunité de l'action en nullité, le rattachement de l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir n'est pas né de la communauté d'inspiration des deux règles. Ce raccrochage ne s'est effectué que pour sanctionner l'hypothèque de la chose d'autrui par la nullité absolue dont la prohibition de l'hypothèque des biens à venir est frappée, afin d'ouvrir la voie de l'action soit au tiers, soit au *verus dominus*. Aussi bien que la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui serait, pour certains, plus logiquement, rattachée à la nullité de la vente de la chose d'autrui[489], plutôt qu'à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, il semble qu'elle doive être une règle autonome. En tout état de cause, il faut bien admettre que le lien établi par la jurisprudence avec la prohibition de l'hypothèque des biens à venir s'il fut, en son temps, opportun, nuit, aujourd'hui à la cohérence du principe.

130. Le brouillage du fondement. En effet, ce raccrochage obscurcit la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, dont le fondement devient introuvable. Cette difficulté est insurmontable puisque les deux règles qu'elle porte en son sein ne sont pas mues par la même logique[490]. L'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui a pour but de protéger, pour n'exclure aucune possibilité, le créancier titulaire de l'hypothèque *a non domino*[491], le *verus dominus*[492] ou plus largement les tiers[493]. En revanche, l'interdiction faite au constituant d'hypothéquer ses biens à venir, si l'on retient l'explication traditionnelle, protège le constituant contre la tentation qu'il aurait de brûler par avance ses moyens de crédit[494]. Aucune de ces deux explications, propres à chacune des deux règles, ne peut

[489] P.GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°22 : la jurisprudence admet la relativité de la vente de l'immeuble d'autrui. La vente de la chose d'autrui est valable ou nulle à la discrétion de l'acquéreur et n'est plus annulable si le vendeur devient ultérieurement propriétaire.

[490] Pour une observation similaire, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Edtions Panthéon-Assas, 2005, n°653 : « La multiplicité des fondements avancés au soutien de cette prohibition masque toutefois difficilement leur rectitude discutable ».

[491] Le raisonnement est mené à partir de la vente de la chose d'autrui. La majorité des auteurs voit dans la nullité de la vente de la chose d'autrui une garantie d'éviction anticipée ouverte à l'acquéreur, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 11*, La vente. Le louage des choses*, 2ème éd°, 1938, avec la collaboration de J.BRETHE DE LA GRESSAYE, n°104 et 96 ; P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, n°17 ; H. VIALLETON, note sous Civ. 22 novembre 1926, *S.* 1927, I, 169, 2ème col. Voir l'alignement du nantissement de fonds de commerce sur cette solution (nullité relative couverte par l'acquisition du fonds par le constituant), Cass. com. 5 novembre 2002, *BC*, IV, n°159 p. 184, *RTDCom.* 2003, p. 58, obs. B. SAINTOURENS.

[492] Voir supra n°128, 129.

[493] Voir supra n°126.

[494] La règle est destinée à protéger le constituant lui-même en lui interdisant de « manger son blé en herbe », not. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°410 et L. AYNES et P. CROCQ, n°666. Pour le rejet de cette justification, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés*

justifier de la règle concurrente et il est alors impossible de trouver un fondement unique à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. On est, ainsi, conduit à cumuler le fondement de chacune des deux règles. Ainsi, Josserand, comme bien d'autres, expose que la prohibition de l'hypothèque des biens à venir procède de raisons multiples, la première étant celle du défaut de propriété[495] et la seconde celle de l'impossibilité de satisfaire aux exigences de la spécialité. On voit bien par là que l'hypothèque de la chose d'autrui n'est qu'un parasite que la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, fondée sur la spécialité, ne peut assimiler. Aussi, Josserand, pour continuer à citer cet auteur, propose alors d'expliquer la règle par un fondement commun qui ne s'extirpe ni de l'une ni de l'autre de ces deux règles, celui de la prohibition du pacte sur succession future[496], mais ce fondement est inopérant, car ni les biens à venir, ni la chose d'autrui, ne sont obligatoirement envisagés comme ceux dont le constituant serait l'héritier présomptif[497]. La règle est depuis son agrégation avec la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui en carence de fondement et perturbe la relation qu'elle entretient avec le principe dont elle découle, car, ainsi présentée, la règle ne semble plus être le corollaire du principe de spécialité, car elle interdit d'hypothéquer le bien d'autrui qui est un bien déterminé et, partant, pourrait être déterminé dans l'*instrumentum*. La doctrine souligne, alors et à juste titre, qu'un bien peut être déterminé alors même que le constituant n'en est

---

individuelles en droit des sûretés, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°653, l'auteur rejette le fondement tiré de la protection du crédit du débiteur parce que l'hypothèque n'est pas un acte grave puisqu'elle ne génère pas d'endettement et dès lors que la nullité est absolue, il ne pourrait s'agir de protéger le constituant.

[495] A. FOURNIER, *Rép. Civ. Dalloz*, V° *Hypothèque conventionnelle*, 1995, n°30 : « la vérification de l'existence du droit à hypothéquer au moment même de la constitution d'hypothèque soulève deux difficultés relatives, la première à l'hypothèque de la chose d'autrui, la seconde à l'hypothèque de biens à venir. Ces deux questions apparaissent plus ou moins liées entre elles, l'hypothèque de la chose d'autrui se situant dans le cadre plus général de l'hypothèque de biens à venir » ; Ph. THERY, n°151 à 153 ; L. AYNES et P. CROCQ, n°667 : la « chose d'autrui est souvent l'immeuble que le constituant envisage d'acquérir », la chose d'autrui est donc un bien à venir ; MAZEAUD et CHABAS, n°263, l'hypothèque de la chose d'autrui n'est qu'un aspect de l'hypothèque des biens à venir.

[496] Pour cette présentation traditionnelle, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1278 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil,* t. 1, *Introduction au droit - Personnes - Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, 33ème éd., 2011, n°1583 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°410 ; MAZEAUD et CHABAS, n°272 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°182 ; R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1944, n°977 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°433.

[497] a) Pour cette présentation traditionnelle, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1278 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil,* t. 1, *Introduction au droit - Personnes - Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, 33ème éd., 2011, n°1583 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°410 ; MAZEAUD et CHABAS, n°272 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°182 ; R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1944, n°977 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°433.
b) Pour la démonstration du caractère inopérant de ce fondement : Cl. WITZ et M. STORCK, *JClass. Civil*, *Art. 2129 à 2133*, « Hypothèques. Spécialité de l'hypothèque. Extension de l'hypothèque aux améliorations. Hypothèque des biens à venir », fasc. 110, 2002, n°57 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°182 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles,* n°1292. Le fondement n'est, donc, que partiellement explicatif, Ph . DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Edtions Panthéon-Assas, 2005, n°653.

pas propriétaire, qu'il n'en résulte pas une quelconque dérogation au principe de spécialité[498]. La nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui, si opportune soit-elle, doit être détachée de la prohibition de l'hypothèque des biens à venir mais rattachée à la substance même de l'hypothèque. Dès lors que l'hypothèque confère la force exécutoire publique, il est difficilement concevable qu'elle puisse être consentie par un autre que le propriétaire des biens hypothéqués sans que celui-ci ou ses créanciers ne puissent remettre en cause l'acte du constituant.

B) La recherche de l'intention du législateur

131. Sémantique : « les biens à venir ». L'intention du législateur, lorsqu'il évoque « les biens à venir », dans l'ancien article 2129 du Code civil, n'est pas d'interdire l'hypothèque de la chose d'autrui ainsi qu'il résulte des dispositions des anciens articles 2122 et 2123 du Code civil qui règlent l'étendue de l'assiette de l'hypothèque légale et judiciaire. Contrairement à l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire portent sur les biens présents et à venir du débiteur. L'ancien article 2122 du Code civil dispose que « le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite ». L'ancien article 2123 du Code civil dispose, quant à lui, que l'hypothèque judiciaire « […] peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir […] ». A l'évidence, les « biens à venir » dont il s'agit ne sont pas les biens d'autrui, car nul n'a jamais prétendu que l'hypothèque légale ou judicaire frappent les biens d'un autre que le débiteur. De même dans l'article 2092 du Code civil, qui chapeaute le dix-huitième titre du Code civil, consacré aux privilèges et hypothèques, l'expression « biens présents et à venir » est exempte de toute référence expresse à la propriété du débiteur, car il est évident que le droit de gage général ne peut s'exercer que sur les biens qui appartiennent au débiteur et que ces biens, qu'ils soient présents ou à venir, ne s'envisagent que comme la propriété du débiteur. L'article 2092 du Code civil, ainsi que tous les autres à sa suite, sous-entend la condition de propriété. Le débiteur est donc tenu de remplir son engagement sur ses biens, mais en ajoutant que ces biens sont ceux présents et à venir, le législateur a seulement voulu les distinguer sous le rapport de la temporalité : les biens présents sont ceux dont le constituant est actuellement propriétaire ; les biens à venir sont ceux dont il sera propriétaire plus tard. La convention qui porte sur « les biens à venir » n'envisage ces biens que dans leur lien d'appartenance futur avec le débiteur. D'ailleurs, lorsque l'hypothèque conventionnelle sur

[498] J. MESTRE, E. PUTMAN et BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1292.

« tous les biens présents et à venir » est autorisée par le Code civil, elle ne produit pas d'effet immédiat sur les biens de quelqu'un d'autre que le débiteur ; elle ne produit son effet qu'au fur et à mesure des acquisitions par le constituant[499].

132. Sémantique : le bien d'autrui. Par ailleurs, il n'y a de convention sur la chose d'autrui, que si les parties considèrent le bien, objet de la convention, comme actuellement appartenant au disposant alors même qu'il appartient à autrui et qu'elles entendent conférer un effet immédiat à leur convention. Ainsi, c'est seulement si les parties entendent faire produire un effet translatif immédiat à la vente que la vente de la chose d'autrui est nulle, car les parties ont entendu vendre la chose d'autrui. Mais, il est admis qu'une vente soit valablement consentie bien qu'elle soit soumise à la condition que l'acquéreur s'engage à acquérir le bien vendu. Dans ce cas, le vendeur ne vend pas la chose d'autrui, il vend la chose qu'il s'est engagé à acquérir, un bien à venir déterminé, celui dont il sera propriétaire plus tard. Il n'y a bien d'autrui qu'autant que le bien vendu appartient à un autre que le disposant et que les parties envisagent ce bien, dans leur convention, comme celui du disposant. Le bien d'autrui est donc celui d'un autre que l'on envisage comme le sien. La convention sur le bien d'autrui entend produire un effet immédiat. Il est dès lors évident que « les biens à venir » tels qu'ils sont entendus par le législateur dans le dix-huitième titre du Code civil ne sont pas les biens d'autrui. Le législateur n'a jamais prétendu faire porter l'assiette des hypothèques légale et judiciaire ou même du droit de gage général sur les biens d'autrui.

133. Les dérogations d'origine à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. D'ailleurs, les articles 2130 et 2131 du Code civil qui autorisent le constituant à déroger à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir ne permettent nullement au constituant d'hypothéquer la chose d'autrui, ils autorisent l'hypothèque des biens à venir collectivement désignés, ceux qui sont indéterminés et dont on ne connaît pas l'identité au jour de la constitution de l'hypothèque. Il est vrai que l'exception qui figure dans l'actuel article 2420, 3° du Code civil vise, certainement, à contourner l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui, mais elle n'a été introduite dans le Code civil qu'en 1955, alors que l'interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui avait déjà été rattachée, par la jurisprudence, à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir. Elle n'est pas un indice de la volonté du législateur d'établir en 1804 une interdiction d'hypothéquer la chose d'autrui.

[499] Cass. req. 4 mars 1902, *D.,* 1902, I, 214.

134. La loi du 11 brumaire an VII et les travaux préparatoires. En réalité, le législateur n'a fait que reprendre la loi du 11 brumaire an VII qui a introduit le principe de spécialité en droit français, tout en lui accordant moins d'ampleur[500]. L'interprétation de l'article 4 de ladite loi ne souffre d'aucune ambiguïté. Il dispose que « toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués : elle ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation […] »[501]. Les deux-points insérés pour séparer l'énoncé de la règle de la spécialité et son corollaire traduisent l'intention du législateur de ne prohiber l'hypothèque des biens à venir, qu'en raison de l'impossibilité qu'il y aurait d'indiquer dans l'acte l'identité des biens hypothéqués[502]. Le législateur n'avait aucunement l'intention, dans l'ancien article 2129 du Code civil[503], d'interdire l'hypothèque de la chose d'autrui, ainsi qu'en témoignent, en outre, les travaux préparatoires : « La loi de l'an VII établit les règles suivantes : la nature et la situation des immeubles doivent être indiquées dans l'acte qui établit l'hypothèque. Il résulte de cette première règle, que les biens futurs ne peuvent être hypothéqués » [504]. La prohibition de l'hypothèque des biens à venir n'est donc qu'une conséquence du principe de spécialité. Si le législateur a indiqué dans le second alinéa de l'ancien article 2129 du Code civil que les biens à venir ne pouvaient pas être hypothéqués, c'est à raison de l'impossibilité de les énoncer dans le titre constitutif de l'hypothèque. La doctrine traditionnelle relève, elle-même, que la loi ne défend « pas à un débiteur d'hypothéquer à la garantie d'une créance tous ses immeubles présents, mais [qu'] elle exige que ces immeubles soient

---

[500] G. RIPERT et J. BOULANGER, t. 3, *Sûretés réelles, publicité foncière, contrats civils, principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°90.

[501] Voir le texte de la loi, *in Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, avis du Conseil d'état*, par J-B. DUVERGIER, t. 11, 2ème éd°, 1835, p. 12 ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1020. La césure est parfois marquée par un point-virgule et non par deux-points. Le texte est alors sujet à interprétation, voir P. CROCQ, p. 61, note de bas de page n°22.

[502] A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, 1904, p. 170 : « La règle de l'article 2129 se rattache au principe de la spécialité. En effet, on ne conçoit guère l'hypothèque des biens à venir que comme affectant ces biens en bloc, d'une manière générale. Comment alors serait-il possible d'indiquer dans l'acte constitutif de l'hypothèque, la nature et la situation de chacun de ces biens puisqu'on ne sait quels ils sont ?» ; P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°677 : « Mais elle [la spécialité] serait incompatible avec l'affectation qui embrasserait les biens à venir du débiteur. Comment, en effet, la constitution d'hypothèque pourrait-elle indiquer la nature et la situation des biens qui ne sont pas encore et ne seront peut-être jamais en la possession du débiteur ? L'hypothèque conventionnelle des biens à venir aurait donc été proscrite par la force même des choses et par une déduction nécessaire du principe de spécialité […] » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûreté*s, Sirey, 2ème éd., 1933, n°1694 : « La règle de la spécialité du gage hypothécaire n'est pas satisfaite, ou, du moins, elle peut ne pas l'être : la désignation précise d'un bien à venir souffre des difficultés. C'est à cette considération que la loi rattache la prohibition » ; *Répertoire général alphabétique du droit français*, t. 23, 1900, V° Hypothèque, n°1961 : « Ainsi, le constituant doit spécialement désigner les immeubles qu'il hypothèque, sous peine de nullité de la constitution. Voilà pourquoi, nous l'avons vu, on ne peut soumettre à l'hypothèque conventionnelle que les immeubles dont on est propriétaire ; et voilà pourquoi aussi l'art. 2129, dans sa disposition finale, défend d'y soumettre les biens à venir que l'on a pas en sa possession » ; R. VIGUIER, *De l'obligation avec ou sans hypothèque*, thèse, Montpellier 1907, p. 69.

[503] Ce qui ne préjuge en rien de l'opportunité de la nullité absolue de l'hypothèque de la chose d'autrui en tant que règle autonome.

[504] In FENET, p. 250.

nominativement désignés »[505]. La nullité de l'hypothèque sur « tous les biens présents » est une simple conséquence du principe de spécialité qui impose la détermination de l'assiette de l'hypothèque. Si l'hypothèque des biens à venir est proscrite, c'est parce qu'il est impossible d'identifier les biens que l'on ne connaît pas. Le principe de spécialité dont le contenu s'est, à présent, manifesté, s'est imposé en droit français pour des raisons pratiques primordiales dont la doctrine traditionnelle avait bien conscience mais qu'en raison d'une mauvaise conception de l'instrument hypothécaire, on ne peut plus aujourd'hui distinguer. Le fondement traditionnel du principe doit être, à présent, remis en lumière.

Section 2 : Le fondement du principe

135. Le fondement traditionnel : la protection du crédit du constituant. La protection du crédit du constituant est le fondement traditionnel du principe de spécialité. La doctrine est unanime : le principe ménage le crédit du débiteur. Ce fondement est non seulement repris par l'ensemble de la doctrine[506] mais, également, par le législateur en 1804 ainsi que le Tribunal de cassation. Le législateur, dans l'article 2164 du Code civil, dans sa rédaction d'origine, visait « l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur ». Le Tribunal de cassation débutait, quant à lui, l'exposé de la discussion menée sur le système hypothécaire en exposant que « la perfection du système hypothécaire sera atteinte […] si le débiteur conserve l'usage facile de tout le crédit que ce qui lui reste de moyens doit lui procurer »[507] et poursuivait en affirmant que « c'est dans le cas de la

[505] Not. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, 8ème éd., Dalloz, 1935, n°1273 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°807 : « Le constituant peut affecter plusieurs immeubles ou même tous ses immeubles ; mais une désignation collective ne suffit pas. Il faut que les immeubles affectés soient désignés spécialement » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1380 : « Le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire ne fait pas obstacle à ce que le débiteur hypothèque tous ses biens présents, mais à la condition de désigner nominativement chacun de ses biens dans l'acte constitutif. Une constitution d'hypothèque faite en bloc sur tous les biens présents serait nulle (art. 2129) ».

[506] Parmi bien d'autres, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°803-804 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, n°1275 ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 12, *Commentaire - traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mise en rapport avec la loi sur la transcription*, par P. PONT, t. 2, 2ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1868, n°669 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 119. Au sein de la doctrine contemporaine, parmi bien d'autres, L. AYNES et P. CROCQ, n°662 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°406 pour la spécialité quant à la créance garantie et n°409 pour la spécialité quant au bien grevé ; Ph THERY, n°124 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2060 ; Y. PICOD, p. 373 ; D. LEGEAIS, n°556 ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°638.

[507] P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, MDCCCXXVII, p. 607.

spécialité, et non dans celui de la généralité, que le plein usage du crédit dans toute son étendue est praticable »[508]. Le fondement originaire du principe bénéficie donc d'une légitimité historique. Cependant, il doit être repris à raison de la conception originelle de l'hypothèque préalablement dégagée afin de lui attribuer un fondement non-patrimonial. Dans la conception traditionnelle, le crédit est la confiance du créancier dans la solvabilité du débiteur. Le crédit du débiteur est fonction de la considération de ses biens et de ses obligations. Aussi, le principe de spécialité en obligeant le constituant à énumérer les biens grevés et la créance garantie lors de la constitution de la sûreté a permis de protéger la solvabilité du constituant de la sûreté réelle alors même que l'hypothèque n'y porte pas atteinte. Cette conception du crédit peut être dépassée car il a été mis en évidence que le crédit était une utilité, qui si elle n'apporte aucune richesse au créancier, lui confère de la confiance. Cette confiance est une utilité économique en elle-même, et elle peut être conçue sans référence au bien ou à l'obligation. La confiance, substance économique, s'exprime juridiquement dans le droit de gage général, qui s'il n'était accordé au créancier n'aurait pas juridiquement confiance. Le crédit ne suppose ni l'existence de biens, ni d'obligations, il n'est qu'un lien qui n'appauvrit pas le débiteur et le laisse libre de ses activités patrimoniales ; il agira sans contrainte. Cependant, lorsque ce lien est renforcé par l'hypothèque, le crédit devient « lourd » pour le débiteur. Celui-ci a toujours le droit de s'engager ou de vendre ses biens, mais il agira moins librement. Aussi, tandis que dans la conception traditionnelle, le principe de spécialité de l'hypothèque protège le crédit, envisagé comme la confiance dans la solvabilité du débiteur, alors même que l'hypothèque n'y porte nullement atteinte, dans la conception originelle, le principe de spécialité protège le débiteur de la contrainte de l'hypothèque, contrainte qui exprime non pas une atteinte à ses droits patrimoniaux, que l'hypothèque ne met pas en cause, mais une atteinte à sa liberté de s'engager (§1) et à la liberté de ses transactions immobilières (§2) car l'hypothèque est un « poids » pour le débiteur.

§1 La liberté d'engagement du débiteur

136. La réalisation de l'hypothèque. Le principe de spécialité a un fondement unique entièrement tourné vers la publicité de l'hypothèque, implantée dans le titre authentique, introduite concomitamment au principe de spécialité dans le Code civil en 1804. Si l'hypothèque est spéciale, c'est qu'elle est publique. Les inconvénients de l'hypothèque de l'ancien droit sont à la source du

[508] P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, MDCCCXXVII, p. 625.

principe de spécialité en droit moderne. Les transactions immobilières (prêt hypothécaire et vente) devaient être sécurisées ; la publicité était le remède[509]. Le principe de spécialité s'est imposé comme le complément indispensable à la publicité de l'hypothèque. A défaut de principe de spécialité, le système économique, à l'époque essentiellement fondé sur le crédit immobilier, aurait été paralysé[510]. Il ne s'agit, donc, pas comme cela est présenté traditionnellement, de protéger le crédit, au sens de la confiance dans la solvabilité du débiteur, car ce sont les dettes du débiteur qui portent atteinte à sa solvabilité et à la confiance que le créancier y accorde. En revanche, l'hypothèque indéterminée porte certainement atteinte à la liberté d'engagement du constituant (A) et implique que le constituant en détermine l'étendue (B).

A) L'atteinte à la liberté d'engagement

137. L'exposé des difficultés de réalisation de l'hypothèque générale par le Tribunal de cassation. Sous l'ancien droit, l'hypothèque était indéterminée quant à son montant et portait sur l'ensemble des biens présents et à venir du débiteur. L'établissement de l'ordre entre les créanciers « […] donnait lieu à des frais immenses[511], qui absorbaient le gage et en faisaient la proie des gens de justice »[512] et, quel que fût le bien saisi, le créancier se trouvait dans la même situation puisque l'hypothèque était générale et portait sur tous les biens du débiteur. Le créancier même placé en rang utile était « chicané ». La réalisation de l'hypothèque conduisait à un règlement général des biens du débiteur, sans pour autant « assurer » au créancier hypothécaire qu'il puisse être désintéressé à l'issue de la procédure. La situation dans laquelle se serait trouvé le créancier hypothécaire si le système de l'hypothèque générale avait été retenu, alors même que la publicité aurait été consacrée, ne peut être mieux décrite qu'en rapportant les observations du Tribunal de cassation, consignées dans les travaux préparatoires du Code civil :

---

[509] Voir supra n°77 et s.

[510] Le principe de spécialité n'en est pas moins essentiel pour les transactions mobilières, mais la démarche empruntée commande d'achever le raisonnement en se concentrant sur le droit hypothécaire qui a vu naître le principe de spécialité.

[511] La multiplicité des créanciers qui avaient des droits sur le même immeuble aboutissait à compliquer la procédure d'ordre, multipliait les frais et nuisait « aux créanciers eux-mêmes, retardant par les lenteurs de la procédure le moment où ils retrouvent la disposition de leurs fonds », A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96*bis*, I; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1274 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681.

[512] Intervention de TREILHARD, in FENET, p. 272.

> Tous les créanciers inscrits vont concourir « sur le même bien dont l'expropriation est poursuivie ; et quelque bien que l'on veuille prendre, ce concours sera le même. Ainsi le plus ancien inscrit de tous les créanciers d'un propriétaire se trouvera là, et il demandera à toucher le premier sa créance sur le prix ; le second s'y trouvera de même, et demandera la seconde place ; il en sera ainsi du troisième, du quatrième, du vingtième, jusqu'à ce que le prix soit épuisé ; et tous, y compris le premier, ne recevront qu'après l'entier acquit des frais : si quelques-uns des titres sont susceptibles de difficultés, même de chicane, tous les créanciers qui doutent de leur collocation utile, auront intérêt de contester, et leurs avoués et conseils n'y manqueront pas. Nous voilà donc rentrés dans une discussion générale, dans les frais de procédure, dans les contradictions et les débats, dans tous les maux résultant de l'intérêt qui anime les gens d'affaires à la curée des débiteurs poursuivis : les créanciers, non payés par ces causes et par leur rang infructueux, n'ont plus d'autre parti à prendre que de poursuivre l'expropriation d'un autre bien, où se renouvelleront les mêmes scènes de combats, de scandale, de ruine et de désespoir, jusqu'à ce que le débiteur, agonisant sous ces coups redoublés, soit dépouillé de son dernier héritage, par cela seul qu'un premier a été soumis à la poursuite ».

138. Contrecoup sur les engagements du débiteur. La « lourdeur » de la réalisation de l'hypothèque pèse sur le constituant de l'hypothèque. Aussi, le principe de spécialité n'a-t-il d'autre vocation que de l'en préserver. L'incertitude quant à l'issue de la réalisation de l'hypothèque publique, si sa généralité avait reconnue, aurait nécessairement conduit à l'impossibilité pour le constituant de recevoir le concours du créancier, ainsi que l'expose le Tribunal de cassation :

> « Par contrecoup infaillible de ces malheurs prévus, tout capitaliste à qui le propriétaire s'adresse, ne voit plus ni sûreté ni clarté dans les gages qu'on lui présente : au lieu d'une sûreté complète, il conçoit à peine une espérance ; au lieu de clarté, il se trouve dans l'épaisseur des ténèbres que répand sur la solvabilité la plus notoire la seule idée d'une discussion générale, des incidents et des frais qu'elle entraîne ; quelque bien qui lui soit offert, il trouve assise sur ce bien la main de créanciers supérieurs en masse à sa valeur. Les mêmes se retrouvent sur tous les autres biens dont on lui propose l'hypothèque. Il ne veut et souvent il ne peut pas reconnaître l'identité des personnes et des créances sur chacun des objets hypothéqués : il sait que, quel que soit à l'échéance de son droit le bien qu'il préférera de mettre en vente, il n'en touchera pas le prix, qui sera absorbé par tous les créanciers antérieurs, et qu'il ne lui restera qu'à en saisir un autre dont peut-être la valeur lui échappera de même ; et que le troisième, le quatrième ou le dixième domaine poursuivi sera le seul qui puisse lui répondre de sa créance […]. Dans cet état, s'il prête, il s'expose aux plus grands dangers, malgré la publicité des hypothèques : s'il ne prête pas, ce qui sera le parti le plus sage, le but de la loi n'est pas rempli ; le propriétaire n'obtient point de secours […] ».

139. La confiance dans l'instrument hypothécaire. Si la généralité de l'hypothèque publique avait été retenue, les prêteurs, sollicités par le débiteur, avaient à craindre des procédures d'ordre d'une complexité inextricable où, bien souvent, le créancier, même placé en rang utile, n'aurait pas été payé de sa créance, à l'issue de la procédure. Les difficultés de réalisation de l'hypothèque auraient anéanti la confiance du créancier et conduit au gâchis du « crédit » du constituant. Le principe de spécialité a

visé alors à faciliter la procédure de réalisation de l'hypothèque[513] pour « redorer » la confiance dans l'instrument hypothécaire. L'objectif est « de ne faire concourir sur le même objet qu'un nombre limité de créanciers hypothécaires, en sorte qu'il n'y ait jamais lieu à une discussion générale de biens, à un règlement général de droits et de rangs entre tous les créanciers d'un même débiteur, et que par là les procédures de saisie réelle et d'ordre ne soient plus une source de profits odieux pour les gens d'affaires, et de ruine déplorable pour les débiteurs et les créanciers »[514]. Le système hypothécaire est efficace, il permet aux créanciers inscrits d'être payés promptement et sans frais sur l'immeuble. La spécialité permet, ainsi, de rationaliser la réalisation de l'hypothèque[515]. Le système hypothécaire fondé sur la spécialité, mis en place par le Code civil, repose alors sur une idée simple : il fallait empêcher l'hypothèque de s'étendre à tous les biens du constituant et lui imposer un montant pour que la réalisation ne nuise pas trop au constituant. Le principe de spécialité protège donc la liberté du constituant en déterminant l'assiette et le montant de l'hypothèque. Le principe de spécialité détermine l'hypothèque en vue de préserver la liberté de s'engager du constituant qui aurait été trop entamée par la réalisation de l'hypothèque générale. Il le préserve de la lourdeur de la procédure de réalisation de la sûreté générale, qui est une contrainte lorsqu'il souhaite obtenir des concours bancaires. Il n'a nullement en vue de préserver la solvabilité du constituant, fondement auquel conduit naturellement la conception traditionnelle de l'hypothèque considérée comme un bien en garantie d'une créance. La procédure de réalisation de l'hypothèque générale aurait fait peser une contrainte trop « forte » sur la liberté d'engagement du constituant. Dès lors que la contrainte qui pèse sur le constituant est trop « forte », celui-ci n'est plus libre de s'engager aussi facilement auprès d'autres créanciers. La procédure de réalisation de l'hypothèque générale aurait été trop compliquée et les créanciers n'auraient pas eu confiance dans l'hypothèque qui leur était concédée et dans laquelle ils n'auraient vu aucune sûreté.

---

[513] Observations du Tribunal de cassation, *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par A. FENET, t. 2, MDCCCXXVII, p. 628 : le système de la spécialité présente « l'avantage d'une plus grande clarté dans les droits, d'une moindre concurrence de prétendants sur le même bien, d'une plus grande facilité de réaliser le paiement et de distribuer les valeurs entre eux, sans lenteur et sans frais » ; p. 615, le but poursuivi par la publicité est « de mettre chaque prêteur ou contractant à portée de connaître ce qu'il y a de libre dans bien de l'emprunteur, et d'être assuré par là de prendre une hypothèque efficace pour sa créance » ; p. 619, « […] cela ne vaut pas mieux qu'une hypothèque universelle pour tous, qui, paraissant les servir tous, ne sert réellement personne, et les expose tous au contraire, 1° à l'incertitude en contractant, s'ils ne parviennent pas à la recherche et à l'estimation, très difficile, de tous les biens du débiteur, à quelque distance qu'ils soient placés, 2° à la privation de leur paiement sur chaque bien mis en vente, par l'exercice de créances antérieures, 3° aux longueurs et aux frais d'une discussion générale, d'où s'ensuivent le dégoût des placemens sur la plus solide des propriétés, les biens-fonds, et le discrédit, désastreux pour les citoyens et pour l'Etat, qui s'attache aux propriétaires les plus solvables ».

[514] Observations du Tribunal de cassation, *in* FENET, t. 2, p. 615.

[515] Intervention de TREILHARD, *in* FENET, p. 273 ; Observations du Tribunal de cassation, *in* FENET, t. 2, p. 607 : Entre le système de l'ancien régime et le système de la spécialité, « la différence est immense quant aux frais entre un ordre qui s'étendait à tous les biens et qui se faisait avec une foule de créanciers, et celui qui n'a pour objet qu'un seul immeuble et qui n'a lieu qu'entre deux ou trois personnes ».

140. Les observations du Tribunal de cassation. La détermination de l'hypothèque, dans le titre authentique public, n'est donc liée qu'à la réalisation de l'hypothèque publique, en vue de régler par avance le concours entre les créanciers. Le principe de spécialité est lié à l'opposabilité de l'hypothèque aux tiers. Il relève de son caractère public ; il est justifié par le droit de préférence qui est accordé par l'hypothèque aux créanciers hypothécaires. Ainsi, pour le Tribunal de cassation, l'essentiel était d'assurer la spécialité du droit d'inscription, car l'effet bénéfique de la publicité ne pouvait être atteint que si le droit d'inscription du créancier hypothécaire était spécial : « […] le but que la loi se propose par la publicité, ne peut être atteint qu'en ôtant à tout créancier authentique la faculté de porter de plein droit ses inscriptions sur chacun des biens présents et des biens à venir du débiteur ». A défaut, « par l'effet immédiat et nécessaire de la généralité du droit d'inscription, [le Tribunal de cassation] je vois la France retombée sous le fléau le plus dévorant de l'ordre judiciaire ; ce que l'on voulait éviter ». C'est donc « la généralité du droit de prendre inscription hypothécaire »[516] qui est dénoncée et qu'il convient d'éviter. La proposition de rédaction des articles 2132, 2130 et 2131 du Code civil établie par le Tribunal de cassation est à cet égard particulièrement éclairante quand on sait qu'il est à l'origine de la rédaction de cette partie du Code. La rédaction proposée était celle-ci :

> Article 2132 du Code civil : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle le droit d'inscrire est accordé, est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le droit du créancier, quant à l'hypothèque, n'en doit pas moins être réglé à une somme fixe. A défaut d'une convention qui le règle, le créancier ne peut faire l'inscription que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative, par lui déclarée expressément, que le débiteur aura droit de faire réduire s'il y a lieu ».
>
> Article 2130 du Code civil : « Si cependant les biens présens et libres du débiteur sont insuffisans pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que le créancier puisse s'inscrire sur chacun des biens à venir, à mesure de leur acquisition, sans préjudice du droit de faire réduire les inscriptions excessives que le créancier aurait faites en conséquence ».
>
> Article 2131 du Code civil : « Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présens assujétis à l'hypothèque eussent péri ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisans pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque, ou s'inscrire sur chacun des biens à venir, à mesure qu'ils surviendront au débiteur, sans préjudice de la réduction des inscriptions s'il y a lieu ».

[516] Observations du Tribunal de cassation, *in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, par A. FENET, t. 2, MDCCCXXVII, p. 615, 616.

B) La détermination de l'hypothèque

141. La distinction de la protection de la solvabilité. Aussi, alors que la conception traditionnelle du principe de spécialité imposant de déterminer le bien et la créance garantie a conduit à lui faire jouer le rôle de protection de la solvabilité du constituant de l'hypothèque, alors même que celle-ci n'y porte pas atteinte, le principe de spécialité n'a, en réalité, d'autre but que de faciliter l'engagement du débiteur. En effet, dès lors que les parties, et notamment le constituant, devait énumérer dans l'acte les biens grevés par l'hypothèque ainsi que le montant et cause de la créance garantie, le principe de spécialité a été présenté comme une règle qui devait permettre au constituant, nécessairement débiteur, de prendre conscience de l'étendue de ses engagements. Le rapprochement de la créance garantie et du bien protégeait son crédit, disait-on, mais c'est, bien plus, la solvabilité du constituant qui était préservée. La doctrine traditionnelle est unanime mais elle ne prend pas bien conscience que le législateur n'entend pas protéger le constituant contre les risques du crédit, mais simplement de lui permettre de s'engager en toute liberté lorsque, le moment venu, il souhaitera conférer une sûreté réelle à un autre créancier pour obtenir un nouveau soutien financier. Ainsi, la spécialité, dit-on, « force le débiteur à mesurer la brèche qu'il ouvre dans son patrimoine », elle « le met sur ses gardes » , « immédiatement naît dans son esprit un rapprochement entre la valeur du bien et le montant de la dette qu'il va contracter », le débiteur « doit se rendre un compte exact de l'obligation hypothécaire qu'il contracte », « la loi le force à porter son attention sur l'étendue des charges qu'il [l'immeuble] assume, à réfléchir sur les conséquences que son acte peut avoir pour lui, et par suite, elle le protège malgré lui » …[517]. La doctrine souligne, de toute part, l'objectif poursuivi par la règle :

---

[517] G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 3 : « La spécialité de la créance force le débiteur à mesurer la brèche qu'il ouvre dans son patrimoine, elle lui fait comprendre qu'il n'est nullement besoin d'affecter tous ses immeubles, quand un seul suffit parfaitement. Partant, elle ménage son crédit en lui permettant d'offrir à un nouveau créancier le premier rang sur un autre immeuble », « immédiatement naît dans son esprit un rapprochement entre la valeur du bien et le montant de la dette qu'il va contracter » (p. 119) ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. 13, *Privilèges et hypothèques*, F. Pichon successeur éditeur, 1900, n°216 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 : « Au point de vue du débiteur, qu'il convient de protéger contre la facilité avec laquelle il hypothèquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une seule dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun […] », n°1369 : « En établissant le principe de la spécialité, la loi veut donc surtout mettre le débiteur en mesure d'apprécier exactement et de limiter l'étendue de la brèche que la constitution de l'hypothèque ouvre dans son crédit hypothécaire. Pour cela, il faut que le contrat fasse connaître, d'une part, quels sont les immeubles affectés à l'hypothèque, et, d'autre part, quel est le montant de la créance garantie par l'hypothèque. Cette double indication réalise ce qu'on appelle la spécialité », encore n°1399, la spécialité quant à la créance garantie se justifie par les mêmes motifs ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1684 et n°1681 : « […] principe secourable à tous : 1. au débiteur, qui doit être protégé contre lui-même, contre la propension qu'il aurait à se dépouiller d'un seul coup de tout son crédit au profit d'un seul créancier » ; G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897, p. 6 et s. ; P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904, p. 8 : « Elle permet en même temps au débiteur de mesurer exactement la brèche qu'il fait à son crédit et le met pour l'avenir sur ses gardes » ; J. C.-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (étude critique de la législation française)*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1897, p. 3 ; Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°21, p. 44-45 : « En définitive, la doctrine française ne veut pas que le débiteur subisse outre mesure la loi de son créancier […] il faut que le débiteur « se rende un compte exact de l'obligation hypothécaire qu'il contracte », qu'en d'autres termes, il ne constitue de garanties que pour des créances dont au moins

« C'est d'abord et principalement dans l'intérêt du débiteur qu'elle a été édictée. La loi veut qu'il proportionne la sûreté donnée au montant de la dette à garantir ; elle veut, par ce moyen, le mettre en mesure de ménager son crédit ; il est donc indispensable que la créance soit spécialisée ; la spécialisation de la créance facilite la spécialisation du gage hypothécaire et sert à réaliser la spécialité de l'hypothèque, qui est un des principes fondamentaux de notre code en cette matière »[518].

La spécialité protège le débiteur contre lui-même, car « il est important d'appeler son attention sur les biens qu'il va grever d'hypothèque. Le créancier ne trouvera jamais son gage suffisant ; le débiteur, qui a besoin d'argent, est disposé à céder quant à l'étendue de ce gage, et l'obligation où le met la loi de détailler les biens qu'il hypothèque le conduira peut-être à résister aux exigences du créancier, et à ne lui donner qu'un gage proportionné à sa créance » [519] .

« La prévoyance veut qu'on ménage le crédit et, par conséquent, qu'on proportionne la garantie établie au montant de la créance, qu'on veille à ne grever les immeubles du débiteur que dans la limite de ce qui est nécessaire à la sécurité du créancier, laissant le surplus libre entre les mains du débiteur. Or l'hypothèque générale quant aux biens grevés conduit au gaspillage du crédit hypothécaire (l'étendue de la sûreté est disproportionnée à l'importance de la dette garantie). […] La spécialité – tant des créances garanties que du gage hypothécaire – proportionne, en effet, l'étendue de la garantie au chiffre de la créance et la limite à sa juste mesure »[520].

Il faut mettre le constituant « en mesure de discuter l'étendue d'une affectation pour ménager son crédit et lui conserver la libre disposition de ses autres biens »[521].

La spécialité est « utile pour le débiteur, car elle augmente son crédit, en ce qu'elle ne l'oblige pas à engager tous ses immeubles et lui permet de ne soumettre à l'hypothèque que la portion nécessaire pour la sûreté du créancier et d'en conserver le surplus libre, soit pour l'aliéner, soit pour le donner en gage, si le besoin de ses affaires l'oblige à de nouveaux emprunts »[522].

---

l'origine lui est connue et à la naissance desquelles il peut s'attendre » ; R. VIGUIER, *De l'obligation avec ou sans hypothèque*, thèse, Montpellier 1907, p. 72, « La loi a voulu, en posant ce principe, que le débiteur connût bien l'importance de ses engagements et fût fixé sur l'étendue de son obligation ».

[518] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1399.

[519] L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1021.

[520] Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°803-804.

[521] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, n°1275.

[522] V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 12, *Commentaire - traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mise en rapport avec la loi sur la transcription*, par P. PONT, t. 2, 2ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1868, n°669.

« En autorisant le débiteur à hypothéquer en bloc tous les immeubles qu'il possède sans exiger l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des biens grevés, on l'expose sans défense aux demandes du créancier ; on ne le met pas dans l'obligation de constater l'exagération de la sûreté réclamée, d'en faire ressortir les dangers et d'en réclamer la limitation »[523].

« La loi le force [le débiteur] à porter son attention sur l'étendue des charges qu'il [l'immeuble] assume, à réfléchir sur les conséquences que son acte peut avoir pour lui, et par suite, elle le protège malgré lui ». « La spécialité de la créance force le débiteur à mesurer la brèche qu'il ouvre dans son patrimoine, elle lui fait comprendre qu'il n'est nullement besoin d'affecter tous ses immeubles, quand un seul suffit parfaitement. Partant, elle ménage son crédit en lui permettant d'offrir à un nouveau créancier le premier rang sur un autre immeuble »[524], « immédiatement naît dans son esprit un rapprochement entre la valeur du bien et le montant de la dette qu'il va contracter »[525].

« En ce qui touche la spécialité de la créance, il n'y a pas de texte qui exige formellement de désigner de façon certaine dans l'acte constitutif la somme pour laquelle est consentie l'hypothèque conventionnelle ; mais la règle est certaine. La spécialisation du gage, en effet, ne peut être faite que si le montant de la somme garantie a été déjà indiqué ; cette seconde indication est la condition de la première, puisque le principe de spécialité a pour but de proportionner la créance et le gage. Ainsi, la créance devra être indiquée et individualisée […] »[526].

« La loi veut que l'effet de l'hypothèque soit restreint dans des limites déterminées. L'hypothèque altère le crédit du débiteur ; elle nuit à la circulation des biens ; il ne faut donc pas que le débiteur puisse y soumettre inutilement et sans réflexion l'universalité de ses immeubles. La nécessité de désigner par leur nature et leur situation chacun des immeubles qu'il veut hypothéquer, le forcera de peser davantage la portée de son engagement, et tous les immeubles qu'il n'aura pas spécialement affectés à l'hypothèque resteront disponibles »[527].

142. La prise de conscience de la sûreté au stade de sa réalisation. Ce rôle, certes, salutaire n'est pas celui qui devait être joué par le principe de spécialité. La protection du crédit est liée, de nos jours, à la protection du débiteur contre les risques de l'endettement et du surendettement sur la pente duquel l'excès d'endettement le conduirait, mais au début du dix-neuvième siècle, le législateur ne se

[523] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366.

[524] G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 3.

[525] G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 119.

[526] H. CAZENAVETTE, *Le régime foncier et hypothécaire établi par les lois du 9 messidor an III et 11 brumaire an VII*, thèse, Toulouse, 1898, p. 112.

[527] M.J. F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 7, 1848, p. 262.

préoccupait nullement de préserver le débiteur contre le surendettement. Le législateur n'a donc pas introduit le principe de spécialité en droit français pour protéger le débiteur contre les risques de l'endettement mais afin de préserver sa liberté d'engagement. Si l'on retient l'analyse traditionnelle, un constituant, propriétaire de trois immeubles d'une valeur de 100, qui a consenti une hypothèque générale pour garantir une créance de 100, dispose encore d'un « crédit » de 200. Le crédit du débiteur n'est pas ruiné par l'hypothèque consentie ; il peut consentir une autre hypothèque générale à un créancier. Si on a pu dire que le principe de spécialité permettait au débiteur de se prémunir « contre la facilité avec laquelle il pourrait se laisser entraîner à consentir des hypothèques trop étendues, qui épuiseraient sans nécessité son crédit »[528] ou qu'il luttait contre le gaspillage de son crédit hypothécaire[529], c'est que la constitution d'une hypothèque générale aurait « pesé » trop lourdement sur la liberté du débiteur. En énumérant l'assiette de réalisation de l'hypothèque et en déterminant son montant, la spécialité permet au constituant de prendre conscience de l'étendue de l'hypothèque ; il rapporte les biens énumérés au montant de la sûreté réelle. Se réservant des biens libres d'hypothèques, il est, certes, libre d'affecter cette portion de biens libre d'hypothèque en garantie d'un nouveau créancier[530] qui n'a, alors, pas à craindre les inconvénients d'une procédure générale de réalisation. L'inconvénient qui pèse sur la liberté du constituant est celui qui résulte de la procédure de réalisation de l'hypothèque générale. Ce qui est recherché par le législateur, c'est l'éveil de la conscience du constituant de l'hypothèque[531] sur son étendue au stade de la réalisation de la sûreté.

---

[528] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 388, note de bas de page n°58 ; A. SALLE, De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, thèse, Paris, 1904, p. 4 : « Elle intéresse spécialement le crédit du débiteur qui, maître désormais de n'affecter qu'une partie de ses biens à l'obligation qu'il a souscrite et de réserver l'autre entièrement libre pour de nouveaux engagements, n'aura plus à souffrir de cette disposition de notre ancien droit qui attachait l'hypothèque, et une hypothèque générale, à tout acte passé devant notaire, sans qu'il fût besoin d'aucune stipulation. On avait bien consulté à cet égard l'avantage du créancier ; mais on s'était mis peu en peine du préjudice que le crédit du débiteur en devait souffrir ».

[529] P. CROCQ, p. 61.

[530] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366.

[531] A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96*bis*, I : « La première et la principale [raison] est la tendance du législateur à protéger le constituant contre des conventions vagues et générales dont il n'apercevrait pas bien les conséquences, engageant, par exemple, tous se biens sans se rendre un compte exact de l'état de sa fortune immobilière, plus souvent encore hypothéquant ses biens futurs, parce qu'il n'espère pas acquérir plus tard des immeubles. Ces convention se feraient d'autant plus facilement qu'elles deviendraient de style, qu'elles se glisseraient dans les actes par habitude, acceptées sans réflexion par les parties, précisément parce qu'elles seraient usuelles, et l'on reviendrait ainsi à l'ancienne règle qui attachait l'hypothèque générale à tout engagement contracté par acte notarié » ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1021 : « Quant au débiteur lui-même, il est important d'appeler son attention sur les biens qu'il va grever d'hypothèque. Le créancier ne trouvera jamais son gage suffisant ; le débiteur, qui a besoin d'argent, est disposé à céder quant à l'étendue de ce gage, et l'obligation où le met la loi de détailler les biens qu'il hypothèque le conduira peut-être à résister aux exigences du créancier, et à ne lui donner qu'un gage proportionné à sa créance »; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. 13, *Privilèges et hypothèques*, F. Pichon successeur éditeur, 1900, n°216 : « […] la spécialité est également édictée dans l'intérêt du débiteur, *afin*, disent les auteurs, *qu'il n'engage pas imprudemment tout son patrimoine*. Le débiteur triomphera donc parce qu'il aura *engagé imprudemment tout son patrimoine*, ou, tout au moins,

143. L'objectif de parcimonie. Pour autant, si le principe implique que le constituant mette en relation l'assiette de réalisation de la sûreté et le montant de la sûreté, il n'impose pas la proportionnalité de la sûreté. Le montant de la sûreté peut être modique et les biens déterminés lors de la constitution d'une valeur bien supérieure. Le principe de spécialité sera respecté car il n'a d'autre but que d'anticiper la réalisation de la sûreté réelle en fixant, en amont, les droits des créanciers hypothécaires de manière à rationaliser la procédure de réalisation. L'hypothèque indéterminée est, ainsi, prohibée et c'est seulement cela que le principe vise à interdire. La proportion de l'hypothèque est, ainsi, « à portée de mains du constituant » mais l'objectif n'est pas d'imposer la proportionnalité mais de faire surgir dans la conscience du constituant la phase de réalisation de l'hypothèque de manière à ce qu'il l'anticipe dès le moment de la constitution de la sûreté. Si le constituant veut consentir une hypothèque sur tous ses biens pour un montant même modique, il est libre de le faire en énumérant chacun des biens dont il est propriétaire. Le constituant ne pourra alors « imputer son mal qu'à lui-même »[532]. Le Tribunal de cassation, bien que se référant à l'analyse traditionnelle de la sûreté réelle, le rappelle : « Si donc les créanciers veulent une hypothèque générale, ils l'auront, ou l'emprunteur renoncera à leur secours, présenté sous cette condition. L'objet de la loi n'est pas de gêner la liberté des conventions, mais d'exiger qu'elles aient été faites. Par là, tout créancier qui voudra avoir hypothèque sur tout, l'aura ou ne contractera pas. Mais la loi prévoit que bientôt les créanciers, les prêteurs, reconnaîtront qu'il leur est utile, autant qu'au débiteur lui-même, de n'avoir qu'une

---

parce qu'il n'aura pas donné des indications suffisamment spéciales » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 : « Au point de vue du débiteur, qu'il convient de protéger contre la facilité avec laquelle il hypothèquerait la généralité de ses biens à la sûreté d'une seule dette, ne conservant plus la libre disposition d'aucun […] » et n°1369 : « En établissant le principe de la spécialité, la loi veut donc surtout mettre le débiteur en mesure d'apprécier exactement et de limiter l'étendue de la brèche que la constitution de l'hypothèque ouvre dans son crédit hypothécaire. Pour cela, il faut que le contrat fasse connaître, d'une part, quels sont les immeubles affectés à l'hypothèque, et, d'autre part, quel est le montant de la créance garantie par l'hypothèque. Cette double indication réalise ce qu'on appelle la *spécialité* » ; G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897, p. 6 et s. ; P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904, p. 8 : « Elle permet en même temps au débiteur de mesurer exactement la brèche qu'il fait à son crédit et le met pour l'avenir sur ses gardes » ; Encore, J. C.-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (étude critique de la législation française)*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1897, p. 3 ; F. ROY, *De la spécialité du gage hypothécaire en droit français*, thèse, Bordeaux, Rochefort, 1895, p. 4 : « En obligeant le débiteur à désigner nominativement les immeubles qu'il grève, la loi le force à porter son attention sur l'étendue des charges qu'il assume, à réfléchir sur les conséquences que son acte peut avoir pour lui, et, par suite, elle le protège même malgré lui » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681, les « immeubles doivent être spécifiés, individualisés dans l'acte constitutif, afin qu'on puisse se rendre un compte exact de l'étendue du gage hypothécaire » ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 119 : « immédiatement naît dans son esprit un rapprochement entre la valeur du bien et le montant de la dette qu'il va contracter » ; J. MESTRE, M. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°1316, y voient l'accomplissement d'un formalisme informatif.

[532] Observations du Tribunal de cassation, in A. FENET, t. 2, MDCCCXXVII, p. 617 : « Certainement le débiteur, ou plutôt le propriétaire, qui traite d'un emprunt à faire, est autorisé à consentir que les prêteurs s'inscrivent sur chacun des biens qui lui appartiennent au moment de l'acte ; et s'il y consent, il se trouvera dans la position que j'ai peinte d'abord. Probablement même, s'il a grand besoin du secours qu'il sollicite, et si ce secours ne lui est offert qu'à cette condition, il y consentira. Mais, dans ce cas, il ne pourra imputer son mal qu'à lui-même ou à la nécessité rigoureuse des circonstances ».

hypothèque déterminée, mais suffisante, mais proportionnée à la créance et à la solidité plus ou moins grande du gage, mais assurée dans ses effets. C'est alors que la loi considérera le système hypothécaire comme ayant atteint le degré de sa perfection, et d'autant plus solidement, qu'elle n'aura rien ordonné, et que la bonne pratique sera l'effet de la volonté des parties et de leur intérêt bien combiné »[533]. Le principe de spécialité n'introduit pas l'exigence de proportionnalité[534]. Le contentieux hypothécaire est très réduit et c'est une bonne chose, permettre de contester l'étendue de la sûreté conférée, reviendrait à ouvrir la porte à des litiges qui n'ont pas lieu d'être[535]. Le principe oblige, seulement, le constituant à déterminer l'étendue de l'hypothèque constituée afin de préserver sa liberté d'engagement. Le législateur a, cependant, prévu la réduction de l'inscription de l'hypothèque conventionnelle dans l'hypothèse où le montant de l'hypothèque n'aurait pas été fixé par la convention et que le créancier aurait procédé lui-même à la fixation du montant de l'hypothèque. « L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges, d'après les circonstances, les probabilités des chances et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur […] »[536]. La liberté du constituant est alors préservée par la réduction de l'inscription. En outre, il est bon que les inscriptions légales, celles qui sont acquises d'autorité par le créancier, puissent être l'objet d'une réduction pour être mise en rapport avec le montant de la sûreté[537]. Par ailleurs, le principe de spécialité a été institué en vue de remédier aux inconvénients auxquels l'hypothèque générale publique aurait donné lieu à raison du droit de suite accordé à tous les créanciers hypothécaires sur l'ensemble des biens du débiteur. La circulation des biens immobiliers en aurait été significativement entravée.

---

[533] Observations du Tribunal de cassation, in A. FENET, t. 2, MDCCCXXVII, p. 626.

[534] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°669 : « Ensuite, c'est tout à fait vainement que l'on prétendrait invoquer le principe de spécialité de l'assiette de la sûreté pour exercer un tel contrôle de proportionnalité En effet, on omet trop souvent que ce dernier n'a jamais entendu interdire au constituant d'hypothéquer l'ensemble de ses droits immobiliers. Simplement, il ne pourra le faire qu'au moyen d'une manifestation de volonté particulière à chaque immeuble, les formules emportant hypothèque générale étant seules prohibées […] ».

[535] P. CROCQ, p. 66, l'auteur propose l'abandon du principe de spécialité lors de la constitution de l'hypothèque. Pour assurer la protection du constituant, l'auteur propose de renforcer les pouvoirs du juge : « L'élargissement de la possibilité de constituer une sûreté sur des biens futurs devrait, tout d'abord, logiquement impliquer que le juge se voie reconnaître un pouvoir de réduction des sûretés excessives qui pourrait être fondé sur le respect de la volonté des parties ».

[536] Article 2164 du Code civil, rédaction d'origine.

[537] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n°3 : « Le danger est permanent d'un recours à l'Etat pour affirmer le nombre limité des sûretés ou imposer un impératif de parcimonie […] qui affirme que l'intérêt général imposerait au droit positif de ne pas gaspiller le patrimoine du débiteur en largesses inutiles, car il doit répondre à la satisfaction de tous les créanciers. N'y a-t-il pas confusion entre le régime des sûretés légales, qui sont certainement assujetties à ces principes, mais que l'Etat viole allègrement, et le régime général des sûretés qui en est affranchi par la liberté d'exploiter ses actifs au mieux de ses intérêts ? ».

§2 La liberté des transactions

144. La « lourdeur » de la procédure de purge. La publicité hypothécaire a eu pour objet de sécuriser la circulation des biens immobiliers[538]. La détermination de l'hypothèque était corrélativement nécessaire, car les inconvénients liés à la purge du droit de suite auraient, plus que nécessaire, entravée la circulation des biens immobiliers. La procédure est d'une mise en pratique longue, dispendieuse et complexe[539]. Aussi, l'accomplissement des formalités de purge aurait ralentit, en pratique, la vente de l'immeuble hypothéqué : elle aurait freiné les transactions immobilières[540]. En effet, avec le nouveau système élaboré par le Code civil, l'hypothèque est, en pratique, toujours inscrite. A défaut elle ne présente presque aucune utilité pour le créancier. Aussi, si l'on avait autorisé l'inscription d'une hypothèque générale, toute vente d'un bien immobilier aurait nécessairement entraînée la mise en œuvre de la procédure de purge des hypothèques et leur circulation se serait trouvée fortement entravée[541]. D'ailleurs, font remarquer Planiol et Ripert, « bien qu'elle n'entrave pas le droit de jouissance du propriétaire, l'hypothèque est une gêne pour la propriété. En cas d'aliénation, l'acquéreur doit subir les lenteurs et les tracas de la procédure de purge si le prix n'est pas assez fort pour désintéresser tous les créanciers inscrits ; or, cette situation se présenterait toutes les fois que le débiteur s'aviserait de distraire de son actif immobilier un bien dont la valeur serait inférieure au passif hypothécaire ; tout au moins, un accord devrait intervenir avec les créanciers. De leur côté, les prêteurs seraient constamment exposés à recevoir le remboursement anticipé d'une partie au moins de leurs créances alors que l'actif immobilier subsistant permettrait aux contrats de prêt d'arriver à leur date d'expiration normale. Il ne faut pas oublier que notre ancien droit n'a pu s'accommoder des hypothèques conventionnelles générales que parce qu'elles étaient occultes : la

[538] R. TENDLER, *Les sûretés*, Dalloz, 1983, n°377 : « La règle de spécialité ainsi appliquée à l'assiette de l'hypothèque a pour but de faciliter à la fois la circulation des biens que l'hypothèque générale entraverait, la procédure d'ordre rendue plus difficile ainsi que le crédit immobilier dans son ensemble. Pour cela, il faut faire en sorte que les immeubles du débiteur ne soient grevés que dans la limite de ce qui est nécessaire à la sécurité du créancier, laissant le surplus libre entre les mains du débiteur ».

[539] L. AYNES et P. CROCQ, n°693.

[540] La publicité de l'hypothèque générale ne manquerait pas d'entraver « la libre circulation des biens », G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1375 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae,* t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938, p. 388, note de bas de page n°58 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681.

[541] Si bien que « tous les biens étant hypothéqués, leur circulation se trouve entravée ; une procédure de purge [... est] nécessaire dans tous les cas d'aliénation », Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948, n°803.

purge était d'abord destinée à révéler le passif hypothécaire et les créanciers ne se faisaient pas connaître si l'aliénation ne compromettait pas leurs intérêts. En d'autres termes, la spécialité du gage hypothécaire est une conséquence nécessaire de la publicité de l'hypothèque »[542]. La procédure de purge déjà lourde sous l'ancien régime serait devenue inextricable sous le Code civil. Il fallait donc faire en sorte que le droit de suite du créancier hypothécaire ne soit pas un frein à la circulation des biens immobiliers. En obligeant à déterminer l'hypothèque, le constituant peut librement disposer de ses autres biens immobiliers sans être gêné par le droit de suite[543] :

> Il faut mettre le constituant « en mesure de discuter l'étendue d'une affectation pour ménager son crédit et lui conserver la libre disposition de ses autres biens »[544].
>
> La spécialité est « utile pour le débiteur, car elle augmente son crédit, en ce qu'elle ne l'oblige pas à engager tous ses immeubles et lui permet de ne soumettre à l'hypothèque que la portion nécessaire pour la sûreté du créancier et d'en conserver le surplus libre, soit pour l'aliéner, soit pour le donner en gage, si le besoin de ses affaires l'oblige à de nouveaux emprunts »[545].
>
> « La loi veut que l'effet de l'hypothèque soit restreint dans des limites déterminées. L'hypothèque altère le crédit du débiteur ; elle nuit à la circulation des biens ; il ne faut donc pas que le débiteur puisse y soumettre inutilement et sans réflexion l'universalité de ses immeubles. La nécessité de désigner par leur nature et leur situation chacun des immeubles qu'il veut hypothéquer, le forcera de peser davantage la portée de son engagement, et tous les immeubles qu'il n'aura pas spécialement affectés à l'hypothèque resteront disponibles »[546].

145. La considération du montant de l'hypothèque et de la valeur des biens de réalisation de l'hypothèque. La procédure de purge se trouve facilitée, car dès lors que le constituant fixe le montant de l'hypothèque et identifie les biens sur lesquels elle sera réalisée, la procédure de purge est

[542] G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, *Sûretés réelles. Publicité foncière. Contrats civils. Principaux contrats*, LGDJ, 1958, n°90.

[543] Voir supra n°97.

[544] A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931, n°1275.

[545] V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 12, *Commentaire - traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mise en rapport avec la loi sur la transcription*, par P. PONT, t. 2, 2ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1868, n°669.

[546] M.J. F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 7, 1848, p. 262.

pré-organisée. Par contrecoup, le principe protège la liberté du constituant qui peut plus facilement disposer de ses biens, même lorsqu'il a consenti une hypothèque. Le constituant de l'hypothèque prend pleinement conscience de l'étendue de l'hypothèque qu'il consent, il lui est possible de la mettre en adéquation le montant de l'hypothèque avec la valeur des biens grevés qu'il entend soumettre à sa réalisation. Si le montant de l'hypothèque, et peu importe le montant de la créance, est inférieur à la valeur de l'immeuble, il sera alors possible de recourir à la procédure de « purge amiable » imaginée par la pratique notariale qui permet de vendre l'immeuble hypothéqué sans délai supplémentaire et sans formalité. L'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque confie le prix de vente au notaire qui l'utilise pour désintéresser les créanciers inscrits[547]. Le notaire obtient l'accord du créancier de consentir à la mainlevée. La purge amiable n'est envisageable que lorsque le montant de l'hypothèque est inférieur au prix de vente et le prix payable comptant[548]. En effet, s'il est exact que les créanciers préfèrent y recourir et obtenir un paiement immédiat plutôt que de subir les délais de la procédure d'ordre[549], alors même que le prix de vente serait inférieur au montant des inscriptions, il n'en pas moins vrai que ce n'est que lorsque le prix de vente est supérieur au montant de l'hypothèque que l'accord des créanciers sera le plus facile à obtenir ; peu importe le montant de la créance garantie, car c'est l'hypothèque qui freine la vente du bien immobilier. La vente de l'immeuble hypothéqué n'est, dans ce cas, pas plus lente que la vente d'un immeuble libre. Ainsi, la procédure de purge, même amiable, ne fluidifie, en toute certitude, les transactions immobilières qu'autant que le montant de l'hypothèque est inférieur au prix de vente. Cette adéquation est facilitée par le principe de spécialité. Ainsi, la vente d'un immeuble hypothéqué n'est jamais plus compliquée, jamais moins rapide, que la vente d'un immeuble libre. Le principe de spécialité préserve ainsi la liberté des transactions du constituant car la gêne générée par la sûreté est rationalisée et anticipée dès le stade de sa constitution.

146. Conclusion du titre 2. L'authenticité du principe de spécialité. La confiance est à la source de toute activité économique, du développement et du transfert des richesses : elle est une utilité économique autonome. Lorsque la confiance fait défaut au créancier, des instruments de crédit sont mis à sa disposition pour la susciter. Ainsi, la confiance élémentaire est suscitée par le droit de gage général dont est titulaire tout créancier chirographaire depuis 1804. Le droit de gage général doit être

[547] L. AYNES et P. CROCQ, n°695.

[548] L. AYNES et P. CROCQ, p. 339.

[549] Ph. THERY, n°195.

considéré comme un droit autonome qui confère le crédit à la personne. Il établit un lien entre les biens et les obligations du débiteur, mais il n'est ni un bien, ni une obligation ; il est un droit non-patrimonial ; il est un pouvoir de contrainte que son titulaire peut exercer sur la personne du débiteur en l'obligeant à vendre ses biens pour être payé en somme d'argent sur leur prix de vente. Ce droit ne prive pas la personne de son autonomie patrimoniale. La contrainte exercée sur le débiteur peut, en revanche, être intensifiée lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté réelle. Lorsque cette sûreté est l'hypothèque, cette institution prête « main forte » au créancier. Elle n'est, comme toute sûreté, qu'un renfort du droit de gage général, un renforcement de la contrainte qu'il exerce sur la personne. L'hypothèque pèse sur la liberté du constituant : elle le gêne lors de la vente de ses biens immobiliers et lorsqu'il souhaite obtenir de nouveaux concours bancaires. Le principe de spécialité établi dans le creuset de l'hypothèque est au soubassement de l'économie moderne. Il vise à préserver la liberté d'engagement de la personne, tout autant que la liberté de ses transactions. En effet, l'hypothèque générale, à raison de sa procédure de réalisation et de la procédure de purge du droit de suite, à laquelle elle aurait donné lieu, aurait pesé très lourdement sur la liberté du constituant. Le commerce en aurait été ralenti et réduit. Le principe de spécialité rationalise l'hypothèque en vue de préserver la liberté du constituant ; elle le projette dès la constitution de la sûreté au stade de sa réalisation en vue de limiter la gêne subie par le constituant. Le principe de spécialité, puisé aux sources originelles du Code civil, était donc entièrement tourné vers la préservation de la liberté de la personne en vue d'assurer le plein essor des transactions économiques, tant dans son intérêt purement privé que dans l'intérêt général, tandis que la sûreté réelle générale ne pouvait qu'entraîner la paralysie ou le ralentissement de l'activité patrimoniale du débiteur.

147. Conclusion de la première partie. Le retour aux sources originelles du principe. L'élaboration conceptuelle du principe ouvrée au dix-neuvième siècle est défaillante depuis l'origine, car l'hypothèque est tiraillée entre le bien et l'obligation. Aussi, le principe de spécialité, tel qu'il est présenté par la doctrine traditionnelle, est artificiel, car il ne reflète pas l'originalité de la sûreté. Il fallait donc revenir aux origines du Code civil pour retrouver la source du droit hypothécaire. Aussi, deux siècles après son introduction dans le Code civil, aux termes d'une démarche iconoclaste fondée sur le renouvellement de la conception traditionnelle de l'hypothèque, marquée par l'autonomie de la volonté et la dichotomie patrimoniale binaire, une nouvelle conception institutionnelle et non-patrimoniale de l'hypothèque est proposée. L'hypothèque est la force exécutoire publique ; elle naît du titre authentique auquel le législateur a ajouté l'attribut de la

publicité en 1804. Elle est une contrainte exercée sur le débiteur, elle n'est ni un bien, ni une obligation, ni même une notion mixte. Renfort du droit de gage général, elle est une contrainte ; elle gêne le constituant lorsqu'il envisage de solliciter d'autres concours bancaires ou de vendre son bien. Celui-ci a toujours le droit de s'engager et de vendre ses biens, mais il est moins libre de le faire. Si la généralité de l'hypothèque avait été reconnue, les difficultés liées à sa procédure de réalisation et à la purge du droit de suite auraient accru la contrainte exercée sur le débiteur au point de paralyser ses activités économiques. Le principe de spécialité a été envisagé comme un remède à cet inconvénient. La reconstruction du principe de spécialité postérieurement à la réforme ne peut donc s'appuyer sur la conception traditionnelle de la sûreté réelle ; celle-ci doit être dépassée. Le retour aux sources originelles du principe indique, en revanche, le chemin à suivre pour entreprendre ce travail en droit contemporain, car seule sa conception ouvrée dans les forges des droits patrimoniaux et du contrat était la cause de sa rigidité stigmatisée à la fin du vingtième siècle.

Deuxième partie : L'orientation du principe en droit contemporain

148. L'exploitation du retour aux sources du principe. Le retour aux sources originelles du principe de spécialité a mis en évidence la défaillance de sa conception traditionnelle, ainsi que de celle du droit des sûretés, à partir de la refonte de l'hypothèque. Aussi, sauf à reconstruire le droit des sûretés, il ne saurait être question d'élaborer, *ex abrupto*, le principe de spécialité et, partant, le régime de la sûreté réelle spéciale en droit contemporain. Il faut donc se contenter d'avoir mis en évidence la défaillance de l'analyse traditionnelle de la sûreté réelle et du principe de spécialité. Mais, si l'élaboration du principe de spécialité ne peut être établie en toute précision, le retour aux sources du principe a mis en exergue les idées fortes autour desquelles doit s'organiser sa reconstruction et vers lesquelles les recherches doivent, à présent, être dirigées pour revisiter le droit des sûretés. Le renouvellement des sûretés réelles doit se focaliser sur la liberté du constituant et la contrainte qu'exerce la sûreté réelle sur le constituant. Elle doit être présentée comme une atteinte à sa liberté. La reformulation du principe de spécialité dans un droit des sûretés « dé-patrimonialisé » est l'ouvrage des prochaines années. Le Groupe de travail, en proposant le maintien et l'assouplissement du principe dans le Code civil, s'est, lui-même, intuitivement rendu compte de l'artificialité du principe qui avait conduit à rigidifier le droit des sûretés réelles ; il a conduit le législateur à faire demi-tour et retrouvé l'esprit du législateur de 1804. Aussi, les « aménagements » du principe auxquels le législateur s'est livré, sur ses recommandations, sont autant d'indices du ressourcement du principe dans l'ordre interne. Marchant dans les pas du législateur de 2006, il faut retrouver la trace du ressourcement du principe dans l'ordre interne pour en guider la reconstruction. Ce travail ne serait, cependant, pas complet si la direction empruntée à l'étranger par le droit des sûretés réelles ne permettait pas de soutenir la démarche suggérée d'un retour aux sources originelles du principe en droit interne. En effet, le système juridique français subit la concurrence des systèmes étrangers et le reconstruction théorique du droit des sûretés réelles doit, évidemment, tenir compte du contexte international afin d'asseoir sa compétitivité sur la scène internationale. Il ne s'agit, cependant, pas de prôner l'alignement du droit français sur les droits étrangers mais d'éveiller l'attention sur les concepts retenus à l'étranger pour s'assurer de l'opportunité d'un retour aux sources originelles du principe. Le contexte international ne doit donc, donc, pas être négligé. Il doit permettre d'affermir

la démarche consistant à revenir aux origines du principe pour en asseoir le renouvellement afin qu'il puisse constituer un facteur d'accroissement de la compétitivité du droit français sans que pour autant il y perde son identité. Le principe de spécialité doit être guidé, en droit interne, sur le chemin de ses sources originelles afin d'y être ressourcé (titre 1). L'opportunité de cette démarche doit être confortée par le constat de la compatibilité du principe de spécialité ressourcé avec son environnement international (titre 2).

Titre 1 : Le ressourcement du principe dans l'ordre interne

Titre 2 : La compatibilité du principe ressourcé avec l'environnement international

TITRE 1 : LE RESSOURCEMENT DU PRINCIPE DANS L'ORDRE INTERNE

149. La dualité du principe. Le principe de spécialité a été introduit en droit français en vue de favoriser le développement des transactions économiques : favoriser l'endettement du débiteur, car la sûreté est le moyen d'obtenir le soutien financier du créancier, et fluidifier les transactions. Pourtant, le principe de spécialité a été, pendant deux siècles, appliqué à d'autres fins en protégeant le constituant contre le risque généré par l'endettement : il a ainsi protégé la solvabilité du constituant. Cette application du principe de spécialité n'était pas conforme à l'objectif poursuivi par le législateur originel et a conduit à rigidifier le droit des sûretés réelles, car la sûreté réelle a été figée sur les biens et créances identifiés dans l'acte de constitution de la sûreté. Cependant, bien qu'erronée, car reposant sur une conception patrimoniale de la sûreté réelle, les bienfaits qui ont résulté de cette application ne doivent pas être ignorés. En effet, l'objectif du législateur actuel est, certes, de favoriser l'endettement, car il est un moteur de l'économie moderne, mais il entend également le sécuriser, car l'endettement conduit au surendettement des particuliers. Pour autant, le ressourcement du principe de spécialité ne doit pas aboutir à un *statu quo ante* ; il doit permettre non seulement de valider des solutions préexistantes dont on pouvait douter de la légitimité, mais aussi de proposer des solutions nouvelles que la conception traditionnelle ne pouvait offrir. Le ressourcement du principe doit conduire à lui faire « jouer » en droit contemporain à la fois le rôle qui lui était dévolu en 1804, permettant d'accroître la flexibilité de la sûreté, mais également de ne pas revenir sur le rôle de la protection du constituant contre le danger du surendettement : l'insolvabilité. Le ressourcement du principe est une lutte à contre-courant : le courant des sources originelles du principe doit ressurgir et repousser le courant patrimonial qui l'avait, jusqu'à présent, animé. Ainsi, la doctrine doit s'employer à la résurgence du principe originel (chapitre 1), mais elle doit, également, le déborder pour maintenir la protection de la solvabilité du constituant (chapitre 2).

Chapitre 1 : La résurgence du principe originel

Chapitre 2 : Le débordement du principe originel

Chapitre 1 : La résurgence du principe originel

150. La détermination de la sûreté réelle. La sûreté réelle est une contrainte exercée sur le constituant. Elle doit être déterminée quant à son montant et à son assiette. Les assouplissements du principe introduits par la réforme de 2006 marquent la résurgence du principe originel en droit positif. La logique qui doit, à présent, guider la reconstruction du principe est celle du droit originel des sûretés et non celle de sa conception ancrée dans les droits patrimoniaux. La détermination de l'assiette de la sûreté réelle n'existe qu'à raison de la volonté de protéger la liberté du constituant et non pour déterminer l'objet d'un droit réel. Aussi, l'identification des biens est-elle nécessaire à l'existence de la sûreté réelle mais il n'est nullement interdit d'envisager la modification des biens formant l'assiette de la sûreté réelle postérieurement à sa constitution. Quant à l'identité des créances garanties, elle ne s'est imposée qu'en vue de déterminer le montant de la sûreté, mais dès lors que l'on reconnaît que la sûreté n'est pas constituée en vue de garantir la créance mais qu'elle n'est qu'un renfort du droit de gage général, lui-même conçu comme un droit non-patrimonial, qu'elle n'est que sa priorité, il faut admettre que le montant de la sûreté peut être fixé à un montant déterminé. Le montant est celui pour lequel le créancier pourra obtenir un paiement prioritaire sur le prix de vente. Il peut être détaché du montant de la créance. Ainsi, la logique du droit du crédit et des sûretés est diamétralement opposée à celle du droit des obligations et du droit des biens. Le bien et l'obligation ne forment pas la substance de la sûreté ce qui lui confère une flexibilité dont elle est dépourvue dans la conception traditionnelle. Le droit interne des sûretés doit être, à présent, approché avec cette logique ; le principe de spécialité quant au bien grevé (section 1) et le principe de spécialité quant à la créance garantie (section 2) doivent être observés à la lumière originelle.

Section 1 : Le principe de spécialité quant au bien grevé

151. Annonce. Le législateur, lors de la réforme opérée en 2006, a maintenu l'obligation de déterminer les biens au moment de la constitution de la sûreté réelle. Certes, cette exigence est également celle qui ressort de la conception traditionnelle du principe qui emporte la fixation de la sûreté réelle sur le bien identifié lors de la constitution de la sûreté, mais serait utilement rapprochée de l'exigence de détermination de l'assiette de la saisie imposée par le principe originel. Ce rapprochement serait

opportun car l'exigence de détermination du bien lors de la constitution de la sûreté réelle n'est pas équivalente à l'obligation de déterminer l'assiette d'un droit réel principal. La détermination du bien lors de la constitution de la sûreté réelle résulte de la volonté de protéger la liberté du constituant. Aussi, il est non seulement possible de concevoir l'assouplissement du principe traditionnel dès la constitution de la sûreté mais également d'expliquer que le principe ne soit pas hostile à la modification de l'assiette de la sûreté réelle postérieurement à la constitution de la sûreté, car le bien désigné lors de la constitution de la sûreté réelle ne forme pas la substance de la sûreté réelle ; il n'est que son assiette de réalisation. Le principe de spécialité quant au bien grevé serait donc mieux dénommé « principe de spécialité quant à l'assiette » pour montrer que le bien ne forme aucunement la substance du droit mais seulement son assiette de réalisation et parvenir, enfin, à dissocier pleinement le droit de sûreté réelle et le droit réel dont l'assiette est nécessairement fixée de manière intangible car elle n'est pas une assiette de réalisation. La résurgence du principe originel permet de concevoir un assouplissement du principe traditionnel lors de la constitution de la sûreté (§1) tout autant que son maintien alors que les biens désignés lors de la constitution seraient ultérieurement modifiés (§2).

§1 La détermination des biens lors de la constitution de la sûreté

152. Annonce. La résurgence du principe originel en droit contemporain doit conduire à maintenir les solutions traditionnelles lorsque la sûreté réelle entrave l'autonomie patrimoniale du constituant et que le créancier n'accepte, donc, pas de prendre en charge les risques des actes de disposition du constituant. La résurgence du principe originel n'est alors qu'une reprise des solutions traditionnelles (A). Cependant, le principe traditionnel peut être assoupli lorsque, à l'inverse, la sûreté réelle laisse le constituant libre d'agir en toute autonomie et que le créancier accepte d'assumer le risque des actes de disposition du constituant : *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Dans ces conditions, la résurgence du principe originel permet de concevoir que les biens, lors de la constitution de la sûreté réelle, soient simplement déterminables. Leur détermination n'est nécessaire qu'au jour de la mise en oeuvre de la sûreté. La résurgence du principe originel permet, ainsi, d'envisager d'introduire en droit français, une sûreté réelle qui soit l'équivalent de la *floating charge* de droit anglais, sans en être une copie (B).

A) La reprise des solutions traditionnelles

153. Annonce. La résurgence du principe de spécialité originel implique la reprise des solutions antérieures lorsque la sûreté réelle porte atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant. La réforme de 2006 a, d'ailleurs, conservé l'obligation de déterminer les biens tant en ce qui concerne les sûretés immobilières (1°) que mobilières (2°) dès lors que le créancier n'entendait pas assumer les risques des actes d'aliénation du constituant.

1°) Les sûretés immobilières

154. L'hypothèque immobilière. Le principe de spécialité de l'hypothèque conventionnelle n'a jamais été retouché depuis l'origine. La réforme intervenue en 2006 l'a maintenu[550]. Les dispositions de l'ancien article 2129 du Code civil ont été reprises sans modification par le nouvel article 2418 du Code civil. Ainsi, la constitution de l'hypothèque conventionnelle est soumise à peine de nullité à la détermination des biens hypothéqués. L'acte constitutif de l'hypothèque conventionnelle doit, à peine de nullité, déterminer les biens qui forment l'assiette de l'hypothèque lors de la conclusion de l'hypothèque et les biens ne doivent pas seulement être déterminés mais énumérés individuellement dans le titre constitutif de l'hypothèque conventionnelle.

155. Le gage immobilier, un contrat réel. « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation ; il emporte dépossession de celui qui le constitue »[551]. Antérieurement à la réforme, le Code civil rattachait le gage immobilier au nantissement. Il était un contrat réel ; la dépossession était, donc, considérée comme une condition de validité du contrat. C'était l'interprétation retenue par la Cour de cassation[552] et la majorité de la doctrine[553]. Depuis la réforme,

---

[550] M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd° N*, 2006, p. 947, n°1, l'auteur note un tempérament au principe de spécialité quant à la créance garantie, mais affirme le maintien du principe de spécialité de l'hypothèque conventionnelle ; L. AYNES et P. CROCQ, n°662 : « Quant au bien, la spécialité […] impose la désignation propre de l'immeuble hypothéqué. Elle n'empêche pas d'hypothéquer chacun des immeubles qui appartiennent au constituant lors de la constitution de l'hypothèque. Cette hypothèque reste spéciale dans la mesure où chacun des immeubles est individuellement désigné et que les immeubles n'en sont pas frappés » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°875 : « La spécialité de l'assiette impose de désigner précisément l'immeuble dans l'acte. Le but visé est de protéger le crédit du constituant en ne grevant que les immeubles jugés nécessaires après énumération » ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°409 ; M. BOURASSIN,V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2063 ; Ph. DUPICHOT : « La réforme du régime hypothécaire », D. 2006, p. 1291 : la réforme a opéré une consolidation du principe de spécialité quant au bien grevé. Les biens grevés « devront être individuellement affectés pour entrer dans l'assiette de la garantie, sans que cela ne prive le constituant de la possibilité de grever la totalité de ses immeubles présents au moyen de désignations particulières : on ne trouvera donc ici aucune référence à la notion d' « ensemble de biens » pourtant si utile au nouveau droit du gage ».

[551] Article 2387 du Code civil.

la validité du gage immobilier est subordonnée à la rédaction d'un acte notarié[554]. Son régime est calqué, à bien des égards, sur celui de l'hypothèque. Cependant, si le législateur a renvoyé à de nombreuses dispositions du droit hypothécaire pour établir le régime du gage immobilier, il n'a pas renvoyé à l'article 2418 du Code civil relatif à la spécialité. L'article 2387 du Code civil est peu explicite, il se contente d'indiquer que le gage immobilier emporte dépossession du constituant. Cependant, la lecture du rapport préparatoire laisse penser que le gage immobilier demeure un contrat réel[555] : la dépossession est, donc, une condition de validité du gage immobilier[556]. La dépossession remplit alors le rôle du principe de spécialité. Elle détermine les biens qui forment l'assiette de la sûreté. Ainsi, on comprend que l'indication dans le titre constitutif des biens ne soit pas obligatoire. En revanche, s'il y avait lieu de revenir sur la qualification de contrat réel, il conviendrait d'appliquer les dispositions de l'article 2419 du Code civil et de requérir, à peine de nullité, dans le titre constitutif l'énumération des immeubles grevés par la sûreté. C'est d'ailleurs l'option qui a été retenue par le législateur pour la recodification du gage mobilier.

156. La fiducie-sûreté spéciale reconnue par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Le transfert de propriété immobilière à titre de garantie, consacré aux articles 2488-1 à 2488-5 du Code civil, est soumis à la spécialité. Le titre constitutif de la fiducie-sûreté immobilière doit contenir, à peine de nullité, la désignation des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire[557]. La détermination dans le titre constitutif est requise, dès lors que le contrat en application de l'article 2019 du Code civil, doit être, à peine de nullité, publié « dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts ». L'acte de fiducie est donc soumis à la formalité fusionnée de l'enregistrement et de la publicité foncière, à peine de nullité, publié à la conservation des hypothèques. Or, la publicité de toute transaction immobilière est soumise à l'obligation d'individualiser les immeubles, objet du transfert publié[558]. Aussi, peut-on affirmer que la fiducie-sûreté immobilière est spéciale quant au bien. Les modalités de désignation de l'immeuble transféré sont calées sur celle de l'hypothèque.

---

[552] Cass. civ. 1ère, 22 mars 1966, *BC*, I, n°201, la dépossession est de l'essence du contrat d'antichrèse.

[553] S. PIEDELIEVRE, *Rép. civ. Dalloz*, « Antichrèse », septembre 2005, n°18.

[554] Renvoi de l'article 2388 du Code civil à l'article 2416 du Code civil.

[555] D. LEGEAIS, n°641.

[556] D. LEGEAIS, n°641.

[557] Article 2018 du Code civil sur renvoi de l'article 2488-2 du Code civil.

[558] Voir supra n°55.

Ainsi, bien que le législateur ne se soit pas expressément référé au principe de spécialité, la fiducie-sûreté immobilière est, certainement, spéciale quant au bien[559].

157. La spécialité du transfert de propriété à titre de garantie en droit commun. Le transfert de propriété à titre de garantie en droit commun doit être soumis au principe de spécialité, bien qu'il semble s'affranchir de toute règle contraignante. En effet, en théorie, l'*instrumentum* constatant la vente d'un bien immobilier ne contient pas nécessairement les mentions d'individualisation des biens vendus. Cependant, en pratique, l'acte de vente contient toujours l'identification des biens grevés car le titre est, par la suite, déposé à la conservation des hypothèques en vue de sa publication ; or, la publication du titre suppose l'identification cadastrale du bien. La mention sera, donc, en pratique, toujours insérée car, à défaut, la publicité de l'acte à la conservation des hypothèques s'en trouverait ralentie. Mais, bien évidemment, aucun texte ne prévoit la spécialité de l'acte, dès lors qu'il s'agit de faire jouer à la vente de droit commun le rôle de sûreté. En tout état de cause, le principe de spécialité est un principe du droit commun des sûretés immobilières : l'hypothèque immobilière, le gage immobilier et la fiducie-sûreté immobilière spéciale, issue de la loi n°2007-211 du 19 février 2007, sont spéciales quant au bien. Et si le transfert de propriété à titre de garantie est certainement un transfert de propriété, il est un transfert de propriété particulier, dès lors qu'il n'est réalisé qu'à titre de garantie. Il doit, donc, être soumis au principe de spécialité. On ne comprendrait, d'ailleurs, pas que la sûreté la plus radicale[560] soit soumise à des conditions moins strictes que l'hypothèque ou le gage, alors même que la spécialité est consacrée dans le régime de la fiducie-sûreté instauré par la loi n°2007-211 du 19 février 2007. Le transfert de propriété à titre de garantie n'est pas seulement une gêne pour le débiteur, elle le prive de la liberté de disposer de son bien ; à ce titre le transfert de propriété constitue une atteinte à son autonomie patrimoniale qu'il paralyse.

---

[559] Le législateur québécois admet, également, que la propriété puisse être transférée à titre de garantie par fiducie. Cependant, le législateur renvoie, contrairement au droit français, aux dispositions applicables à l'hypothèque, sûreté réelle de droit commun en droit québécois, lors de l'exercice des droits hypothécaires. Ainsi, l'article 1263 C.c.Q. dispose que la fiducie peut être établie à titre onéreux pour garantir l'exécution d'une obligation ; le fiduciaire doit, en cas de défaut du constituant, suivre les règles prévues au livre Des priorités et des hypothèques pour l'exercice des droits hypothécaires. Cependant, le législateur n'a rien prévu concernant la constitution de la fiducie qui ne requière aucune forme particulière. Aucune « […] condition de formation de la fiducie ne vient protéger le constituant de la garantie. Aucun contrôle de proportionnalité entre la valeur du bien cédé à titre de garantie et le montant de la créance n'est fait. Les seules mesures de protection pour le constituant interviendront lors de la réalisation de la garantie », D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane*, p. 33.

[560] Voir la mesure d'assistance spécialement prévue en matière de curatelle, article 468, alinéa 2, du Code civil, lorsque la personne en curatelle entend conclure un contrat de fiducie. La fiducie est un acte grave.

2°) Les sûretés mobilières

158. Annonce. Avant 2006, le gage était un contrat réel, il se constituait par la remise de la chose au créancier. La réforme en abandonnant l'exigence de remise de la chose entre les mains du créancier gagiste a aligné les formalités de constitution de toutes les sûretés réelles mobilières. L'intention originelle du législateur est respectée. Tout titre constitutif d'une sûreté réelle doit contenir l'identification des biens grevés lors de la constitution de la sûreté réelle. le gage (a), le nantissement (b) et le transfert de propriété à titre en garantie (c) ne sont constitués qu'aux termes d'un contrat dont l'*instrumentum* mentionne l'identité des biens grevés.

a) Le gage

159. Les modalités de la spécialité, avant la réforme. Avant la réforme, le gage était naturellement spécial. Il se formait par la remise de la chose au créancier. La remise de la chose jouait, ainsi, le rôle de la spécialité. La chose gagée était identifiée par sa remise au créancier. Chaque nouvelle remise d'un bien constituait un nouveau gage qui n'existait que relativement aux biens remis en gage. Il y avait, donc, autant de gage que de remise. La sûreté se formant *re,* le consentement à la sûreté était, naturellement, spécial, car, dans le contrat réel, la remise de la chose exprime le consentement du constituant du gage. C'est, donc, bien la remise de la chose qui assurait la fonction de la spécialité et, certainement, pas la rédaction d'un écrit conforme aux dispositions de l'ancien article 2074 du Code civil, contrairement à ce qui était, habituellement, avancé[561]. Cet article prescrivait la rédaction d'« […] un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesures ». On voyait, là, pour les sûretés mobilières, l'équivalent de la spécialité de l'hypothèque immobilière. C'est que le rapprochement avec la spécialité immobilière avait été trop vite fait. La formalité de l'article 2074 du Code civil n'était qu'une formalité d'opposabilité *ad opposabilitatem* assimilé à un formalisme de droit commun[562], elle n'était pas une condition de validité susceptible d'incarner le principe de spécialité lors de la constitution.

[561] Parmi d'autres, M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 7ème éd., 2004, n°675, ces mentions devaient permettre « d'assurer le respect du principe de la spécialité du gage tant au regard de la créance garantie qu'au regard des biens grevés ».

[562] Voir supra n°110 et s. pour les conditions de forme spécifiques.

160. La spécialité du gage de droit commun. Aujourd'hui, le gage est un contrat solennel. La rédaction d'un *instrumentum* est une condition de validité du gage. Constituées sans dépossession, les sûretés réelles sont spéciales par l'insertion d'une mention identifiant le bien grevé dans le titre constitutif de la sûreté. Le principe n'est pas, expressément formulé pour les corps certains. L'article 2336 du Code civil dispose, simplement, que le titre de gage doit contenir « l'indication de la quantité des biens donnés en gage, ainsi que leur espèce ou leur nature ». La condition de spécialité, contenue dans l'article 2336 du Code civil, dont la rédaction se rapproche de celle de l'ancien article 2074 du Code civil, n'est adaptée qu'aux choses fongibles, particularité déjà soulignée à propos de l'ancien article 2074 du Code civil[563]. Cependant, dès lors que le principe de spécialité est maintenu[564], le gage portant sur des corps certains n'est valablement constitué qu'autant que le titre constitutif du gage identifie les biens gagés. Les dispositions du décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 relatif à la publicité du gage sans dépossession ne font d'ailleurs que confirmer l'obligation d'identifier les corps certains dans le titre de la sûreté[565].

161. L'exclusion non justifiée de la spécialité en matière commerciale avant la réforme. Le principe de spécialité s'applique au gage civil tout comme au gage commercial. En effet, avant la réforme, la preuve du gage commercial étant libre[566], on en déduisait que la spécialité du gage civil, imposée par l'ancien article 2074 du Code civil, ne s'étendait pas au gage commercial[567]. Mais, rappelons-le, l'ancien article 2074 du Code civil était considéré comme une règle relative à l'opposabilité du contrat de gage, il ne pouvait être l'équivalent de la spécialité. De plus, la justification de l'exclusion de la spécialité au gage commercial reposait sur une confusion. En effet, s'il est exact que l'article L 521-1 du code de commerce vise la preuve de l'acte commercial, la preuve et l'opposabilité d'un acte doivent être distinguées. Certes, toutes deux présupposent l'existence d'un

563 P. CROCQ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nantissement, mai 2000, n°16.

564 M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°1666 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°612 ; L. AYNES et P. CROCQ, n °506, qui affirment la reprise du principe de spécialité quant à la créance garantie, mais visent, simplement, l' « identification des biens engagés par leur quantité et leur nature (corps certains) ou leur espèce (chose de genre) » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés,* Litec, 8ème éd., 2007, n°745 ; Y. PICOD, n°199.

565 Voir infra n°187, note de bas de page n°635.

566 L 110-3 Code de commerce : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi » ; L 521-1 Code de commerce : « Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3 ». L'alinéa 4 dudit article dispose qu'il n'est pas dérogé aux articles 2355 à 2366 du Code civil concernant le nantissement des créances.

567 L. AYNES et P. CROCQ, n°506 ; P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 63, note de bas de page n°31.

droit précédemment constitué, car on ne peut ni prouver ni opposer un acte qui n'existe pas, et d'un conflit (actuel ou potentiel) avec un tiers. Cependant, la preuve d'un acte consiste à démontrer son existence dans les formes admises par la loi[568], alors que l'opposabilité d'un acte assure que celui-ci ne puisse être méconnu par les tiers lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets[569]. L'acte constitué peut être prouvé indépendamment de son opposabilité. Aussi, affirmer que l'exclusion du formalisme probatoire en matière commerciale autorise à s'affranchir des formalités destinées à assurer l'opposabilité d'un acte n'était pas justifié, car la liberté de la preuve n'exclue pas le respect des règles d'opposabilité. Aujourd'hui, conformément à l'intention du législateur originel, le principe de spécialité du gage est une condition de validité de gage, que celui-ci soit civil ou commercial.

162. Le gage sur choses fongibles : l'obligation d'individualiser les choses fongibles. Dès lors qu'il est admis que le gage n'emporte pas la dépossession du constituant, les formalités de la spécialité ont été modifiées et alignées sur la spécialité immobilière. De l'individualisation des biens consécutive à leur remise, le législateur est « passé » à l'insertion dans l'acte de l'indication de la quantité, de la nature ou de l'espèce des choses fongibles affectées (article 2336 du Code civil). Cette mention ne permet, cependant, nullement d'assurer l'individualisation des biens grevés. Le législateur a complété cette exigence imposée par l'article 2336 du Code civil par l'obligation pour le constituant de la sûreté lorsque le gage porte sur des choses fongibles, dont le constituant est demeuré en possession, de les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent.

163. La propagation de la spécialité immobilière aux sûretés mobilières spéciales. La spécialité s'était, déjà, conformément aux intentions du législateur originel, propagée aux sûretés mobilières dont l'objet était aisément localisable ou identifiable par une immatriculation, bien avant la réforme opérée en 2006. Ainsi, l'hypothèque sur les aéronefs peut grever « par un seul acte tout ou partie de la flotte aérienne appartenant à un même propriétaire à condition que les différents éléments de la flotte soient individualisés dans l'acte »[570]. De même, l' « hypothèque de flotte », portant sur

[568] Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 8ème éd., 2007, *V°* Preuve.

[569] Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de G. CORNU, PUF, 8ème éd., 2007, *V°* Opposabilité.

[570] Article L 122-5 du Code de l'aviation civile. Elle s'étend aux pièces de rechange correspondant au type de l'aéronef hypothéqué à condition que les pièces soient individualisées, article L 122-3 al. 1er du Code de l'aviation civile.

l'ensemble des navires appartenant à un même propriétaire n'est pas autorisée[571]. L'hypothèque fluviale est constituée par écrit[572] et mentionne le ou les bateaux affectés en garantie, désignés par leur devise, le numéro d'immatriculation et les principales caractéristiques de chacun d'eux. Le principe est, également, applicable au warrant hôtelier[573], du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement[574], ou de celui du logiciel[575]. On peut, encore, citer certaines sûretés mobilières sans déplacement qui sont de véritables hypothèques mobilières[576] : le nantissement de fonds de commerce (loi du 17 mars 1909), des fonds ruraux ou artisanaux (loi n°96-603 du 5 juillet 1996)[577], le nantissement de films cinématographiques (loi du 22 février 1944)[578], le nantissement du droit d'exploitation des logiciels (loi n94-361 du 10 mai 1994) [579], les hypothèques maritimes, fluviales et aérienne[580].

b) Le nantissement

164. Le nantissement de créances de droit commun. Le législateur soumet le nantissement au même régime que le gage ; le principe de spécialité est donc la règle (article 2355 al. 5 du Code civil). Seul le nantissement de créances fait l'objet de dispositions particulières dans le Code civil. On retrouve, dans le régime de droit commun du nantissement de créances, la difficulté d'interprétation, qui existe dans le nantissement de créances professionnelles, quant à l'interprétation du terme « désignation » des créances nanties évoquée par l'article 2356 alinéa 2 du Code civil[581]. La simple déterminabilité des créances nanties validerait le nantissement portant sur un flux de créances ; on obtiendrait ainsi

[571] P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *Droit maritime*, LGDJ, 2ème éd., 2010, n°548.

[572] Articles 95 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure.

[573] Article R 523-1 du Code de commerce ; à propos de la spécification, M. CABRILLAC, *Rép. com. Dalloz*, v° « Warrant hôtelier », octobre 2005, n°25.

[574] Article L 525-1 du Code de commerce, à son propos, Y. PICOD, *Rep. Com. Dalloz*, v° « Nantissement de l'outillage et du matériel », février 2008, n°12.

[575] Art. L 132-34 al. 2 CPI, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°966.

[576] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°715 et s.

[577] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°717, pour le nantissement de fonds de commerce

[578] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°722.

[579] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°723.

[580] Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°725 et s.

[581] J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP, éd. G*, supplément au n°20, Etude 5, n°13, p. 21.

« un crédit garanti par le chiffre d'affaires futur de l'entreprise »[582]. Le nantissement de toutes les créances détenues à l'encontre d'un client dénommé serait ainsi un nantissement de créances déterminables[583]. La doctrine est, cependant, en faveur d'une application du principe de spécialité[584] : l'acte de nantissement doit contenir la désignation des créances nanties (article 2356 al. 2 du Code civil), c'est-à-dire leur identification. Si les créances sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant l'individualisation, tels que l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance. Le troisième alinéa de l'article 2356 du Code civil est une reprise des dispositions applicables à la cession ou au nantissement de créances professionnelles (article L 313-23 du Code monétaire et financier) à la différence qu'il y est explicite que les éléments d'identification des créances nanties ne sont cités qu'à titre d'exemple[585]. La spécialité reste le principe, dès lors que le créancier n'entend pas assumer le risque des actes de disposition du constituant de la sûreté réelle[586].

165. Nantissement de créances professionnelles par bordereau Dailly. Dans le cas de la cession ou du nantissement de créances professionnelles[587], le bordereau de cession doit comporter différentes indications, dont « la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation,

[582] H. SYNVET, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 67.

[583] J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP, éd. G*, supplément au n°20, Etude 5, n°11, p. 20 : « La reconnaissance de la validité du nantissement de créances futures et du nantissement par un même acte de plusieurs créances permettra à des parties entre lesquelles existe un courant d'affaires de nantir par une disposition incluse dans un contrat cadre toutes les créances répondant à certains critères ».

[584] L. AYNES, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine*, septembre 2007, p. 68; L. AYNES et P. CROCQ, n°526 ; H. SYNVET, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 66 ; du même auteur, « Le nantissement de compte », *Droit et patrimoine,* juillet-août 2007, p. 63 : « En revanche, il conviendra d'être attentif à la désignation des créances garanties, l'article 2356, alinéa 2, du Code civil ayant maintenu sur ce point le principe de spécialité. A notre sens, il y aurait quelque imprudence à vouloir donner naissance à des nantissements « *omnibus* » construits à l'image de ce que la pratique a développé en matière de cautionnement » ; G. PIETTE, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA*, mars 2007, p. 91 : « Ainsi, le nantissement de créance peut grever une créance ou un ensemble de créances futures. Cette possibilité est opportune, notamment pour nantir en bloc des créances futures. Mais l'article 2356, alinéa 3, fait obligation aux parties d'individualiser les créances nanties. Or, cette individualisation ne sera pas forcément chose aisée […]. Un exemple simple permet de mieux cerner la difficulté : un débiteur nantit au profit de son créancier toutes les créances dont il viendra à être titulaire envers telle entreprise au cours des trois prochaines années. L'individualisation ne sera pas évidente. L'identification du débiteur des créances grevées, c'est-à-dire l'entreprise, suffira-t-elle ? C'est loin d'être acquis. Un tel nantissement est donc entaché d'une sérieuse incertitude, alors même qu'il serait fort apprécié en pratique ».

[585] D. LEGEAIS, n°513 ; J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP, éd. G*, supplément au n°20, Etude 5, n°13, p. 21.

[586] Voir supra n°152.

[587] La cession ne peut être réalisée qu'au profit d'un établissement de crédit qui consent un crédit à une personne morale ou une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle. Elle ne peut porter que sur des créances détenues à l'encontre de personne morale ou de personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, article L 313-23 du Code monétaire et financier.

notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance »[588]. L'exigence de forme est assouplie, lorsque le nantissement est effectué par un procédé informatique permettant de les identifier. Dans ce cas, le bordereau peut ne contenir que le moyen par lequel elles sont transmises, leur nombre et leur montant global. La question est celle de savoir si les créances nanties doivent être individualisées ou simplement déterminées dans le bordereau. La réponse conditionne la possibilité de conclure une cession ou un nantissement global de créance. Il est bien évident que, si toutes les mentions de l'article L 313-23 CMF sont obligatoires, les créances dont l'entreprise pourrait être titulaire à l'avenir, et dont on ne connaît pas l'identité au jour de la rédaction du bordereau, ne peuvent être l'objet de la cession Dailly. On souligne, d'ailleurs, l'ambiguïté qu'il y a à affirmer que « les créances futures, par exemple celles qui naîtront de l'activité à venir de l'entreprise, sont immédiatement cessibles (article L 313-23, al. 2 CMF) tout en exigeant dans le même texte que ces créances soient d'ores et déjà désignées ou individualisées […] »[589]. Pour certains, les éléments requis par l'article L 313-23 CMF ne sont pas cumulatifs, ils ne sont pas même obligatoires, car l'identification des créances se résume à leur simple déterminabilité. La mention de la désignation est, ainsi, « inséparable d'une règle de fond, la nécessité que l'objet de la cession soit déterminé ou déterminable »[590]. A l'examen du bordereau, les créances cessibles doivent, simplement, pouvoir être différenciées des créances non cessibles[591]. La jurisprudence, quant à elle, exige l'individualisation des créances cédées ou nanties. La mention que le bordereau porte sur l'intégralité du compte client est insuffisante. Certes, l'objet d'une telle cession est certainement déterminable, aucune erreur d'identification des créances n'est possible[592], mais les créances cédées ne sont pas individualisées par une telle mention. Le principe de spécialité exige de connaître l'identité des créances nanties. Le bordereau doit mentionner « outre le montant global de la cession, les mentions nécessaires à l'identification et à l'individualisation précise des créances cédées ou les éléments de référence de nature à permettre cette identification et cette individualisation »[593]. La cession d'un flux de créance

[588] Article L 313-23 du Code monétaire et financier.

[589] J-P. DUMAS et M. COHEN-BRANCHE, *Rep. com Dalloz*, « Cession et nantissement de créances professionnelles », février 2006, n°6.

[590] J. STOUFFLET, *JCP ed° E*, 1993, II, 395, p. 32 n°2, obs. sous Cass. com. 13 octobre 1992.

[591] Cass. com. 13 octobre 1992, *BC*, IV, n°301, *JCP ed° E,* 1993, II, 395, obs. J. STOUFFLET ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd., 2011, n°1427, le bordereau doit désigner précisément la créance.

[592] Motif de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bourges, cassé par Cass. com. 13 novembre 2003, voir infra note suivante.

[593] Cass. com. 13 novembre 2003, non publié, pourvoi n°01-10724, *RDBF*, juillet-août 2004, p. 250, obs. A. CERLES ; Versailles, 2 juin 1988, *D.* 1989, somm. p. 185, obs. M. VASSEUR, concernant une cession de créance globale, le bordereau qui « ne permet pas d'identifier et d'individualiser les créances cédées, ne vaut pas comme acte de cession » ; Cass. com. 23 mars 1993, non publié, n° de

correspondant à l'intégralité ou une partie du poste client d'une entreprise, ou la cession du chiffre d'affaires, n'est pas admise[594]. La pratique ne semble, d'ailleurs, pas souhaiter la reconnaissance d'une *globalzession*, reconnue en droit allemand, en raison des « risques de mobilisation multiples résultant de l'absence d'individualisation des créances et les complications que les banques ne manqueraient pas de rencontrer lorsqu'elles auraient à produire leurs créances au redressement judiciaire du cédant »[595].

c) Le transfert de propriété à titre de garantie

166. Le transfert de propriété à titre de garantie. Lorsque la sûreté réelle consiste en un transfert de propriété à titre de garantie, le constituant ne peut, certainement, plus disposer des biens qu'il a aliéné au profit de son créancier. Il n'en est plus propriétaire. Le constituant perd la propriété des biens qui constitue, alors, la sûreté du créancier, bien qu'il soit à l'échéance assuré de retrouver la propriété des biens précédemment transférés (s'il s'acquitte de sa dette évidemment). Quant au créancier propriétaire, à raison de la fiducie du Code civil, il n'en acquiert la libre disposition qu'à défaut de paiement de la créance garantie (article 2372-3 du Code civil). Le régime de la fiducie instaure une véritable paralysie de la liberté de disposer des biens transférés à titre de garantie. Certaines affectations laissent le constituant libre de disposer des meubles affectés. Pour autant, sa liberté d'aliéner demeure entravée par l'obligation de remplacer les biens qu'il est autorisé à vendre. Concernant la fiducie-sûreté avec patrimoine d'affectation, l'article 2372-2 du Code civil reproduit

---

pourvoi n°91-10626; Cass. com. 7 juin 2006, non publié, pourvoi n° 04-18211, cassation de l'arrêt retenant la validité du bordereau, alors que les circonstances sont « impropres à établir qu'indépendamment des mentions figurant dans les actes de notification des cessions litigieuses, les bordereaux comportaient eux-mêmes les indications suffisantes pour désigner ou individualiser de façon certaine les créances cédées ou les éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation » ; Cass. com. 3 octobre 2006, *BC*, IV, n°193, *JCP éd. E*, 2007, 1679, obs. P. COUDERT, *D.* 2006, 2731, obs. V. AVENA-ROBARDET, cassation de l'arrêt validant une cession de créances professionnelles alors que seul le montant global de la cession figurait dans le bordereau et que pour l'identification ou l'individualisation des créances, il était renvoyé à des documents annexes que le cessionnaire n'établissait pas avoir joints. Ceci n'exclut pas une certaine souplesse : Cass. com. 2 mai 2007, non publié, pourvoi n°06-11246, validité du bordereau mentionnant au titre de la créance cédée « garage Citroën, situation n°1 », dès lors que la situation, comportant les éléments utiles à l'identification et l'individualisation de la créance, est annexée au bordereau ; Cass. com. 3 octobre 2006, *BC*, IV, n°193 : cassation de l'arrêt qui reconnaît l'opposabilité des bordereaux de cession qui « ne comportaient que l'indication d'un montant global des créances cédées en renvoyant, pour l'identification et l'individualisation de celles-ci, à des documents annexes que le cessionnaire n'établissait pas avoir joints et que le titre dans lequel une des mentions exigées fait défaut ne vaut pas comme acte de cession au sens de la loi du 2 janvier 1981 ce dont il résultait que ces cessions étaient, en tout état de cause, inopposables au débiteur cédé ».

[594] J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 6ème éd., 1995, n°526, la cession par bordereau Dailly ne permet pas le crédit global d'exploitation ; les mêmes auteurs dans la 4ème édition de leur manuel, soulignent qu' « il paraît souhaitable que les établissements de crédit s'assurent de la vraisemblance de la créance cédée ». L. CHOPARD, G. GALZY et J. HEMMELE*, La loi Dailly. Six ans de jurisprudence et de pratique bancaire*, Castelange diffusion, 1988, p. 29 : « Il ne fait pas de doute que le législateur n'a pas souhaité favoriser la transmission du chiffre d'affaires futur de l'entreprise. » ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 6ème éd., 2005, n°449-2.

[595] A. CERLES, obs. sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Revue de droit bancaire et financier*, juillet/août 2004, p. 250 ; A. CERLES, « Cession de flux de créances et bordereau Dailly », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, septembre-octobre 1993, p. 202.

l'exigence de spécialité quant à la créance garantie. En revanche, concernant les biens grevés, le texte est ambigu. Le contrat doit mentionner, à peine de nullité, la valeur des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire ainsi que les mentions, qui doivent être contenues dans tous les contrats de fiducie, énumérées par l'article 2018 du Code civil. Au titre de ces mentions, qui n'ont pas été spécialement rédigées pour la fiducie-sûreté, figure la détermination des biens, mais le texte précise que si les biens sont futurs, ils doivent être, simplement, déterminables[596]. Le texte ne doit pas être interprété de manière plus lâche que pour toute autre sûreté réelle. Il n'y a aucune raison de déroger, pour le cas de la fiducie-sûreté spéciale au principe de spécialité quant au bien qui impose, dès lors que la sûreté réelle consacre une atteinte à la liberté patrimoniale du débiteur, l'obligation de d'individualiser les biens qui forment l'assiette de la sûreté.

B) *De lege feranda*, l'admissibilité d'une sûreté réelle flottante

167. Vers la reconnaissance d'une sûreté flottante. Le principe de spécialité n'a, cependant, vocation à s'appliquer qu'autant que la sûreté réelle porte atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant, soit qu'elle nuise à l'obtention de concours bancaires postérieurs, soit qu'elle entrave la circulation de ses biens. Or, la *floating charge* de droit anglais combine l'existence de la sûreté réelle et l'absence d'atteinte à l'autonomie patrimoniale tant que la sûreté réelle n'est pas cristallisée. Aussi, il serait possible d'offrir en droit français la possibilité aux parties, en relation d'affaires, de concéder une sûreté réelle générale, sous réserve de quelques adaptations. Evidemment, une telle sûreté est d'une efficacité bien moindre. Certaines solutions, admises avant la réforme, qui semblaient déroger au principe de spécialité (1°) ne sont, d'ailleurs, que les signes avant-coureurs de la reconnaissance en droit français d'une sûreté flottante qui pourra être ébauchée (2°).

[596] La Cour de cassation a admis antérieurement à la réforme le nantissement de créances sous condition de leur suffisante déterminabilité, Cass. civ. 1ère, 20 mars 2001, *BC*, I, n°76, *D.* 2001, JP, 3110, note L. AYNES. Le fiduciant pourrait ainsi transférer toutes les créances contre un débiteur résultant d'un contrat d'approvisionnement exclusif pendant une période spécifique, les créances résultant d'un courant d'affaires avec un tiers que le cédant s'engage à faire naître, ou les créances de l'entreprise pendant une certaine durée déterminée à concurrence d'un certain montant… Pour ces exemples, Cl. FERRY, « La cession de flux de créances en droit commun », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, septembre-octobre 1993, p. 199. Voir en Droit suisse, la fiducie fait l'objet d'un traitement différencié selon qu'elle porte ou non sur des créances. Le principe de spécialité est écarté pour la seule cession fiduciaire de créances, N. IYNEDJIAN, *Les sûretés globales*, thèse, Lausanne, Editions Schulthess Zurich, 1999, p. 182, car il n'y a pas lieu d'appliquer les règles du droit réel à la cession de créance à titre de garantie dès lors que la « cession constitue exclusivement une institution de droit des obligations ».

1°) Les dérogations apparentes au principe de spécialité

168. Annonce. Le principe de spécialité n'a vocation à s'appliquer qu'autant que la sûreté réelle est un acte qui porte atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant en rendant plus difficile l'obtention de nouveaux concours bancaires et complique l'aliénation des biens du débiteur. Dans ce cas, le créancier accepte de prendre en charge le risque de l'autonomie patrimoniale du constituant de la sûreté et la sûreté réelle peut être générale. Evidemment, cette sûreté réelle est d'une efficacité bien moindre que la sûreté réelle spéciale, car elle pèse moins sur le constituant ; le créancier conserve tout de même l'avantage sur les créanciers chirographaires. La sûreté réelle sur les accessoires d'un bien grevé à titre principal (a) ainsi que la sûreté réelle sur compte en cours de fonctionnement (b) sont des sûretés générales prémisses de l'adoption en droit français d'une sûreté réelle flottante.

a) La sûreté réelle sur les accessoires du bien grevé à titre principal

169. Annonce. Le nantissement de fonds de commerce et l'hypothèque immobilière ne portent pas atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant sur les accessoires du fonds de commerce (α) et les immeubles par destination accessoires de l'immeuble hypothéqués (β). Le principe de spécialité est alors écarté.

α) Le nantissement de fonds de commerce

170. L'effet d'enveloppe. En dépit de la constitution de la sûreté réelle, celui qui constitue un nantissement de fonds de commerce peut, sans gêne, aliéner les biens accessoires au fonds de commerce affecté en garantie à titre principal et même constituer postérieurement une sûreté réelle spéciale sur ces biens accessoires sans que le créancier titulaire de la sûreté spéciale postérieure ne vienne en concours avec le créancier titulaire de la sûreté réelle générale. Le constituant de la sûreté réelle peut, par ailleurs, disposer en toute liberté de ces biens accessoires. Le corollaire de l'autonomie patrimoniale du constituant est d'échapper au principe de spécialité lors de la constitution de la sûreté réelle : les biens accessoires n'ont pas besoin d'être déterminés lors de la constitution de la sûreté réelle. La sûreté réelle porte ainsi sur un ensemble de biens présents et à venir. Pour expliquer ce phénomène, la doctrine use de la notion d'universalité. En effet, l'universalité est recherchée dès lors que l'on souhaite autoriser, à la fois, la sortie de l'assiette de la sûreté aux biens qui la composent et l'ouvrir aux biens nouvellement acquis par le titulaire, car la

principale vertu de l'universalité est, dit-on, de créer un « effet d'enveloppe ». L'universalité semble alors permettre de contourner le principe de spécialité car la sûreté réelle porte sur un ensemble de biens, le contenant, et non sur chacun des biens formant le contenu de l'universalité. Cependant, la lecture de l'article L 142-2 du Code de commerce témoigne l'originalité de l'objet du nantissement de fonds de commerce et l'autonomie patrimoniale du débiteur suffit à elle seule à expliquer que le principe de spécialité soit écarté.

171. La qualification d'universalité du fonds de commerce. En effet, « à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement de fonds de commerce ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ». Ces éléments constituent, donc, l'essence même du fonds de commerce. Leur regroupement permet leur exploitation patrimoniale à titre de sûreté[597]. Ainsi, l'ensemble forme, à coup sûr, un bien distinct des éléments qui le composent. A ce titre, l'assiette du nantissement de fonds de commerce est différente de l'assiette du gage de troupeau ou de bibliothèque ou encore du nantissement de compte d'instruments financiers : une bête, un livre, un instrument financier peuvent être, à titre individuel, affectés en garantie. L'utilité de la reconnaissance de l'assiette du nantissement du fonds de commerce, en tant qu'universalité, n'est donc pas de faire naître un « effet d'enveloppe », il s'agit essentiellement de permettre une affectation qui n'aurait pas été possible sans la reconnaissance du fonds de commerce. Quant à la modification des biens grevés par le nantissement de fonds de commerce, elle n'est pas essentielle à la reconnaissance de la qualification d'universalité de fait, d'autant que les marchandises sont exclues de l'assiette du nantissement de fonds de commerce[598].

172. La modification et l'aliénation des éléments principaux. Seule l'aliénation du fonds de commerce confère un droit de suite au créancier. En revanche, les accessoires du fonds de commerce nanti circulent librement. L'explication repose sur le caractère accessoire des biens grevés et aliénés. Il n'est pas utile de recourir à la qualification d'universalité. En effet, le maintien de l'assiette de la sûreté indépendamment de la modification des éléments composant l'universalité ne

[597] En pratique, l'affectation du droit au bail en nantissement est généralement prohibé dans le contrat de bail, sauf lorsque cette affectation intervient dans le cadre du nantissement du fonds de commerce. Voir également Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Montchrestien, 9ème éd., 2007, n°302 : « On peut nantir le fonds de commerce mais le nantissement d'un nom commercial ou d'un droit au bail est impossible ; il faut que ces droits soient englobés dans un fonds de commerce, pour qu'il devienne possible de les nantir, au travers du nantissement de l'ensemble du fonds ».

[598] Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, 10ème éd., 2010, n°704.

se constate qu'à propos des éléments accessoires du fonds de commerce, alors que la modification[599] d'un élément principal ne laisse pas subsister le fonds de commerce. Ainsi, le fonds disparaît, notamment en cas de changement d'activité, sauf le cas de la subrogation réelle spécialement organisée par l'article L 145-50 du Code de commerce[600], et la disparition du fonds de commerce entraîne l'extinction de la sûreté. Il ne peut donc être question, s'agissant des éléments essentiels du fonds, d'un effet d'enveloppe. Car lorsque les modifications portent sur des éléments principaux du fonds, ce n'est pas la permanence de l'assiette qui est observée mais sa disparition. Ainsi, lorsque les éléments essentiels formant le fonds de commerce sont aliénés, le créancier est titulaire d'un droit de suite. Cependant, certains biens accessoires du fonds (matériel et outillage, brevets d'invention, licences, marques….)[601], peuvent être cédés et remplacés, et c'est là que l'on peut localiser le fameux « effet d'enveloppe » ; de nouveaux biens, accessoires, peuvent, même, intégrer l'universalité sans qu'il soit besoin d'invoquer un quelconque renouvellement.

173. La liberté du constituant au regard des éléments accessoires du fonds de commerce nanti. En effet, en dépit du nantissement du fonds de commerce, le constituant demeure libre d'aliéner les biens accessoires du fonds nanti, dès lors que la cession ne met pas l'activité en péril. Le droit de suite du créancier nanti est exclu lorsque la vente porte sur des éléments isolés, corporels ou incorporels[602]. Il n'est pas nécessaire que la cession soit fondée sur une obligation de conservation,

---

599 La modification doit être substantielle : le nantissement s'étend, à l'expiration du bail initial, au bail renouvelé, Paris, 19 juin 1924, *DP,* 1924, II, 129, note H. LALOU.

600 Un changement « total » d'activité (déspécialisation plénière) du débiteur aboutit, juridiquement et économiquement, à la disparition du fonds de commerce et à la création d'un autre fonds de commerce (J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°991; A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005, n°74165 ; L. RUET, *Les baux commerciaux*, Defrénois, 2ème éd., 2006, n°250). Dans le régime antérieur à la loi du 16 juillet 1971, le nantissement portant sur le premier fonds de commerce disparaissait avec le fonds d'origine (A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 2ème éd., 1948, n°1185). Les conséquences de la déspécialisation pouvaient être atténuées par une demande en justice des créanciers inscrits visant à obtenir une promesse de nantissement sur le nouveau fonds, B. BOCCARA, « La loi n°71-585 du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux », *JCP éd. G*, 1972, I, 2445, n°38. Pour sauvegarder les droits des créanciers, la loi du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux a prévu le report du nantissement initial sur le nouveau fonds créé (article L 145-50 C. com), A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005, n°74165 ; L. RUET, *Les baux commerciaux*, Defrénois, 2ème éd., 2006, n°252.

601 Cass. civ. 17 juin 1918, *S*., 1922, I, 313, note H. ROUSSEAU : « Attendu que, […], le fonds de commerce, considéré comme universalité juridique susceptible d'être donnée en nantissement dans les formes prescrites par la loi, comprend essentiellement l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage ; qu'en effet, les autres éléments corporels ou incorporels, énumérés par l'article 9, ne peuvent être compris dans le même nantissement que moyennant une désignation expresse et précise dans l'acte constitutif, et, par conséquent, à titre d'accessoires des éléments principaux et essentiels du fonds ci-dessus mentionnés […] ».

602 Trib. com. Charleville, 29 août 1951 : « Attendu que le droit de suite ne peut s'exercer dans toute sa plénitude qu'en tant qu'il vise le fonds considéré en bloc et aliéné à titre d'universalité juridique ; - qu'un créancier ne peut suivre son gage entre les mains d'un tiers détenteur , […], que si ce droit de suite s'applique à l'universalité juridique du fonds envisagé in globo ; qu'une jurisprudence constante refuse le droit de suite au créancier nanti lorsque ce droit ne tend à s'exercer que sur certains éléments […] », *JCP* 1952, II, 7037, note A. COHEN, *RTDCom.* 1952, p. 69, obs. A. JAUFFRET ; Rouen, 14 novembre 1908, *D.* 1911, 2, 313, note J. PERCEROU ; Cass. com., 5 novembre 1963, *BC* III, n°460 (pour une cession de droit au bail) ; Cass. req. 22 avril 1913, *D.* 1913, 1, p. 225, note FEUILLOLEY ; *S.*

elle est liée à une décision de gestion sur laquelle le créancier inscrit n'a aucun droit de regard[603]. Ce faisant l'opération pour le créancier est incertaine : il ne sait pas, au jour de la constitution, quels seront les éléments accessoires qui composeront l'assiette de sa garantie au jour de l'exécution de la sûreté. L'affectation des éléments accessoires du fonds de commerce porte sur un ensemble fluctuant de biens dont la composition ne sera définitivement fixée qu'au jour de l'exécution de la sûreté.

174. L'intégration dans l'assiette de la sûreté des biens accessoires postérieurement acquis par le constituant. Corrélativement, l'assiette du nantissement s'étend au matériel nouvellement acquis, qu'il intervienne en remplacement ou en supplément du matériel existant au jour de l'affectation. Les nouveaux biens accessoires, acquis font partie intégrante du fonds de commerce[604], et partant de l'assiette du nantissement, sans qu'il soit besoin d'invoquer la subrogation[605] ou l'accession[606]. Il n'y a que dans le cas où les éléments acquis formeraient une nouvelle exploitation distincte de l'activité initiale qu'il y aurait lieu d'exclure ces éléments du fonds de commerce initial. Ces éléments, accessoires du fonds, bien qu'ils n'existent pas ou n'appartiennent pas encore au constituant au jour de l'affectation, s'agrègent au fonds de commerce nanti, élément principal, en application de la maxime *Accessorium sequitur principale*. La technique de l'accessoire justifie qu'indépendamment du remplacement d'un bien par un autre, les éléments accessoires acquis par l'exploitant entrent dans

---

1917, I, p. 113, note E. NAQUET ; Versailles, 4 juin 1992, *JCP éd. E* 1993, I, 268, n°23, obs. Delebecque ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°979.

603 J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, n°974 ; A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 2ème éd., 1948, n°950 : « Le trait le plus caractéristique du nantissement organisé par la loi de 1909 est qu'il n'entraîne aucune dépossession du fonds de commerce au détriment du débiteur, en sorte que celui-ci peut en continuer l'exploitation malgré sa mise en gage. Ce droit du débiteur ne souffre, en principe, aucune restriction. Le créancier ne possède, en cette seule qualité, aucun droit de contrôle, ni, à plus forte raison, aucun droit d'immixtion dans l'administration du fonds grevé ».

604 Pour les éléments apparus depuis le nantissement de fonds de commerce, E. GARAUD, *JClass. Comm.*, « Fonds de commerce. Nantissement », fasc. 209, 2006, n°30 : « Toutefois, il est permis de considérer que le législateur, pour répondre aux besoins du crédit commercial, a voulu mettre au point une garantie dont l'assiette n'est pas figée mais porte sur un ensemble évolutif de valeurs. Dès lors, il n'y aurait pas lieu d'introduire une distinction fondée sur la date à laquelle les biens composant le fonds sont apparus : tous seraient absorbés dans le nantissement, même quand ils sont créés ou acquis après coup par le débiteur ».

605 Pour ce rapprochement, Ch. LYON-CAEN, note sous Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1916, I, 5 ; *Contra*, A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 2ème éd., 1948, n°948 ; L. CREMIEU, « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Rev. fonds com.* 1935, p. 317 : « Les fluctuations qui *se produisent dans le contenu restent sans effet sur le contenant*. Il faut voir là l'application de la notion de subrogation réelle qui n'est elle-même qu'une manifestation de l'idée d'affectation […]. Il en résulte, d'une part, que le privilège du vendeur du fonds de commerce porte sur toutes les marchandises existant dans le fonds au moment où ce privilège est exercé […] ».

606 Certains admettent « que l'adjonction de l'un des ces éléments (par ex., le droit au bail) n'est pas grevé par le nantissement lorsqu'il est apparu dans le périmètre du fonds après constitution de la sûreté », A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005, n°73.131, exposant l'opposition doctrinale et citant, pour cette position, A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 2ème éd., 1948, n°939 et 948, Cass. civ., 21 juillet 1937, *DP* 1940, I, p. 17, note P. VOIRIN ; J. DERRUPPE, *Rép. com. Dalloz*, V° « Nantissement de fonds de commerce », janvier 2000, n°43, alors que d'autres (not. A. LEVI, *in Lamy droit commercial*, 2009, n°776) estiment que l'élément nouveau doit être inclus dans l'assiette du gage par accession.

l'assiette du nantissement. La mobilité de l'assiette du nantissement ne s'observe qu'à l'égard des éléments accessoires du fonds de commerce, la maxime *Accessorium sequitur principale* suffit alors à expliquer le mouvement qui anime l'universalité, tout comme elle permet de conjuguer le maintien de l'affectation hypothécaire et la liberté d'aliéner les immeubles par destination accessoires de l'immeuble hypothéqué.

175. La préservation de la liberté du constituant quant aux accessoires du fonds de commerce. Dans le nantissement du fonds de commerce, il y a donc une double sûreté réelle[607]. Une sûreté spéciale qui porte sur le fonds de commerce en principal, organisé sur le modèle de l'hypothèque immobilière[608] : le fonds de commerce nanti doit être individualisé dans le titre de sûreté[609]. En revanche, les accessoires du fonds de commerce sont l'objet d'une sûreté générale car le constituant est libre de les aliéner à sa guise sans subir aucune contrainte. Les éléments accessoires doivent être désignés dans l'acte constitutif du nantissement (L 142-2 al. 3ème du Code de commerce), mais il suffit seulement d'indiquer la mention de la catégorie à laquelle appartiennent ces éléments accessoires (le mobilier, le matériel, l'outillage, les brevets, les licences…) pour que tous les éléments compris dans cette catégorie au jour de l'exécution de la sûreté entrent dans l'assiette de la sûreté[610]. Les formalités requises lorsqu'il s'agit d'affecter à titre individuel les éléments accessoires n'ont pas à être respectées lorsque l'affectation est générale et qu'elle intervient à titre accessoire d'une

[607] Sur l'idée d'une dualité de la sûreté réelle, voir A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse Paris I, 2007.

[608] Ph. THERY, p. 316.

[609] S. REZEK, « Du principe de spécialité des inscriptions grevant un fonds de commerce », *JCP, éd. N*, 2004, 1401, p. 1294.

[610] Une jurisprudence, qui n'émanait que des tribunaux et cour d'appel, prônait l'obligation d'énumérer les biens grevés individuellement dans le titre constitutif (Trib. Civ. Lyon 30 juin 1911 et T. com. Marseille 22 juillet 1912, *D.* 1914, II, 95 ; T. com. Lyon 17 avril 1912, *Journal des faillites*, 1912, p. 454 ; CA Bourges, 5 novembre 1913, *D.* 1914, II, 142 et l'observation critique qui indique que la loi prescrit une indication précise des éléments du fonds de commerce, « c'est-à-dire des éléments *in globo* », il n'est nullement nécessaire de détailler article par article les éléments. A suivre l'opinion, retenue, alors, par la jurisprudence, la plupart des nantissements devraient faire l'objet d'une annulation car, en général, on n'établit pas un inventaire de tous les éléments compris dans le matériel. Cette jurisprudence fut renversée, T. Com. Cherbourg, 6 janvier 1922, *Gpal.,* 1922, I, 369, pour un nantissement de fonds de commerce sur le point de savoir si le matériel et l'outillage bien que non détaillés doivent être compris dans l'assiette du nantissement. Réponse du Tribunal : « Attendu qu'il n'est pas nécessaire, pour que le nantissement leur soit applicable, que le matériel et l'outillage aient été inventoriés et désignés article par article dans l'acte qui confère le privilège et dans l'inscription qui le concerne ; que ni les mots « désignation expresse et précise », employés par l'article 9 de la loi du 17 mars 1909, ni les termes « seraient nommément désignés », contenus dans l'article 24, n'impliquent pareille nécessité ; qu'il suffit, pour remplir le vœu de la loi, d'indiquer, c'est-à-dire de nommer, dans son ensemble, l'élément corporel qu'on veut atteindre ; que ce serait ajouter au texte de la loi que d'exiger, en plus de la désignation dudit élément, l'énumération des objets qui le composent ; que cette énumération serait d'ailleurs illusoire, à cause du renouvellement continuel que subissent le matériel et outillage, des augmentations ou retranchements qui y sont faits […] » ; CA Orléans, 5 décembre 1919, *GPal.* 1920, 1, 569, *S.* 1920, 2, 127 : « Attendu que le législateur, en employant le mot « nommément » a voulu que l'élément soit désigné en un terme générique, et non pas en énumérant un à un tous les objets faisant partie de cet élément ; - Attendu que, lorsque le nantissement frappe le matériel, il n'est pas nécessaire de l'inventorié ; que le privilège frappe tous les objets composant ce matériel, même ceux qui y ont été ajoutés postérieurement ; qu'il n'est pas plus nécessaire, pour que le nantissement soit valable, de désigner les objets de l'élément nanti qu'il n'est nécessaire au nantissement de la clientèle de désigner chacun des clients […] ».

affectation principale, seule spéciale[611]. Ainsi, bien que le matériel soit compris dans un nantissement de fonds de commerce régi par la loi du 17 mars 1909, les dispositions de la loi du 18 janvier 1951 relatives au nantissement spécial sur le matériel ne sont pas applicables[612]. Seule l'individualisation du fonds dans le titre est nécessaire, et non celle de ses éléments accessoires, car seule la libre circulation du fonds de commerce est entravée par l'existence de la sûreté à raison du droit de suite reconnu au créancier. Il y a, donc, dans le nantissement de fonds de commerce une combinaison d'une sûreté réelle spéciale et d'une sûreté réelle générale mais le mouvement qui anime le nantissement ne s'explique pas par l'universalité mais parce que le constituant conserve toute liberté de gestion quant aux accessoires du fond.

β) Les immeubles par destination, accessoires de l'immeuble hypothéqué

176. Liberté patrimoniale du constituant sur les immeubles par destination[613]. Les immeubles par destination sont compris dans l'affectation hypothécaire de l'immeuble au service duquel ils sont affectés[614]. Ils intègrent l'assiette de la sûreté[615] sans avoir à être individualisés lors de la constitution de l'hypothèque, car ce sont des accessoires de l'immeuble[616] principal affecté. La maxime *Accessorium sequitur principale* justifie la solution. Là encore, le créancier est tributaire des actes d'aliénation réalisés par le constituant de l'hypothèque. Celui-ci, « libre administrateur de ses biens »[617], cède, sans

---

611 Exclusion de la mise en possession lorsque le nantissement porte sur des marchandises du fonds de commerce (à propos d'un nantissement relevant de la loi de 1898 qui admettait, alors, l'incorporation des marchandises dans l'assiette de la sûreté) : la loi ne distinguait « pas entre les divers éléments dont se compose le fonds, et qu'il y a lieu d'y comprendre les marchandises soit existant au moment où le nantissement a été constitué, soit neuves ou renouvelées depuis, sans les soumettre, à raison de leur caractère corporel, à la nécessité d'une mise en possession », Cass. civ. 31 octobre 1906, Laure c/Liquidation judiciaire Mollié, *DP* 1906, I, 528.

612 Cass. com. 23 novembre 1999, *BC*, IV, n°209 : « […] le prêt consenti à la société était garanti par un nantissement sur le fonds de commerce exploité par la société, et régi par la loi du 17 mars 1909, ce dont il résulte que les dispositions de la loi du 18 janvier 1951 relatives au nantissement spécial sur le matériel n'étaient pas applicables ». L'affectation du matériel, soumise, lorsque le matériel est le principal de l'affectation, au respect des dispositions de la loi du 18 janvier 1951, en est exonérée lorsque le matériel est affecté à titre d'accessoire d'un fonds de commerce.

613 Les immeubles par destination sont les meubles sont placés sur le fonds par le propriétaire de l'immeuble pour le service et l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale du fonds (les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences…).

614 Le propriétaire de l'immeuble doit être propriétaire des meubles, Cass. civ. 3ème, 5 mars 1980, *BC*, III, n°51.

615 Ch. LYON-CAEN, note sous Cass. req. 10 mars 1915, *S.*, 1916, I, 5.

616 Article 2397-1° du Code civil. On voit, là encore, la manifestation d'une universalité de fait, R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz, V°* Biens, 2009, n°201.

617 Cass. req. 21 novembre 1894, *DP,* 1895, I, 277 : « Les immeubles par destination ne conservent ce caractère qu'aussi longtemps qu'ils continuent de rester attachés au fonds dont ils forment une dépendance ; que, lorsque le propriétaire, libre administrateur de ses biens, les déplace, soit pour les vendre, soit pour en disposer de toute autre manière, ils cessent d'être soumis à l'hypothèque, sauf le cas d'un acte de disposition frauduleux qui ouvrirait au créancier hypothécaire l'action paulienne. »; *Répertoire alphabétique du droit français*, t. 23, 1900, *V° «* Hypothèque », n°161; J. MESTRE, *JClass. Civ.*, art. 2118, fasc. E, *V° «* Hypothèques. Biens et droits susceptibles d'hypothèques »,

contrainte, les immeubles par destination de l'immeuble hypothéqué, ce qui fragilise la garantie sur les accessoires. La vente isolée des immeubles par destination suffit à mettre un terme à leur affectation sans que le créancier ne puisse faire valoir un quelconque droit sur les accessoires vendus, et ce, alors même, que l'hypothèque est publiée. Le droit de suite du créancier inscrit n'affecte que le fonds principal ; le constituant conserve sa liberté d'aliéner les immeubles par destination et d'en appréhender la valeur, sauf le cas où la cession des accessoires porte atteinte à la valeur du principal, mais alors, peut-on répondre, de tels éléments ne sont plus des accessoires, ils constituent des éléments principaux[618]. Lorsque la sûreté réelle porte sur un compte en cours de fonctionnement, là encore, la sûreté réelle consentie ne constitue pas une contrainte pour le constituant dont l'autonomie patrimoniale reste intacte et le principe de spécialité n'a pas à être respecté.

b) Le nantissement de compte en cours de fonctionnement

177. Le nantissement de solde de compte de dépôt en cours de fonctionnement ou de compte courant. Le nantissement de compte permet une affectation de toutes les créances inscrites en compte alliée à une liberté d'en disposer conservée par le titulaire du compte. Que la sûreté soit un nantissement de solde de compte de dépôt, de compte courant, la liberté des mouvements du compte implique que le créancier accepte l'évolution de l'assiette de la sûreté, à la hausse comme à la baisse. Ce qui importe n'est pas tant que l'objet grevé soit un ensemble de créances agglomérées ou une créance de solde de compte, mais bien plus la liberté de fonctionnement du compte. La sûreté sur compte en cours de fonctionnement impose au créancier l'aléa de la consistance de l'actif au jour de la saisie. Elle ne contraint pas le constituant de la sûreté réelle qui demeure libre d'effectuer, sans aucune gêne, tous les mouvements sur le compte nanti.

1983, n°49. Un arrêt semble admettre le droit de suite du créancier hypothécaire sur des immeubles par destination vendus séparément des immeubles par nature, Cass. com. 18 mai 1978, *BC* IV, n°138, cité notamment par Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4ème éd., 2010, n°141, note de bas de page n°52. L'arrêt de Cour d'appel est cassé car les juges n'ont pas recherché si « les créanciers hypothécaires avaient, en laissant procéder à la vente séparée des immeubles par nature, renoncé sans équivoque, à se prévaloir de leur droit de préférence sur les immeubles par destination vendus séparément ». Mais la solution peut s'expliquer par le fait que les immeubles par destination n'ont pas été affectés à titre d'accessoires des immeubles par nature. En effet, l'acte d'affectation précisait que l'hypothèque était constituée sur « les immeubles à usage industriel […] ainsi que sur les biens meubles immobilisés par destination dont l'énumération était donnée dans les constitutions d'hypothèque ». Les parties avaient, donc, entendu affecter, à titre principal, les éléments accessoires.

618 Voir les cas où la cession d'un élément isolé équivaut à l'aliénation du fonds de commerce (cession de clientèle ou d'un élément déterminant de son existence), A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005, n°74173. Il est prévu une procédure obligeant le créancier saisissant d'un élément isolé à notifier les poursuites aux créanciers inscrits quinze jours au moins avant la date de notification de la saisie. Les créanciers nantis peuvent, alors, requérir la vente totale du fonds, dès lors qu'ils considèrent que l'élément cédé n'est pas accessoire mais constitue, au contraire, un élément essentiel du fonds de commerce.

178. Limitation de l'effet d'enveloppe à l'affectation en garantie d'un compte en cours de fonctionnement. L'effet d'enveloppe, l'intégration d'éléments à venir dans l'assiette de la sûreté, se produit lorsque la sûreté porte sur un compte. A la manière d'une universalité[619], le compte est immuablement grevé, alors même que son contenu est soumis à variation. D'une manière générale, le nantissement de compte, en cours de fonctionnement, permet d'affecter en garantie une assiette variable, alors que l'affectation d'un compte bloqué[620] est équivalente à l'affectation du contenu du compte. Dans ce dernier cas, le recours à la notion de compte est superflu : le compte « arrêté », en son état actuel, est l'équivalent de la créance de solde. En revanche, la réduction à une créance de solde de compte, lorsque le compte est un compte de dépôt, ne permet pas de saisir le fonctionnement du compte, le mouvement qui l'anime. Le droit n'appréhende le nantissement du compte de dépôt en cours de fonctionnement que lorsque le compte se fige, sous forme d'un nantissement de créance future, celle de la créance de solde à venir ; comme si tant que la créance de solde n'était pas née, l'assiette du nantissement, inexistante, était en devenir. Pourtant, il y a bien un objet actuel au nantissement de compte en cours de fonctionnement : le compte courant et le compte de dépôt réalise, à la manière d'une *floating charge*, une affectation générale de toutes les créances du titulaire du compte à l'encontre du teneur de compte. Mais cette affectation générale ne prive pas pour autant le constituant de la sûreté de son autonomie patrimoniale. L'assiette de la sûreté varie au rythme des remises et retraits, et le créancier peut à tout moment s'informer de l'état de l'assiette de sa sûreté[621]. L'affectation d'un compte en cours de fonctionnement présente, certainement, une originalité ; elle n'est pas réductible à la créance de solde, même à venir. La sûreté sur compte en cours de fonctionnement laisse le titulaire libre de disposer l'assiette de la garantie accordée au créancier ; alors que le compte bloqué lui retire cette liberté.

179. La variabilité de l'assiette du nantissement de solde de compte de dépôt. Le nantissement du solde du compte de dépôt est l'affectation de la créance de restitution de la banque à l'égard de son

---

[619] Pour la qualification d'universalité de fait, N-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 2008.

[620] La commission de réforme avait, d'ailleurs, proposé d'inscrire dans le Code civil, une définition du nantissement de compte bloqué, autrement appelé nantissement de monnaie scripturale : « C'est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom par un établissement habilité à les recevoir ». Le texte de loi n'a pas repris cette proposition. Les incertitudes ayant cours avant la réforme sur la qualification, et donc le régime, d'une telle garantie perdurent (gage ou transfert de propriété à des fins de garantie ?), voir D. LEGEAIS, n°521.

[621] L431-4 I, *in fine* Code mon. fin. : « Le créancier gagiste peut obtenir, sur simple demande au teneur de compte, une attestation de nantissement de compte d'instruments financiers, comportant l'inventaire des instruments financiers et sommes en tout monnaie, inscrits en compte gagé à la date de délivrance de cette attestation » ; L 527-5 C. com : « Le créancier peut, à tout moment et à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés » ; L 527-7 al. 1er C. com : « Le débiteur tient à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations le concernant ».

client[622] dont seul le montant est à déterminer. L'assiette de la sûreté, pendant le cours de la sûreté, est appelée à subir des variations. Il est possible que le compte s'accroisse de remises postérieures à l'affectation en garantie. Ces remises viendront grossir l'assiette de la garantie, formée par le compte. Les créances qui entrent en compte, postérieurement à la constitution du nantissement, sont autant de remises qui augmentent l'assiette de la sûreté. Corrélativement, l'assiette de la sûreté s'amenuise au fur et à mesure des retraits effectués par le constituant. La variabilité de l'assiette caractérise, également, le nantissement du solde, éventuellement créditeur, du compte courant.

180. La variabilité de l'assiette du nantissement de solde de compte courant. Le nantissement de solde de compte courant permet, également, l'affectation de toutes les créances à venir du constituant à l'égard d'une autre personne avec qui elle travaille en compte. En raison du principe d'affectation générale[623], le compte est alimenté par l'entrée successive de toutes les créances dont les correspondants sont titulaires l'un à l'égard de l'autre. Le constituant est, *de facto*, autorisé dans le nantissement de compte courant à disposer de l'assiette de la sûreté, sans subir aucune contrainte : toutes les dettes qu'il inscrira au débit de son compte viendront diminuer les créances dont il est titulaire à l'égard de son correspondant. Aussi, l'affectation est générale[624], mais il n'y a rien là qui soit contraire au principe de spécialité ; elle se justifie à raison de la liberté de disposer reconnue au constituant. Les créances s'éteignant au fur et à mesure de leur entrée en compte, le mécanisme permet de gommer, en apparence, la généralité de l'affectation, mais il n'est nullement nécessaire de recourir à la notion d'universalité pour concevoir la sûreté réelle générale. En réalité, l'affectation de la créance de solde à venir de compte courant est une affectation générale des créances d'un correspondant à l'égard de l'autre[625] permettant à celui qui constitue l'affectation d'en disposer à raison des dettes qu'il contracte à l'égard de l'autre correspondant. Une telle sûreté ne porte pas atteinte à l'autonomie patrimoniale du constituant.

---

[622] H. SYNVET, « Le nantissement de compte », *Droit et patrimoine,* juillet/août 2007, p. 62.

[623] « L'entrée en compte concerne toutes les créances des parties. C'est le principe d'affectation générale des créances, encore appelé principe de la généralité du compte qui postule que chaque partie s'engage à faire entrer en compte les créances dont il est titulaire à l'encontre de son cocontractant », Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°342, b), 2.

[624] D. R. MARTIN souligne que le nantissement de compte courant est dérogatoire à la règle de la spécialité car le solde du compte courant a vocation à devenir alternativement positif et négatif. A chaque apparition d'un solde créditeur, une nouvelle créance apparaît. Ainsi le nantissement de solde de compte courant se trouverait caduc à chaque fois que le solde deviendrait débiteur en raison de la disparition de l'assiette, « De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi) », *RDBF*, mars/avril 2006, p. 43, n°12.

[625] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°333, pour la définition du compte courant : « Le compte courant est un contrat par lequel les parties décident de faire entrer en compte toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce qu'elles soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire ».

181. La liberté de fonctionnement des comptes affectés en garantie. De même, lorsque l'objet de la sûreté est un compte en cours de fonctionnement dont le constituant conserve l'entière maîtrise. Toutes les créances inscrites en compte forment l'objet de la sûreté. Le constituant reste, entièrement, libre de disposer des créances en contractant des dettes à l'égard de son correspondant. La constitution du nantissement de créance de solde de compte exige que la créance, objet de la sûreté, soit individualisée. Cette exigence n'est qu'une apparence de spécialisation dès lors que ce sont toutes les créances inscrites en compte qui forment l'assiette de la sûreté et que nul n'en connaît l'identité. Elles sont indéterminées lors de la constitution puisque l'on connaît seulement l'identification du compte et des correspondants du compte. Le nantissement de compte en cours de fonctionnement est un nantissement général et non spécial. Le créancier, titulaire de la sûreté réelle, assume le risque de l'autonomie patrimoniale du constituant de la sûreté réelle.

2°) L'ébauche de la sûreté flottante générale

182. La relation entre le caractère flottant de la sûreté et la généralité. Ainsi, il serait parfaitement possible d'envisager l'introduction en droit français d'une sûreté réelle générale qui s'apparenterait, de loin, à la *floating charge*. Cette sûreté générale flottante serait certainement moins efficace que la sûreté réelle spéciale traditionnelle, mais elle s'adapterait parfaitement au crédit global d'exploitation. Elle nuirait nécessairement aux créanciers chirographaires, mais le principe de spécialité n'est pas fondé sur la protection des créanciers chirographaires mais sur la préservation de l'autonomie patrimoniale du constituant de la sûreté réelle. La sûreté réelle flotterait sur la catégorie visée dans le contrat de sûreté (meubles d'exploitation, créances d'exploitation…) jusqu'au jour où, à l'image de la sûreté réelle anglaise, elle se cristalliserait. Cependant, alors que les biens acquis postérieurement à la cristallisation, en droit anglais, entrent dans l'assiette de la sûreté réelle devenue *fixed,* la cristallisation devrait mettre un terme à l'entrée de nouveaux biens dans l'assiette de la sûreté réelle. Elle fixerait l'assiette de réalisation de la sûreté. La sûreté réelle flottante française se distinguerait encore de la *floating charge*. En effet, on a relevé l'analogie entre les sûretés réelles qui dérogeaient soi-disant au principe de spécialité et la *floating charge*. On déduit du pouvoir du débiteur de gérer librement ses actifs que les « biens objets de la charge ne sont pas affectés au paiement du créancier » [626]. Cette « liberté » qui est le principe dans la *floating charge* conduit, alors, à n'identifier dans le droit du

[626] A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, Paris , 2007, n°345.

créancier titulaire de la *floating charge* qu'un droit personnel[627]. Il est vrai qu'apparemment le constituant reste libre de disposer de ses biens, pourtant il est bien privé de cette liberté. La privation de liberté plane sur le constituant attendant le moment propice pour s'abattre sur lui et se « faire sentir ». Le constituant est aux mains du créancier bien que la sûreté soit flottante. En droit français, le constituant de la sûreté réelle demeure libre de disposer de ses biens ; la sûreté réelle constitue seulement une gêne, qui pèse sur la liberté du constituant demeuré libre, que le principe de spécialité vise à limiter.

183. La supériorité de la sûreté réelle spéciale sur la sûreté réelle générale. Evidemment, l'absence de contrainte exercée sur le débiteur serait la contrepartie d'une efficacité moindre de la sûreté flottante. Dès lors qu'elle laisserait le constituant libre de ses activités patrimoniales, elle lui laisserait l'opportunité de consentir des sûretés réelles spéciales. La sûreté réelle spéciale bénéficierait, alors, d'une supériorité sur la sûreté générale flottante bien qu'elle ait été consentie postérieurement : la sûreté réelle spéciale serait prioritaire sur la sûreté réelle flottante. En effet, le titulaire de la sûreté réelle spéciale n'entend pas, quant à lui, assumer le risque des actes de disposition du constituant. L'étendue de l'assiette de la sûreté réelle serait, ainsi, inversement proportionnel à l'efficacité de la sûreté réelle. La sûreté réelle générale passerait après la sûreté réelle spéciale postérieure. En revanche, elle pourrait porter sur l'ensemble de l'actif du constituant ou une catégorie des biens du constituant, que ces biens soit présents ou à venir, puisqu'ils ne seraient pas nécessaires de les désigner individuellement dans le titre constitutif de la sûreté réelle. La sûreté réelle spéciale serait celle qui contraindrait le constituant de la sûreté réelle mais dont l'assiette de réalisation serait fixée au jour de la constitution de la sûreté réelle ; tandis que la sûreté réelle flottante ne contraindrait pas le constituant de la sûreté réelle, son assiette de réalisation serait indéterminée au jour de la constitution de la sûreté et déterminée postérieurement. On aboutirait, ainsi, à une gradation de l'efficacité de la sûreté proportionnelle à sa souplesse : la sûreté réelle spéciale serait plus efficace que la sûreté flottante générale.

184. La sûreté réelle sur un ensemble de biens. Les dispositions de l'ordonnance de 2006 pourraient alors être mises au service de la reconnaissance de la sûreté réelle générale en droit français. En effet, du côté des sûretés mobilières, la réforme a défini le gage comme une convention accordant au créancier, le droit de se faire payer par préférence sur un bien mobilier ou un ensemble de biens

[627] A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, Paris , 2007, n°349.

mobiliers corporels, présents ou futurs (article 2333 du Code civil). Pareillement, le nantissement est expressément défini comme l'affectation en garantie d'un meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs (article 2355 du Code civil). Il serait donc possible de prendre appui sur ces dispositions pour introduire en droit français une sûreté réelle générale sur une catégorie de bien du constituant.

185. La dégradation de la situation des créanciers chirographaires. La sûreté réelle flottante, telle qu'elle devrait être envisagée, si elle ne constituait pas une contrainte pour le constituant car le créancier assumerait le risque des actes de disposition du constituant de la sûreté réelle, confèrerait au créancier qui en est titulaire un droit de préférence qui lui permettrait d'être désintéressé prioritairement aux créanciers chirographaires. La reconnaissance d'une telle sûreté conduit donc nécessairement à un sacrifice des créanciers chirographaires mais l'introduction du principe de spécialité en droit français n'a pas été justifiée par la volonté de protéger les créanciers chirographaires. Pourtant, le principe semble bien se rattacher « à une idée plus générale, qui est que toute sûreté doit rester d'interprétation stricte, en tant qu'elle crée des causes de préférence et fait exception au principe d'égalité des créanciers. L'article 2092 [actuellement article 2284] a prévu l'engagement de tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir du débiteur, seulement à titre chirographaire pour répondre du droit de gage général. Les « causes légitimes de préférence » annoncées par l'article 2094 paraissent contenir dans leur application même une idée de spécialité à laquelle il ne saurait être dérogé sans « légitimité » avérée »[628]. Le principe de l'égalité des créanciers semble, donc, constituer un obstacle à la reconnaissance de la sûreté réelle générale.

186. Le rejet du principe d'égalité des créanciers comme fondement du principe de spécialité. Cependant, le principe de l'égalité des créanciers « signifie seulement que les créanciers placés dans la même situation doivent être traités de manière égalitaire »[629]. Le droit de gage général n'a jamais fait l'objet de protection particulière. Il est supplétif de volonté. La clause de limitation du droit de gage général du créancier chirographaire est admise par la doctrine[630], tout autant que par la

[628] J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* n°324.

[629] D. LEGEAIS, n°4.

[630] Observations sous l'article 2092 du Code civil, version d'origine, par P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, t. 10, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 1, 2ème éd., 1868, p. 8 : « Du reste, la généralité du gage consacré par notre article n'est pas de l'essence même de l'obligation à laquelle le droit de gage est corrélativement attaché. Le créancier et le débiteur pourraient donc le limiter, d'un commun accord entre eux. […] si le créancier consent à cette réserve et l'accepte, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait effet, quelles que puissent être les éventualités, et le reste de mon patrimoine fût-il insuffisant pour répondre de ma dette : le principe consacré par l'art. 2092 n'est pas d'ordre public à ce point qu'il ne soit pas possible d'y déroger » ; pour

jurisprudence[631], et il est, tout à fait, possible d'accepter une situation de « sous-chirographaire »[632]. Il est admis que les parties pourraient exclure le droit de gage général[633]. Le droit connaît bien l'obligation naturelle, dépourvue de toute sanction, et l'on ne voit pas ce qui empêcherait un créancier et un débiteur d'exclure le droit de gage général. De plus, le législateur n'a jamais voulu protéger les créanciers chirographaires. Ce fondement ne bénéficie d'aucune légitimité historique. A aucun moment, les travaux préparatoires n'évoquent le principe de spécialité comme une règle de protection de l'égalité des créanciers. Le principe de spécialité préserve la liberté patrimoniale du débiteur et n'entend pas protéger les intérêts des créanciers chirographaires. Par ailleurs, dans les cas exceptionnels où il peut être dérogé au principe de spécialité, l'hypothèque porte alors sur tous les biens présents et à venir du débiteur. Aussi, le principe de spécialité ne permet pas d'assurer la protection du droit de gage général. Ce serait même là une bien curieuse protection, car l'autorisation exceptionnelle de constituer une hypothèque générale sur les biens du débiteur serait accordée lorsque le débiteur n'a aucun immeuble à hypothéquer ou qu'il ne disposerait pas en quantité suffisante d'immeubles libres. Aussi, la protection n'existerait précisément pas dans le cas où les créanciers chirographaires en auraient le plus besoin. Par ailleurs, si le constituant hypothèque tous ses biens, par une hypothèque générale ou par des hypothèques successives en garantie d'une même créance, les autres créanciers ne sont pas gênés par l'étendue de l'hypothèque, car ils peuvent toujours saisir les immeubles du débiteur et se payer sur la portion disponible de ses biens. C'est, alors, bien plus les obligations contractées par leur débiteur qui sont à la source de l'insécurité des créanciers chirographaires, mais c'est là leur condition de chirographaire que le principe de spécialité n'a jamais visé à améliorer. Les créanciers chirographaires ont accepté de prendre en charge le risque de l'autonomie patrimoniale du débiteur. Pour cette raison, d'ailleurs, la sûreté réelle flottante est particulièrement adaptée aux relations professionnelles, les actifs d'exploitation sont destinés à la revente et une telle sûreté ne bloque pas l'activité du constituant, jusqu'au défaut de paiement.

187. La publicité de la sûreté flottante. Les créanciers chirographaires seraient évidemment victimes de la reconnaissance d'une telle sûreté. La sûreté flottante devrait être publiée pour être opposable

une démonstration très complète, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°796 et s.

631 Cass. civ. 1ère, 15 février 1972, *BC*, I, n°50 et Cass. com. 29 avril 2002, pourvoi n°97-19.269, cités et commentés par Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°796 et s.

632 J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles,* n°160.

633 Voir, Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009, n°1096, qui admettent « la possibilité d'une renonciation pure et simple », mais relèvent que cette renonciation « serait évidemment dépourvue de sens ».

aux créanciers chirographaires. Sa publicité devrait être établie à raison de l'identité du constituant de la sûreté réelle. La publicité de la sûreté réelle mobilière flottante supposerait, dès lors, l'établissement d'un système de publicité qui ne soit pas fondé sur l'identification des biens. A défaut, la publicité du titre de la sûreté flottante serait impossible, puisque les biens ne sont pas désignés individuellement. Les pays qui admettent la sûreté réelle mobilière générale ont, d'ailleurs, tous adopté un système de publicité centralisé sur la personne du constituant. Au Québec, l'opposabilité de la sûreté réelle mobilière sans dépossession suppose une publicité. Un registre centralisé des droits personnels et réels mobiliers permet d'assurer la publicité de la sûreté réelle mobilière globale sur présentation d'un avis. L'inscription de l'hypothèque se fait sous le nom du constituant (sauf l'exception de l'hypothèque sur les véhicules routiers qui sont identifiés par leur numéro d'identification)[634]. Actuellement, la publicité de la sûreté réelle mobilière suppose une publicité par référence à la personne du constituant et que le bordereau mentionne, également, la catégorie[635] à laquelle les biens grevés appartiennent. Or, si l'article 2, 6° du décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 impose l'indication dans le bordereau d'inscription du gage de la catégorie à laquelle appartient le bien affecté en garantie, l'indication de la catégorie ne permet pas d'assurer l'opposabilité d'un gage relativement à une catégorie donnée. En effet, l'article 6, 4° dudit décret impose également la désignation du bien gagé. Il serait donc envisageable d'assurer la publicité d'une sûreté réelle flottante consentie sur une catégorie de bien en permettant au créancier de publier en mentionnant dans le bordereau la seule indication de la catégorie grevée. Le principe de spécialité serait, donc, à bon escient orienté en droit contemporain vers un retour à ses sources originelles. Ce retour aux sources permettrait, tout en maintenant les solutions traditionnelles, d'assouplir la sûreté réelle lorsque celle-ci ne porte pas atteinte à la liberté du constituant, ce qui résulte déjà de certaines solutions présentées comme des dérogations au principe de spécialité. Le retour aux sources originelles du principe permet, également, de justifier que les parties puissent modifier *a posteriori* les biens désignés lors de la constitution réelle tandis que la sûreté réelle demeure inchangée.

[634] D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane*, p. 22.

[635] Arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, JO 10 février 2007, les catégories sont : 1) Animaux ; 2) Horlogerie et bijoux ; 3) Instruments de musique ; 4) Matériels, mobiliers et produits à usage professionnel non visés dans les autres catégories ; 5) Matériels à usage non professionnel autres qu'informatiques ; 6) Matériels liés au sport ; 7) Matériels informatiques et accessoires ; 8) Meubles meublants ; 9) Meubles incorporels autres que parts sociales ; 10) Monnaies ; 11) Objets d'art, de collection ou d'antiquité ; 12) Parts sociales ; 13) Produits de l'édition, de la presse ou d'autres industries graphiques ; 14) Produits liquides non comestibles ; 15) Produits textiles ; 16) Produits alimentaires ; 17) Autres.

§2 La modification du bien postérieurement à la constitution de la sûreté

188. La souplesse à la détermination des biens formant l'assiette de la sûreté. La modification de l'assiette de la sûreté réelle est difficile à admettre, car dès lors que la sûreté réelle est assimilée à un droit réel, il semble que toute modification de l'assiette de la sûreté doive entrainer l'extinction de la sûreté et la constitution d'une nouvelle sûreté réelle. La résurgence du principe originel en droit contemporain a permis de mettre en valeur que l'identification du bien n'est pas consubstantielle à l'existence de la sûreté réelle, car la sûreté réelle n'est ni un droit sur un bien, ni même sur sa valeur ; elle est une contrainte qui pèse sur la personne du constituant. La désignation des biens lors de la constitution de la sûreté réelle ne permet que de déterminer l'assiette de réalisation de la sûreté réelle. Les modifications de l'assiette de la sûreté réelle sont, donc, parfaitement compatibles avec le principe de spécialité, on comprend alors que le législateur ait admis, sous réserve du droit des tiers, que les biens qui forment l'assiette de la sûreté puisse être, sous réserve du droit des tiers, échangés (A), renouvelés (B), voire même augmentés (C) sans pour autant que la sûreté ne s'en trouve éteinte, car les biens désignés lors de sa constitution ne forment que l'assiette de sa réalisation.

A) L'échange des biens constituant l'assiette de la sûreté

189. Le maintien de l'hypothèque. Le législateur admet, lui-même, dans certaines hypothèses relatives à l'hypothèque immobilière, que les biens hypothéqués soient modifiés postérieurement à la constitution de l'hypothèque. Evidemment ces hypothèses ne sont pas pléthores, car elles se heurtent, notamment, à l'obstacle de l'accomplissement des formalités de publicité foncière. Surtout, elles sont peu utiles car le créancier dispose de la faculté de suivre le bien grevé en cas d'aliénation. Pour autant, il est indéniable que l'identité du bien *a priori* fixée lors de la constitution de l'hypothèque peut varier lorsque l'immeuble grevé fait l'objet d'un remembrement rural (2°) ou d'une translation d'hypothèque (3°), alors même qu'il a toujours été soutenu que l'assiette de l'hypothèque immobilière, qui constitue le modèle des sûretés réelles, ne pouvait être modifiée (1°).

1°) La « soi-disant » impossibilité conceptuelle de modifier l'assiette de l'hypothèque

190. Le principe de « permanence du support » [636]**.** Le principe de spécialité quant au bien grevé conduisait, disait-on, à « fixer » les biens grevés et MAUBRU, dans sa thèse consacrée à la transmissibilité de l'hypothèque, n'hésite pas à formuler une règle de stabilité de l'assiette de l'hypothèque qui découlerait du principe de spécialité quant au bien grevé et se concrétiserait dans un « principe de permanence du support »[637]. Les développements qu'il y consacre méritent d'être cités, car ainsi qu'il le relève lui-même, peu d'auteurs exposent la portée du principe de spécialité : « Une fois déterminée l'assiette de l'hypothèque, celle-ci ne peut en changer et tout changement de cette nature doit s'analyser en une constitution d'un droit nouveau et non un transfert du droit initial. Telle est la règle qui nous paraît être inscrite dans les principes du droit hypothécaire. Elle n'est contenue, au moins sous cette formulation catégorique, dans aucun texte et les auteurs ne s'y attardent pas. Ainsi, le traité de PLANIOL, RIPERT et BECQUE ne mentionne cette règle qu'incidemment, mais en termes non équivoques : « Les sûretés réelles ne sont pas susceptibles d'être déplacées d'un bien à un autre, soit dans le patrimoine d'une même personne, soit, à plus forte raison d'un patrimoine à un autre »[638]. « L'hypothèque ne peut en principe changer d'assiette, c'est-à-dire qu'une fois constituée et inscrite sur un immeuble déterminé, il n'appartient pas au créancier qui en est titulaire, même avec l'accord du débiteur propriétaire, d'en reporter les effets sur un autre immeuble […]. Cette conséquence […] est l'application du principe de spécialité »[639]. L'auteur de rappeler la maxime citée par les anciens : *Hypotheca adheret fundo sicut lepra cuti*[640], d'intituler un chapitre de sa thèse : « La règle de spécialité du gage hypothécaire : l'impossibilité d'une substitution d'un bien nouveau au bien grevé »[641] et d'indiquer que « […] la spécialité quant à l'assiette consiste à fixer l'hypothèque sur un bien déterminé »[642].

---

[636] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°14 à 16.

[637] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°14 à 16.

[638] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°254.

[639] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°255.

[640] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°251.

[641] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, p. 279.

[642] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°257.

2°) Le remembrement rural

191. Le maintien de la valeur de productivité réelle. Pourtant, le remembrement réalise une substitution d'assiette puisqu'en remplacement de diverses parcelles est attribuée à leur propriétaire une parcelle unique sur laquelle les droits des créanciers sont reportés. La solution est expressément consacrée par l'article L 123-13 alinéa 1er du Code rural qui dispose que « les droits réels autres que les servitudes, grevant les immeubles remembrés s'exercent sur les immeubles attribués par le remembrement ». Les parcelles à remembrer sont considérées comme un tout et regroupées dans une masse unique ; elles ne sont plus considérées dans leur individualité[643] : « Il se produit une indétermination provisoire de l'objet du droit de propriété. Le droit est conservé mais, en raison du changement d'assiette qui se prépare, il porte dorénavant sur une chose de genre déterminable, en vue de sa réincorporation ultérieure sur le nouveau corps certain attribué, seulement par la mesure de sa valeur »[644]. Lors de la redistribution, la valeur de productivité réelle de la parcelle attribuée doit être équivalente à celle des parcelles d'origine[645]. La modification de l'identité des biens grevés n'affecte donc pas l'existence de l'hypothèque. L'opposabilité des hypothèques consenties antérieurement à la clôture des opérations de remembrement est simplement subordonnée à un renouvellement qui doit intervenir dans les six mois de la date du report (article L 123-13 alinéa 3 du Code rural). A défaut ou en cas d'inscription tardive, l'hypothèque n'est pas opposable aux tiers ou elle ne prend rang qu'à la date du renouvellement et non à la date de l'inscription originaire frappant les biens initialement grevés[646]. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de la dimension de la parcelle substituée qui peut être plus importante ou plus réduite que la parcelle initialement grevée. Aussi, le Conseil d'Etat admet, qu'en dépit d'une réduction de contenance de 13,5%, la règle de l'équivalence en valeur de productivité est respectée[647]. La modification de l'identité du bien grevé n'entraîne donc pas extinction de l'hypothèque. Dans le cas du remembrement rural, la valeur de productivité réelle est l'élément essentiel du report. Pour autant, il ne faut pas voir là l'existence d'un argument en faveur de la reconnaissance d'un droit sur la valeur. Le recours à la notion de « valeur » ne permet que de modifier l'assiette de réalisation de la sûreté réelle ; elle n'en constitue pas, pour autant,

[643] H. PERRET, « Remembrement et régime de la propriété immobilière », *JCP*, 1959, I, 1499, n°9.

[644] H. PERRET, « Remembrement et régime de la propriété immobilière », *JCP*, 1959, I, 1499, n°12.

[645] Article L 123-4 du Code rural.

[646] H. PERRET, « Remembrement et régime de la propriété immobilière », *JCP*, 1959, I, 1499, n°26.

[647] Conseil d'Etat, 23 novembre 1988, *Revue de droit rural*, 1989, p. 169.

l'assiette de réalisation de la sûreté. Les biens du débiteur forment l'assiette de réalisation de la sûreté ; la valeur n'est pas un bien, elle permet, simplement, l'échange des biens qui forment l'assiette de réalisation de la sûreté réelle.

3°) La translation d'hypothèque

192. L'opinion traditionnelle. Le changement d'assiette de l'hypothèque est encore évoqué sous le terme de translation d'hypothèque : il s'agit de transférer l'hypothèque d'un bien à un autre. L'autonomie de l'opération se réduit à une seule considération, celle de déterminer si la translation a quelque chose en plus ou en moins que la mainlevée de l'hypothèque antérieurement constituée suivie de la constitution d'une nouvelle hypothèque. Maubru souligne que l'opération est contraire au principe de spécialité et exprime à nouveau l'idée soutenue dans sa thèse que le principe de spécialité oblige à déterminer les biens grevés lors de la constitution de l'hypothèque et qu'ils ne peuvent être modifiés par la suite. Pour lui, le terme de « translation » est inapproprié. Il cite les propos de Ripert : « Ce transfert d'hypothèque n'est pas dans notre droit une opération juridique d'une nature spéciale. Au fond, il s'agissait simplement d'une mainlevée d'inscription hypothécaire grevant un fonds dotal moyennant constitution d'hypothèque sur d'autres fonds dotaux »[648].

193. La reconnaissance de la translation d'hypothèque. Cependant, l'ancien article 2149 du Code civil, dans sa formulation issue du décret n°55-22 du 4 janvier 1955, semblait bien se rapporter en employant le terme de « transfert » à la translation d'hypothèque. Par ailleurs, l'administration fiscale reconnaît la réalité de la translation d'hypothèque. En effet, dans son instruction en date du 31 décembre 1971, par faveur pour le créancier lorsque la créance est identique, celui-ci est exonéré du paiement de la deuxième taxe de publicité foncière[649]. Enfin, ainsi que le relève Monsieur le Professeur Philippe Dupichot, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt de la chambre commerciale du 20 janvier 1988, « écarté la nullité de la convention de translation d'hypothèque, pourtant accomplie, en période suspecte, par laquelle il avait été donné mainlevée d'un privilège de prêteur de deniers et d'une première hypothèque, puis fait inscription en période suspecte d'une hypothèque sur un autre immeuble du débiteur. La Cour a admis la validité de cette inscription en période suspecte car la sûreté substituée à l'ancienne ne lui était supérieure ni dans sa

[648] G. RIPERT, note sous Cass. civ. 22 février 1911, *D.P.*, 1915, I, 25.

[649] Instruction du 31 décembre 1971, *JCP,* 1972, III, 38911, n°54, BULTE, *JCP,* 1973, n°5578.

nature, ni dans son étendue : elle répond de la sorte favorablement au vœu exprimé lors du 82ème Congrès des notaires de France de nuancer les inconvénients d'une impossible modification de l'assiette de l'hypothèque » [650]. Ainsi, la reconnaissance de la translation d'hypothèque, bien elle ne soit pas éclatante, permet tout de même de souligner que l'identité du bien grevé n'apparaît pas si essentielle qu'il ne puisse être modifié postérieurement à la constitution de l'hypothèque.

B) Le renouvellement des biens constituant l'assiette de la sûreté

194. L'obligation de conserver, une gêne lors de la vente des biens grevés. Lorsque le gage a pour objet des choses fongibles[651], l'article 2342 du Code civil dispose que le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit, à charge de les remplacer. Cette disposition permet au constituant de vendre les choses fongibles gagées dès lors qu'il en assume le remplacement. L'autorisation d'aliéner s'entend de l'autorisation de disposer des biens qui forment l'assiette de réalisation de la sûreté. De cette manière, le gage est adapté à l'activité d'exploitation, au roulement des stocks. En contrepartie, le constituant assume une obligation de remplacement : il devra remplacer les choses fongibles aliénées par une même quantité de choses fongibles. Pour autant, l'autorisation d'aliéner les biens fongibles n'équivaut pas à lever la contrainte qui pèse sur le constituant. En effet, le constituant assume une obligation de conserver : il peut disposer des choses fongibles mais sous réserve de les renouveler. La sûreté constitue, certainement, une gêne lorsqu'il souhaite vendre les biens grevés. D'ailleurs, le créancier n'entend aucunement assumer le risque de diminution de l'assiette de la sûreté. L'autorisation ainsi conférée au constituant de la sûreté et la possibilité de renouveler l'assiette de la sûreté réelle marque bien un retour au sens originel du principe. La sûreté réelle spéciale est compatible avec le renouvellement des biens qui forment l'assiette de sa réalisation.

195. Le droit commun des garanties financières et la légitimité des clauses d'arbitrage. Le nantissement de compte d'instruments financiers est prévu par l'article L 211-20 du Code monétaire et financier. Il est constitué, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte soumise au principe de spécialité : les éléments constitutifs de l'assiette du

[650] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, Paris II, 2003, n°650.

[651] Les choses fongibles doivent être distinguées des choses de genre. Les choses de genre ne sont pas des choses, « elles sont en réalité des genres de choses, c'est-à-dire des termes génériques qui permettent de désigner des corps certains à venir de façon abstraite […]. Les choses de genre sont ainsi le nom que l'on donne aux choses lorsqu'on les envisage dans l'abstrait, tandis que l'appellation de corps certain suppose une désignation concrète d'une chose existante et appropriable », R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz*, *V°* Biens, 2009, n°29). A l'inverse, en dépit de la particularité du régime de leur appropriation, les choses fongibles constituent bien des choses existantes et appropriables. Leur fongibilité exprime un rapport d'équivalence (n°31), un caractère substituable.

nantissement doivent être identifiés dans la déclaration de nantissement. En effet, la déclaration doit contenir la nature et le nombre d'instruments financiers inscrits initialement au compte (article D 431-1, 6° Code mon.fin.). Ces mentions sont prescrites à peine de nullité de la déclaration constitutive du nantissement (L 211-20 du Code monétaire et financier[652]). Les termes de la loi ont, un temps, prêté à discussion[653] : il s'agissait de savoir si le compte d'instruments financiers permettait d'effectuer des arbitrages sur les instruments inscrits en compte, si les instruments financiers pouvaient être cédés et le nantissement maintenu sur les nouveaux actifs acquis. L'extension de la sûreté à « des instruments financiers à venir » était autorisée, mais simplement sur le fondement de la subrogation réelle ou de la théorie de l'accessoire[654]. La subrogation était exclue dès lors que les nouveaux instruments ne trouvaient pas leur origine juridique dans les anciens[655]. L'ordonnance du 24 février 2005 a levé les incertitudes[656] : désormais, « les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du nantissement »[657]. Ainsi, le constituant peut être autorisé, par le créancier, à aliéner les instruments financiers inscrits en compte[658], le nantissement s'étend aux nouveaux instruments acquis. L'autorisation d'aliéner les instruments inscrits en compte est corrélative d'une obligation de renouveler l'assiette de la sûreté réelle, car dans ce cas, le créancier n'entend nullement assumer le risque de l'aliénation de l'assiette de la sûreté. L'inscription de nouveaux titres au compte nanti n'est pas une exception au principe de spécialité. Le principe de spécialité ne prescrit que la détermination de l'assiette de la réalisation de la sûreté réelle ; les biens, une fois désignés, peuvent être aliénés par le constituant. Le créancier peut, à raison de sa sûreté, en

652 Ancien article L 431-4 du Code monétaire et financier.

653 L'exposé détaillé, A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1213 et s.

654 L. AYNES et P. CROCQ, n°537.

655 L. AYNES et P. CROCQ, n°537. La jurisprudence avait alors décidé de ne pas étendre le nantissement portant sur les actions anciennes aux actions nouvelles, voir sur le coup d'accordéon (réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation), Cass. com, 10 janvier 1995, not. *D.*, 1995, 203, note A. COURET.

656 L. AYNES et P. CROCQ, n°539, 3° ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL*, Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n°780 ; D. LEGEAIS, n°536 ; *comp.* M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 2ème éd., 2010, n°1817, qui ne s'exprime pas sur la validité des clauses d'arrosage, mais indique que la déclaration signée du titulaire du compte est une condition de validité, elle doit comporter toutes les indications mentionnées par le décret (et donc, notamment, l'identification des instruments inscrits).

657 L 211-20, I, du Code monétaire et financier.

658 Le créancier peut définir « avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti » (article L 211-20, IV du Code monétaire et financier).

imposer le renouvellement. La légitimité des clauses d'arbitrage n'est donc pas remise en cause par le principe de spécialité, pas plus que celle de la faculté *re-use* usitée en droit financier.

196. Le droit spécial du nantissement « financier » et la légitimité de la faculté de *re-use*. Les garanties financières, introduites par l'ordonnance n°2005-171 du 24 février 2005 pour transposer la directive européenne du 6 juin 2002 (article L 431-7-3 et s. CMF), constituent le droit spécial des garanties financières[659]. Le nantissement « financier » garantit les créances résultant d'opérations sur instruments financiers entre les intervenant sur les marchés[660]. L'assiette de ces sûretés est constituée de produits financiers. La sûreté est, alors, valable et opposable sans aucune formalité (L 211-38, I, du Code monétaire et financier). Une telle sûreté emprunte à la fois à la technique de la fiducie et à celle du nantissement de compte d'instruments financiers[661]. Les parties peuvent prévoir, pour le créancier, une faculté d'aliéner les actifs grevés (faculté de *re-use*) à charge pour lui de les remplacer par des biens équivalents (article L 211-38, III, CMF). L'affectation s'étend, alors, aux nouveaux actifs acquis en remplacement des titres cédés, à la manière de ce qui a été prévu pour le gage de choses fongibles. Le régime de droit commun, prévu aux articles L 211-20 et suivants du Code monétaire et financier, et le droit spécial du nantissement « financier », prévu par les articles L 211-36 et suivants du Code monétaire et financier, autorise l'aliénation des biens nantis ou transmis à titre de garantie sous condition de renouvellement de l'assiette du nantissement, car, en aucun cas, le créancier n'entend assumer le risque de l'aliénation des biens grevés, et le constituant entend bien que le créancier conserve les biens qui lui ont été transmis à titre de garantie. En tout état de cause, la faculté de *re-use* est parfaitement respectueuse du principe de spécialité qui n'impose pas l'intangibilité de l'assiette de réalisation de la sûreté réelle mais ne vise qu'à préserver la liberté du constituant. Les clauses permettant non seulement de renouveler les biens mais de les accroître semblent, en revanche, entrer en contradiction avec le principe de spécialité. Pourtant, il n'en est rien car le principe n'oblige à déterminer les biens dans le titre constitutif qu'en vue de déterminer par

---

[659] Pour les deux conceptions de garantie financière (lorsque les biens affectés sont des instruments financiers ou lorsque la garantie ne peut être utilisée « que pour des opérations sur les marchés financiers et/ou par des professionnels de ce secteur »), A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1228.

[660] La créance garantie résulte « d'opérations sur instruments financiers lorsque l'une au moins des parties à l'opération est un établissement de crédit, un prestataire de services d'investissement, un établissement public, une collectivité territoriale, une institution, une personne ou entité bénéficiaire des dispositions de l'article L 531-2, une chambre de compensation, un établissement non résident ayant un statut comparable, une organisation ou organisme financier international dont la France ou la Communauté européenne est membre », extrait de l'article L 211-36, 1°, du Code monétaire et financier.

[661] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL*, Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n°782.

avance l'assiette de réalisation de la sûreté. Aussi, non seulement le principe n'interdit pas l'échange des biens désignés, leur renouvellement mais il est, encore, possible que l'assiette de la sûreté s'ouvre à de nouveaux actifs par le biais d'une convention. La clause d'arbitrage en est l'exemple le plus révélateur.

C) L'augmentation des biens constituant l'assiette de la sûreté

197. La légitimité des clauses d'arrosage. On déduit de la souplesse introduite par l'article L 211-20 du Code monétaire et financier que le législateur a validé la pratique des clauses d'arrosage, celles qui imposent au constituant de compléter la garantie, par l'inscription de nouveaux instruments financiers, notamment, lorsque leur valeur diminue en dessous d'un certain seuil. Les nouveaux instruments financiers intègrent l'assiette du gage sans nouvelle déclaration de gage[662]. Pour justifier de la perméabilité de l'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers, la qualification d'universalité est avancée[663]. La sûreté réelle serait ainsi une sûreté « à géométrie variable ». Pour autant, la résurgence du principe originel est, à elle seule, explicative. En effet, les instruments financiers, pas plus que leur valeur, ne forment l'objet de la sûreté réelle qui n'est qu'un droit contre le constituant de la sûreté réelle qui subit, désormais, la gêne de la sûreté réelle. Le principe de spécialité n'a pas pour objet de déterminer l'objet de la sûreté réelle mais d'indiquer l'assiette de sa réalisation. Il suffit que l'assiette de réalisation de la sûreté réelle soit identifiée pour que le principe soit respecté mais cette identification n'est pas le signe d'une intangibilité de l'assiette de réalisation. Aussi, dès lors que les instruments financiers sont considérés comme des biens fongibles, les parties peuvent convenir que les biens formant l'assiette de réalisation de la sûreté réelle devront être augmentés, si leur valeur, qui devra être déterminée, diminue. La détermination de la valeur n'est pas le signe de l'existence d'un droit sur la valeur des titres nantis, mais elle permet seulement d'assurer la détermination de l'assiette de réalisation de la sûreté réelle.

198. Le gage sur stocks du Code de commerce. Le législateur, à côté du gage sur stocks autorisé par les dispositions de droit commun, a lui-même introduit un gage sur stocks spécial dans le Code de commerce (articles L 527-7 et s. du Code de commerce). Il doit être constitué par écrit et contenir, à

---

662 L. AYNES et P. CROCQ, n°539, 3° ; A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1219.

663 D. LEGEAIS, n°533 et 536 ; A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1178 et s.

peine de nullité, une description permettant d'identifier les biens présents et futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur, ainsi que leur lieu de conservation (article L 527-1 du Code de commerce). Bien que la rigidité du gage sur stocks introduit dans le Code de commerce soit dénoncée, il est une innovation, bien souvent, passée sous silence. Le gage sur stocks autorise, non seulement la vente des biens gagés, sous réserve de leur renouvellement, ce qui en fait l'équivalent du gage sur biens fongibles permis par le Code civil, mais en plus, le constituant se soumet, dès la constitution de la sûreté réelle, à l'obligation de rétablir la garantie lorsque la valeur des biens grevés, mentionnée dans le titre constitutif, aura diminué de plus de 20%. Cette disposition ne connaît pas d'équivalence en droit commun. Elle permet d'affecter, dès le contrat d'origine, des biens à hauteur d'une valeur déterminée, sans même que le constituant n'en connaisse la quantité lors de la constitution de la sûreté. Une telle sûreté est conforme au principe de spécialité dès lors que les biens formant l'assiette de la sûreté sont fongibles et que la valeur des biens est déterminée lors de la constitution de la sûreté réelle. L'augmentation de l'assiette de la sûreté suite à la diminution de valeur ne doit pas s'analyser comme un nouveau gage. Le régime du gage sur stocks est inspiré de celui du warrant pétrolier. Y figurait déjà l'obligation d'indiquer la nature, la qualité, la valeur des produits grevés qui doivent servir de gage pour l'emprunt (article L 524-2 du Code de commerce[664]), leur lieu de situation, ainsi que la possibilité pour le prêteur, en cas de baisse de la valeur des stocks warrantés dépassant plus de 10%, de demander l'augmentation du gage ou le remboursement d'une partie proportionnelle des sommes prêtées (article L 524-16 du Code commerce).

199. La variation de la quantité de biens grevés à raison de la variation du montant du crédit. Il est, également, admis que de nouveaux actifs puissent intégrer le compte d'instruments financiers suite à la stipulation d'une clause d'accroissement[665] en cas d'augmentation de la créance garantie. Le créancier échappe ainsi au risque d'annulation pour constitution d'une sûreté en période suspecte pour dette antérieurement contractée (L 632-1, I, 6° C. com.)[666]. A l'inverse, les parties peuvent prévoir une clause d'écrêtement[667]. Ainsi, lorsque le montant de la créance garantie diminue ou lorsque la valeur de l'assiette augmente, le créancier nanti libère une partie des actifs nantis ; le

[664] Voir la rédaction similaire de l'article L 527-1, 6° du Code de commerce, concernant le gage de stocks.

[665] A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1219.

[666] Sur le risque d'annulation pour ce motif, H. SYNVET, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », *in Etudes offertes à Jacques BEGUIN. Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 726.

[667] A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012, n°1221.

constituant peut en disposer. La garantie est dite « glissante ». C'est aussi une pratique courante pour les cessions par bordereau Dailly. Il est possible « de conclure une convention cadre régissant des cessions à venir et déterminant un volume de créances devant être cédées, lequel varie en fonction du volume d'ouverture de crédit utilisé (dans une proportion de 110 à 125% du crédit utilisé en pratique), ce qui a, en outre, pour avantage de faire échapper les cessions à venir aux nullités facultatives de la période suspecte […] »[668]. La validité de ces clauses serait judicieusement confortée par la résurgence du principe de spécialité. En effet, le principe ne vise qu'à préserver l'autonomie du constituant de la sûreté, notamment afin de lui permettre de trouver un soutien financier lorsqu'il en a besoin. Les parties peuvent augmenter les biens formant l'assiette de la sûreté sans pour autant modifier la sûreté dès lors que le montant de la sûreté est lui-même corrélé à la variation de son assiette de réalisation. En outre, la variabilité de la quantité de biens grevés à raison de la variabilité du montant du crédit utilisé n'est pas une contrainte qu'il subit. Le retour aux sources du principe de spécialité est, certainement, le chemin qui doit être emprunté afin d'assurer une explication théorique cohérente à l'ensemble de ces solutions sur lesquelles on porte un regard suspicieux bien qu'elles aient été validées par le législateur. Pour autant, si le chemin a été ouvert, il devra, à l'avenir, être dégagé avec de plus amples précisions. Le retour aux sources originelles est également la voie à emprunter pour reconstruire le principe de spécialité quant à la créance garantie.

Section 2 : Le principe de spécialité quant à la créance garantie

200. Annonce. Le principe de spécialité n'avait pas pour but de protéger le constituant contre les risques du crédit. Cependant, en l'obligeant à déterminer dans l'acte constitutif les créances garanties, la jurisprudence, soutenue par la doctrine, a fait du principe un instrument de protection de la solvabilité du constituant. Or, le principe de spécialité n'a pas pour objet de protéger le constituant contre les risques du crédit, car la sûreté réelle n'y porte pas atteinte. Le principe a été introduit en vue de préserver la liberté du constituant de la sûreté sur lequel elle aurait peser « trop lourdement », car, dans un système où la sûreté est générale, l'obtention de soutien financier tout autant que la vente de ses biens est plus compliquée. Le principe n'a trait qu'à la réalisation de la sûreté qui pèse trop lourdement sur le constituant dont il faut préserver, en amont, la liberté d'engagement et des transactions. Aussi, l'indication de la créance garantie dans le titre constitutif, jointe à celle de son

[668] P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 291, n°7.

montant, doivent être remplacées par l'indication du montant de l'hypothèque, montant pour lequel le créancier pourra obtenir un paiement préférentiel sur le prix de vente des biens sur lesquels la sûreté sera réalisée. Le législateur en 2006 a, d'ailleurs, déjà commencé à emprunter la voie du retour aux sources originelles du principe de spécialité. Il l'a montré en reprenant la formulation de l'ancien article 2132 du Code civil dont la rédaction était ambiguë pour y imposer clairement la détermination du montant de l'hypothèque déconnecté du montant de la créance. Ainsi, le principe de spécialité quant au montant est déjà consacré par le législateur (§1), ce qui permet de l'assouplir (§2).

§1 La consécration du principe de spécialité quant au montant

201. Annonce. L'exigence posée par l'ancien article 2132 du Code civil, qui avait soulevé tant de difficulté d'interprétation au lendemain du Code civil, a été remplacée par une nouvelle disposition lors de la réforme de 2006. Il est, désormais, requis la mention dans l'acte d'une somme déterminée sans qu'il puisse y être dérogé. Ainsi, le législateur, inspiré par le Groupe de travail, a, lui-même, fait ressurgir le principe originel en droit contemporain. Bien avant, cette consécration législative emblématique du retour aux sources originelles, qui incite, d'ailleurs, à s'y engager plus avant, le législateur l'avait déjà reconnu dans certains régimes spéciaux (A). Il admettait, également, qu'en certaines circonstances la créance garantie puisse être modifiée, tandis que seule l'existence d'un montant qui soit fixé *ne varietur* était essentiel (B). L'indentité de la créance importait peu. La réforme n'est donc que la consécration officielle de l'existence d'un principe de spécialité quant au montant de la sûreté (C) conformément à l'intention originelle du législateur.

A) Les régimes spéciaux antérieurs à la réforme

202. Les régimes spéciaux dérogatoires. Le nantissement de film cinématographique ne prévoit pas l'indication de la créance garantie. Les auteurs sont partagés quant à l'application du principe[669] et, en pratique, seule est mentionnée la somme à concurrence de laquelle le créancier nanti pourra faire

[669] Pour une application du principe de spécialité, J. PATARIN, *Rép. com.. Dalloz*, v° « Nantissement de films », 1974, n°11, par analogie avec le régime de l'hypothèque immobilière ; *pour* une application du régime du gage commercial, qui permettait, selon une analyse répandue, d'échapper au principe de spécialité, K. PHAM et S. DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *G. Pal.,* 6 au 10 mai 2005, p. 1536.

valoir la sûreté qui lui est accordée[670]. Ainsi, le principe de spécialité quant au montant de la sûreté connaissait déjà une application. La Cour de cassation ne s'est jamais prononcée expressément sur l'exigence, mais, elle a reconnu implicitement l'existence du nantissement *omnibus*[671]. De même, il est admis que le warrant agricole doive mentionner, non pas le montant de la créance, mais le montant des sommes empruntées, sans qu'il ne soit fait aucune référence à la créance garantie (article L 342-3 du Code rural) [672]. L'indication de la cause de la créance garantie n'est pas nécessaire[673]. L'admission du warrant global, ou du warrant en garantie d'un montant maximal[674], est particulièrement utile, car il est généralement utilisé comme sûreté de prêts à court terme de trésorerie[675]. Le warrant peut, alors, non seulement garantir une dette future mais assurer « la continuité du financement de l'exploitation d'un agriculteur ou les besoins en fonds de roulement d'une coopérative ». Il n'est « pas nécessaire de renouveler le warrant à chaque fois, les cocontractants entendant assurer la continuité d'un financement au moyen de la continuité des crédits accordés ». Ainsi, des « crédits à court terme, concomitants à l'échéance du crédit en cours, démontraient la continuité du financement, si bien que les warrants ne garantissaient pas des crédits particuliers mais les crédits en cours dans le cadre du fonctionnement d'un plan de financement global »[676]. La réglementation relative au warrant pétrolier emprunte la même formulation : le warrant doit comporter l'indication du « montant des sommes empruntées ». La Cour de cassation a, implicitement, admis la

[670] K. PHAM et S. DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *G. Pal.,* 6 au 10 mai 2005, p. 1537.

[671] K. PHAM et S. DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *G. Pal.,* 6 au 10 mai 2005, p. 1537, note de bas de page n°11.

[672] L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, n°176 ; M-A. DUPUIS-FLANDIN, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789, n°896.

[673] L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, n°176 : « Ainsi, n'est pas nécessaire une identification précise des contrats qui sont à l'origine de la dette garantie ».

[674] L'établissement d'un warrant agricole pour un montant maximal est valable (L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, n°176 ; M-A. DUPUIS-FLANDIN, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789, n°896 : le constituant est, alors, obliger d'évaluer ses besoins futurs de financement : « Ainsi, un exploitant qui consentirait un warrant à la coopérative dont il est adhérent pour garantir les créances nées de la livraison par cette dernière des produits nécessaires à son exploitation, devra anticiper sur ses besoins futurs et il importera de rajouter éventuellement le montant de la dette déjà existante telle qu'elle apparaît dans les comptes de la coopérative. De même, le warrant octroyé par une coopérative céréalière à un établissement de crédit, en vue du financement de sa prochaine campagne indiquera uniquement le montant du crédit accordé »).

[675] L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, n°171.

[676] M-A. DUPUIS-FLANDIN, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789, n°897. Egalement, L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, p. 147, cette notion de financement global permet de dépasser la « garantie d'un crédit particulier pour ne considérer qu'un cadre de financement unique ». Comme dans l'hypothèque, des ouvertures de crédit en compte courant peuvent être valablement garanties par un warrant agricole, L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988, p. 141 à propos de Agen, 27 février 1985, *JCP, éd. G* 1986, II, 20604, confirmé par Cass. com. 15 juillet 1986*, JCP, éd. G*, 1986, II, 20695.

constitution du nantissement *omnibus* de marchés publics[677]. De nombreux régimes spéciaux de sûretés professionnelles, bien avant la réforme de 2006, écartaient donc le principe de spécialité quant à la créance garantie et autorisaient à ne viser qu'une somme déterminée. La réforme de 2006 leur confère une assise juridique. Dès lors que le législateur a retrouvé l'intention du législateur originel, il lui a été possible d'introduire la sûreté réelle rechargeable, ce qui n'aurait pas été possible si la sûreté réelle n'avait pu être détachée préalablement de la créance garantie.

B) La modification de l'identité de la créance antérieurement à la réforme

203. La modification de l'identité de l'obligation. Par ailleurs, il a toujours été admis que la créance garantie pouvait être modifiée postérieurement à la constitution de la sûreté réelle, pour autant cette substitution d'une créance à une autre ne trouvait pas d'explication. Le retour aux sources permet, à présent, de rationaliser la possibilité ouverte aux parties de modifier la créance garantie, Dès lors que seul le montant de la sûreté réelle est fixé, il est possible de modifier l'identité de la créance garantie. Le principe de spécialité quant à la créance garantie imposait une condition de fond de détermination de la créance garantie. Aussi, toute modification substantielle de l'obligation devait nécessairement entraîner l'extinction de l'hypothèque. Le principe de spécialité aurait ainsi consisté à fixer l'hypothèque sur des créances garanties[678]. Le principe de « permanence du support » évoqué par MAUBRU, à propos du principe de spécialité quant au bien grevé aurait ainsi connu un développement à l'égard de la créance garantie[679] et aurait empêché le report de l'hypothèque à la garantie d'une autre créance que celle prévue dans le titre constitutif de l'hypothèque. Or, le législateur lui-même, lors de l'élaboration du Code civil, a admis que l'identité des créances garanties par l'hypothèque pouvait être modifiée postérieurement à la conclusion de l'hypothèque conventionnelle. Ainsi, la subrogation à l'hypothèque, la cession d'antériorité et la novation permettent à un créancier de « faire jouer » l'hypothèque pour une nouvelle créance. Le législateur a donc toujours considéré que le principe de spécialité était compatible avec la modification de

[677] Cass. com. 19 décembre 1972, *BC,* IV, n°340. Etait en cause un nantissement de marché de travaux publics consenti en garantie de « toutes les opérations, quelle qu'en soit la nature » que l'entrepreneur a pu ou pourrait faire avec son banquier. La Cour d'appel avait annulé la clause dans la mesure où le nantissement de marchés était prévu par des textes spéciaux, il devait être limité quant à la créance garantie au seul « règlement des avances bancaires consenties à l'entrepreneur pour le financement du marché considéré ». La Cour de cassation répond que si le nantissement est soumis pour certains aspects à un régime dérogatoire, au contraire l'article 189 du Code des marchés publics renvoie, « pour l'établissement du nantissement […] « aux conditions de forme et de fond du droit commun », lequel laisse les parties libres de déterminer la nature et l'étendue de la créance garantie […] ».

[678] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse, Toulouse, 1974, n°1, la spécialité consiste à « fixer l'hypothèque sur un bien déterminé » pour garantir une créance déterminée.

[679] B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, 1974, n°16.

l'identité de la créance identifiée dans le titre car l'essentiel était la détermination du montant de l'hypothèque.

204. La subrogation à l'hypothèque. La subrogation à l'hypothèque est « la convention par laquelle le titulaire de la sûreté concède les droits qui en découlent à une autre personne pour garantir une créance qu'à cette dernière sur le propriétaire de l'immeuble ». La subrogation est une véritable cession autonome de l'hypothèque : le subrogé garantit sa créance au moyen d'une sûreté qui ne lui a pas été consentie en vue de la garantir. Cependant, après avoir constaté l'autonomie du mécanisme, il est généralement rappelé que la subrogation ne détache pas la sûreté de la créance d'origine et qu'en conséquence les droits acquis par le subrogé sont subordonnés à la créance originaire qui reste le support de la sûreté. Le rattachement de l'hypothèque à la créance d'origine est, cependant, très tenu, car on entend par là que le subrogé ne pourra pas faire valoir son droit de préférence au-delà de la somme due au créancier originaire même si sa créance est d'un montant plus élevé. Ainsi, sauf le montant de la créance d'origine, la subrogation permet le détachement de l'hypothèque de la créance d'origine. Ainsi, seul le montant de la sûreté réelle, fixé par référence au montant de la créance garantie, est essentiel.

205. La cession de priorité. La cession de priorité est la convention par laquelle deux créanciers inscrits sur le même immeuble intervertissent leurs rangs respectifs. Dans ce cas, le cessionnaire utilise l'hypothèque en vue de garantir une créance qui n'était pas celle prévue à l'origine dans le titre constitutif. Là encore, le recours à cette technique ne permet pas au cessionnaire de recouvrir plus que le montant de la créance garantie à l'origine[680], mais l'hypothèque garantit une créance qui n'est pas celle prévue à l'origine dans le titre constitutif. Ainsi, le principe de spécialité n'a jamais interdit la modification de la créance garantie par la sûreté réelle mais il imposait la seule détermination du montant de la sûreté réelle.

206. La novation. Par ailleurs, la novation d'ordinaire entraîne l'extinction de la sûreté réelle. Or, dès l'origine, le Code civil prévoit que l'hypothèque peut survivre à la novation de la créance. L'article 1278 du Code civil prohibe le maintien de l'hypothèque, sauf le cas où le créancier les aurait expressément réservées. Pour autant, le maintien de l'hypothèque initiale au profit de la nouvelle

[680] Cass. civ. 3ème, 23 janvier 1973, BC III, n°69 : « la cession d'antériorité, convenue entre créanciers hypothécaires, n'agit qu'entre eux, sans pouvoir modifier les droits ou les obligations des autres créanciers, ni du débiteur ou de ses coobligés, ni des tiers ; qu'elle n'opère donc que dans la limite de la plus faible des créances ».

créance n'est envisageable que dans la mesure de l'étendue de l'obligation primitive : la sûreté ne garantit l'obligation nouvelle qu'à concurrence du montant de l'ancienne obligation. Ainsi, ce qui compte lors de la constitution de l'hypothèque initiale n'est pas tant l'identité de la créance garantie que son montant, mais la découverte du principe a bien mis en évidence que le montant dont il était question n'était pas celui de la créance mais celui de la sûreté qui est détaché de celui de la créance. Evidemment, les parties peuvent toujours fixer le montant de l'hypothèque au montant de la créance qui les lie ; en revanche, ce n'est nullement une obligation. Le montant de l'hypothèque est strictement autonome.

C) La consécration législative du principe

207. L'absence de caractère systématique de l'indication du montant de la créance garantie. La réforme est revenue sur la rédaction de l'ancien article 2132 du Code civil duquel s'évinçait le principe de spécialité. Alors que l'ancien article 2132 du Code civil obligeait à mentionner le montant de la créance garantie dans le titre constitutif de l'hypothèque, cette obligation ne s'imposait que lorsque l'obligation garantie était une créance monétaire dont le montant était connu. A défaut, l'hypothèque était valablement consentie sans indication du montant de la créance garantie. Le créancier pouvait alors prendre une inscription et fournir unilatéralement l'évaluation de la créance garantie. L'hypothèse, en pratique, ne se rencontrait que rarement, car lors de la constitution de l'hypothèque, le notaire prenait toujours garde d'indiquer dans le titre constitutif une évaluation de la créance garantie. Ainsi, le constituant ne pouvait jamais demander la réduction de l'inscription. La spécialité quant au montant de la créance garantie n'était donc pas impérative en toute situation. A présent, toute hypothèque conventionnelle doit comporter l'indication du montant de l'hypothèque. Le texte, sur ce point, est clair : « L'hypothèque est toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée […] ».

208. Les difficultés d'interprétation de l'article 2423 du Code civil[681]. En effet, si l'on a pu penser, dans un premier temps, que le montant qui devait être impérativement indiqué dans l'acte était le montant de la créance garantie, il est, à présent, admis que le montant qui doit être indiqué est le montant de l'hypothèque. En effet, l'article 2423 du Code civil dispose que « le cas échéant, les

[681] Pour un récapitulatif des arguments tirés des textes postérieurs à l'ordonnance du 23 mars 2006, F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *Defrénois*, 2007, p. 1327.

parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels. Si la créance est assortie d'une clause de réévaluation, la garantie s'étend à la créance réévaluée […] ». Aussi, on a pu penser que s'il s'agissait de mentionner un montant qui ne soit pas celui de la créance garantie, le législateur n'aurait eu qu'à indiquer l'obligation d'indiquer le montant de l'hypothèque dans l'acte, sans qu'il soit besoin de faire une quelconque évaluation de la créance. L'évaluation ne pouvait donc être qu'une référence à l'évaluation de la créance garantie[682]. En revanche, les auteurs de la réforme ont indiqué que le montant à indiquer était celui de l'hypothèque et qu'il pouvait être différent de celui de la créance garantie[683]. Argument[684] était tiré de l'article L 313-14-1 du Code de la consommation, qui pour encadrer l'hypothèque rechargeable dans le crédit mobilier ou immobilier, précise que l'offre de crédit doit comporter en annexe un document de situation hypothécaire mentionnant le montant maximal garanti prévu par la convention d'hypothèque et le montant initial de l'emprunt souscrit, ce qui indique que le montant de la créance garantie et celui de l'hypothèque peuvent être différents. La solution est, désormais, acquise. Les textes postérieurs à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 ont confirmé la possibilité de constituer une hypothèque pour un montant supérieur à la créance garantie à l'origine[685]. La doctrine acquiesce[686]. L'article 2423 du Code

---

682 Pour cette remarque voir Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 44.

683 M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195, n°4 ; L. AYNES et P. CROCQ, n°662 évoquent une « somme déterminée » représentant le capital garanti par l'affectation hypothécaire.

684 M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195, n°4 ; voir Ph. THERY, sceptique quant à l'interprétation d'une disposition générale formulée par le Code civil à partir d'un texte spécial du droit de la consommation, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 44.

685 - L'article 10-III de la loi n°2007-212 du 20 février 2007 permet au créancier titulaire d'un privilège de prêteur de deniers de « convertir » sa sûreté en une hypothèque rechargeable pendant une durée de deux ans à compter de la date de promulgation de la loi. La somme garantie, précise l'alinéa 2 dudit article, ne peut, par dérogation à l'article 2423 du Code civil, être supérieure au montant en capital de la créance privilégiée. *A contrario*, on déduit que l'article 2423 du Code civil permet de constituer une hypothèque rechargeable pour un montant supérieur à la créance garantie, A. GOURIO, « L'hypothèque rechargeable », *RDBF*, septembre/octobre 2006, p. 39, n°34, Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 44, F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *Def.* 2007, p. 1336, et, donc, la mention visée par ledit article est celle du montant de l'hypothèque et non celle de la créance garantie.
- L'instruction du 1er décembre 2006, émanant de la Direction générale des impôts, mentionne que la taxe de publicité foncière doit être liquidée sur la plus élevée des sommes garanties dans le bordereau d'inscription et distingue la valeur de la créance garantie et la valeur de la somme rechargeable pouvant être affectée à la garantie d'autres créances et admet que la seconde des sommes puisse être supérieure à la première, F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *Def.* 2007, p. 1330.
- Les bordereaux d'inscription doivent contenir l'indication du capital de la créance et de ses accessoires ainsi que la somme en capital pour laquelle l'hypothèque pourra être affectée à la garantie d'autres créances, imposant *in fine* de certifier que les montants sur les bordereaux, celui du capital de la créance garantie et, le cas échéant, celui du capital pour lequel l'hypothèque peut être affecté en garantie d'autres créances ne sont pas supérieurs à ceux figurant dans le titre générateur de la sûreté ou de la créance (article 55, 2, 3° du décret du 14 octobre 1955, issu du décret n°2007-201 du 15 février 2007).
d) L'article 42 du décret du 14 octobre 1955, issu du décret n°2007-404 du 22 mars 2007, distingue au titre des documents délivrés par extraits, d'une part, « la somme totale conservée », d'autre part, « la somme maximale pour laquelle l'hypothèque pourra être affectée à la garantie d'autres créances lorsque l'hypothèque est rechargeable », F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *Def.* 2007, p. 1330.

686 Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 44, constatant que la solution est tranchée par les dispositions postérieures et notamment la loi de ratification ; E. FREMEAUX et G. DAUBLON, « La réforme du droit des sûretés », *Def.* 2006, article 38420, p. 1096 ; Ph. SIMLER, P. DELEBECQUE, n°406 ; Y. PICOD, n°308.

civil se réfère, donc, à l'indication du montant de l'hypothèque[687]. Ainsi, l'indication du montant de la créance garantie n'est pas une condition de validité de l'hypothèque. Celle-ci peut être constituée pour un montant qui n'est pas celui de la créance garantie : elle peut être constituée pour un montant inférieur ou supérieur[688]. On peut même admettre que son montant puisse être modifié à la hausse ou à la baisse postérieurement à sa constitution. Le montant de l'hypothèque peut, évidemment, être fixé au montant de la créance garantie et il est loisible au parties, lorsque le capital garanti n'est pas déterminé au jour de l'acte, parce qu'il est constitué par des rentes, des prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels, d'évaluer la créance[689]. Aujourd'hui, il faut se garder de confondre la spécialité quant au montant de l'hypothèque et la spécialité quant à la créance garantie[690]. La seule prescription requise à peine de nullité de l'hypothèque, au titre du principe de spécialité, est la détermination du montant de la sûreté réelle. Cette exigence doit s'appliquer à toutes les sûretés réelles, bien qu'elle ne soit pas prévue expressément par les textes. En indiquant que le montant à indiquer dans le titre n'était pas celui de la créance garantie mais celui de l'hypothèque, le législateur a entrepris un retour aux sources originelles du principe, ce qui lui a permis d'assouplir le droit des sûretés réelles critiqué pour sa rigidité.

---

687 M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670, n°12 : le « capital » auquel se réfère l'article 2423 du Code civil est « le montant de la garantie hypothécaire (art. 2423), c'est-à-dire le montant à hauteur duquel le créancier sera préféré sur le prix de l'immeuble ».

688 Pour l'indication du montant en droit québécois, article 2689 du Code civil du Québec : « L'acte constitutif d'hypothèque doit indiquer la somme déterminée pour laquelle elle est consentie » ; l'objectif est de « protéger à la fois le constituant et les tiers. En effet, l'absence de l'indication du montant de l'hypothèque épuiserait le crédit du constituant en regard du bien grevé et laisserait les tiers dans l'incertitude quant à l'importance de la charge qui affecte le bien », J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 610. Cependant, l'auteur affirme, également, que « les expressions « montant de l'obligation » et « montant de l'hypothèque » ne sont donc pas synonymes, mais ce ne sont pas non plus, sauf peut-être sur un plan purement théorique, deux réalités distinctes. Dans la détermination du montant de l'hypothèque, le critère le plus important, sinon le seul, c'est le montant de l'obligation. Chaque fois que ce montant est connu, il est utilisé pour fixer celui de l'hypothèque. Dans le cas contraire, les parties procèdent à une estimation du quantum de l'obligation et elles utilisent le résultat obtenu pour établir le montant de l'hypothèque. On peut certes imaginer que les parties choisissent délibérément une somme supérieure ou inférieure au montant de l'obligation. Nul ne conteste que la validité de l'hypothèque n'est pas alors compromise. Toutefois, dans le premier cas, cela est totalement inutile en plus d'être nuisible au crédit du constituant et, dans le second cas, c'est le créancier qui risque de ne pas y trouver son compte ».

689 Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°406 ; L. AYNES et P. CROCQ, n°662, : « Lorsque le capital garanti n'est pas déterminé au jour de l'acte (rentes, prestations et droits indéterminés, éventuels ou conditionnels), les parties doivent évaluer le créance afin d'indiquer un montant en capital ».

690 Pour cette distinction en droit suisse, concernant l'hypothèque maximale, infra n°270; en droit québécois, article 2689 du Code civil québécois, J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 610 : les auteurs québécois distinguent la spécialité quant à la créance garantie et la spécialité quant à la somme garantie, voir infra n°267; en droit belge, l'hypothèque « pour toutes sommes » validée par le législateur par la loi du 13 avril 1995 respecte, selon les auteurs, le principe de spécialité, I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note à propos de Cour de cassation, 1ère chambre, 8 avril 1976, *RCJB*, 1980, p. 153.

§2 Les assouplissements dus à la reconnaissance du principe de spécialité quant au montant

209. Annonce. Tous les textes, depuis la réforme, admettent la possibilité de garantir une créance future et n'exigent pas sa détermination mais sa seule déterminabilité. Pour autant, aucun des textes n'empruntent la même formulation[691]. Or, les sûretés réelles, à l'exemple de l'hypothèque, ne sont que les accessoires du droit de gage général et le lien d'accessoire qui unit la sûreté réelle au droit de gage général ne relève pas de la structure de la sûreté réelle mais de sa mise en œuvre. Dès lors que le principe de spécialité n'impose que la détermination du montant de la sûreté et que la sûreté n'est qu'un accessoire du droit de gage général, l'identité des créances lors de la constitution de la sûreté est indifférente (A), ce qui justifie que l'on puisse introduire en droit français une sûreté réelle *omnibus* (B). Le caractère accessoire au droit de gage général, utilité économique autonome de la créance, lié à la simple mise en œuvre de la sûreté, justifie l'existence de l'hypothèque rechargeable indépendamment de l'existence de toute créance garantie (C).

A) L'indifférence à l'identité de la créance lors de la constitution de la sûreté

210. Le caractère accessoire et la déterminabilité des créances. Le droit français a toujours considéré la sûreté réelle comme un accessoire de la créance garantie. Dès lors qu'elle n'est que l'accessoire du droit de gage général, de l'action de saisie, il n'est nullement nécessaire d'identifier les créances garanties lors de la constitution de la sûreté réelle. L'indication du nom du débiteur pourrait même être suffisante. Ainsi, la validité de la sûreté réelle n'impose nullement, à raison de son caractère accessoire, de déterminer les créances garanties. Celles-ci peuvent être seulement déterminables ; en revanche, la sûreté pour pouvoir « fonctionner » doit nécessairement pouvoir être « reliée » à une ou des créances que l'on peut déterminer, mais ce n'est pas là une question qui met en cause l'existence de la sûreté mais, plutôt, sa mise en œuvre. L'obligation d'indiquer dans l'acte

[691] Le gage, article 2333, al. 2, du Code civil : « Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables » ; l'hypothèque, 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 » ; le nantissement, article 2356, al. 2 et 3, du Code civil : « Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance » ; la propriété cédée à titre de garantie, article 2372-2 du Code civil : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité […] la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire » ; la propriété immobilière cédée à titre de garantie, article 2488-2 du Code civil : « En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité […] la dette garantie et la valeur estimée de l'immeuble transféré dans le patrimoine fiduciaire ».

constitutif de la sûreté réelle la créance garantie n'est, alors, pas une manifestation du principe de spécialité, elle est simplement le résultat de la combinaison de la condition de fond qui consiste à exiger la déterminabilité des créances, le caractère accessoire, et de l'exigence de forme qui consiste à imposer la rédaction d'un acte écrit à peine de nullité.

211. Les nouvelles dispositions hypothécaires. Dès lors qu'il est établi que la détermination des créances garanties n'est pas une condition de validité des sûretés réelles, il est possible de conférer aux différents textes adoptés par la réforme leur exacte portée. Concernant l'hypothèque, le législateur a consacré expressément le principe de spécialité quant au montant dans l'article 2423 du Code civil. Il a, en revanche, apporté une précision bien utile dans l'article 2421 du Code civil, lequel dispose que l'hypothèque peut toujours être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Mais, si elles sont futures, précise le texte, elles doivent être déterminables et leur cause doit être précisée dans l'acte. Le texte pourrait sembler être la reprise pure et simple du principe de spécialité, tel qu'on le reconnaissait avant la réforme. Cependant, la modification apportée au principe a eu lieu dans son siège originel, celui de l'article 2132 du Code civil qui a été remplacée par l'article 2423 du Code civil. Le principe de spécialité ne s'entend donc que d'une détermination du montant. Ainsi, l'article 2421 du Code civil ne se réfère nullement au principe de spécialité mais au caractère accessoire de l'hypothèque. Le texte transpose aux sûretés réelles les mêmes exigences que celles qui sont requises pour les sûretés personnelles accessoires. Lors de la constitution de la sûreté réelle, l'identité des créances n'a pas à être déterminée. La déterminabilité des créances doit être opérée comme en matière de cautionnement[692], il suffit lors de la conclusion de la sûreté que les parties conviennent des éléments qui permettront de les identifier lors de l'exécution de la sûreté. L'indication de l'identité des parties est ainsi parfaitement suffisante. La déterminabilité en droit des sûretés réelles n'implique pas que les parties aient connaissance de leur identité lors de la constitution de la sûreté. Les créances déterminables sont simplement des créances dont il est possible de déterminer l'identité au moyen des éléments qui sont mentionnés dans le contrat de sûreté. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 2421 du Code civil se réfère à l'indication de la cause dans le titre constitutif de la sûreté. Cette indication ne doit pas être interprétée comme une reprise de la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait imposé l'individualisation des créances dont l'exécution était garantie dans le titre constitutif, mais elle impose aux parties de fournir

[692] Pour la présentation du caractère accessoire en droit du cautionnement, L. AYNES et P. CROCQ, n°125 : « Le principe de l'accessoire est une règle de fond, impliquant la détermination du débiteur principal au moment de l'engagement, ce qui permet de délimiter l'engagement de la caution. […] Cette règle de fond – déterminabilité de l'obligation principale garantie – se traduit, sur le plan formel, par l'exigence de l'indication du nom du débiteur principal dont la dette est garantie, ou des éléments permettant de l'identifier ».

l'indication de la cause générique des créances, par exemple les créances résultant du financement de tel projet de construction d'autoroute, de tel contrat d'approvisionnement…[693] mais, plus, généralement aussi, toutes les créances résultant de la relation d'affaires entretenue par les parties. Ainsi, se trouve validée la clause de réserve de propriété qui figure dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties (article L. 624-6, al. 2, C. com.)[694] et la sûreté réelle *omnibus*.

B) La validité de la sûreté réelle *omnibus*

212. La reconnaissance de la sûreté réelle *omnibus*. Dès lors que le principe de spécialité n'impose lors de la constitution de la sûreté que l'indication d'un montant chiffré, la sûreté réelle *omnibus* qui faisait défaut au droit français peut être reconnue. Le principe n'est pas incompatible avec la garantie d'un flux de créances existant entre deux personnes ou du crédit global d'exploitation. Ainsi, certaines interrogations postérieures à la réforme peuvent être levées. En effet, si les textes semblaient autoriser la constitution d'une hypothèque *omnibus*, tout comme le droit français connaît déjà le cautionnement *omnibus*, et que l'hypothèque de relation semblait pouvoir émerger en droit français[695], la doctrine[696] s'est montrée hostile à une telle interprétation[697]. L'application raisonnée du

---

693 Voir M. GRIMALDI, à propos de l'hypothèque en garantie de créances futures qui vise « les créances qui naîtraient de tel ou tel contrat à conclure », « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195, n°2.

694 L. AYNES et P. CROCQ, n°801.

695 M. GRIMALDI, « L'hypothèque », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 74 : la constitution de l'hypothèque en garantie des créances futures, celles « qui naissent au fil du temps entre des personnes liées par une relation continue : entre une banque et son client, entre un fournisseur de biens ou de services et son client »; M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC,* 2005, p. 796.

696 Pour une telle interprétation de l'article 2421 du Code civil, not. D. ROBINE, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *BJ,* juillet 2006, p. 880, n°13 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2030 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n°873 ; P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 31 : « Si l'avant-projet a, ainsi, consacré la jurisprudence relative à la garantie hypothécaire de créances futures, il n'est pas allé cependant jusqu'à admettre l'hypothèque *omnibus*, c'est-à-dire en garantie de toutes les créances d'un créancier sur un débiteur. Cela peut paraître étonnant […]. Mais, si l'avant-projet n'a pas résolu cette difficulté en admettant l'hypothèque *omnibus*, c'est parce qu'il a mis fin à cet inconvénient d'une autre façon, en créant l'hypothèque rechargeable […]».

697 Le texte prévoit que les créances futures peuvent être simplement déterminables mais toutefois la cause de la créance garantie doit être déterminée, P. ANCEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 6ème éd°, 2011, n°387 : « Ce texte valide par exemple l'utilisation de l'hypothèque pour garantir le solde débiteur d'un compte-courant, ce qui pouvait faire difficulté dans le droit antérieur. Cependant, en dépit de cet élargissement, l'exigence de l'indication de la cause de la créance garantie ne permet pas d'utiliser l'hypothèque de la même manière que le cautionnement, pour garantir « toutes dettes dont le constituant pourrait un jour devenir débiteur pour quelque cause que ce soit » ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, 2ème éd°, 2010, n°2029, 2030 : « Depuis la réforme de 2006, l'hypothèque peut garantir des créances futures, comme celles qui naissent au fil du temps entre les personnes liées par une relation continue, notamment un fournisseur de biens ou de services et ses clients […] En premier lieu les créances futures doivent être « déterminables » (C. civ., art. 2421, al. 1er), c'est-à-dire qu'il doit être possible relativement aisément d'en déterminer la nature, la cause et le montant. En deuxième lieu, même si l'hypothèque garantit des créances futures, elle ne peut pas être, au contraire d'un cautionnement, *omnibus* » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABVRILLAC et Ph. PETEL, Droit des sûretés, Litec, 9ème éd°, 2010, n°905 : le principe « a pour but de ménager le crédit du débiteur en empêchant qu'une hypothèque ne soit accordée pour garantir toutes les dettes que le

principe de spécialité implique d'admettre la validité de la sûreté réelle *omnibus* qui était, d'ailleurs, déjà admise, avant la réforme, sous couvert de la sûreté réelle en garantie de l'ouverture de crédit ou du solde débiteur éventuel de compte courant.

213. La validité de l'hypothèque en garantie de l'ouverture de crédit. En effet, si quelques arrêts, dans les années qui suivirent la promulgation du Code civil[698], ont opté pour la nullité de l'hypothèque consentie en garantie d'une ouverture de crédit, il est constant depuis 1814, que l'hypothèque en garantie d'une ouverture de crédit est valable sans qu'il soit fait de distinction selon que la ligne de crédit donne ou non lieu à un tirage unique[699]. La controverse portait sur le caractère potestatif de l'hypothèque. Elle a été vite dissipée[700] : certes, il dépend du débiteur d'utiliser le crédit mis à sa disposition par le prêteur, mais dès lors qu'il l'utilise, l'hypothèque garantit l'ouverture de crédit utilisée indépendamment de la volonté du débiteur. La solution est, par ailleurs, expressément admise par le législateur belge depuis 1851 : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert est valable »[701]. C'est ainsi que la Cour de cassation considère, depuis le début du dix-neuvième

---

constituant aurait, dans l'avenir, à l'égard du créancier bénéficiaire, par exemple son banquier. Ce principe ne saurait donc interdire la constitution d'une hypothèque pour garantir une créance à venir parfaitement identifiée, par exemple la créance éventuelle et future du solde débiteur d'un compte courant, ou une ouverture de crédit, ou des livraisons futures déterminées, voire éventuelles mais prévues dans un contrat-cadre » ; L. AYNES et P . CROCQ, n°663 : « De plus les éléments de détermination requis s'ajoutent à la cause de la créance, qui doit, créance présente ou créance future, être déterminée dans l'acte. Bien que la loi ne précise pas quels sont les éléments permetttant la détermination, on peut penser qu'il s'agit de la désignation du créancier, de celle du débiteur, de la nature de l'opération d'où naîtra la créance… L'objectif est d'éviter que le moment venu […], il puisse y avoir doute sur le point de savoir si telle créance est garantie ».

698 Not. Colmar, 18 avril 1806, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE*, II, 134, l'hypothèque consentie pour sûreté de sommes qui seront prêtées par la suite est réputée sous la condition potestative de la part de celui qui s'oblige puisque celui-ci peut ne jamais emprunter.

699 Cass. req. 26 janvier 1814, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE,* 4ème vol., I, 521, l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert et accepté est valable, lorsque celui qui ouvre le crédit s'engage à payer des lettres de change de celui qui donne hypothèque, encore que l'emprunt soit éventuel et qu'il n'y ait pas d'obligation d'user du crédit ; Cass. req. 10 août 1831, *S.* 1831, 1, 371 ; Cass. civ. 21 novembre 1849, *D.P.* 1849, I, 275 : « […] que celui qui accepte une ouverture de crédit contracte, immédiatement, l'obligation de rembourser les sommes qui lui seront délivrées ; que cette obligation est autorisée par l'article 1130 du Code civil ; qu'à la vérité elle est subordonnée à la réalisation des fonds promis, mais dès que ces fonds sont délivrés, le contrat a toute sa force et doit recevoir son exécution, sans qu'il soit besoin d'un acte nouveau ; que ce n'est point là une obligation potestative dans le sens de 1174 du Code civil, mais seulement une obligation conditionnelle autorisée par l'article 1168 […] » ; Cass. req. 8 mars 1853, *D.P.* 1854, I, 341, *S.* 1855, I, 214.

700 L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1031 : on a douté, au début du 19ème siècle, de la validité de l'hypothèque en garantie d'une ouverture de crédit au motif que l'hypothèque serait conclue sous la condition potestative de la part de celui qui s'oblige et serait nulle en vertu de l'article 1174 du Code civil. « En effet, le débiteur éventuel ne sera obligé que s'il veut, s'il réalise le crédit qui lui est ouvert, et cette réalisation dépend de son pur caprice. Cette opinion est depuis longtemps rejetée, et avec raison, car elle repose sur une confusion. Sans doute il dépend du débiteur éventuel de réaliser ou non le crédit qui lui a été fait, et, à ce point de vue, il est vrai de dire qu'il n'est pas obligé. Mais il ne dépend pas de lui, s'il réalise ce crédit, que sa dette ne soit pas garantie par une hypothèque : il est obligé immédiatement et définitivement à supporter cette hypothèque sur ses biens, et l'article 1174 est inapplicable à cette constitution d'hypothèque, qui forme un engagement valable, quoique conditionnel. ».

701 Article 80 de la loi du 16 décembre 1851 : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert est valable ; elle prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques de l'exécution des engagements pris par le créditeur, laquelle pourra être établie par tous moyens légaux ».

siècle, que l'hypothèque en garantie de l'ouverture de crédit garantit une créance de restitution unique et éventuelle, et que cette obligation naît, en son principe[702], dès la conclusion de l'ouverture de crédit[703]. La créance garantie est la créance éventuelle de restitution, elle est parfaitement identifiée dans sa cause au temps de la convention hypothécaire. Sa cause est l'ouverture de crédit. C'est, d'ailleurs, ce qu'affirme implicitement la Cour d'appel de Toulouse, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de principe du 6 février 1939, lorsqu'elle indique que nul n'aurait su dire si la créance de restitution résultait d'une ouverture de crédit ou d'un compte courant. L'hypothèque prend rang au jour de son inscription encore que le crédité n'ait pas utilisé la ligne de crédit ouverte par son créditeur[704]. Cependant, si la solution est opportune, la rectitude de la solution peut être discutée.

214. La sûreté réelle en garantie de l'ouverture de crédit. En effet, le contrat d'ouverture de crédit ne constitue pas un prêt[705], car il est possible que le crédité n'utilise jamais le crédit et qu'il n'y ait, donc, jamais de remise de fonds[706]. Le crédité n'est donc pas nécessairement débiteur et demeure libre d'user du crédit qui lui est consenti[707]. En attendant, l'ouverture de crédit est une promesse de prêt, elle ne donnera naissance à un prêt qu'à concurrence des fonds utilisés par le client[708]. Seul l'exercice

---

[702] *Répertoire général alphabétique de droit français*, t. 23, 1900, *V°* Hypothèque, n°2027 : « Une ouverture de crédit, en effet, en même temps qu'elle crée une obligation pour le créditeur porte pour le crédité le principe d'une dette future, éventuelle, qui suffit comme base d'une affectation hypothécaire ».

[703] Cass. civ. 21 novembre 1849, *D.P.* 1849, I, 275 : « […] que celui qui accepte une ouverture de crédit contracte, immédiatement, l'obligation de rembourser les sommes qui lui seront délivrées ; que cette obligation est autorisée par l'article 1130 du Code civil ; qu'à la vérité elle est subordonnée à la réalisation des fonds promis, mais dès que ces fonds sont délivrés, le contrat a toute sa force et doit recevoir son exécution, sans qu'il soit besoin d'un acte nouveau […] » ; Douai, 17 décembre 1833, *D.* 1834, II, 279 : « Vu l'art. 2132, Cod. Civ. ; Attendu que l'acte par lequel un banquier ouvre un crédit à son correspondant, forme entre eux un lien de droit, par suite duquel le premier met ses écus à la disposition du second, qui contracte de son côté l'obligation d'indemniser le banquier de ses avances, avec intérêts et droits de commission d'usage ; que cette obligation du correspondant se forme au moment même de l'acte et peut être valablement garantie par une hypothèque, pourvu que le titre constitutif de cette hypothèque soit authentique, et que la somme à concurrence de laquelle le crédit est ouvert soit déterminée dans l'acte. Attendu que l'inscription prise en exécution d'une telle convention a son effet, non du jour où les écus sont réellement sortis de la caisse du banquier pour entrer dans les mains du correspondant ou pour acquitter des traites, mais du jour où ils ont été mis à sa disposition par l'acte qui lui ouvre un crédit ; que la numération des deniers n'est que l'exécution de la promesse, la suite nécessaire de l'obligation garantie par l'hypothèque, dont l'effet doit nécessairement se reporter au jour où elle a été rendue publique par une inscription régulière ».

[704] Ainsi, « l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert remonte au jour de l'inscription requise en vertu de l'acte de crédit, et non pas seulement au jour de la réalisation du crédit », Paris, 20 août 1841, *S.* 1841, II, 511 ; également, Douai, 17 décembre 1833, *D.* 1834, II, 279 ; Besançon, 30 novembre 1848, *S.* 1848, II, 729 ; Cass. civ. 21 novembre 1849, *S.* 1850, I, 91 ; Rouen, 3 août 1864, *S.* 1866, II, 127. « Autrement dit, dans le cas de la stipulation d'hypothèque pour sûreté d'un crédit ouvert, le créancier doit être colloqué à la date de l'inscription par lui prise, pour toutes les sommes fournies ultérieurement en vertu du crédit » et toutes les références citées au *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques, n°1004.

[705] A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°1123.

[706] Il faut donc distinguer « les deux stades de l'ouverture de crédit et du prêt qui peut ensuite être réalisé : l'ouverture de crédit ne devient prêt que lors de son utilisation », A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°1123.

[707] A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit. Etude juridique*, Etablissements Emile BRUYLANT et Librairie générale de droit, 1945, n°29.

[708] Com. 21 janvier 2004, *BC*, IV, n°13.

du droit de tirage accordé par l'ouverture de crédit rend le crédité débiteur. Ainsi, tout exercice du droit de tirage donne naissance à une nouvelle créance. Si le crédité « tire » plusieurs fois sur la ligne de crédit qui lui est ouverte, il y aura donc autant de créance de restitution que de tirages. On en a déduit que l'hypothèque en garantie de l'ouverture de crédit devait être nulle, car dès lors que chaque tirage donnait naissance à une créance nouvelle, les créances garanties ne seraient « pas aptes à être désignées lors de la constitution de la sûreté »[709]. Ainsi, s'il fallait suivre la conception traditionnelle, le principe de spécialité devrait interdire la constitution de l'hypothèque en garantie d'une ouverture de crédit *revolving*[710]. En revanche, lorsqu'il serait prévu que l'ouverture de crédit donne lieu à un tirage unique, l'hypothèque garantissant l'ouverture de crédit devrait être validée, car alors « la créance éventuelle du prêteur contre l'emprunteur peut être désignée puisqu'elle est unique »[711]. Cette distinction selon que l'ouverture de crédit donnait lieu à un ou plusieurs tirages est certainement peu compréhensible, mais si l'on suit la conception traditionnelle du principe, elle doit être acceptée. En revanche, la résurgence du principe originel de spécialité permet de ne pas distinguer selon que l'ouverture de crédit donne lieu ou non à un tirage unique. Il n'est pas non plus nécessaire de « passer » par le détour de l'existence d'une créance de restitution éventuelle contractée dès la conclusion du contrat d'ouverture de crédit ou même d'un compte courant pour asseoir la validité de la sûreté.

215. Le mécanisme du compte courant. Lorsque des personnes travaillent ensemble, elles peuvent décider de « travailler en compte ». Le compte courant peut être défini comme le contrat par lequel « les parties décident de faire entrer en compte toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce qu'elles soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unitaire »[712]. Il est régi par un principe d'affectation générale[713] qui signifie que le compte est alimenté par l'entrée successive de toutes les créances dont les correspondants sont titulaires l'un à

[709] G. ANSALONI, « Crédit *revolving* et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP éd. E,* 2008, p. 11 n°8, n°16.

[710] G. ANSALONI, « Crédit *revolving* et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP éd. E*, 2008, p. 11, *passim*.

[711] G. ANSALONI, « Crédit *revolving* et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP éd. E,* 2008, p. 11 n°8, n°16 et 17 : « Aussi bien, il apparaît que, lorsque l'ouverture de crédit n'est pas revolving et que le droit de tirage doit être exercé en une seule fois, il n'existe qu'une seule créance éventuelle du prêteur contre l'emprunteur ». En revanche, lorsqu'il s'agit d'une ouverture de crédit revolving, chaque tirage donnera naissance à un contrat nouveau et ainsi à autant de créances nouvelles. […] Ainsi, si l'ouverture de crédit n'ouvre droit qu'à un seul tirage, la créance éventuelle du prêteur contre l'emprunteur peut être désignée puisqu'elle est unique ».

[712] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°333.

[713] « L'entrée en compte concerne toutes les créances des parties. C'est le principe d'affectation générale des créances, encore appelé principe de la généralité du compte, qui postule que chaque partie s'engage à faire entrer en compte les créances dont il est titulaire à l'encontre de son cocontractant », Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°342, b), 2.

l'égard de l'autre. L'hypothèque constituée en garantie d'un compte courant devrait donc être interdite si l'on s'arrêtait à la conception traditionnelle du principe de spécialité[714].

216. La naissance d'une obligation éventuelle lors de la conclusion de la convention de compte courant. Cependant, le mécanisme de l'entrée en compte a permis de « sauter » ces obstacles. L'entrée en compte éteint les créances par novation[715]. Elles sont incorporées « dans un bloc indivisible qui est constitutif du solde du compte dont le règlement est reporté à la clôture du compte et qui est soumis à un régime unitaire »[716]. Ainsi, toutes les créances à intervenir entre les parties « perdent leur individualité pour devenir de simples articles de crédit »[717] participant à la formation du solde du compte. Elles ne servent plus qu'à fixer le montant de la créance du solde final et concourent à créer une créance unique au profit de celui qui à la clôture du compte, reste créditeur »[718]. La créance de restitution du solde est déterminée dès la conclusion de la convention de compte. Ainsi, l'hypothèque en garantie du solde débiteur du compte courant est, tout comme celle qui garantit l'ouverture de crédit, validée depuis le début du dix-neuvième siècle[719]. L'obligation de remboursement des sommes est contractée immédiatement par le crédité. C'est cette obligation qui est garantie par l'hypothèque[720] : il s'agit, comme dans l'ouverture de crédit, d'une créance monétaire éventuelle, une créance née dans son principe, mais dont l'objet est indéterminé au jour de la constitution de l'hypothèque. La créance unique de restitution formée par les différentes créances entrées en compte est garantie par l'hypothèque et non toutes les créances qui sont entrées en compte. L'hypothèque en garantie du solde débiteur du compte courant garantit ainsi une créance

[714] Lorsqu'il s'agit de nantir le solde de compte courant, D. R. MARTIN souligne qu'un tel nantissement serait dérogatoire à la règle de la spécialité, car le solde du compte courant a vocation à devenir alternativement positif et négatif. A chaque apparition d'un solde créditeur, une nouvelle créance apparaît. Ainsi le nantissement de solde de compte courant se trouverait caduc à chaque fois que le solde deviendrait débiteur en raison de la disparition de l'assiette, « De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi) », *RDBF*, mars/avril 2006, p. 43, n°12

[715] Rouen, 18 décembre 1856, *DP.*1857, II, 157 ; Cass. civ. 12 juin 1936, *DH.* 1936, 411.

[716] Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011, n°337.

[717] Cass. civ. 25 avril 1910, *D.* 1911, 364 ; pour une formulation identique, Douai, 28 novembre 1901, *D.* 1905, II, 457 ; Rouen, 18 décembre 1856, *DP.* 1857, II, 157.

[718] Cass. civ. 25 avril 1910, *D.* 1911, 364 : « L'indivisibilité du compte-courant met obstacle à ce que l'on considère ses divers éléments comme constituant autant de créances distinctes, mais, au contraire, comme concourant à créer une créance unique au profit de celui qui à la clôture du compte, reste créditeur ».

[719] Rouen, 24 avril 1812, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE,* 4ème vol., II, 36, « Attendu que, dès l'instant que deux commerçants se mettent ensemble en compte courant, il y a obligation actuelle d'en payer le solde, lors de l'apurement et de la liquidation du compte », validité de l'hypothèque conventionnelle ; Cass. req. 11 décembre 1848, *D.P.* 1848, I, 234 ; Cass. civ. 22 mars 1852, *S.* 52, I, 308.

[720] Cass. civ. 21 novembre 1849, *S.*, 1850, I, 91.

unique et éventuelle, bien que le compte accueille toutes les créances des correspondants du compte. En réalité, l'hypothèque en garantie de l'ouverture de crédit et du compte courant sont des hypothèques *omnibus* qui ne disent pas leur nom[721]. Lors de la constitution de la sûreté réelle, l'indication d'un montant chiffré suffit à remplir la prescription imposée par le principe de spécialité, tandis que le caractère accessoire autorise que la sûreté réelle soit constituée en garantie de créances indéterminées, mais qui peuvent être identifiées par le recours à l'identité des parties. Il n'y a donc aucune raison de ne pas reconnaître en droit français la validité de la sûreté réelle *omnibus,* sous réserve de la réserver aux relations professionnelles car le dévoiement du principe de spécialité, s'il a eu pour effet de rigidifier le droit des sûretés réelles, a également permis de protéger la solvabilité du constituant de la sûreté réelle[722]. Par ailleurs, le caractère accessoire de la sûreté réelle ne s'oppose pas non plus à ce que la détermination des créances garanties n'intervienne pas dès la conclusion de l'acte constitutif de la sûreté réelle, ce dont le mécanisme de l'hypothèque rechargeable introduit par le législateur en droit français lors de la réforme apporte la preuve, car l'identification de la créance n'est qu'une question de mise en œuvre de la sûreté réelle.

C) L'introduction en droit français de l'hypothèque rechargeable

217. Le respect du principe de spécialité : la détermination du montant de la sûreté au jour de la constitution de la sûreté. L'hypothèque rechargeable permet d'utiliser l'hypothèque pour garantir une succession de créances qui n'ont pas à être déterminées lors de la constitution de la sûreté réelle. Elle se distingue de l'hypothèque *omnibus*, car l'hypothèque *omnibus* permet de garantir des créances dont l'identité est certes indéterminée au jour de la constitution de la sûreté réelle, mais qui sont déterminables au moyen des éléments précisés lors de la constitution de la sûreté. Dans la constitution de la sûreté réelle rechargeable, les créances garanties sont indéterminées et indéterminables[723], aucun élément ne permet de les identifier. L'innovation a été amplement commentée soulignant parfois que l'admission de ce mécanisme emportait un abandon ou un

[721] Ph. THERY, n°135, relève que « si les exigences de la jurisprudence sont assez rigoureuses en ce qui concerne la spécialité de la créance garantie par l'hypothèque conventionnelle, ces exigences sont, sinon contournées, du moins assouplies lorsque créancier et débiteur sont en relation de compte. Le principe de spécialité est sauf puisque l'hypothèque garantit le solde du compte, qui est une créance identifiée. Mais le mécanisme du compte est tel que la garantie couvrira un ensemble de crédits ».

[722] Voir infra n°221 et s.

[723] M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195, n°2 : «En revanche, l'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien, des créances encore indéterminées, indéterminables, sans distinction entre créances futures et créances présentes […]».

assouplissement du principe de spécialité[724]. En réalité, dès lors que le principe de spécialité est bien compris, il devient parfaitement compatible avec le mécanisme de l'hypothèque rechargeable[725]. En effet, le principe n'impose que la détermination d'un montant dans le titre constitutif de la sûreté réelle. Ce montant est déconnecté du montant des créances[726]. Dans l'hypothèque rechargeable, comme dans l'hypothèque *ad hoc*, l'indication du montant de la sûreté est une condition de validité de l'hypothèque (article 2423 du Code civil). En revanche, la détermination ou la déterminabilité des créances n'est nécessaire qu'à la mise en œuvre de la sûreté réelle. Elle relève de son caractère accessoire.

218. Le caractère accessoire au droit de gage général de l'hypothèque. La sûreté réelle rechargeable existe en dépit de l'indétermination des créances garanties. Ainsi, la reconnaissance de la sûreté réelle rechargeable par le législateur implique non seulement qu'il soit revenu au sens originel du principe de spécialité, mais également que le caractère accessoire de la sûreté réelle soit exactement saisi. Lors de la constitution de la sûreté réelle les créances sont indéterminées et ne peuvent pas l'être, la sûreté réelle n'en existe pas moins. Les créances ne sont déterminées qu'*a posteriori* lors de la mise en œuvre de la sûreté. En revanche, la sûreté ne fonctionne pas tant que les créances ne sont pas déterminées ou ne sont pas au minimum déterminables. L'hypothèque n'est donc pas l'accessoire de la créance, ainsi qu'il l'a été démontré, mais bien un accessoire du droit de gage général[727], dont il a été démontré qu'il constituait une utilité économique autonome de la créance[728]. Ainsi, contrairement à ce que l'on a pu penser, l'hypothèque rechargeable ne constitue nullement une atteinte au caractère accessoire de la sûreté réelle[729], c'est le caractère accessoire des sûretés réelles qui se révèle à raison de l'introduction du mécanisme de la rechargeablilité dans le Code civil en 2006. Le caractère

[724] D. SAVOURE, « L'hypothèque rechargeable », *JCP éd. N,* 2007, 1175, p. 31, n°1 : « Le principe de spécialité n'est donc plus une règle de validité de l'hypothèque » ; A. GOURIO, « L'hypothèque rechargeable », *RDBF*, septembre-octobre 2006, p. 39, n°15, le mécanisme implique la disparition du principe classique de la spécialité quant à la créance garantie. Plus modéré pour une atténuation du principe : A. CERLES, « L'hypothèque rechargeable », *RLDA*, mars 2007, p. 100.

[725] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n°874, pour l'admission de la spécialité de l'hypothèque rechargeable.

[726] M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195, n°4 : « […] dès lors que le « droit d'hypothèque est détachable de la créance garantie, il n'y a rien d'incongru à ce que leurs montants soient différents ».

[727] Voir supra n°91 et s.

[728] Voir supra n°84 et s.

[729] D. ROBINE, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *BJ,* juillet 2006, § 181, n°30, il est porté atteinte au principe de spécialité quant à la créance garantie ; P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 31, l'hypothèque rechargeable constitue « une exception très importante à la règle suivant laquelle l'accessoire suit le principal » ; E. FREMEAUX et G. DAUBLON, « La réforme du droit des sûretés », *Def.* 2006, art. 38420, p. 1093, l'hypothèque se voit dôtée d'une certaine autonomie.

accessoire implique seulement que les créances pour lesquelles la sûreté réelle peut être mise en œuvre soient déterminées ou déterminables au jour de la saisie dont la sûreté constitue le renfort.

219. La distinction de l'hypothèque abstraite. Pour autant, l'hypothèque rechargeable n'est pas une sûreté abstraite car elle ne fait pas naître une obligation de payer une somme d'argent d'un montant déterminé qui serait garanti par la sûreté réelle. Aussi, bien qu'elle se soit rapprochée des sûretés immobilières autonomes connues en Suisse ou en Allemagne[730], l'hypothèque rechargeable n'en est pas l'équivalent. La sûreté réelle rechargeable suscite d'ailleurs l'intérêt à l'étranger[731] et pourrait devenir une source d'inspiration du projet d'euro-hypothèque[732] pourtant influencé, depuis l'origine, par la *grundschuld*, l'hypothèque autonome germanique[733].

220. La mise en sommeil de la sûreté[734]. Ainsi, lorsque l'on dit que l'hypothèque *ad hoc* s'éteint avec la créance garantie, il faut se figurer plutôt qu'une extinction de la sûreté, une « mise en sommeil » définitive de la sûreté réelle. L'hypothèque ne peut plus être mise en oeuvre, mais la sûreté réelle existe toujours. En réalité, l'extinction de l'obligation garantie n'entraine pas l'extinction de la sûreté réelle mais la prive d'effet. « L'anéantissement du principal ne détruit pas l'accessoire, mais le rend inutile. Le principal n'est pas un élément entrant dans la composition matérielle de l'accessoire » [735]. Cette vision des deux éléments qui s'unissent dans l'affectation ouvre la porte à la réutilisation de la sûreté. En effet, « l'inutilité dont est frappé l'accessoire par suite de la disparition du principal s'entend de la situation actuelle et qu'il est impossible de dire qu'une chose est dépourvue d'utilité. […] »[736]. Seul l'exercice du droit est « paralysé par la perte du principal, mais non son existence »[737].

---

730 L. AYNES et P. CROCQ, n°664.

731 Voir au Chili, proposition d'un parlementaire d'introduire l'hypothèque rechargeable, intervention d'un participant chilien lors des rencontres franco-chiliennes organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, le 9 juin 2008, à l'occasion de l'intervention de Bruno Caprile Biermann, Professeur à l'université del Dearollo, intervenant sur le thème « Spécialité et droit des sûretés réelles ».

732 Voir la résolution du Parlement européen sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne (2006/2102 (INI)), *JO de l'Union européenne*, 14 novembre 2006, C 314 E/140 (accessible sur http://eur-lex.europa.eu) : « 25. demande à la Commission d'encourager le développement de mécanismes d'hypothèque rechargeable et de prêt viager hypothécaire présentant toutes les garanties en termes de publicité et d'opposabilité aux tiers en tenant dûment compte des questions de confidentialité et des effets pour les tiers ».

733 Pour une comparaison, voir infra n°276 et s.

734 Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 45.

735 G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°43
.

736 G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°43.

737 G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°43.

L'extinction des créances n'éteint pas la sûreté qui ne peut tout simplement plus être mise en oeuvre. Evidemment, lorsque la sûreté réelle est une sûreté *ad hoc*, qu'elle a été reliée à des créances déterminées lors de la constitution, l'extinction des créances garanties prive définitivement d'effet la sûreté réelle. Tout se passe, alors, comme si la sûreté réelle était éteinte. Pourtant, le caractère accessoire, bien compris, explique que la sûreté puisse être « réactivée » lors d'une nouvelle affectation, et qu'il soit, donc, possible de concevoir des sûretés réelles rechargeables. La sûreté rechargeable « dort » en attendant d'être réactivée par la détermination d'une nouvelle créance. L'acte de rechargement crée le lien entre la sûreté et les créances garanties. La résurgence du principe originel dans l'ordre interne permet d'introduire plus de souplesse en droit des sûretés et sans bousculer les solutions établies de les expliquer. Cependant, le débordement patrimonial du principe n'a pas eu que des inconvénients, il a permis de préserver la solvabilité du débiteur, protection sur laquelle il ne s'agit nullement de revenir.

Chapitre 2 : Le débordement du principe originel

221. Le contexte économique contemporain. Le contexte économique qui a vu naître le principe de spécialité s'est profondément modifié. L'autonomie patrimoniale du débiteur, la liberté de ses engagements et de ses transactions n'est plus la seule préoccupation du législateur. Depuis la deuxième moitié du 20ème siècle, le surendettement est devenu un fléau que les pouvoirs publics ne parviennent pas à endiguer. Le législateur contemporain doit donc tenter de juguler cette contradiction : laisser libre cours à l'endettement et même l'encourager, car il est aujourd'hui le moteur de l'économie[738] et prévenir le surendettement. Aussi, la conception traditionnelle du principe de spécialité a certainement eu pour conséquence de créer des blocages en droit des sûretés réelles, mais ces contraintes, bien qu'elles n'étaient pas justifiées au regard du fondement qui l'avait imposé en droit français en 1804, n'ont pas eu que des effets pervers. L'abandon de la rigidité introduite par le débordement patrimonial du principe emporterait avec elle la protection du constituant de la sûreté réelle. Aussi, bien que le principe n'ait pas eu pour objectif, à l'origine, de protéger la solvabilité du constituant, il n'en demeure pas moins qu'il ne faudrait qu'avec parcimonie revenir sur l'abandon du principe de spécialité quant à la créance garantie. La protection de la solvabilité du constituant est une nécessité (section 1), il faudrait alors identifier le critère adéquat (section 2) qui permette de maintenir, dans les circonstances nécessaires, le principe de spécialité quant à la créance garantie, sans pour autant revenir sur la souplesse que la résurgence du principe originel permet d'introduire.

Section 1 : La nécessité de la protection de la solvabilité du constituant

222. Annonce. La sûreté réelle ne créé pas le risque de l'insolvabilité du constituant de la sûreté réelle. Ce risque est suscité par la créance et non par le crédit, tel qu'il doit être entendu en droit moderne. Cependant, la sûreté réelle est le signe d'une créance « plus » risquée. D'ailleurs, si le créancier ne jugeait pas la créance dangereuse, il ne la conditionnerait pas à l'obtention d'une sûreté. L'obligation

[738] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd°, 2010, n°327 : « Le crédit présente certes des avantages pour les consommateurs, puiqu'il leur permet d'obtenir des produits ou des services sans attendre d'avoir épargné l'argent nécessaire. Il est en outre un facteur de croissance pour l'économie nationale car il stimule la consommation. C'est la raison pour laquelle le crédit à la consommation est encouragé dans les périodes de faible croissance. Mais il présente aussi de graves dangers pour les consommateurs ».

dont l'exécution est garantie par l'hypothèque est donc certainement plus dangereuse que celle qui ne l'est pas. Ainsi, dès lors que les créances garanties doivent être énumérées dans le titre constitutif de la sûreté, le principe de spécialité oblige le constituant à prendre conscience de chacune des créances garanties individuellement et à la rapporter aux biens sur lesquels la sûreté devra être exécutée et qui constitue sa richesse. Le principe de spécialité quant à la créance est certes un frein aux opérations de crédit mais il joue alors un rôle de protection de la solvabilité du constituant de la sûreté réelle. Il doit continuer à être appliqué en droit des sûretés réelles, car l'endettement qu'il conforte est plus dangereux pour la solvabilité du constituant de la sûreté réelle que ne l'est le simple endettement chirographaire (§1). Il faut même étendre la protection diffusée par le principe de spécialité au droit des suretés personnelles, car la protection qui est actuellement accordée au constituant de la sûreté réelle est insuffisante alors qu'ici, aussi, la prise de sûreté par le créancier est la marque du danger de la créance (§2).

§1 La protection de la solvabilité du constituant de la sûreté réelle

223. Annonce. Le principe de spécialité quant à la créance garantie serait utilement maintenu lorsque la sûreté réelle est une sûreté *ad hoc* (A). Il n'est nullement incompatible avec la constitution d'une sûreté réelle rechargeable (B).

A) La sûreté réelle *ad hoc*

224. La « neutralité » de la sûreté. La sûreté semble être économiquement neutre. D'un côté, le créancier titulaire de la sûreté, qu'elle soit réelle ou personnelle, n'est jamais « riche » de sa sûreté. Il n'en tire aucun profit[739] : toute sûreté est accessoire. Ainsi, l'image de la sûreté réelle est celle d'un droit réel accessoire « vidé de sa substance matérielle »[740]. Quant au créancier titulaire d'une sûreté personnelle, il n'est pas « riche » de sa sûreté, car s'il est bien titulaire de deux créances, il ne pourra jamais obtenir plus que ce qui lui est dû au titre de l'obligation principale, qui seule l'enrichit. La sûreté personnelle est une obligation accessoire, vidée de sa substance matérielle. De l'autre côté, le constituant ne s'appauvrit pas ; lorsque la sûreté est consentie à titre professionnel, elle est même

[739] L. AYNES et P. CROCQ, n°2, pour la définition de la sûreté devenue classique, élaborée par M. CROCQ.

[740] L. AYNES et P. CROCQ, n°400, analysant l'évolution du caractère accessoire et soulignant que le droit de propriété transféré à titre de garantie constitue un droit accessoire.

rémunérée et elle enrichit donc le constituant. Mais, même si elle n'est qu'un service rendu à un ami ou un membre de la famille, la sûreté n'est pas conçue comme une source d'appauvrissement pour le constituant. En effet, la constitution de la sûreté réelle n'engage pas le constituant, c'est l'obligation qui l'engage, et si le constituant d'une sûreté personnelle est tenu d'une dette à raison de la conclusion du cautionnement ou de la garantie autonome, cette dette ne l'appauvrit pas, car le constituant de la sûreté personnelle bénéficie, en toute hypothèse, d'un recours contre le débiteur principal. Ainsi, la protection du constituant de la sûreté semble être inutile.

225. La « réalité » de la sûreté. Cependant, la réalité de la sûreté est toute autre. En effet, la sûreté est un moyen pour le constituant d'obtenir le concours financier de son créancier. Elle suscite la confiance du créancier. Or, la confiance, bien qu'elle n'enrichisse pas le créancier, est une utilité économique[741]. Rassuré, le créancier accepte de prêter son concours au débiteur. En revanche, si le créancier n'obtient pas de sûreté, il n'a pas confiance et il ne contracte pas. Ainsi, en pratique, la sûreté est la condition *sine qua non* de l'endettement. La sûreté et l'endettement sont liés ; la confiance est le soutien de l'endettement qui conduit au surendettement. Alors qu'en temps ordinaire, le créancier accepte de prendre le risque de la créance, lorsqu'il requiert une sûreté, il n'entend nullement assumer ce risque. Le risque de l'endettement est pris en charge par le constituant de la sûreté réelle. Ainsi, la sûreté est la manifestation d'une créance risquée que le créancier ne souhaite pas assumer et qu'il reporte sur la sûreté, car si la créance n'était pas risquée ou si le risque était raisonnable, le créancier ne demanderait tout simplement pas de sûreté. L'endettement garanti est donc plus risqué que l'endettement chirographaire. La sûreté est donc le signe du danger de la dette que le créancier souhaite évincer en demandant une sûreté réelle au créancier, ou diluer lorsqu'il demande une sûreté personnelle.

226. Le principe de spécialité quant à la créance garantie, moyen de protection de la solvabilité du constituant de la sûreté. On a souligné, avant la réforme, que le principe de spécialité quant à la créance garantie s'inscrivait dans le cadre plus général d'une politique prudente d'octroi des crédits immobiliers[742] garantis par des sûretés[743] réfléchies, seules compatibles avec la prévention du surendettement. Dès lors qu'il est, à présent, démontrer que le principe de spécialité n'impose que la

[741] Voir supra n°84 et s.

[742] Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, novembre 2004, p. 11.

[743] J. AUGER, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *RJT*, 1997, vol. 31, p. 632.

détermination d'un montant et qu'il est désormais possible de constituer une sûreté réelle *omnibus*, il convient, donc, de veiller à ce que ce nouvel instrument ne favorise pas les situations de surendettement. Aussi, le principe de spécialité quant à la créance garantie doit être maintenu dans les situations où la loi accorde, en général, sa protection au débiteur, car il s'agit ici de protéger la solvabilité du constituant entachée par le risque de la dette. Lors de la constitution de la sûreté réelle, le principe attire l'attention du constituant de la sûreté sur le danger de la dette qu'il contracte et constitue un frein à l'engagement irréfléchi. Le constituant peut apprécier l'atteinte que la créance porte à sa solvabilité. Le rapprochement de l'identité du bien et de l'identité de la créance garantie lui permet de prendre conscience au fur et à mesure des dettes contractées de l'atteinte qu'il porte à sa solvabilité. A l'inverse, lorsque la sûreté réelle est *omnibus*, le danger des dettes, au moment où il les contracte passe inaperçu, car les engagements sont contractés sans forme, le principe étant le consensualisme. Le formalisme de la sûreté réelle a donc le mérite d'attirer l'attention du constituant sur le danger de la dette. De plus, la constitution de la sûreté réelle *omnibus* implique une accentuation du risque encouru par le constituant, car le créancier, lorsqu'il accorde son concours, sera bien moins regardant sur les conditions de ressources du constituant, car il sait qu'il dispose d'une sûreté réelle dont il pourra toujours obtenir la réalisation. Prenant en considération l'utilité du principe de spécialité quant à la créance garantie, il convient de le maintenir afin de ne pas affaiblir la protection, indirecte mais bien réelle, qu'il diffuse sur la solvabilité du constituant de la sûreté réelle. En tout état de cause, il est manifeste que le législateur n'a pas entendu offrir la possibilité de constituer une hypothèque *omnibus* à tout constituant et il a même prévu dans le Code de la consommation une disposition interdisant de garantir un *crédit revolving* au moyen d'une hypothèque rechargeable (article L 313-14 du Code de la consommation). Pour autant, le principe de spécialité quant à la créance garantie, qui doit être maintenu pour préserver la solvabilité du constituant, a vocation à demeurer un principe de droit commun, car il ne vise pas protéger un constituant contre un créancier professionnel, mais le débiteur contre le danger de la créance.

227. La reprise des modalités du principe de spécialité quant à la créance garantie. L'application du principe de spécialité quant à la créance implique que la validité de l'hypothèque soit conditionnée à la fois par l'obligation d'indiquer un montant qui soit déconnecté du montant de la créance garantie, pour protéger la liberté du constituant, mais également par l'obligation de déterminer la créance garantie et de l'énumérer dans le titre constitutif de la sûreté réelle en indiquant sa cause et son montant pour préserver sa solvabilité. Les dispositions de l'article 2421, alinéa 2, du Code civil permettent une telle application du principe de spécialité. La cause n'est alors plus dans ce

cas une cause générique, qui permet la constitution de l'hypothèque *omnibus*, mais la cause considérée *in specie*, celle qui permet d'individualiser la créance garantie. Le principe de spécialité, tel qu'il a été compris par la doctrine traditionnelle, ne sera donc appliqué que lors de la constitution de la sûreté en vue de protéger le constituant contre le risque de la créance.

B) La sûreté réelle rechargeable

228. La combinaison de la protection de la solvabilité et de la réutilisation de la sûreté. Cependant, si le législateur n'a pas voulu autoriser la constitution de l'hypothèque *omnibus* à tout constituant, il a ouvert à tout constituant la possibilité de réutiliser l'hypothèque. L'objectif poursuivi par le gouvernement était de parvenir à garantir sur hypothèque des créances de consommation, alors que la pratique du crédit immobilier témoigne d'une mise en place de la sûreté hypothécaire pour garantir des emprunts « lourds ». Le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, « soucieux des intérêts du débiteur, a veillé à proposer des solutions équilibrées, qui gardent le débiteur de sa propre faiblesse comme d'éventuels abus du créancier »[744]. A cet effet, le groupe de travail a proposé d'introduire l'hypothèque rechargeable, comme solution de substitution, pour le consommateur, à la sûreté réelle *omnibus*. Ainsi, actuellement, la constitution d'une sûreté rechargeable n'est pas plus dangereuse pour le constituant que la constitution d'une sûreté traditionnelle et le constituant n'est pas plus captif qu'auparavant du créancier hypothécaire. En revanche, le moyen de crédit est beaucoup moins onéreux, puisque l'hypothèque peut être réutilisée.

229. Un principe de spécialité de la charge. L'hypothèque rechargeable n'est pas plus dangereuse car elle ne peut être constituée que pour garantir des créances déterminées. Le principe de spécialité apparaît là encore en filigrane des dispositions du Code civil. Chaque rechargement de l'hypothèque nécessite la rédaction d'un acte notarié dans lequel la créance garantie doit être déterminée par l'indication de sa cause. Si bien que la sûreté réelle rechargeable offre au constituant une protection analogue à celle qu'on lui accorde lorsqu'il constitue une hypothèque *ad hoc*, car le danger contre lequel protège le principe de spécialité quant à la créance garantie n'apparaît que lors du chargement de l'hypothèque. La règle est logique dès lors que le principe de spécialité quant à la créance garantie protège contre le risque de la créance. L'hypothèque rechargeable présente donc pour le débiteur

[744] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 3, également p. 18.

autant de sécurité que l'hypothèque *ad hoc*, et elle confère l'avantage d'être réutilisable ce qui permet d'abaisser substantiellement le coût du crédit hypothécaire. Le principe de spécialité quant à la créance garantie, dans l'hypothèque rechargeable, est appliqué lors de la constitution de la sûreté réelle mais à chaque rechargement. Le principe de spécialité quant à la créance garantie concerne bien plus la mise en œuvre de la sûreté, son chargement, que sa constitution. A ce titre, il est tout à fait exact de dire que le principe de spécialité quant à la créance garantie est, à présent, un principe de spécialité de la charge[745]. La sûreté réelle devrait même pouvoir être constituée *ab initio* avec pour simple condition de validité l'obligation de déterminer un montant, à raison du principe de spécialité quant au montant, seuls les chargements successifs seraient soumis au principe de spécialité quant à la créance garantie. Une telle hypothèque rechargeable ne serait pas plus dangereuse qu'une hypothèque constituée *ad hoc*. La protection de la liberté du constituant est ainsi assurée lors de la constitution de la sûreté par le principe de spécialité quant au montant, tandis que la protection de sa solvabilité est assurée par le principe de spécialité quant à la créance garantie auquel la validité de chaque acte de chargement est soumise. La protection de la solvabilité assurée par le principe de spécialité quant à la créance garantie au constituant de la sûreté réelle doit, *mutatis mutandis*, être étendue au constituant d'une sûreté personnelle, car la sûreté personnelle, tout autant que la sûreté réelle est le signe du danger de la créance, dont l'exécution est garantie.

§2 La protection de la solvabilité du constituant de la sûreté personnelle

230. Annonce. Tout comme la sûreté réelle est la manifestation d'un danger de la créance, la sûreté personnelle est également le signe d'une prise de risque plus importante pour la caution (A). Là encore, si le créancier ne considérait pas la créance plus risquée qu'à l'ordinaire, il ne demanderait pas la constitution d'une sûreté. Le danger que représente la constitution d'une telle sûreté pour la caution a été pris en charge par le droit de la consommation. Pour autant, la protection qui est fournie à la caution n'est pas suffisante (A). Le principe de spécialité quant à la créance garantie pourrait, à bon escient, être transposé en droit des sûretés personnelles et permettre d'assurer plus efficacement la protection de la solvabilité de la caution. La protection de la caution serait assurée par le droit commun (B).

[745] L. AYNES et P. CROCQ, n°662, évoquent la détermination de la charge hypothécaire ; également, Y. PICOD, p. 374 et Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, n°406, il faut indiquer le montant de la charge hypothécaire.

A) L'insuffisance de la protection par le droit de la consommation

231. La prise en considération de la caution. Le cautionnement ou la garantie autonome sont des actes graves[746]. Le constituant du cautionnement ou de la garantie autonome accepte de s'engager aux côtés d'un débiteur dans lequel le créancier n'a pas lui-même confiance, puisqu'il conditionne l'octroi de son concours à l'obtention d'une sûreté. L'acte de sûreté personnelle véhicule donc, pour la solvabilité du garant, un risque plus dangereux que l'obligation chirographaire qu'il contracterait pour son propre compte. Aussi, la sûreté personnelle est le signe d'un risque pour le constituant de la sûreté personnelle, supérieur à celui qu'elle assumerait pour son propre compte. Le législateur, dans les années quatre-vingts, a choisi de protéger la caution du consommateur du crédit mobilier ou immobilier. Les lois Scrivner du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 lui ont accordé la même protection que celle qui est accordée au débiteur principal. La jurisprudence a, elle-même, fait jouer à l'article 1326 du Code civil le rôle d'une condition de forme et non plus d'une règle de preuve[747]. La mention manuscrite était ainsi devenue une condition de validité du cautionnement. Cette jurisprudence est, à présent, abandonnée, mais son relais a été pris par la loi n°2003-721 relative à l'initiative économique du 1er août 2003, dite loi Dutreil, qui confère au contrat de cautionnement consenti par une personne physique un caractère solennel lorsqu'il est accordé à un créancier professionnel. La protection de la caution dépasse donc, à présent, le simple cautionnement du crédit à la consommation, mais elle siège, tout de même, dans le Code de la consommation.

232. La protection de la caution, par le droit de la consommation. D'après les dispositions de l'article L 313-7 du Code de la consommation, « la caution qui s'engage par acte sous seing privé doit écrire de sa main une mention dictée par la loi, « et uniquement celle-ci », lui expliquant le sens de son engagement (pédagogie protectrice) et, surtout, comportant un plafond chiffré, couvrant le paiement du principal et de tous les accessoires, et une durée limitée (C. cons., art. L 313-7) »[748]. C'est, également, la mention d'un montant maximal que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et

[746] Le cautionnement est « […] conçu comme un acte dangereux, inhabituel, voire anormal », A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles,* LGDJ, 2010, n°27 ; L. AYNES et P. CROCQ, n°202, le cautionnement est un acte grave, la caution accepte de lier son sort à celui du débiteur principal ; A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *in Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 273, introduction.

[747] A propos de cette jurisprudence développée dans les années 1980, L. AYNES et P . CROCQ, n°207.

[748] L. AYNES et P. CROCQ, n°210.

administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs[749], prévoyait d'indiquer dans tous les contrats de sûreté réelle ou personnelle, dès lors qu'ils étaient consentis à des fins autres que professionnelles (article 10. 3). Ainsi, le cautionnement général quant aux créances garanties est valable tout autant que le cautionnement spécial, mais la caution, à peine de nullité, doit porter une mention manuscrite contenant l'indication du montant maximal qui doit prétendument l'éclairer sur l'étendue de son engagement[750]. Cependant, cette mention est peu efficace.

233. L'absence de prise de conscience de l'étendue de la dette garantie lors de la conclusion du contrat de cautionnement. La détermination d'un montant n'est, bien souvent, pas un facteur suffisant de protection pour la caution. En effet, l'indication du simple montant du risque pris en charge ne lui permet pas d'en prendre conscience de l'étendue de son engagement. En effet, si une personne consent un cautionnement « pour toutes sommes » même limité, la limite de son engagement par un montant désincarné n'implique pas qu'elle prenne conscience du risque qui pèse sur sa solvabilité. Aussi, la caution aura bien plus tendance à s'engager facilement, dès lors que peu de dettes existeront au moment de la constitution du cautionnement ou qu'il n'en existe même pas du tout, situation qui est la plus fréquente car ce type de cautionnement intervient au début de la relation unissant le créancier au débiteur. La limitation en montant alors que les dettes ne sont pas identifiées n'est pas suffisamment protectrice. D'ailleurs, on souligne que la question de la détermination de l'étendue du cautionnement est souvent négligée[751] lors de la formation du cautionnement ; cette question n'apparaît que lors de la demande de paiement, lors de l'exécution de la sûreté. Le contrat de cautionnement est, en général, à cet égard lacunaire. On en fournit quelques explications très significatives : « le créancier ne souhaite pas effrayer la caution en énumérant tout ce qu'elle risque de payer » [752] ; la caution n'envisage, tout simplement, pas la défaillance du débiteur principal. Ainsi, « la découverte de la réalité, lorsque le cautionnement va jouer, est parfois douloureuse »[753]. L'engagement *omnibus* de la caution est problématique car la caution prend en charge un risque qu'elle ne peut apprécier à sa juste mesure lors de la constitution de la sûreté

[749] Voir infra n°252.

[750] La formule est la suivante : « En me portant caution de X…, dans la limite de … couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêt de retard et pour la durée de …, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X… n'y satisfait pas lui-même ».

[751] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°180.

[752] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°181.

[753] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°181.

personnelle, d'autant qu'elle n'a pas le contrôle sur l'endettement du débiteur. Ainsi, l'engagement de la caution est, souvent, « pris à l'aveugle »[754] bien que le montant du risque pris en charge soit impérativement fixé dans le cautionnement.

234. Les moyens de protection de la caution *a posteriori*. Ceci explique qu'un important contentieux du cautionnement se révèle lors de la réalisation de la sûreté. En effet, dès lors qu'au moment de la formation du cautionnement, la détermination des créances garanties est restée floue, le juge est, *a posteriori*, amené à interpréter la convention des parties, mais « il est bien en peine de trouver des points de repères précis : le contrat en est dépourvu, l'intention des parties est inexistante, le droit commun est trop général »[755]. Le dernier moyen de protection reconnu à la caution est la possibilité pour la caution d'invoquer un manquement de la part du créancier professionnel à son devoir de mise en garde, lorsqu'elle est une caution non avertie. Le devoir de mise en garde oblige le créancier professionnel à « ouvrir les yeux de la future caution sur le risque qu'elle prend au regard de ses propres moyens financiers »[756]. Ainsi, le créancier commet une faute lorsqu'il contracte avec une caution dont la consistance des moyens suppose l'existence d'un risque de surendettement. Le législateur tente, lui-même, d'organiser *a posteriori* la protection de la caution et « procède par interventions ponctuelles successives, ce qui nuit à la cohérence et à la clarté de l'ensemble »[757]. Ainsi, l'article L 313-10 du Code de la consommation[758] interdit au créancier professionnel qui bénéficie d'un cautionnement pour garantie d'un prêt à la consommation de se prévaloir de sa sûreté lorsque l'engagement de la caution, personne physique, « était manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». La règle a été étendue par la loi Dutreil à tous les cautionnements consentis par une personne physique en faveur d'un créancier professionnel (article L 341-4 du Code de la consommation). La disproportion s'apprécie lors de la formation du contrat de cautionnement, mais le contrat manifestement disproportionné est tout de même valable, seule

[754] D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC*, 2005, p. 304.

[755] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°182 et de continuer : « Les fondements de l'intervention du juge sont très variés : la mention manuscrite, la règle de l'accessoire, la recherche divinatoire de l'intention des parties, la qualification de la dette principale, le terme et la résiliation […] ».

[756] L. AYNES et P. CROCQ, n°297.

[757] L. AYNES et P. CROCQ, n°111 ; not. sur l'illusion de la protection par le dispositif mis en place par le Code de la consommation, A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *in Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 273 et s.

[758] Introduit par la loi du 31 décembre 1989, dite loi Neiertz.

son exécution est enrayée car le créancier ne peut se prévaloir du cautionnement disproportionné. Pour autant, en dépit de tous les moyens de protection développés par la jurisprudence et le législateur, l'importance du contentieux ne semble pas diminuer et les cautions, peu conscientes du risque qu'elles prennent en charge au jour de la conclusion du contrat, car il est totalement désincarné, souhaitent revenir sur leur engagement, ce que le législateur et la jurisprudence leur permet.

235. La remise en cause de la protection organisée par le Code de la consommation fondée sur la qualité de la personne physique. Par ailleurs, la protection de la caution se développe, dans le Code de la consommation, suivant un axe opposant la caution, personne physique, au créancier professionnel. Or, cette dynamique est peu cohérente à deux points de vue. Tout d'abord, toutes les cautions personnes physiques ne peuvent être traitées par un régime unique[759]. Or, la tendance du législateur, au sein des dispositions du Code de la consommation, est de soumettre toutes les cautions personnes physiques au même régime de protection. L'absence de différenciation entre la caution, personne physique, profane ou intégrée, conduit à établir un régime en demi-teinte car il faut, à la fois ménager la protection de la caution profane et la protection d'une caution, qui bien qu'elle n'accorde son cautionnement à titre professionnel et qu'elle n'en tire aucune rémunération, n'est pas une caution profane. Si bien qu'au lieu de maîtriser l'étendue de l'engagement de la caution profane au stade de sa formation, le législateur admet la constitution du cautionnement *omnibus* par toute personne physique, assorti de la mention soi-disant protectrice de l'article L 341-2 du Code de la consommation. Ce régime ne permet pas de protéger efficacement la caution profane. D'ailleurs, cette mention joue, si peu son rôle, que la jurisprudence gère le contentieux sur l'étendue de l'engagement en s'appuyant sur l'obligation d'information et de mise en garde du créancier qui ne permet pourtant pas de tarir le contentieux.

236. La remise en cause de la protection organisée par le Code de la consommation fondée sur la qualité professionnelle du créancier. Ensuite, la protection diffusée par le droit de la consommation est organisée à partir d'une défiance à l'égard du créancier professionnel, puisque le cautionnement n'est soumis à la formalité de la mention manuscrite, lors de sa formation, que lorsqu'il est conféré à un créancier professionnel. Mais, tout bien réfléchi, ce n'est pas tellement la

[759] Pour l'idée que « le cautionnement ne saurait être identiquement régi, selon qu'il est passé à l'occasion par le samaritain désireux d'aider son prochain ou qu'il est conclu à titre habituel par le banquier », A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles,* LGDJ, 2010, n°212.

protection à l'encontre d'un créancier professionnel mais la protection contre le surendettement qui est recherchée. Ainsi, on se demande pourquoi le législateur limite la protection au seul cas où le cautionnement est accordé à un créancier professionnel, alors qu'à la limite seul le créancier professionnel est à même de la renseigner sur le risque qu'elle encourt. Si la caution doit être protégée, c'est que l'acte de cautionnement l'engage de manière plus risquée que l'obligation chirographaire qu'elle contracte pour son propre compte. Le cautionnement rassure un créancier qui n'a pas confiance dans le débiteur principal et demande à la caution d'assumer le risque d'un crédit dangereux. Aussi, le consentement de la caution doit être protégé lors de la formation du cautionnement. Actuellement, la protection de la caution impose que le montant du risque qu'elle prend en charge par la caution soit déterminé au moment de la conclusion du contrat, mais cette protection n'est pas suffisante. La maîtrise du contentieux du cautionnement, au stade de la réalisation de la sûreté, suppose que l'étendue de l'engagement de la caution soit déterminée de manière plus précise lors de la conclusion du contrat. Il est donc nécessaire de diversifier les régimes de protection de la caution et d'intensifier, si nécessaire, le principe de spécialité afin d'éveiller la conscience de la caution quant à la portée de son engagement dès le moment de la conclusion du cautionnement en lui faisant prendre conscience de la dette pour laquelle elle risque la saisie.

237. Le cautionnement, un contrat consensuel. Le cautionnement peut être défini, c'est-à-dire comporter « une limite expresse de montant, limite qui lui est propre et qui est différente du montant de l'opération principale »[760], conformément à l'article 2290 du Code civil, et ainsi être spécial quant au montant garanti, il ne s'agit pas là d'une condition de fond du cautionnement. Le principe de spécialité n'existe qu'autant que la détermination des créances ou du montant de la sûreté est imposé à peine de nullité. Aussi, c'est en droit de la consommation et dans les régimes spéciaux de cautionnements que l'on trouve des applications du principe de spécialité. Face au problème du surendettement de la caution, la réponse du droit de la consommation pour protéger le constituant a été d'introduire l'obligation d'indiquer dans l'acte, dès lors que le constituant est une personne physique, un montant déterminé ainsi que d'une durée limitée. Elle n'est ni adaptée, ni efficace. Il conviendrait, dans le cadre d'une réforme des sûretés personnelles d'introduire l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie aux sûretés personnelles[761]. La protection de la caution relèverait du droit commun.

[760] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, n°183.

[761] A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°27, qui évoque la tentation du formalisme jurisprudentiel mais précise qu' « Il n'est plus toujours vrai, comme cela fut peut-être autrefois, d'affirmer que dangerosité et anormalité sont les

B) La soumission des sûretés personnelles à une protection de droit commun

238. Annonce. Dès lors que la protection assurée par le droit de la consommation n'est pas efficace, il faut envisager d'y remédier. Le remède implique d'introduire une plus grande rigueur lors de la conclusion de la sûreté personnelle en la soumettant au principe de spécialité quant à la créance garantie (1°). La solution n'est pas inédite ; le principe de spécialité quant à la créance garantie est déjà appliqué au cautionnement en certaines occasions (2°).

1°) La soumission des sûretés personnelles au principe de spécialité quant à la créance garantie

239. Le recul du consensualisme en droit du cautionnement. La jurisprudence avait, un temps, fait jouer à l'article 1326 du Code civil le rôle d'une condition de forme[762]. L'article 1326 du Code civil impose la constatation du cautionnement dans un titre comportant l'indication du montant de l'engagement de la caution ; la règle est une règle de preuve[763]. L'irrégularité de l'acte provoquait la nullité du cautionnement. La mention manuscrite était utilisée afin de s'assurer que la caution avait bien conscience de la portée de son engagement. Au fond, la jurisprudence relative à la mention manuscrite jouait, en matière de cautionnement, le même rôle que celui de la spécialité pour les sûretés réelles : elle visait à s'assurer que la caution avait bien pris la mesure de son engagement. Cependant, la mention requise était moins rigoureuse que celle requise par la spécialité, en ce qu'elle ne requérait pas la détermination des créances garanties, ni leur individualisation. Cette jurisprudence est, aujourd'hui, abandonnée, mais le juge n'a, semble-t-il, pas « complètement renoncé à utiliser les règles relatives à la mention manuscrite, lorsqu'elles s'appliquant, afin de vérifier que la caution

---

mamelles du cautionnement : si l'observation vaut sans doute encore pour les profanes, elle n'a guère cours pour ces cautions habituelles que sont les établissements de crédit et autres assureurs. Sans doute y a-t-il là le ferment de la division actuelle du cautionnement contre lui-même, suivant qu'il est de droit commun ou soumis au Code de la consommation, et l'obstacle dirimant à un régime unique de cette garantie ».

762 Cass. civ. 1ère, 30 juin 1987, *BC*, I, n°210 : « Il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ».

763 L. AYNES et P. CROCQ, n°207. Les auteurs exposent clairement la distinction : « Les règles de preuve sont distinctes des règles de forme. Les premières servent à trancher une contestation portant sur l'existence ou l'étendue de l'obligation contractuelle ; en l'absence de contestation, elles sont inutiles. Les secondes intéressent la validité même de l'engagement. […] Les règles de forme protègent le consentement du débiteur […], à qui la loi veut éviter un engagement à la légère. Les règles de preuve ont seulement pour fonction de permettre au créancier de faire trancher en sa faveur la contestation de son droit ».

mesure la portée de son engagement »[764]. La tentation du formalisme en droit commun du cautionnement est certainement devenue une réalité. Dès lors que tous les cautionnements consentis par une personne physique, qu'elle que soit sa qualité, doivent contenir la mention du montant du cautionnement, il faut bien se résoudre à l'idée que le contrat de cautionnement n'est plus un contrat consensuel[765], c'est d'ailleurs ce qui permettra peut-être d'en faire revenir la réglementation dans le Code civil, alors qu'elle est, à présent, installée dans le droit de la consommation[766]. L'introduction du formalisme dans le droit du cautionnement est une donnée contemporaine sur laquelle il est presque certain que le législateur ne reviendra pas. La spécialité quant à la créance garantie n'est pas plus rigoureuse que les mentions prévues actuellement par le Code de la consommation, le cautionnement est, à présent, un acte formel et l'indication de la mention de la manuscrite comprenant certaines indications de montant et de durée n'est pas plus contraignante. En revanche, son efficacité est redoutable à en juger l'extrême rareté du contentieux pour l'hypothèque. Obliger le constituant de la sûreté personnelle à prendre conscience du risque qu'il prend en charge au regard de chacune des créances dont l'exécution serait garantie, permettrait ainsi d'assurer une protection efficace de la solvabilité du constituant. Il serait possible d'intensifier le principe de spécialité quant au montant en lui substituant le principe de spécialité quant à la créance garantie, selon que la caution est une caution « gratuite » engagée à raison de liens familiaux, amicaux ou affectifs[767], et de l'écarter lorsque le cautionnement est professionnel. En effet, la prise de conscience par la caution de l'étendue de son engagement ne serait pas suffisamment assurée par l'insertion de la mention d'un montant déterminé. Aussi, le principe de spécialité quant à la créance garantie peut être, à bon escient, transposé en droit du cautionnement. Il permettrait de renforcer la protection de la caution en lui assurant, dès la formation du contrat, la conscience du risque qu'elle accepte de prendre en charge. L'introduction du principe de spécialité quant au créance garantie permettrait de limiter le contentieux au stade de la réalisation du cautionnement. Ainsi, le cautionnement perdrait certainement la bataille du consensualisme, mais il est de toute façon peu probable que le législateur revienne sur le mouvement de formalisme qui envahit le droit du cautionnement. En revanche, ce

[764] A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°431.

[765] A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°498, pour qui « L'affirmation classique, selon laquelle le cautionnement est un contrat consensuel avait beau faire l'un des charmes de cette sûreté, elle est aujourd'hui à peu près vide de substance ».

[766] Voir, déjà, pour l'idée de recentrer la protection de la caution dans le Code civil car la multiplication des textes ne permet plus d'avoir « une vision simple et cohérente de cette sûreté », A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *in Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, not. p. 275.

[767] Pour la distinction de ces trois types de cautionnement, voir la typologie établie par L. AYNES et P. CROCQ, n°111.

que le cautionnement perdrait sur le terrain du consensualisme en introduisant le principe de spécialité quant à la créance garantie, il le gagnerait sur le terrain de la sécurité juridique. Le principe de spécialité quant à la créance garantie serait, alors, un principe de droit commun des sûretés qui transcenderait leur nature réelle ou personnelle.

240. Le renforcement du formalisme de droit commun. A raison d'une disposition de droit commun, l'acte de cautionnement ne devrait pas seulement être soumis à l'obligation d'indiquer dans l'*instrumentum* qui le constitue le montant du cautionnement mais la détermination de la créance garantie ainsi que son énumération. Le principe de spécialité quant à la créance garantie n'est pas l'équivalent du principe de proportionnalité : il permet, non pas d'imposer une proportionnalité entre le montant des créances garanties et le patrimoine de la caution, mais il permet à la caution de prendre conscience de l'étendue de son engagement et ainsi de prendre la décision de cautionner les dettes du débiteur principal en appréciant son exacte portée : la caution cautionne les dettes qu'elles sera appelées à payer et dont elle connaît l'identité lors de la conclusion du contrat de cautionnement. Alors que le cautionnement *omnibus* est un cautionnement vague et général ; la spécialité quant à la créance garantie place la caution dans la situation d'une caution « actionnée », au stade de l'exécution de la sûreté. Le caractère spécial ou général du cautionnement était, par ailleurs, présenté dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, comme une distinction fondamentale que le Groupe de travail avait consacré dans l'article 2302 de l'avant-projet de réforme en distinguant le cautionnement spécial et le cautionnement général quant aux créances garanties. L'application du principe de spécialité quant à la créance garantie n'est pas une idée nouvelle, la jurisprudence et le législateur l'appliquent déjà dans certains cautionnements spéciaux.

2°) *De lege lata*, l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie au cautionnement

241. Le cautionnement de prêts participatifs doit être spécialement consenti. Le cautionnement d'un prêt participatif[768] est soumis au principe de spécialité quant à la créance garantie. En effet, ces prêts impliquent que le créancier accepte d'être payé en dernier rang, après tous les autres créanciers chirographaires. C'est pourquoi, la Cour de cassation décide que seul un engagement spécial de la part de la caution est valable. La particularité du prêt participatif, le rang infra-chirographaire qu'il confère, ne fait pas obstacle à ce qu'il « soit garanti par un cautionnement, sous réserve que celui-ci

[768] M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 7ème éd., Litec, 2004, n°97-1, sur le thème.

soit consenti spécialement à cette fin »[769]. Ainsi, le cautionnement consenti pour « toutes les dettes présentes et à venir » ne peut englober un tel type de prêt dans le champ de sa garantie. La chambre commerciale, à deux reprises, a refusé de faire entrer un prêt participatif dans le champ d'un cautionnement *omnibus* au motif que « le caractère des prêts participatifs et le régime auquel, en vertu des articles 26 et 27 de la loi du 13 juillet 1978, ils sont soumis en cas d'ouverture d'une procédure collective, ne permettent pas de faire entrer pareils prêts dans le champ de cautionnements qui n'avaient pas été consentis spécialement pour leur garantie, de tels cautionnements fussent-ils stipulés sans limitation quant à la nature et au montant des engagements du débiteur »[770]. Le cautionnement de prêt participatif doit être spécialement consenti, à peine de nullité.

242. Le cautionnement spécial des loyers d'habitation et crédit *revolving*. Le Code de la consommation, lui-même, applique le principe de spécialité en matière de cautionnement. L'exemple le plus récent est fourni par le cautionnement des baux d'habitation. Ainsi, la personne qui se porte caution du paiement du loyer dû par le locataire (loi du 6 juillet 1989, relative au baux d'habitation et mixtes) doit faire précéder sa signature d'une mention indiquant le « montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédant »[771]. La mention obligatoire est une application détaillée de la spécialité quant à la créance garantie. Le bailleur doit remettre à la caution un exemplaire du bail. Le cautionnement ne vise qu'à garantir le paiement du loyer résultant du bail qui lui est remis et détaillé dans le contrat de cautionnement. De même, le cautionnement du crédit *revolving* doit être interdit. La solution n'est qu'une réplique que ce que le législateur admet déjà pour l'hypothèque rechargeable. La solution retenue par le législateur pour l'hypothèque rechargeable a non seulement vocation à s'étendre à l'hypothèque *ad hoc*, mais également au cautionnement. Le critère du principe de spécialité quant à la créance garantie doit, à présent, être déterminé.

[769] Cass. com. 20 mai 1997, *BC*, IV, n°152, *JCP éd. E*, 1998, 172, n°5, obs. SIMLER.

[770] Cass. com. 9 juin 1992, *BC*, IV, n°233, Rev. soc. 1993, p. 94, note Ph. DELEBECQUE, Banque 1992, 1167, obs. J-L. RIVES-LANGE, *RTDCom.* 1992, p. 844, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. com. 23 mars 1993, non publié, Quot. jur. 3 juin 1993, p. 2.

[771] Article 22-1 de la loi n°94-624 du 21 juillet 1994.

Section 2 : Le critère de la protection de la solvabilité du constituant

243. Annonce. Toutes les cautions n'ont pas le même besoin de protection. La protection du consentement de celui qui constitue une sûreté pour les besoins de sa profession se justifie moins que lorsque le constituant agit pour des nécessités domestiques. Cette distinction permet de mettre en place un système cohérent de constitution des sûretés réelles et personnelles offrant aux professionnels de constituer des sûretés *omnibus*, alors que les particuliers seront protégés par une application rigoureuse du principe de spécialité quant à la créance garantie. Ce n'est pas le parti pris par de nombreux pays étrangers, qui choisissent radicalement d'écarter le principe de spécialité quant à la créance garantie au mépris de la protection du constituant, plutôt que d'organiser son maintien en le combinant avec le principe de spécialité quant au montant. Et, s'il faut bien reconnaître que « la distinction entre consommateur et professionnel s'applique, en droit des sûretés, difficilement[772], cette difficulté doit être surmontée afin de faire coïncider la protection de la solvabilité avec la constitution de la sûreté, car celle-ci est toujours le témoignage d'une créance dangereuse. Il faut distinguer selon que le constituant est ou non intégré dans le processus de formation des dettes prises en charge par la sûreté. Aussi, dès lors que la sûreté est consentie dans le cadre de l'activité professionnelle du constituant de la sûreté, il n'y a aucune raison de renforcer sa protection. Seul le constituant agissant à des fins domestiques mérite que l'on accentue la protection dont il fait déjà l'objet afin de limiter le contentieux lors de la réalisation de la sûreté. Ainsi, en matière de sûreté réelle, il n'y aura pas plus de contentieux qu'auparavant et la solution aura le mérite de résorber le contentieux lors de l'exécution. Les critères qui ne permettent pas de discriminer selon que la sûreté est utilisée à des fins professionnelles ou domestiques doivent être écartés (§1). La qualité de professionnel ou de consommateur doit être retenue, car la notion même de consommateur implique que le constituant agisse à des fins domestiques. Cependant, la qualité de professionnelle ou de consommateur doit être détachée du droit de la consommation pour devenir une notion de droit commun. Ainsi, la destination professionnelle ou domestique de la sûreté pourrait servir de critère (§2) et servir de point de départ à une recherche sur l'élaboration d'une sûreté professionnelle en droit français.

[772] L. AYNES et P. CROCQ, n°111.

§1 Les critères ne prenant pas en considération le but poursuivi par le constituant

244. Annonce. La qualité de personne physique (A) ne peut servir de critère d'exclusion de la spécialité, car la personne physique peut être un professionnel que le droit français ne souhaite pas protéger. Le protéger aboutirait même à le freiner dans l'exercice de son activité professionnelle indépendante. Le critère de la qualité de commerçant ou de non-commerçant (B) semble plus adapté car il prend en considération l'exercice de l'activité du constituant, mais il doit être amélioré. En effet, les artisans, les professions libérales, les agriculteurs, sont tous des professionnels exerçant une activité professionnelle indépendante et ils doivent pouvoir bénéficier d'un crédit souple adapté à l'exercice de leur activité, bien qu'ils ne soient pas des commerçants.

A) La qualité de personne physique ou morale

245. L'assimilation des personnes morales et des personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante. Etablir une distinction reposant sur la seule qualité de personne physique ou morale du constituant se révèle inadapté à la réalité sociale. Certaines personnes physiques exercent une activité professionnelle indépendante qui doit être assimilée à celle exercée par certaines personnes morales et distinguée de leur activité personnelle. Aussi, l'endettement de la personne physique contractant à titre personnel et domestique doit être protégé alors que l'endettement professionnel de la personne physique a bien moins de raison de l'être. Le législateur assimile, d'ailleurs, les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendantes aux personnes morales pour les soumettre au régime des procédures collectives organisé par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005. Le « surendettement » de la personne physique est, donc, traité suivant des modalités différentes selon qu'il est un « surendettement » professionnel ou personnel. De même, le crédit consenti à un débiteur à des fins professionnelles n'est pas protégé. Il y a, donc, une anomalie à introduire une distinction dans le mode de constitution des sûretés fondées sur la seule qualité de personne physique en occultant l'exercice d'une activité professionnelle par le constituant.

246. La critique du critère de la personne physique retenu par la loi Dutreil. C'est pourtant cette distinction qui s'est immiscée dans le droit du cautionnement. En effet, depuis la loi Dutreil, le cautionnement consentit par acte sous seing privé doit contenir, à peine de nullité, une mention

manuscrite écrite de la main de la caution, dès lors que le créancier est professionnel, contenant l'indication du montant et de la durée de l'engagement. La loi s'applique à la personne physique agissant en tant que consommateur ainsi qu'à titre professionnel[773]. Ainsi, le cautionnement consenti par une personne physique dans le cadre de son activité professionnelle est soumis aux mêmes conditions que le cautionnement consenti par une personne physique dans un but personnel, non professionnel. Cette voie n'est pas à suivre : la sûreté réelle professionnelle, consentie par la personne physique, doit pouvoir être globale quant aux créances garanties. En revanche, la personne physique agissant à des fins strictement personnelles ne doit pas pouvoir constituer une sûreté réelle *omnibus*. D'ailleurs, à l'étranger où la distinction de la personne physique et de la personne morale a fait également son apparition en droit des sûretés, le critère de la personne physique est couplé avec celui de l'exercice de l'activité professionnelle qui permet à la personne physique d'accéder à un régime de sûreté plus souple : ainsi en va-t-il au Québec où la personne physique exploitant une entreprise peut, à l'instar des personnes morales, constituer une sûreté mobilière sans dépossession[774] (article 2683 CCQ) ou hypothéquer une universalité de biens (article 2684 CCQ)[775], ce qui reste interdit aux personnes physiques n'exploitant pas d'entreprise. C'est, donc, la qualité de professionnel qui, au Québec, a été jugée pertinente.

B) La qualité de commerçant ou de non-commerçant

247. L'absence de protection du constituant non commerçant. L'acte de commerce est toujours soumis à un régime moins rigide que l'acte civil. Il pourrait donc être envisagé d'exclure l'application de la spécialité dès lors que la sûreté est consentie par un commerçant. La nature commerciale de la sûreté réelle est fonction de deux critères : la qualité de commerçant et la nature commerciale de la dette garantie. Le commerçant qui consent une sûreté réelle en garantie d'une dette commerciale accomplit un acte de commerce qui ne mérite pas d'être protégé : il peut, certainement, consentir

[773] Lyon, 15 février 2007, *BICC,* 15 juin 2007, n°1334 : l'article L 341-2 du Code de la consommation n'opère aucune distinction parmi les cautions, dont la validité de l'engagement est soumise à l'exigence de la mention d'information légale ; dès lors, cette disposition n'est pas réservée aux personnes ayant agi en qualité de consommateur. Nonobstant le caractère commercial du cautionnement consenti par le gérant d'une société, son engagement doit répondre aux exigences de forme prescrites à peine de nullité, dès lors que le créancier ne conteste pas sa qualité de créancier professionnel ainsi que l'application de l'article L 341-2 du Code de la consommation.

[774] D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane*, p. 21.

[775] D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane*, p. 22, l'hypothèque sur l'universalité des biens n'est autorisée qu'aux seules personnes exploitant une entreprise. Ceci n'empêche, cependant, pas la personne morale qui n'exploite pas une entreprise de consentir, elle aussi, une telle garantie dès lors que la Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales autorise une telle sûreté que la personne morale exploite ou non une entreprise.

une sûreté réelle *omnibus*. Cependant, le critère d'exclusion fondé sur la nature commerciale de la sûreté est trop restrictif. Il exclut toutes les activités économiques, commerciales, artisanales, agricoles ou libérales, alors qu'à la vue du constat de l'extension progressive du domaine du droit commercial à toutes les activités professionnelles[776], la spécialité n'est pas seulement gênante pour le commerçant mais également pour tout professionnel désireux d'affecter ses biens d'exploitation en garantie d'une dette professionnelle. D'ailleurs, aujourd'hui, la notion de commerçant se dilue dans celle de professionnel[777]. Les commerçants, les artisans, les membres d'une profession libérale, les agriculteurs sont tous des professionnels[778]. La qualité de professionnel est, d'ailleurs, plus décisive que celle de commerçant, elle conditionne, notamment, l'application du droit des entreprises en difficultés et l'exclusion de la procédure de surendettement[779]. La théorie de la commercialité est même abandonnée à l'étranger pour adopter celle de l'entreprise[780]. De même, lorsque le constituant de la sûreté est le dirigeant de la société, celui-ci a certainement un intérêt professionnel à consentir une telle sûreté[781]. Aussi, bien que le constituant ne soit pas un commerçant agissant dans le cadre de son activité commerciale, le principe de spécialité quant à la créance garantie doit être appliqué

[776] Au delà du constat de l'extension, M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 3ème éd., 2011, n°82 à 85, qui assure que la tendance générale de la législation va bien dans ce sens ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12ème éd., 2003, n°92, évoquant le remplacement du droit commercial par le droit de l'entreprise qui régirait toutes les activités organisées de nature commerciale, artisanale, agricole et libérale et relève que « l'évolution législative récente tant interne que communautaire va dans ce sens lorsqu'elle établit des règles propres à la protection et à l'information des consommateurs, c'est-à-dire des non-professionnels. Elle correspond à une réalité sociologique. Il est inutile de soumettre à un corps de règles spéciales des personnes qui ne s'immiscent que très accessoirement dans la vie des affaires », « il y aurait d'un côté les simples particuliers, qui seraient soumis à un droit de conception assez civiliste, donc protecteur, et de l'autre côté les professionnels, régis par des règles plus dérogatoires au droit commun… ».

[777] J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *in Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 82. La catégorie des professionnels est composé de « toutes les personnes qui exercent, dans un but lucratif, une activité indépendante, habituelle et organisée ».

[778] J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *in Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 82.

[779] D. HOUTCIEFF, *Droit commercial. Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3ème éd., 2011, n°103 : « Quoi qu'il en soit, à considérer les choses de haut, il est difficile de se départir de l'idée que la qualité de « professionnel » est aujourd'hui plus décisive que celle de commerçant : ainsi conditionne-t-elle désormais l'applicabilité du droit des entreprises en difficulté, naguère propre aux commerçants » ; Le Code de commerce raisonne seulement sur la qualité de professionnel, et non par référence à la dette garantie : dès lors que la personne physique exerce une activité économique à titre professionnel, la voie du traitement du surendettement lui est fermée, Cass. com. 30 septembre 2008, *D.* 2008, p. 2501, obs. A. LIENHARD.

[780] Lors de l'introduction du Code civil du Québec, le législateur québécois a substitué la théorie de l'entreprise à celle de la commercialité, à laquelle le Code civil du Bas-Canada faisait une large place. « Désormais, les règles dérogatoires au droit commun « visent les transactions faites pour le service ou l'exploitation d'une entreprise ou faites dans le cours des activités d'une entreprise », M. GOUDREAU, « De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil du Québec* », *RGD*, 1994, vol. 25, p. 236.

[781] D. HOUTCIEFF, *Droit commercial. Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3ème éd., 2011, n°180, à défaut de démonstration de l'intérêt personnel patrimonial, le cautionnement n'est commercial que s'il garantit une dette commerciale, que le créancier et la caution sont des commerçants et que l'opération soit conclue dans l'exercice ou pour l'intérêt du commerce de la caution.

lorsque la sûreté réelle est constituée à des fins domestiques mais il doit être écarté lorsque la sûreté réelle est à destination professionnelle.

248. La distinction des sûretés civiles et commerciales. De plus, la tendance actuelle serait plutôt à unifier le régime des sûretés civiles et commerciales. Cependant, la réforme du droit des sûretés a conforté la distinction entre les sûretés civiles et commerciales en consacrant, notamment, le gage sur stocks dans le Code de commerce[782]. Cette distinction existe mais n'a jamais été systématisée[783]. Et si certains souhaitent sa disparition et l'unification des sûretés réelles, ce choix n'est pas souhaitable. L'unification serait opérée par une attraction du régime de la sûreté civile vers le régime de la sûreté commerciale. L'unification préconisée aboutirait à rendre les sûretés réelles civiles moins conscientes, car la forme dont le droit commercial se débarrasse, est l'instrument de protection du constituant. La professionnalisation du droit commun des sûretés, qu'elle soit ou non souhaitable, ne doit pas permettre de revenir sur la protection du constituant de la sûreté lorsqu'il agit à des fins personnelles. La distinction doit être maintenue, mais elle pourrait évoluer, à bon escient, dans le sens d'une distinction reposant sur la destination de la sûreté. C'est, d'ailleurs, l'établissement d'un régime unique, pour les particuliers et les professionnels, qui ne correspond ni à leur besoin de flexibilité, ni à leur besoin de protection, qui est source du malaise des sûretés réelles en droit français ; il faut, donc, en tirer les conséquences. En revanche, la qualité de « professionnel » du créancier ne doit pas être prise en considération.

249. L'indifférence de la qualité du créancier. Le législateur a mis en place des règles[784] destinées à protéger le consommateur et sa caution contre les dangers du crédit consenti par un professionnel du crédit[785]. Comme en droit communautaire[786], la protection ne se justifie qu'en vue de restaurer l'équilibre du rapport, supposé déséquilibré, entre l'emprunteur consommateur et le professionnel du

[782] D. LEGEAIS, « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », *in Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 237.

[783] D. LEGEAIS, « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », *in mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 237.

[784] Articles L 311-1 et s. du Code de la consommation introduit par la loi n°78-22 du 10 janvier 1978 « relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit ». Le dispositif protecteur s'applique « à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit (L 311-2, alinéa 1, du Code de la consommation).

[785] Un crédit consenti occasionnellement par un particulier n'est pas soumis aux articles L 311-1 et suivants du Code de la consommation, J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°348.

[786] Voir la directive sur le crédit au consommateur en date du 23 avril 2008, « le prêteur est toute personne physique ou morale qui consent, ou s'engage à consentir un crédit dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles […]», S. PIEDELIEVRE, « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008, p. 2615.

crédit[787]. Cependant, concernant l'application de la spécialité, il convient de prévoir que la spécialité quant à la créance garantie s'applique quelle que soit la qualité du créancier. Que le créancier ne soit pas un professionnel n'exclut pas les dangers de la créance pour le constituant. D'ailleurs, l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie en toutes circonstances, quelle que soit la qualité du créancier, dans le cas de l'hypothèque immobilière a donné des résultats très probants, il n'y a aucune raison de revenir sur cette application. Seule la qualité du constituant doit déterminer l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie, ce qui revient à retenir pour critère la destination professionnelle ou domestique de la sûreté.

§2 La destination professionnelle ou domestique de la sûreté

250.Annonce. Le critère tiré de la destination professionnelle ou domestique de la sûreté existe déjà en droit positif (A).Il permettrait d'assurer la protection de tout constituant agissant à titre non-professionnel, tout autant que celle du professionnel. Ce dernier n'agit pas toujours dans le cadre de sa profession. Agissant pour des besoins personnels ou domestiques, il doit pouvoir bénéficier de la protection conférée par la spécialité et l'écarter, lorsqu'il agit à titre professionnel, ce qui lui permet de constituer une sûreté réelle *omnibus*. Le critère proposé est donc efficace (B).

A) L'existence du critère

251. Notion de professionnel et de consommateur. La spécialité quant à la créance garantie ne vise pas à protéger le constituant contre les dangers liés à une éventuelle soumission à un créancier professionnel omnipotent à raison du risque qu'il prend en charge. Elle protège simplement contre le risque de la créance : l'appauvrissement du débiteur, qui conduit à l'insolvabilité lorsqu'il est excessif. Seul le but poursuivi par le constituant lorsque la sûreté prend en charge la créance doit être pris en considération. La terminologie de « professionnel » et « consommateur » est propre au droit de la consommation et peu usitée dans le droit des sûretés. Pourtant, les notions de consommateur et de professionnel ne sont pas définies par le Code de la consommation[788]. La doctrine et la

[787] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°345 : « L'opération de crédit met une entreprise aux puissants moyens financiers et intellectuels en face d'un particulier que les facilités du crédit poussent parfois à des achats inconsidérés et qui n'est pas apte à discuter les conditions du crédit. Ce déséquilibre contractuel peut entraîner des conséquences dramatiques pour les consommateurs disposant de faibles ressources ».

jurisprudence se chargent d'élaborer les deux notions. Le professionnel doit être entendu de « la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service. On pourrait aussi bien dire que le professionnel est la personne qui exploite une entreprise, à condition de prendre le mot entreprise dans son sens le plus large »[789]. Quant à la notion de consommateur, elle est, encore, incertaine. Cependant, on peut considérer le consommateur comme la « personne physique qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel »[790], ou encore en droit communautaire comme la « personne physique qui agit dans *un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle* »[791]. Le consommateur se définit par opposition au professionnel : il agit dans un but personnel ou familial. Cependant, s'il conclut un contrat présentant « un rapport direct » avec son activité professionnelle, la qualification de « consommateur » est exclue. « Dans la plupart des cas, le rapport est jugé direct » ; la jurisprudence adopte, ainsi, une conception stricte de la notion de consommateur[792]. La position est justifiée : « de façon générale, celui qui agit pour les besoins de sa profession porte à ses actes une attention plus grande que celui qui agit dans un but privé »[793]. L'emprunteur professionnel, agissant dans le cadre de sa profession, ne bénéficie pas de la protection du droit de la consommation. Le critère est transposable à la spécialité. Le constituant professionnel ne doit pas bénéficier de la protection de la spécialité. De même celui qui constitue une sûreté pour un usage professionnel. Dès lors que le constituant est un professionnel agissant dans le cadre de son activité professionnelle, le besoin de protection est beaucoup moins pressant, car « les personnes qui agissent pour des besoins professionnels savent en général se défendre contre les pièges du crédit, elles n'ont pas besoin du secours de la loi »[794]. Le législateur québécois l'a, ainsi, entendu. Toute personne physique qui exploite une entreprise peut constituer une sûreté réelle soumise à des conditions plus souples, notamment la fameuse sûreté sur universalité de biens. La notion « d'exploitation d'une

---

[788] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°2.

[789] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°3.

[790] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°7, voir les définitions voisines, citées par les auteurs, proposées par G. CORNU et J. GHESTIN, citées note de bas de page n°1.

[791] Définition retenue par la directive 2008-48 du 23 avril 2008 sur le protection du crédit aux consommateurs, S. PIEDELIEVRE, « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008, p. 2615 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°1178.

[792] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°13.

[793] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°13.

[794] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°348.

entreprise »[795] couvre « toute activité économique organisée consistant dans « la production ou la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation, ou dans la prestation de services ». Elle englobe les « activités artisanales, agricoles, professionnelles ou fondées sur la coopération »[796]. Reste à savoir si le consommateur peut être une personne morale. Le droit communautaire[797], suivi de la Cour de cassation française[798], refuse de considérer la personne morale comme un consommateur. La solution est recommandée avec fermeté par certains auteurs[799]. La loi, pourtant, ne l'admet pas[800]. Mais n'est-il pas vrai qu'une SCI familiale qui contracte un emprunt pour rénover l'immeuble dont elle est propriétaire n'est pas un professionnel ? Evidemment le critère retenu ne permet de résoudre toutes les difficultés préexistantes, mais il est opportun. Cependant, il est spécifique au droit de la consommation. Or, le droit des sûretés est un droit autonome et le critère retenu, s'il peut s'inspirer du droit de la consommation, peut s'en écarter, au moins formellement, en retenant seulement la destination poursuivie par le constituant lorsqu'il consent la sûreté au créancier.

252. L'apparition du critère en droit commun. Le droit communautaire avait, d'ailleurs, envisagé de règlementer les sûretés réelles et personnelles et d'adopter un régime uniforme protecteur lorsque la sûreté était conclue par un consommateur, c'est-à-dire une personne qui agissait dans un but étranger à son activité professionnelle ou commerciale[801]. Aussi, dès lors que le constituant avait agi dans un but étranger à son activité professionnelle ou commerciale, il entrait dans le champ d'application de la proposition (article 2 de la proposition)[802]. La nature professionnelle de la dette

---

795 Article 1525 du CCQ., voir D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 15.

796 D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 15.

797 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°15.1, citant CJCE, 22 novembre 2001, à propos de la directive sur les clauses abusives ; voir également la réitération de cette conception dans la directive 2008-48 du 23 avril 2008 et la définition du consommateur, voir supra n°251.

798 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°15.1.

799 J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010, n°15.1 : les textes de droit français laissent entière la question de savoir si leur protection peut être étendue à des personnes morales ; la position de la jurisprudence est incertaine, mais elle semble s'orienter, depuis 2009, vers un refus de la qualification de consommateur aux personnes morales. Les auteurs approuvent « cette évolution, qui aligne la jurisprudence française sur le droit communautaire et qui clarifie le domaine du droit de la consommation : le bénéfice de celui-ci est réservé aux personnes physiques agissant dans un but non professionnel ».

800 G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13ème éd., 2007, n°102 *in fine* : « Dans le droit français de la consommation, la notion de non-professionnel n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives (en ce sens, Civ. 1re, 15 mars 2005, *P. Aff,* 12 mai 2005, n°94, p. 12) ».

801 Voir supra n°251 pour la définition du consommateur adopté par la directive 2008-48 du 23 avril 2008.

garantie n'était pas considérée comme un critère déterminant. Cependant, les dispositions ont été, par la suite, restreintes au seul crédit aux consommateurs ; les sûretés ont été exclues du champ d'application de la proposition dans sa version modifiée du 7 octobre 2005[803]. La directive 2008-48 en date du 23 avril 2008 ne s'applique, donc, pas aux contrats de sûretés, mais il est notable que seul le but non-professionnel dans lequel la sûreté était souscrite conditionnait la protection offerte par le droit communautaire[804]. De même, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés avait mentionné ce critère dans le régime du cautionnement. Ainsi, seule la caution, personne physique, n'intervenant pas à titre professionnel (article 2305 de l'avant-projet de réforme), était digne de protection[805]. Si bien que la réduction du cautionnement ne pouvait bénéficier qu'à cette catégorie de caution. Le critère de l'usage de la sûreté a donc déjà été formulé, ce qui ne peut que renforcer sa crédibilité, d'autant qu'il est efficace.

B) L'efficacité du critère

253. Annonce. Le critère de la destination domestique ou professionnelle de la sûreté est pertinent. Il permet au professionnel de consentir une sûreté *omnibus* (1°), alors que le constituant qui constitue une sûreté à destination domestique bénéficie de la protection assurée par la spécialité quant à la créance garantie (2°).

1°) La validité de la sûreté *omnibus* à destination professionnelle

254. La généralité du cautionnement consenti par le dirigeant de l'entreprise. Le cautionnement consenti par le dirigeant d'entreprise ne doit pas être soumis à la spécialité quant à la créance garantie. Ce type de cautionnement *omnibus* fournit au créancier un instrument permettant d'associer

---

[802] Le contrat de sûreté devait être souscrit par un consommateur, dénommé « garant », et « porter sur toute transaction de crédit, souscrit à des fins privées ou professionnelles, pour autant que le garant agisse dans un but non professionnel ».

[803] « La Commission européenne a justifié cette exclusion, également souhaitée par le Parlement européen et par le secteur bancaire, en relevant qu' « il est plus opportun de ne pas aborder des aspects particuliers du droit des contrats qui, au sein des Etats membres, sont règlementés dans un cadre plus vaste », cité par M. BOURASSIN et V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°79.

[804] Le constituant, consommateur, disposait d'une faculté de résiliation unilatérale du contrat de sûreté (article 22) et il lui était interdit de conclure un contrat de sûreté garantissant le remboursement d'un contrat de crédit à durée indéterminée pour une durée supérieure à trois ans (article 23). La sûreté n'était renouvelée que moyennant l'accord exprès du garant au terme de cette période.

[805] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des sceaux, Ministre de la justice*, 28 mars 2005, p. 7.

le dirigeant de l'entreprise à l'opération de financement[806]. L'engagement du dirigeant, pour les nécessités de son activité professionnelle, est moins risqué, car il est, lui-même, un acteur du processus d'endettement de la société. Le cautionnement à destination professionnelle ne doit donc pas être soumis aux exigences de la spécialité. Ainsi, la différenciation suivant que la sûreté serait à destination professionnelle ou domestique permettrait de traiter efficacement la situation du dirigeant d'entreprise[807] qui demeurerait simplement soumis au principe de spécialité quant au montant.

255. Le régime des actes professionnels dans le Code civil. D'ailleurs, le Code civil lui-même admet, au travers de dispositions éparses, que l'exercice d'une activité professionnelle soit l'occasion d'écarter le régime plus protecteur de droit commun. Ainsi, l'article 2061 du Code civil dispose que la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle ». L'article 1421, alinéa 2 ; prévoit, par ailleurs, que « l'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci ». Mais, plus important, le Code civil, lui-même, introduit une distinction selon que la sûreté réelle est consentie par une personne pour les besoins de sa profession. Aussi, alors que l'article 1808-2, 1° du Code civil interdit que l'acte sous seing privé de sûreté réelle ou personnelle soit consentie sous forme électronique, le 2° du même article y déroge lorsque ces « actes sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ». La distinction selon que la sûreté est à destination professionnelle ou domestique n'est donc pas incongrue.

2°) La spécialité de la sûreté à destination domestique

256. L'apparition de dispositions spécifiques aux sûretés réelles consenties par des consommateurs. Le principe de spécialité quant à la créance garantie doit être maintenu lorsque la

[806] L. AYNES et P. CROCQ, n°108.

[807] Par ailleurs, on critique, à juste titre, les dispositions de l'article L 341-2 du Code de la consommation qui impose l'obligation de chiffrer le montant de l'engagement de la caution et la rédaction d'une mention manuscrite dans tous les cautionnements consentis par des personnes physiques à l'égard d'un créancier professionnel (A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n°430). La solution réduit les possibilités de conclure un cautionnement *omnibus* par le dirigeant de l'entreprise. Elle ne se comprend qu'autant qu'il s'agit de protéger une caution dans le cadre d'un prêt à la consommation. Appliquée au dirigeant de l'entreprise, elle est inopportune. Ses conséquences sont désastreuses en pratique. « Il en résulte que le dirigeant d'entreprise, parfaitement averti et qui n'a guère besoin d'une pareille protection, est dans l'impossibilité de se porter caution *omnibus* de son entreprise. A l'heure où la relance de l'économie passera par celle du crédit, cette disposition l'entrave gravement en matière de cautionnement : le cautionnement *omnibus* était en effet très utilisé, notamment afin de garantir le crédit aux petites sociétés de capitaux. Ces cautions intégrées ont en effet l'avantage d'être impliquées dans le fonctionnement de la société et d'exercer un pouvoir sur elle : il n'était dès lors ni illogique, ni illégitime, ni antiéconomique de recourir à de telles garanties » (n°543).

sûreté réelle est à destination domestique. D'ailleurs, progressivement le législateur introduit des dispositions protectrices du constituant agissant à titre non-professionnel. Ainsi, il est interdit de conclure un pacte commissoire dans un gage en garantie d'un crédit à la consommation[808]. De même, l'hypothèque rechargeable ne peut être valablement consentie à la garantie d'un crédit *revolving*. Pour autant, la spécialité doit être consacrée dans le Code civil. La spécialité, notion originale du Code, n'est pas destinée à immigrer dans le Code de la consommation, même si seules les sûretés « à la consommation » étaient touchées par la règle. Rappelons que la spécialité ne vise pas à corriger un déséquilibre entre les parties, mais à éclairer le constituant sur le risque pris en charge par la sûreté, ce dont il ne prend pas conscience lorsque l'on se contente d'imposer l'indication d'un montant déterminé.

257. La garantie du crédit *revolving*. Aussi, tout autant que l'hypothèque rechargeable a été interdite pour garantir les crédits *revolving*, il faut certainement admettre qu'aucune sûreté ne puisse sur le fondement du principe de spécialité quant à la créance garantie, garantir de tels crédits, lorsqu'elle est consentie par un constituant qui agit dans un but domestique. Le crédit *revolving* est, en réalité, une succession de créances. Le constituant n'a aucune conscience de l'engagement qu'il contracte lorsqu'il confère une telle sûreté à son créancier. Il ne sait pas lui-même quel est l'usage qu'il fera de la ligne de crédit qui lui est accordé. De plus, « les crédits *revolving* occupent une place de plus en plus importante dans les dossiers de surendettement. Plus de 80% des dossiers déposés en commission comportent au moins un crédit de ce type, il est fréquent d'en trouver plusieurs, voire parfois plusieurs dizaines. […] Les mensualités de remboursement des crédits *revolving* sont souvent de faible montant, ce qui incite le client à y recourir fréquemment, même pour des dépenses courantes. Or, plus les mensualités sont faibles, plus la durée de remboursement est longue et le coût du crédit cher. L'attention du consommateur devrait être attirée sur ce point ainsi que sur les risques de « cavalerie » consistant à puiser dans une réserve pour en rembourser une autre »[809].

258. La distinction du crédit professionnel et du crédit à la consommation. A l'étranger, les pays qui ont introduit une sûreté réelle mobilière générale n'ont envisagé son utilisation que dans les relations professionnelles. Ainsi, même le droit américain contient des dispositions restrictives applicables lorsque les biens considérés sont des biens de consommation ou lorsque celui qui

[808] M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, n°2597.

[809] Avis du Conseil économique et social, p. I -8 et I -9. D'une manière générale, l'attitude du Conseil économique et social est particulièrement réservée à l'égard de ce type de crédit.

contracte la sûreté est un consommateur. D'ailleurs, le maintien du principe de spécialité quant à la créance garantie est, particulièrement judicieux. A cet effet, l'expérience belge doit être mise à profit. L'hypothèque pour toutes sommes est admise en Belgique. Cependant, l'exclusion de la spécialité ne fait pas l'unanimité. Les auteurs belges contestent le développement de l'hypothèque pour « toutes sommes »[810], car elle ne permet pas au constituant de mesurer la portée de son engagement. Elle nuit à la protection du constituant qui contracte pour des besoins domestiques. Aussi, le maintien de la spécialité quant à la créance garantie est certainement utile, dans l'hypothèse, d'un particulier qui contracte pour ses besoins personnels. Il est donc temps de songer, en dépit de la difficulté de l'entreprise à moduler le régime des sûretés réelles selon l'usage que l'on en fait. La créance garantie est une créance plus risquée que la créance chirographaire. La diminution du risque de la créance pour le créancier par l'obtention de la sûreté est corrélative d'un accroissement du risque d'insolvabilité pour le constituant de la sûreté qu'elle soit réelle ou personnelle. La protection de la caution n'est actuellement pas efficacement assurée par le droit positif. L'application de la spécialité au cautionnement permettrait de tarir, à sa source, le contentieux qui surgit lors de son exécution. Ainsi, l'assouplissement du droit des sûretés ne serait pas la source d'une dégradation de la protection de la solvabilité du débiteur lorsqu'elle est nécessaire.

259. Conclusion du titre 1. Le ressourcement du principe dans l'ordre interne. A l'origine, le principe de spécialité a été introduit en droit interne pour favoriser le développement des échanges économiques. La conception traditionnelle fondée sur une conception patrimoniale de la sûreté réelle l'a dévoyé et a rigidifié le droit des sûretés réelles. Ainsi, alors que la conception originelle du principe était libérale, la conception patrimoniale en protégeant le constituant de la sûreté contre le risque du surendettement est allée à contre-courant de l'objectif poursuivi par le législateur en 1804. La reconstruction du principe de spécialité doit permettre de rendre sa flexibilité au droit des sûretés, dont il a été privé à raison de la conception patrimoniale du principe, en faisant ressurgir le principe originel en droit contemporain. Le législateur, lors de la réforme de 2006, a d'ailleurs commencé à

[810] I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 182 : « Si nous appréhendons le développement de cette pratique de l'hypothèque pour toutes sommes, c'est en raison précisément du risque d'ignorance dans le chef du constituant de l'hypothèque relativement à la portée de l'acte auquel il souscrit. Souvent consentie à l'occasion d'un crédit précis, l'hypothèque pour toutes sommes engage le constituant pour des crédits futurs, sans qu'il s'en rende toujours compte, de sorte que, dans son esprit, lorsqu'a été remboursé le crédit à l'occasion duquel l'hypothèque a été consentie, il croit volontiers avoir recouvré la liberté du bien hypothéqué. Ce danger nous paraît flagrant pour celui qui constitue une hypothèque sur un de ses biens en faveur d'autrui, dès lors, en tout cas, que ce tiers n'a fait que rendre un service d'ami. L'octroi d'un droit de résiliation unilatérale n'est pas de nature à faire taire nos craintes, parce que, d'une part, son exercice n'empêche pas que le bien puisse être grevé pour des crédits ouverts après la constitution de l'hypothèque, mais antérieurement à l'expiration du délai de préavis et, d'autre part, et surtout, parce que sa mise en œuvre suppose que le constituant ait perçu la portée de l'acte auquel il a souscrit ».

emprunter cette voie. L'introduction de l'hypothèque rechargeable en droit français en est la principale manifestation tout autant que la consécration expresse, en matière hypothécaire, de l'obligation de déterminer un montant, qui soit déconnecté du montant de la créance garantie, lors de la constitution de l'hypothèque dans le titre constitutif de la sûreté. Le principe de spécialité n'impose, conformément à l'intention originelle du législateur, que la détermination du montant de la sûreté et non celle de la détermination des créances garanties, qui n'est nécessaire qu'au stade de la réalisation de la sûreté. Il serait même, dorénavant, possible de reconnaître la validité de l'hypothèque pour toutes sommes, bien que cette possibilité ne doive pas être offerte en toute situation. En effet, la détermination de la créance garantie, si elle rigidifiait le droit des sûretés réelles, assurait également la protection de la solvabilité du constituant de la sûreté. Cette protection devrait être combinée avec le relâchement du principe lié à son ressourcement, car toute sûreté est la manifestation d'une créance dangereuse dont le créancier ne souhaite pas assumer le risque. Aussi, considérant que la sûreté réelle est une manifestation d'un risque pris en charge par le constituant de la sûreté réelle, il pourrait être proposé de maintenir le principe de spécialité quant à la créance garantie lorsque la sûreté réelle est utilisée à des fins domestiques. L'élaboration d'une sûreté professionnelle pourrait alors être envisagée. D'ailleurs, la résurgence du principe originel rend également envisageable l'introduction d'une sûreté réelle générale, qui s'apparenterait de loin à la *floating charge* de droit anglais et qui soit ainsi adapté aux actifs d'exploitation. La reconstruction du principe de spécialité doit s'organiser autour de la synthèse de la conception patrimoniale et originelle du principe de telle sorte que l'assouplissement du droit des sûretés réelles qui résulterait de la résurgence du principe originel ne se fasse pas au détriment de la protection du débiteur. La reconstruction du principe dans l'ordre interne ne saurait, cependant, être orientée dans cette direction sans que l'on envisage la compatibilité du principe de spécialité ressourcé avec l'environnement international.

TITRE 2 : LA COMPATIBILITÉ DU PRINCIPE RESSOURCÉ AVEC L'ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL

260. La comparaison du droit français avec les législations étrangères. Le principe a été stigmatisé pour la rigidité qu'il introduisait dans le droit des sûretés réelles français et son inadaptation aux techniques contemporaines de crédit, tandis qu'à l'étranger un mouvement de législation favorable à la déspécialisation était emmené par les Etats-Unis d'Amérique. Ainsi, alors que Guillouard en 1904 fustigeait, lors de la célébration du centenaire au Code civil, le droit français qui, comparativement aux droits étrangers, ne reconnaissait pas dans toute sa plénitude le principe de spécialité, la doctrine à la fin du vingtième siècle réclamait son abrogation. La voie de la reconstruction du principe de spécialité, à présent jalonnée, il reste à établir que l'orientation conseillée ne serait pas une cause de discrédit du droit français à l'étranger. Aussi, le ressourcement du principe de spécialité doit subir l'épreuve de la comparaison avec les législations étrangères. Il sera mis en évidence que le principe de spécialité ressourcé n'est nullement une spécificité française, mais qu'il est un principe de droit international. Cette entreprise sera menée distinctement pour les sûretés immobilières et les sûretés mobilières. Pour les sûretés immobilières, une difficulté, tenant à la récolte des sources, oblige à réduire le champ des investigations à la seule hypothèque immobilière. Cet inconvénient n'en est pas véritablement un, car l'hypothèque immobilière est l'archétype des sûretés réelles immobilières. L'investigation permet de démontrer que le principe de spécialité de l'hypothèque est un principe de droit international. Concernant les sûretés mobilières, le principe de spécialité est présenté comme radicalement opposé au système de sûretés mobilières reconnus dans les pays de *common law*. En effet, les droits de *common law* sont fondés sur le contrôle du débiteur, tandis que le droit français organise le droit des sûretés autour de la liberté du débiteur. Les droits de *common law* « asservissent » le débiteur et organisent une sphère de liberté au débiteur pour qu'il puisse exercer ses activités économiques, tandis que le droit français préserve la liberté économique du débiteur et organise une sphère de contrainte économique. Les deux conceptions du droit du crédit sont diamétralement opposées, cependant, « nécessité fait loi », dans les deux systèmes, le débiteur ne peut répondre de ses engagements que s'il peut exercer ses activités économiques. Aussi, bien que le principe de spécialité ne soit pas reconnu par les droits de *common law*, principalement en matière mobilière, les objectifs poursuivis par le principe de spécialité sont des objectifs internationaux. Il apparaît que l'objectif poursuivi par le principe de spécialité qui vise au développement des transactions économiques en favorisant l'autonomie patrimoniale du constituant est également un objectif

poursuivi par les pays de *common law*. L'autonomie économique du débiteur est, donc, à la fois un point de divergence et convergence. Dès lors que le principe de spécialité parviendrait à conjuguer la conception libérale et sécuritaire du principe, il pourrait même être envisagé de l'exporter dans d'autres systèmes juridiques, car tous les pays étrangers sont soucieux d'introduire des régimes flexibles de sûretés réelles pour les professionnels, tout en préservant la solvabilité du constituant lorsque celui-ci n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle. Cette diffusion pourrait être aisément réalisée car le principe de spécialité est, d'ores et déjà, un principe international en droit hypothécaire (chapitre 1) et les objectifs qu'il poursuit permettent de remarquer l'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières (chapitre 2).

Chapitre 1 : L'existence d'un principe international en droit hypothécaire

Chapitre 2 : L'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières

Chapitre 1 : L'existence d'un principe international en droit hypothécaire

261. Annonce. Le principe de spécialité, tel qu'il est à présent orienté, est un principe de droit international en droit hypothécaire. En effet, de nombreux pays étrangers, et pas seulement ceux de *common law*, reconnaissent le principe de spécialité quant au montant de l'hypothèque. Aussi, alors que la reconnaissance du principe de spécialité quant à la créance garantie passait pour un principe archaïque, le principe de spécialité quant au montant permet au droit français de se positionner à l'égal des droits étrangers en permettant, notamment dans les relations professionnelles, de constituer une hypothèque pour garantir un flux de créances. Le principe de spécialité n'est plus la cause du discrédit du droit français en droit hypothécaire. Il l'est d'autant moins que le principe de spécialité quant à l'assiette permet d'introduire de nombreux assouplissements et de justifier de modification de l'assiette. D'ailleurs, à l'étranger, même dans les pays qui ne connaissent pas le principe de spécialité quant à la constitution, le principe de spécialité quant à l'inscription est toujours requis. Ainsi, en pratique, toutes les hypothèques sont spéciales quant au bien et l'hypothèque générale n'est jamais pratiquée. Le principe de spécialité quant au montant de l'hypothèque (section 1) et quant à son assiette (section 2) est un principe de droit international en vigueur dans les pays de droit civil et les pays de *common law*.

Section 1 : Le principe de spécialité quant au montant

262. Annonce. La spécialité de l'hypothèque quant à son montant est communément admise. En effet, à l'étranger, le principe de spécialité quant à la créance garantie est en recul. De nombreux pays l'abandonnent pour reconnaître le principe de spécialité quant au montant garanti et admettent, dans le même temps, la validité de l'hypothèque *omnibus*. Une telle sûreté implique nécessairement que l'hypothèque soit constituée pour un montant déterminé et que les créances garanties puissent être simplement déterminées au stade de l'exécution de la sûreté. Par ailleurs, l'hypothèque rechargeable qui suppose l'indéterminabilité des créances garanties lors de la constitution de l'hypothèque serait en passe de devenir un modèle pour l'euro-hypothèque, car elle s'adapterait à tous les systèmes juridiques. Or, cette hypothèque repose sur la seule détermination du montant de l'hypothèque. L'ouverture des droits étrangers à l'hypothèque *omnibus* (§1) et l'éventuelle importation de l'hypothèque rechargeable (§2) dans des pays voisins marquent, à l'exemple du droit des sûretés

réelles français, l'abandon du principe de spécialité quant à la créance garantie au profit du principe de spécialité quant au montant.

§1 L'ouverture des droits étrangers à la validité de l'hypothèque *omnibus*

263. Annonce. La découverte du principe de spécialité en droit français permet certes l'introduction en droit français de l'hypothèque *omnibus*, mais il ne saurait être question de permettre à celui qui fait un usage domestique de la sûreté d'y recourir. Le droit français doit maintenir la protection du constituant de la sûreté réelle contre son insolvabilité. Aujourd'hui, dans les pays qui reconnaissent la validité de l'hypothèque *omnibus* et le principe de spécialité quant à son montant, l'ouverture de l'hypothèque *omnibus* aux consommateurs suscitent des critiques et, bien souvent, la clause *omnibus* est sujette à une interprétation restrictive lorsqu'une telle sûreté est consentie par un consommateur. La sûreté *omnibus* est considérée comme un instrument seulement adapté aux seules relations d'affaires. Aussi, le droit français des sûretés, reconnaissant la validité de l'hypothèque pour un montant déterminé (A) mais en interdisant l'accès aux consommateurs (B), ne serait pas en déphasage. Il serait, au contraire, un modèle d'équilibre qui pourrait inspirer les législations voisines.

A) La validité de l'hypothèque pour un montant déterminé

264. Annonce. Toutes les législations étrangères qui admettent la validité de l'hypothèque *omnibus* reconnaissent l'existence du principe de spécialité. L'hypothèque n'est donc valable qu'autant qu'elle comporte l'indication d'un montant déterminé, alors que les créances garanties ne sont que déterminables. Les hypothèques pour montant maximal consacrées en droit belge (1°), en droit québécois (2°), en droit chilien (3°) ou l'hypothèque maximale en droit allemand (4°), suisse (5°), anglais (6°) ou chinois (7°) sont toutes des hypothèques *omnibus*, bien que le montant doive être indiqué lors de la constitution de l'hypothèque. Le droit français des sûretés réelles est donc en symbiose avec l'environnement international.

1°) Le droit belge

265. L'inexistence du principe de spécialité quant à la créance garantie. En 1995, pour rendre le crédit moins onéreux et plus souple[811], la loi belge a légalisé l'hypothèque « pour toutes sommes »[812]. L'hypothèque *omnibus* est valable « à la condition qu'au moment de la constitution de l'hypothèque, les créances [futures] garanties soient déterminées ou déterminables »[813]. Ainsi, la clause affectant l'hypothèque à la garantie de toutes les sommes actuelles ou futures dues par le débiteur à la banque est valable[814]. En effet, « bien qu'établie en des termes généraux, cette clause comporte suffisamment d'éléments permettant de déterminer, de manière objective et sans nouvel accord des parties, quelles sont les créances garanties par l'hypothèque […] et notamment de vérifier si les créances dont […] »[815] le créancier se prévaut le sont effectivement. Contrairement à la jurisprudence française, la Cour de cassation belge avait, auparavant, jugé qu'aucune disposition légale n'imposait l'indication de la cause de la créance garantie dans le titre constitutif[816], car l'article 80 du Code civil belge n'impose explicitement que la mention de la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie[817]. La loi n'est, donc, qu'une reprise de l'arrêt Mengal, rendu par la Cour de cassation belge le 28 mars 1974[818], qui

---

811 Exposé des motifs de la loi du 13 avril 1995 validant l'hypothèque « pour toutes sommes », repris par I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 182.

812 A noter que la validité de l'hypothèque pour toutes sommes est introduite par l'article 51bis de la loi du 4 août 1992, intégré par l'article 8 de la loi du 13 avril 1995. Or, la loi du 4 août 1992 est destiné à règlementer le crédit hypothécaire privé, elle ne s'applique qu'aux crédits consentis à des personnes physiques pour un but étranger à leur profession, en vue d'acquérir ou de conserver des droits réels immobiliers. Mais le mécanisme a une portée générale, il n'est pas restreint au champ d'application de la loi du 4 août 1992, J-L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », note sous Bruxelles, 8 octobre 1999 et Cass. 14 décembre 2000, *RCJB*, 2001, p. 389-392 Une telle disposition modifiant le régime de l'hypothèque conventionnelle aurait du être insérée dans le Code civil, I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 185. Pour une position doctrinale antérieure à la réforme en faveur de la validité de l'hypothèque pour toutes sommes, A-M. STRANART, « L'hypothèque pour « toutes sommes », *Revue de la banque*, 1991, p. 145.

813 Article 51 bis de la loi du 4 août 1992 : « §1 – Une hypothèque peut être constituée pour sûreté de créances futures, à la condition qu'au moment de la constitution de l'hypothèque, les créances garanties soient déterminées ou déterminables ; son rang est fixé au jour de son inscription, sans égard aux époques auxquelles les créances garanties prennent naissance », cité par M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, n°1351.

814 F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°194.

815 Mons, 11 septembre 2006, *JT*, 2006, p. 747 ; Bruxelles, 8 octobre 1999 et Cass. 14 décembre 2000, *RCJB*, 2001, p. 361, note J-L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », arrêt reconnaissant la validité de l'hypothèque *omnibus* au regard de la libre circulation des biens et de sa durée indéterminée, en raison de la faculté de résiliation accordée au constituant.

816 Notamment, Cass., 1ère chambre, 4 octobre 1963, *Pas.* 1964, I, 112, obs. F.D. (« […] il ne résulte d'aucun article de ladite loi, ni d'aucune autre disposition légale, que l'acte constitutif de l'hypothèque doit, en outre, indiquer la cause de la créance garantie […] ».

817 Article 80, alinéa 1, de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire, *in Code civil belge,* Marabout, 2008 : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte ». La validité de l'hypothèque pour toutes sommes s'évince de la loi du 4 août 1992 destinée à règlementer le crédit hypothécaire privé et non des dispositions du Code civil, une telle disposition modifiant le régime de l'hypothèque conventionnelle aurait du être insérée dans le Code civil, I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 185.

avait admis la validité du gage sur fonds de commerce « constitué en faveur d'une banque par un client de celle-ci en garantie de toutes sommes dont serait ou pourrait devenir redevable ce client du chef d'opérations qu'il pourrait traiter ou avoir traitées avec la banque »[819]. Seule est requise l'indication dans le titre constitutif du montant de l'hypothèque[820]. La « mention « pour toutes sommes » est aujourd'hui clause de style dans tous les actes hypothécaires »[821]. La détermination du seul montant de l'hypothèque est conforme au principe de spécialité[822], qui s'applique à la constitution des sûretés mobilières et immobilières[823].

2°) Le droit québécois

266. L'hypothèque « pour toutes sommes » en droit québécois. Au Québec, la question de la spécialité quant à la créance garantie avait été tranchée, en 1999, avant la révision du Code civil, sous l'empire du Code civil du Bas Canada, dans l'affaire *St-Jacques c. Charbonneau*[824] : l'acte constitutif ne devait indiquer que le montant de l'hypothèque[825]. La spécialité quant à la créance garantie n'était pas une condition de validité de l'hypothèque. L'article 2689 du Code civil du Québec reprend les

---

[818] La Cour suprême décide que les sûretés peuvent être « en vertu de l'article 1130 al. 1er du Code civil constituées pour la garantie de dettes conditionnelles ou futures sous la seule réserve qu'elles soient déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté ; que les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie », arrêt cité par A. STRANART-THILLY, « Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière », *Revue de la banque*, 1975, p. 213 ; sur cet arrêt, notamment, I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note à propos de Cour de cassation, 1ère chambre, 8 avril 1976, *RCJB*, 1980, p. 121 et s., spéc. n°21, l'auteur est, cependant réticent à en admettre la validité ; A.M. STRANART-THILLY, « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *R.N.B.,* 1979, p. 548 et s.; A-M. STRANART, *Revue de la Banque* 1991, « L'hypothèque pour toutes sommes », p. 145 et s.

[819] I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 182.

[820] F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°605 ; A-M. STRANART, « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *Revue du notariat belge*, 1979, p. 548 et s.

[821] F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°549.

[822] F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°549 et 603 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note à propos de Cour de cassation, 1ère chambre, 8 avril 1976*, RCJB*, 1980, p. 121 et s., spéc. n°21 ; M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, n°1352.

[823] F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°274 et 191 ; M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, n°1351, l'arrêt MENGAL a une portée générale et est applicable à toutes les sûretés réelles conventionnelles.

[824] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 614, et voir la jurisprudence antérieure contraire ; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* Les Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°681 ; M. BOUDREAULT, *Les sûretés*, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2004, n°172, pour la jurisprudence antérieure contraire n°172, note de bas de page 202.

[825] Voir cependant l'état de la jurisprudence antérieure à la réforme relaté par J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *RN*, 1995, vol. 1997, qui conclue p. 461 que « ce principe exige, sous peine de nullité, que la cause de la créance soit mentionnée à l'acte d'hypothèque. C'est ce qui ressort clairement de cette jurisprudence ».

dispositions de l'ancien article 2044 du Code civil du Bas Canada[826]. Seule l'indication du montant de l'hypothèque est donc requise par le législateur. Cependant, l'article 2797[827] du Code civil du Québec ajoute une disposition au droit antérieur relative à l'extinction de l'hypothèque. L'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation qu'elle garantit, mais la loi réserve le cas où « le débiteur s'oblige à nouveau en vertu d'une stipulation dans l'acte constitutif d'hypothèque, celle-ci subsiste malgré l'extinction de l'obligation, à moins qu'elle n'ait été radiée »[828]. La doctrine en déduit la validité[829] de l'hypothèque pour toutes sommes[830]. La sûreté est continue[831] ; elle subsiste même s'il survient, « à certains moments, absence d'endettement »[832]. Cependant, cette stipulation pourrait être, de manière plus adéquate, assimilée à une stipulation de recharge, plutôt qu'à la consécration de l'hypothèque pour toutes sommes en droit québécois. Il suffirait simplement d'introduire les dispositions permettant le rechargement. La jurisprudence n'a pas encore été saisie, sous l'empire de la nouvelle législation[833]. La doctrine, comme en droit belge, distingue le principe de spécialité quant à la somme garantie du principe de spécialité quant à la créance garantie[834]. Le premier s'entend de l'indication du montant de l'hypothèque[835] ; il est la seule condition de validité de l'hypothèque. Dans ces

---

[826] Le nouvel article 2688 CcQ confirme la validité de l'hypothèque en garantie d'une ouverture de crédit, mais cet article ne permet pas de résoudre la question de la validité des hypothèques *omnibus*, J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *RN*, 1995, vol. 1997, p. 453. L'article 2044 CcBC (« L'hypothèque n'est également valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte […]) est repris en substance par l'article 2689 CcQ (« L'acte constitutif d'hypothèque doit indiquer la somme déterminée pour laquelle elle est consentie [….] ».

[827] Reprise de l'article 64 du projet de révision, Office de révision du Code civil, Comité du droit des sûretés, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 303. Si le commentaire de l'article ne précise pas qu'une telle stipulation écarte le principe de spécialité et vise uniquement l'exemple de l'hypothèque consentie en garantie d'une ouverture de crédit, il indique que les parties peuvent convenir dans l'acte constitutif que « le débiteur pourra s'obliger à nouveau pour un montant ne dépassant pas le montant mentionné dans cet acte, auquel cas l'hypothèque subsistera même après le paiement total ou partiel de l'obligation ». Précision est, également, faite que « la règle a été formulée en termes généraux pour permettre à toute personne de s'en prévaloir aux conditions édictées dans cet article », p. 304.

[828] Partie de l'article 2797 du Code civil du Québec.

[829] J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *RN*, 1995, vol. 1997, explicitement dans ses conclusions, p. 469, 470. *Contra*, D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, n°10 : l'hypothèque ne peut garantir un engagement totalement indéterminé faute d'obligation principale à garantir.

[830] P. CIOTOLA, « Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés : les certitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs », *RJT*, 1997, vol. 31, p. 701 ; M. DESCHAMPS, « La réforme du droit québécois des sûretés », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 43 ; J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 618.

[831] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* Les Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°684 *in fine*.

[832] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* Les Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°684 *in fine*.

[833] Antérieurement à la réforme, une décision rendue, en 1984, par le juge Robert Lesage dans l'affaire Banque Mercantile du Canada c. Yves Germain Inc., relatée par J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *RN*, 1995, vol. 1997, p. 456 et s, imposait l'indication de la cause de la créance garantie dans le titre constitutif. Quatre arrêts postérieurs ont ensuite réitérés cette position. L'article 2044 CcBC était directement inspiré de l'article 2132 du Code civil français, p. 462.

[834] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 609 et s.

conditions, le droit québécois est, conformément à l'interprétation retenue par la doctrine, parfaitement ouvert à la reconnaissance de l'hypothèque *omnibus*, sans qu'il soit besoin d'une reconnaissance spéciale par le législateur.

3°) Le droit chilien

267. La clause de garantie générale en droit chilien[836]. Au Chili, l'hypothèque contient, souvent, une clause de garantie générale. En pratique, une hypothèque spéciale est consentie, ainsi qu'une deuxième, inscrite en deuxième rang, comportant la clause de garantie générale. Il n'existe aucune limite quant au montant garanti et la durée de l'hypothèque est indéterminée, sans pour autant qu'une faculté de résiliation unilatérale soit accordée au constituant. La loi n'autorise pas expressément la clause de garantie générale, mais le régime de l'hypothèque, inspiré du droit hypothécaire français, n'a pas repris l'ancien article 2132 du Code civil. La jurisprudence et la doctrine sont favorables à l'insertion de cette clause dans le contrat d'hypothèque, mais ne l'admettent pas pour le gage. Le gage de droit commun, en droit chilien, suppose la dépossession et l'on se refuse à admettre que le constituant perde la possession de ses biens de manière indéfinie. La clause de garantie générale, si elle est un instrument quotidien du crédit hypothécaire, est critiquée en raison du lien inexpugnable qui noue le débiteur, constituant, au créancier. Elle ne connaît aucune limite quant au montant garanti, ni quant à sa durée.

4°) Le droit allemand

268. La dette foncière allemande. Dès le début du vingtième siècle, la jurisprudence allemande a reconnu la validité de l'hypothèque en garantie de toutes les dettes actuelles et futures du débiteur[837]. « S'il s'agit de dettes futures, il faut au moins que la personne du créancier et celle du débiteur soient déterminées ; mais cela suffit »[838]. Seule l'indication du montant garanti par l'hypothèque est

---

[835] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 610.

[836] Ce paragraphe est issu de notes prises lors des rencontres franco-chiliennes organisées par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, le 9 juin 2008, propos tenus par B. CAPRILE BIERMANN, Professeur à l'université del Dearollo, intervenant sur le thème « Spécialité et droit des sûretés réelles ».

[837] Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°47, décision du Tribunal d'Empire en date du 22 juin 1907.

[838] Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°48.

essentiel, la constitution d'une hypothèque « maximale » pour garantir toutes les créances actuelles ou futures du bénéficiaire de l'hypothèque est, donc, autorisée[839]. En l'absence de disposition légale précise, « l'hypothèque peut garantir tout un groupe de créances futures désignées à l'avance par un *criterium* (*Gattungsmerkmal*) »[840]. Le constituant, en droit allemand, bénéficie donc d'une moindre protection qu'en droit français[841]. L'affectation en garantie de toutes les dettes connaît, cependant, des limites. Dans le système allemand, le contrat de sûreté affecte, bien souvent, la dette foncière à toutes les créances de la banque à l'égard de son débiteur. Cette clause de « finalité étendue » a été critiquée et discutée par la jurisprudence. Elle n'est pas valable « lorsque le domaine garanti dépasse le cadre des opérations visées de manière inattendue ». De même est illicite la clause insérée dans les conditions générales de banque[842] (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) affectant la dette foncière à la garantie de toutes les créances existantes et futures du débiteur[843]. L'affectation globale de la dette foncière n'est, donc, pas sans limite.

5°) Le droit suisse

269. L'hypothèque maximale de droit suisse. En Suisse, il existe deux sortes d'hypothèques : l'hypothèque en capital et l'hypothèque maximale. L'hypothèque en capital est l'équivalent de l'hypothèque traditionnelle française : elle garantit une créance déterminée[844]. Quant à l'hypothèque maximale, elle peut garantir une créance indéterminée, future ou éventuelle[845]. En revanche, lorsque l'hypothèque est maximale, les parties doivent indiquer dans le titre constitutif une somme fixe représentant le maximum de la garantie immobilière (article 794 al. 2 du Code civil suisse[846]), « sans

---

839 Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°47, 51.

840 Jurisprudence du Tribunal d'Empire en date du 29 novembre 1930, citée par Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°48.

841 Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°54. L'auteur est favorable à une application du principe.

842 Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°39, p. 73 : « On appelle « conditions générales », dans la pratique bancaire allemande, un texte imprimé remis par le banquier à son client, contenant des règles relatives au commerce de banque en général ».

843 G-S. HOK, « *The third real estate forum : mortgage lending in Europe* », *Law of land registration and mortgages in Germany*, rapport concernant les sûretés réelles en Allemagne. Livre foncier, sûretés réelles, exécution forcée, droit international privé, procédures collectives, accessible sur www.hypotheca-europae.net, p. 11.

844 P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2643.

845 P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2643 et n°2805.

avoir à déterminer précisément le rapport juridique au règlement duquel le droit de gage est affecté »[847]. La désignation des créances garanties tant par le gage mobilier que par l'hypothèque peut être générique. Ainsi, dit-on, le principe de spécialité est respecté[848] : l'hypothèque est présentée, comme en droit belge ou québécois, comme spéciale quant au montant garanti[849].

7°) Le droit anglais

270. Le rattachement d'hypothèques (*tacking of further advances*). En droit anglais, il est possible de « modifier l'ordre des priorités en permettant à un créancier de rattacher sa dernière garantie dans le temps à une sûreté plus ancienne et lui donner ainsi un meilleur rang par rapport à une seconde hypothèque constituée entre-temps au profit d'un autre créancier »[850]. Le Land of Registration Act 2002 (LRA 2002) prévoit trois possibilités. Les deux premières ne sont qu'une reprise de dispositions antérieurement en vigueur. L'avance postérieure garantie par l'hypothèque première en date aura priorité sur une hypothèque postérieure dès lors que cette avance est faite en raison d'une obligation contenue dans le titre initial, publiée au registre avant la création de l'hypothèque subséquente. Le deuxième cas, est celui où le deuxième créancier hypothécaire est d'accord pour être primé. La dernière et nouvelle hypothèse, introduite par le LRA 2002, est celle où les parties ont convenues dans le titre d'hypothèque d'un montant maximum garanti et qui a été publié avant la création de la seconde hypothèque. Le premier créancier aura alors la priorité sur un second créancier alors même qu'il serait au courant de la seconde sûreté et qu'il ne serait pas obligé de consentir l'avance. Cette nouvelle hypothèse est jugée surprenante par l'autorité doctrinale[851], ce qui prouve que le droit anglais n'est pas si souple qu'il y paraît. La solution adoptée pour le *mortgage of real property* pourrait être étendue au *mortgage of personal property*.

---

[846] Article 794 du Code civil suisse : « […] Si la créance est indéterminée, les parties indiquent une somme fixe représentant le maximum de la garantie immobilière » *in Code civil suisse et code des obligations annotés*, Editions Payot Lausanne, 6ème éd., 1999.

[847] P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3*, Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2643 et, pour des développements précis mais anciens, Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°66 et s.

[848] P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2805.

[849] Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948, n°115 qui souligne une confusion de la doctrine : « La doctrine parle, il est vrai, d'un tel principe à propos de la détermination de la charge hypothécaire, mais d'une façon impropre. Elle confond la fixation du montant garanti par l'hypothèque avec la détermination des créances garanties ».

[850] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°557.

[851] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 657.

271. ***Mortgage for future advances, personal property.*** Le *Law Property Act 1925*, qui s'applique[852], lorsque les dettes sont dues par une personne physique (*individual*) ou une société (*corporate debtor*)[853], autorise la priorité des créanciers (titulaire d'un droit *legal* ou en *équité*)[854] pour des avances futures (*the right to tack*), sur des créanciers antérieurs, dans trois situations : en cas d'accord entre le premier et le second créancier ; dès lors que le premier créancier n'avait pas connaissance du *mortgage* accordé à un second créancier ; lorsque l'avance future découlait d'une obligation contenue dans le premier *mortgage*[855]. Le droit anglais ne reconnaît donc pas la validité des sûretés réelles mobilières pour toutes sommes et l'application du texte donne lieu à de telles difficultés[856], que l'adoption d'un modèle emprunté à l'article 9 semblerait être un véritable progrès[857]. Cette hostilité à l'égard des clauses de garantie générales est fondée sur l'idée que le créancier bénéficierait d'un monopole sur le crédit du débiteur, alors même qu'il n'est pas tenu d'accorder des crédits postérieurs[858]. Le rapport définitif rendu par la Commission des lois propose que toutes les avances, faites ou à faire, soient garanties par la sûreté[859]. Il serait, peut-être, judicieux de prévoir l'introduction du principe de spécialité quant au montant de la sûreté, associé de l'introduction du principe de spécialité quant à la créance garantie lorsque la sûreté est consentie par un consommateur.

8°) Le droit chinois

272.L'hypothèque maximale en droit chinois[860]. En Chine, l' « hypothèque de montant maximal » ou « hypothèque de montant limité » signifie qu'elle « garantit, dans la limite d'un montant maximal, des créances qui se produiront successivement pendant une période déterminée »[861]. Le droit chinois

---

[852] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 656 ; H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007, n°13.118.

[853] H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007, n°13.108.

[854] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 656.

[855] M. G. BRIDGE, « *How far is article 9 exportable ? The English experience* », *CBLJ*, 1996, vol. 27, p. 211.

[856] A. McKNIGHT, « *The reform of English law concerning secured transactions : Part. 1*», *JIBLR*, 2006, p. 508.

[857] G. McCORMACK, *Secured credit under English and American law*, *Cambridge University Press*, 2004, p. 101.

[858] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 656.

[859] A. McKNIGHT, « *The reform of English law concerning secured transactions : Part. 1*», *JIBLR,* 2006, p. 593.

[860] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°443.

[861] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°444.

trouve, lui-même, sa source d'inspiration dans le droit japonais. En effet, l'article 398 du Code civil japonais prévoit l'hypothèque de montant maximal comme celle « qui garantit dans le cadre du montant maximal la créance indéterminée qui se produira à l'avenir »[862]. Le principe de spécialité est, dit-on, tempéré dans la mesure où l'on ne connaît pas, au jour de la constitution, les créances garanties[863]. L'hypothèque maximale ne s'étend pas non plus à toutes les créances nées ou à naître entre les parties : l'hypothèque maximale ne garantit que les « créances qui se produisent successivement en fonction d'une relation successive contractuelle de même nature entre le même créancier et le même débiteur »[864]. Cette relation peut résulter d'un contrat à exécution successive ou d'une série de contrats de même nature[865]. L'évolution du droit des sûretés est tournée vers la reconnaissance du principe de spécialité de l'hypothèque quant à son montant, ce qui conduit à reconnaître la validité de l'hypothèque *omnibus* mais aussi à ôter une barrière qui permettait auparavant de participer à l'amenuisement du risque de surendettement.

B) La protection du consommateur

273. Critique de l'ouverture de l'hypothèque *omnibus* au consommateur : droit belge. En dépit de l'existence d'un droit de résiliation unilatérale[866], accordé au constituant, lorsque l'hypothèque est à durée indéterminée[867], l'hypothèque pour toutes sommes suscite la critique[868]. Elle prive le débiteur de sa « liberté de faire jouer la concurrence » entre l'organisme de crédit garanti et les autres organismes de crédit, « […] son assiette de solvabilité se trouve rétrécie pour tout autre créditeur

[862] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°445.

[863] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°448.

[864] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°449.

[865] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°449.

[866] Voir cependant l'absence de droit de résiliation unilatérale pour le gage « pour toutes sommes », F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°274, l'auteur est d'avis de prévoir une faculté de résiliation unilatérale.

[867] Article 51 bis, §2, de la loi du 4 août 1992, cité par M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, n°1351 : « §2 – Si une hypothèque est constituée pour sûreté de créances futures pouvant naître pendant une durée indéterminée ou pour sûreté de créances découlant d'un contrat à durée indéterminée, la personne contre laquelle une telle hypothèque est inscrite ou le tiers détenteur du bien affecté de l'hypothèque peut à tout moment résilier l'hypothèque, moyennant un préavis d'au moins trois mois et de maximum six mois, lequel préavis est adressé au créancier par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception. Le délai de préavis prend cours à la date de l'accusé de réception. Quant aux créances futures, la résiliation a pour conséquence que l'hypothèque ne garantit plus les créances garanties qui existent à l'expiration du délai de préavis. Quant aux contrats à durée indéterminée, restent garanties par l'hypothèque, les seules créances issues de l'exécution de ces contrats qui existent à l'expiration du délai de préavis ».

[868] J-L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », note sous BRUXELLES (9ème ch.), 8 octobre 1999, *RCJB*, 2001, p. 391, sur la difficulté de prévoir les créances futures, car les particuliers, contrairement aux entreprises, n'ont pas d'activité déterminée. Voir cependant, F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°549 qui ne souligne que les avantages : réduction du coût de la sûreté et réutilisation de la sûreté.

potentiel »[869]. Pour d'autres, le vrai problème se situe dans la prise de conscience « par le propriétaire grevé des créances garanties et de ce que la connaissance de celles-ci implique une information quasi continue à recueillir auprès du créditeur. Si, dans le cadre d'une entreprise, cela apparaît comme assez naturel, ce ne l'est probablement pas – et même certainement pas – pour les particuliers, surtout quand le propriétaire grevé n'est pas le débiteur et moins encore quand les liens avec celui-ci se sont distendus »[870]. Bref, le système lie définitivement le débiteur à la banque et favorise le surendettement des particuliers. La réforme ne bénéficierait, donc, qu'au banquier qui trouverait dans cette forme d'hypothèque un moyen de fidélisation de sa clientèle[871]. Elle serait un piège tendu au particulier qui contracterait dans un but domestique. La sûreté réelle *omnibus* se conçoit dans les relations professionnelles, elle doit certainement y être admise et circonscrite.

274. Etats-Unis : « *The relatedness doctrine* »[872]. Aux Etats-Unis, l'hypothèque omnibus est obtenue par l'insertion d'une clause dans le *mortgage* dénommée « *dragnet clause* » ou « *anaconda clause* ». La validité du *mortgage* contenant une *dragnet clause* est admise (Union Bank v. Wendland, 54 Cal.App.3d393, 398 (1976)). Cependant, il existe un contentieux sur l'identification des dettes couvertes par la sûreté. Le principe étant que la sûreté ne doit pas s'étendre au-delà de l'intention des parties. A cet effet, les juges vérifient que la créance postérieure est de la même nature que la créance d'origine[873]. En revanche, lorsque le débiteur n'est pas un consommateur[874], mais une entité

---

869 I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 187 ; également, I. MOREAU-MARGREVE, citée par A-M. STRANART, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Revue de la banque*, 1991, p. 152, note de bas de page n°35 bis : « Dans d'autres écrits, Madame MOREAU-MARGREVE a estimé que la pratique de l'hypothèque pour toutes sommes était en outre « malsaine », notamment lorsque la sûreté est donnée à concurrence d'un plafond équivalent au crédit à l'occasion duquel elle est conférée, de sorte que le garant ne se rendrait pas compte, le plus souvent, que la garantie couvre d'autres dettes que celles à naître du crédit octroyé […]. Un tel argument n'a sans doute guère de portée juridique […] mais pourrait exercer une influence « psychologique » sur un tribunal, singulièrement, en effet, lorsque l'hypothèque est, à l'instar du cautionnement, octroyée par un tiers ».

870 Bruxelles, 8 octobre 1999 et Cass. 14 décembre 2000, *RCJB*, 2001, p. 361, note J-L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », p. 402.

871 I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Journal des tribunaux*, 9 mars 1996, p. 187.

872 *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, par Peter F. COOGAN, William E. HOGAN, Detlev F. VAGTS, Julian B. Mc DONNELL, 2002, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J. B. McDONNELL, §7.04[3][c].

873 Notamment, au Kansas, « *The leading Kansas case limiting a future advance clause where the later advance was of a different class than the original extension of credit is* » (*Emporia State Bank & Trust Co. v. Mounkes, 214 K. 178, 519 P. 2d 618 (1974)*, affaire dans laquelle il n'a pas été admis que l'hypothèque immobilière pour garantie du prêteur de deniers garantisse le prêt accordé huit ans plus tard au propriétaire, en vue d'aider son fils à démarrer une activité de restaurateur (la position a été par la suite réitérée, *First National Bank & Trust Co. V. Lygrisse, 7 K.A.2d 291, 640 P. 2d 1274 (1982)*, jurisprudence citée par *51 UKSLR 769,* juillet, 2003, « *Revised Article 9 in Kansas* » ; *In re James, 221 B.R. 760 (Bankr. W.D.Wis. 1998*), un *security agreement* comprenait une *dragnet clause* lors de l'acquisition d'un véhicule automobile. La banque est autorisée à garantir le montant des débits de carte bancaires car les deux dettes sont des « *consumer debts* », de même *In re Hill, 210 B.R. 1016 (Bankr. E.D. Wis. 1997)*, cependant, la garantie est refusée dans le même cas (prix d'achat d'un véhicule et débits de carte bancaire, *« no clear and unambiguous intent of the parties to offer the vehicle as security for the credit card indebtedness* »). Même attitude *in re Kim, 256 B.R. 793 (Bankr. S.D. cal. 2000),* « *applying the relationship of the loans test and "the reliance in the security" test (normally apply in real property lien cases), the court determined the parties did not intend to grant a lien on the auto to secure the VISA credit card* », 26 *California Bankruptcy Journal* 132, « *Recent*

commerciale, les juges sont plus enclins à conférer une large portée à la *dragnet clause*[875]. L'application de la législation est très variable. Chaque Etat adopte une position différente. Dans certains Etats, une *dragnet clause* sur les créances existantes n'est pas valable : pour couvrir une dette existante, celle-ci doit être identifiée dans le titre[876]. D'autres Etats l'appliquent sans restriction. Entre ces deux positions extrêmes, de nombreuses juridictions s'en remettent à l'intention des parties, indépendamment des termes employés, et vérifient si la créance invoquée est de la même nature que celle garantie à l'origine. Le *relatedness test* est normalement applicable lorsque la sûreté consentie est une sûreté immobilière et lorsque le constituant est un consommateur.

275. Uniform commercial code. En droit des sûretés mobilières[877], la jurisprudence, antérieure à l'entrée en vigueur du Code de commerce uniforme était très restrictive quant à l'interprétation de ces clauses. Elle imposait la spécification, dans le contrat d'origine, de la date d'octroi du futur crédit, du montant maximum des futures avances garanties ainsi que leur nature[878]. Les sûretés contenant des clauses de garantie générale ne pouvaient s'étendre à des dettes du débiteur qui n'avaient aucun lien avec l'obligation principale garantie. Ce que l'on a appelé la *relatedness doctrine,* initiée par Grant Gilmore lui-même[879]. A présent, la Section 9-204 (3) valide les clauses d'avances futures[880]. Et la section 9-312 (7) précise que si « […] des avances futures sont faites alors que la sûreté est parfaite par enregistrement ou prise de possession, la sûreté a le même rang, […], pour ce qui est des avances

---

developments in business bankruptcy (2001-2002) » ; solution identique au Texas, *217 B.R. 527 (Bankr. E.D. Texas 1998), In re Kenneth J. Conte, 217 B.R. 767 (Bankr. E.D. Texas 1998),* cités tous deux par 53 *Consumer Finance Law Quaterly Report*, 181, *summer* 1999, « *Recent cases and current issues reflect a developing consensus in consumer bankruptcy* ».

874 « *Because their apparent coverage is so broad, and because the mortgagor is often unaware of their presence implications, the courts tend to contrue [dragnet clauses] narrowly against the mortgagee* », *2* NELSON & WHITMAN, *Real estate finance law (4th ed. 2002), p. 229), Fisher v. First International Bank, 109 Cal.App.4th, 1433 (2003).*

875 51 *UKSLR* 769, juillet, 2003, « *Revised Article 9 in Kansas* ».

876 Pour cette approche, *The Restatement Third of Property* : « *A dragnet clause can have only a prospective effect. Even if the clause refers in general terms to pre-existing indebtness, the mortgage will not secure that indebtness… The reason for this limitation is that, if the parties wish to secure pre-existing indebtedness, it is a simple matter for them to make specific reference to that debt in the mortgage or in a concurrent agreement. When this is not done, it is reasonable to assume that the parties did not focus their negotiations on the pre-existing debt, and did not intend to make the mortgage secure it. On the other hand, a mortgage may secure pre-existing indebtedness if it specifically identifies that debt* », *(Rest. (3d) Property, Mortgages (1997) §2.4, p. 90), quoted by Court of appeal, 4th, State of California, Fisher v. First International Bank.*

877 J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°715 à 720.

878 A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°172.

879 B.A. CAMPBELL, « *Contracts jurisprudence and article nine of the Uniform Commercial Code : the allowable scope of future advance and all obligations clauses in commercial security agreement* », *The Hastings Law Journal,* 1986, vol. 37, p. 1042.

880 *Section 9-204 (c) : « A security agreement may provide that collateral secures […] future advances or other value wether or not the advances or value are given pursuant to commitment* », *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

futures, qu'elle a pour la première avance ». « L'avantage conféré par cette disposition est tel que le créancier garanti a tout intérêt à prévoir l'octroi possible d'avances futures dans la convention de sûreté »[881]. Le Code n'impose pas la description de la dette garantie[882]. Le montant garanti par la sûreté n'a pas, non plus, à être indiqué ni dans le *security agreement*, ni dans le *financing statement*. Cependant, le Code révisé ne prend pas partie sur la *relatedness doctrine*, aussi certains Etats l'ont-ils écarté expressément[883]. Seul un commentaire des rédacteurs apporte un éclaircissement[884]. Aujourd'hui, il importe peu que le créancier se soit engagé à octroyer les avances à l'avenir[885]. C'est donc la relation débiteur-créancier qui est garantie par le *security interest*[886]. Le *security agreement* est une sûreté de relation. C'est également un contrat d'adhésion car, en général, les clauses d'avances futures sont des clauses standard insérées dans les contrats et qui ne sont ni lues ni comprises par le débiteur. Le problème survient, alors, lorsque le juge tente des années plus tard de déterminer quelle était l'intention des parties. En tout état de cause, une telle clause est nulle lorsqu'elle est imposée à un consommateur[887]. Le régime du *security interest* est, donc, variable. Il est plus protecteur lorsque la sûreté est consentie par un consommateur. La prise en considération de la qualité en laquelle agit celui qui constitue la sûreté est de plus en plus répandue. Le maintien du principe de spécialité quant à la créance garantie lorsque le constituant agit à titre personnel et non professionnel est donc opportun.

---

[881] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°236, et « même si la convention de sûreté d'origine n'a pas prévu la possibilité d'octroyer des avances subséquentes, celles-ci pourront bénéficier du même rang que la première avance dès lors que le créancier aura souscrit un engagement à cet effet, soit avant, soit pendant que la sûreté d'origine est parfaite. Il suffit que les avances suivantes se placent sous l'empire d'un même état des financements ».

[882] Pour une appréciation critique, S.O. WEISE, « *U.C.C. Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business Lawyer,* 1999, vol. 54, p. 1948 *: « Nothing in Article 9 requires a description of the secured debt. The secured party only has to prove what debt the security interest in fact secures* ».

[883] Le Code du Tennessee, pour contrer l'application de la *relatedness doctrine,* l'écarte expressément. Une disposition autorise le *security agreement* à s'étendre à l'ensemble des dettes du constituant qu'elles soient de nature commerciale, de consommation ou des débits de carte bancaire, peu important que les dettes garanties ne soient pas de même nature, R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 170.

[884] Cité par R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 170 : « *Determining the obligations secured by collateral is solely a matter of construing the parties' agreement under applicable law. This Article rejects the holdings of cases decided under former Article 9 that applied other tests, such as whether a future advance or other subsequently incurred obligation was of the same or a similar type or class as earlier advances and obligations secured by the collateral* ».

[885] Le Code s'est écarté de la jurisprudence antérieure, A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, précité, n°172.

[886] M. G. BRIDGE, « *How far is article 9 exportable ? The English experience* », *CBLJ*, 1996, vol. 27, p. 210 : « *One of the most prominent features of the Article 9 system is the way that it permits single rather than multiple filings in the case of each debtor-creditor relationship. In a real sense, it is the relationship and not the transaction that is the subject of registration* ».

[887] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°172, note de bas de page n°55.

§2 L'expansion de l'hypothèque rechargeable à l'étranger

276. Annonce. Dès lors que les pays européens sont de plus en plus nombreux à reconnaître la validité de l'hypothèque *omnibus* et l'existence d'un principe de spécialité quant au montant garanti, il est tout à fait envisageable, ainsi qu'y incite la Commission européenne, de prendre l'hypothèque rechargeable pour modèle européen. Le principe de spécialité quant à la créance garantie écarté, lors de la constitution de la sûreté réelle, puisque seule l'indication du montant de l'hypothèque est impératif et suffit à protéger la liberté d'engagement du constituant et la libre circulation des biens immobiliers. En revanche, comparativement au modèle suisse et allemand qui ont toujours influencé les projets européens, l'hypothèque rechargeable est plus protectrice du constituant de la sûreté réelle, car, lors de chaque chargement de la sûreté réelle, le principe de spécialité quant à la créance garantie ressurgit pour protéger la solvabilité du constituant. L'écart entre les droits français, suisse et allemand (A) s'amenuise (B) et permet d'envisager une européanisation de l'hypothèque rechargeable.

A) La distinction des droits français, suisse et allemand

277. Créance abstraite et inopposabilité des exceptions. Lorsqu'une créance est prise en charge par une hypothèque rechargeable, le constituant a toujours la possibilité d'opposer au créancier les exceptions tirées de la créance principale. Ce n'est bien évidemment pas l'hypothèque qui le lui permet mais le titre générateur de l'obligation dont il est débiteur. C'est ce qui permet de différencier l'hypothèque rechargeable de la cédule hypothécaire et de la dette foncière. Ces deux figures de droit étranger donnent naissance à une obligation de payer une somme d'un montant déterminé (1°). Elles ne prennent, cependant, pas en considération la protection du constituant de la sûreté réelle, contrairement à l'hypothèque rechargeable (2°).

1°) L'inexistence d'une créance abstraite d'un montant déterminé

278. La distinction de la cédule hypothécaire. L'hypothèque rechargeable se distingue de la cédule hypothécaire, système reconnu en France pendant une courte période révolutionnaire. Le législateur

de l'An III avait mis en place un système de cédule hypothécaire[888] qui n'a eu qu'une existence éphémère[889]. Tout propriétaire d'immeuble pouvait prendre hypothèque sur lui-même pour un temps qui ne pouvait excéder dix années, jusqu'à concurrence des trois quarts[890] de la valeur capitale du prix vénal (art. 36)[891]. La cédule hypothécaire était un titre constatant à la fois un engagement de payer[892] une somme d'argent du signataire et sa garantie, l'hypothèque[893]. Le propriétaire en possession de la cédule la gardait en portefeuille jusqu'au jour où il avait besoin d'argent, moment auquel il l'endossait au profit du prêteur et ainsi de suite jusqu'au jour de l'échéance. Ce jour, soit le débiteur payait, et le porteur lui remettait sa cédule, soit le débiteur ne payait pas et le porteur poursuivait la vente du bien hypothéqué. La cédule hypothécaire est, donc, un engagement de payer garanti par une hypothèque.

279. La distinction de la dette foncière allemande et de la cédule suisse. L'hypothèque rechargeable diffère également de la dette foncière allemande. La dette foncière oblige le débiteur au paiement d'une certaine somme d'argent, dont seul l'immeuble répond[894]. En pratique, le propriétaire souscrit, simultanément à la dette foncière, une reconnaissance de dette abstraite. Cette reconnaissance de dette, à l'instar de la cédule de droit suisse, entraîne l'obligation personnelle de

[888] L'hypothèque sur soi-même a été mise en place par le décret contenant le Code hypothécaire, du 9 Messidor an III (27 juin 1795). L'article 36 disposait qu' « au nombre des diverses manières de conférer volontairement hypothèque, est comprise celle qui accorde à tout propriétaire de biens et droits susceptibles d'hypothèque, la faculté de prendre hypothèque sur lui-même, pour un temps déterminé qui ne peut excéder dix années, par la voie de cédules hypothécaires, jusqu'à concurrence néanmoins des trois quarts de la valeur capitale ou prix vénal de ses biens présents désignés dans la cédule, y compris le montant des hypothèques dont ils sont déjà grevés ». Il était, ainsi, permis au propriétaire qui voulait « se créer des ressources […] de prendre hypothèque sur son propre bien et de se faire délivrer, en conséquence de cette inscription, par le conservateur des hypothèques, un titre foncier ou cédule, qui entrera dans la circulation, en entraînant, en quelque sorte, à la suite, le gage immobilier sur lequel il repose », E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891, p. 90.

[889] Après consultation des registres d'une conservation des hypothèques à cette époque, 681 déclarations et 35.545 inscriptions de créances furent prises, M. J. CHEREST, *De la mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente). Etude comparative de droit suisse et d'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1912, p. 15.

[890] La cédule ne pouvait être conférée que pour les ¾ de l'estimation de l'immeuble ce qui laissait une marge en cas de dépréciation immobilière et visait à en faciliter la circulation.

[891] Le propriétaire désireux d'obtenir une cédule devait déposer une déclaration foncière auprès du bureau de la conservation des hypothèques mentionnant l'identification du débiteur, la description détaillée du bien, son droit de propriété, son origine de propriété, la valeur en revenu et en capital et le prix auquel le déclarant s'était rendu acquéreur. La déclaration était visée par un notaire à peine de nullité. Le propriétaire devait évaluer son immeuble et cette évaluation devait être acceptée par le conservateur des hypothèques, garant de la valeur des immeubles cédulés. L'évaluation acceptée, le propriétaire recevait sa cédule ; à défaut si le conservateur jugeait l'estimation trop élevée, l'estimation était effectuée par des experts. La cédule délivrée était transmissible par voie d'endossement à ordre.

[892] Voir la reproduction en annexe d'une cédule M. J. CHEREST, *De la mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente). Etude comparative de droit suisse et d'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1912, p. 195 : « Je soussigné … âgé de … demeurant à … m'oblige de payer, à ce domicile, sur la valeur de mes biens territoriaux, à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de … en monnaie correspondante au marc d'argent fin, valeur reçue de la même manière ».

[893] M. J. CHEREST, *De la mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente). Etude comparative de droit suisse et d'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1912, p. 31.

[894] Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 14.

payer une somme déterminée sur l'ensemble du patrimoine du constituant[895]. Il n'existe pas de lien juridique nécessaire entre la dette foncière et la créance garantie[896]. En droit français actuel, l'hypothèque, *ad hoc* ou rechargeable, n'oblige pas, par elle-même, le constituant. Elle ne garantit pas une obligation abstraite, car elle ne créé, tout simplement, pas d'obligation. L'hypothèque n'est rien d'autre qu'un droit réel accessoire.

280. Le rapprochement de l'hypothèque rechargeable de la cédule suisse et de la dette foncière allemande. L'introduction de l'hypothèque rechargeable marque, certainement, un rapprochement du droit français à l'égard des droits suisse et allemand, car si ces pays reconnaissent l'autonomie de la cédule et de la dette foncière au regard de la créance garantie et font naître concomitamment une créance abstraite, c'est en vue de permettre la réutilisation de la cédule : la créance garantie est une dette abstraite, alors que dans l'hypothèque rechargeable, la créance garantie, c'est la dette même du créancier. Garantissant une dette abstraite, la cédule peut être réutilisée. Sa réutilisation s'opère soit par sa cession, soit par son nantissement[897]. La réutilisation de la cédule hypothécaire est soumise à une taxe « d'adaptation du titre et d'inscription au registre foncier des modifications connexes »[898]. Elle ne nécessite pas d'acte authentique, elle « s'opère sur la créance (abstraite) « incorporée » dans le titre »[899]. Dans l'hypothèque rechargeable, les créances garanties sont déterminées au fur et à mesure de l'utilisation de l'hypothèque par le constituant. Cependant, en pratique, la cédule hypothécaire et la dette foncière sont liées à la créance garantie par un contrat. Ce contrat est « constitutif d'une sûreté accessoire établissant un lien entre la créance et la sûreté ; selon ce contrat, le créancier n'a le droit d'utiliser la dette foncière que pour honorer le montant de sa créance personnelle ainsi que les frais et accessoires »[900]. La reconnaissance de la créance abstraite est donc seulement motivée par la

---

[895] Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 10 : « La cédule hypothécaire comporte, outre le titre, une créance personnelle et abstraite, de sorte qu'il n'existe pas de différence avec la pratique allemande de la dette foncière avec reconnaissance de dette abstraite ».

[896] Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 14.

[897] Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, août 2005, p. 209.

[898] Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, août 2005, p. 212, et note de bas de page n°16, le coût de constitution d'une hypothèque de 100.000 francs s'élève au maximum à 1,18%, de 500.000 à 0,92% (exemple du Tessin). Le coût de constitution d'une cédule de 100.000 francs s'élève au maximum à 1,48%, de 500.000 à 1,34%.

[899] Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, août 2005, p. 213.

réutilisation de la sûreté qu'elle autorise, ce que l'hypothèque rechargeable permet en autorisant à constituer une hypothèque pour garantir des créances indéterminées.

281. Le rapprochement du remploi d'hypothèque en capital en droit suisse[901]. La similitude de l'hypothèque rechargeable avec le remploi de l'hypothèque en capital, répandu en droit suisse, est encore plus flagrante. Il y a remploi de l'hypothèque, lorsqu'à l'extinction de la créance garantie, elle peut être remployée à la garantie d'une autre créance. Le remploi est « le remplacement, dans le rapport de gage, d'une créance par une autre, sans constitution d'une nouvelle hypothèque »[902]. L'acte de remploi nécessite la conclusion d'un nouvel acte authentique[903], sauf lorsque la nouvelle créance est visée par l'acte constitutif et que le propriétaire « pouvait et devait raisonnablement en envisager la future existence déjà au moment de la conclusion de l'acte »[904]. Contrairement au droit allemand, le remploi n'était pas expressément autorisé par le Code civil. La doctrine majoritaire l'admettait[905] et la pratique l'utilisait dans la Suisse centrale et orientale[906]. Le Conseil fédéral lui a récemment refusé son aval. Le projet de réforme du Code civil suisse œuvre, plutôt, dans le sens d'une propagation de la cédule hypothécaire, au détriment de la réutilisation de l'hypothèque en capital[907].

---

900 Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 14.

901 A propos du remploi de l'hypothèque, P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2814 et s.

902 Voir la définition en note de bas de page n°2, P.-H. STEINAUER, « A propos de la constitution des cédules hypothécaires », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, septembre-octobre 1997, p. 289.

903 P.-H. STEINAUER, « A propos de la constitution des cédules hypothécaires », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, septembre-octobre 1997, p. 289.

904 Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, août 2005, p. 211.

905 Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue suisse du notariat et du registre foncier*, août 2005, p. 209 et s. et la note de bas de page n°12 p. 210.

906 Prise de position du Conseil fédéral du 6 septembre 2000, suite à la motion 00.3236 déposée par P. JOSSEN-ZINSSTAG le 5 juin 2000, accessible http://www..parlament.ch

907 Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 1.2.

2°) La protection du constituant de l'hypothèque rechargeable

282. L'opposabilité des exceptions et le principe de spécialité quant à la créance garantie. Le mécanisme de l'hypothèque rechargeable permet au constituant de faire valoir toutes les exceptions tirées de la créance garantie. La sûreté rechargeable n'est pas, au sein des sûretés réelles, le pendant de la garantie autonome[908]. En droit suisse, lorsque la cédule est constituée alors que les parties sont débitrice et créancière l'une de l'autre, « la constitution de la cédule « éteint par *novation* l'obligation dont elle résulte » : l'ancienne créance s'éteint par la création d'une nouvelle créance incorporée dans la cédule hypothécaire »[909]. La nouvelle créance, ainsi créée est abstraite. Il faut déduire toutes les conséquences de l'extinction de la créance initiale[910]. En principe, le débiteur ne peut plus opposer au créancier les exceptions tirées de l'ancienne créance[911]. L'effet novateur n'est, pourtant, que partiel, il éteint, seulement, la créance à l'égard des tiers de bonne foi. Il laisse subsister la créance originaire entre les parties et dans les relations avec les tiers de mauvaise foi. En droit allemand, le propriétaire du bien grevé ne peut opposer aux cessionnaires[912] successifs de la dette foncière les exceptions tirées de la créance garantie. Les exceptions de la dette foncière pourront être opposées au premier créancier, mais elles ne seront opposables qu'au cessionnaire de mauvaise foi[913]. Dès lors, le système de la dette foncière assure efficacement la protection du commerce juridique et la réutilisation de la dette foncière au détriment de la protection du propriétaire constituant[914]. Pour remédier à cet inconvénient, il est possible de stipuler l'interdiction de transmettre la dette foncière

---

908 F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°546 : « Les droits suisse (art. 842 et s., C. civ.) et allemand (art. 1191 et 1192, BGB) connaissent l'hypothèque conventionnelle indépendante de la créance. Il s'agit d'une sûreté abstraite, habituellement consentie en garantie du remboursement d'un prêt mais « détachée » de la créance qui en est la cause. Les moyens de défense que le débiteur serait en droit d'opposer au créancier, comme par exemple la nullité du contrat, la compensation, l'extinction (totale ou partielle) de la dette, etc., seront inopposables au plan de l'exécution hypothécaire. Pareille sûreté est un peu à l'hypothèque classique qu'on connaît en France et en Belgique ce que la garantie indépendante est au cautionnement ».

909 P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2936.

910 La loi présume que « la créance de base existante s'éteint par novation lors de la constitution de la cédule hypothécaire […], elle disparaît et est remplacée par la créance résultant de la cédule hypothécaire, ce qui induit une limitation des exceptions que le débiteur peut faire valoir », Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 2.2.2.3, article 842 ; P.-A. GIRARD, « La cédule hypothécaire suisse », *Droit et patrimoine*, novembre 2005, p. 68, 72.

911 P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, Editions Staempfli, 2ème éd., 1996, n°2937b.

912 En pratique, la transmission de la dette foncière s'accompagne de la transmission de la reconnaissance de dette abstraite et de la créance personnelle résultant du contrat au cessionnaire de la dette foncière.

913 Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 18.

914 Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 18.

sans l'accord du propriétaire. Cette stipulation doit être inscrite au registre foncier[915]. Le mécanisme de l'hypothèque rechargeable est parfaitement adapté à la constitution d'hypothèque par le particulier, car le rechargement de l'hypothèque est respectueux du principe de spécialité quant à la créance garantie. L'hypothèque est spéciale dès sa constitution, elle est soumise au principe de spécialité quant à son montant. Elle permet au particulier de réutiliser l'hypothèque sans pour autant perdre la protection concédée par le principe de spécialité quant à la créance garantie, car le chargement de la sûreté est spécial quant à la créance garantie.

B) La possibilité d'un rapprochement des droits français, suisse et allemand

283. L'évolution du droit suisse : le retour vers le caractère accessoire de la sûreté réelle. Prenant acte de cet inconvénient majeur, le législateur suisse a permis au débiteur, dans la cédule hypothécaire, de faire valoir les exceptions nées de la créance à l'occasion de laquelle est née la sûreté. Le nouveau système de la cédule hypothécaire de registre écarte l'automaticité de la novation de la dette. La créance issue du rapport de base n'est plus éteinte par la naissance de la créance résultant de la cédule. Les deux créances coexistent[916]. « Ainsi, la créance résultant de la cédule hypothécaire est en principe affectée par les exceptions issues de la créance à garantir ou de la convention de sûreté passée entre le débiteur et le créancier »[917]. La loi a, ainsi, consacré la pratique, car les parties excluaient conventionnellement la présomption légale de novation dans un « contrat constitutif d'une sûreté accessoire » [918], liant la cédule hypothécaire à la créance garantie. Dorénavant, la cédule peut faire un renvoi à une convention séparée : la convention de sûreté. Néanmoins, les parties peuvent décider la novation de la créance de base et priver le débiteur de la possibilité d'opposer les exceptions issues du rapport de base[919]. La sûreté conserve une certaine autonomie : « après le remboursement de la créance initialement garantie, elle peut être réutilisée afin de garantir

---

[915] Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988, p. 18.

[916] « […] la créance de base et celle qui résulte de la cédule hypothécaire coexistent, et, dans ce cadre, leurs rapports sont réglés par les exceptions à disposition du débiteur en vertu du rapport juridique de base », Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 2.2.2.3, article 842.

[917] P.-A. GIRARD, « La cédule hypothécaire suisse », *Droit et patrimoine*, novembre 2005, p. 72.

[918] Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H G. WEHRENS, 1988, p. 6.

[919] Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 2.2.2.3, article 842.

une autre créance du même créancier ou celle d'un nouveau créancier »[920]. La créance de la cédule hypothécaire ne s'éteint pas avec le paiement de la créance garantie issue du rapport de base[921].

284. Le rapprochement de la cédule hypothécaire de l'hypothèque rechargeable. Ainsi, la cédule hypothécaire se comporte comme une sûreté immobilière accessoire, à la seule différence que l'extinction de la créance garantie laisse subsister la cédule qui peut être transmise à un autre créancier et être affectée à une autre créance. A ce titre, elle réalise un équivalent de l'hypothèque rechargeable. L'affectation à une autre créance nécessite la rédaction d'une autre convention de sûreté. Le formalisme de l'hypothèque rechargeable n'est pas plus lourd, mais l'hypothèque rechargeable est un mécanisme plus simple que la cédule hypothécaire accessoire : engagement personnel de payer, abstrait, sur l'ensemble des biens, garanti par une hypothèque, qui emporte novation de la créance garantie, mécanisme auquel les parties peuvent renoncer, par convention séparée, en lui substituant un transfert fiduciaire de la cédule à la garantie de la créance visée dans une convention séparée[922], ce qui permet alors au constituant de pouvoir opposer les exceptions de la dette garantie au créancier... Dans l'hypothèque rechargeable, l'opposabilité des exceptions par le constituant, lorsqu'il est débiteur, est naturelle. L'hypothèque rechargeable ne donne pas naissance à une dette abstraite. Ainsi, si la Suisse souhaite que le nouveau régime de la cédule hypothécaire de registre prenne « […] plus fortement le caractère de modèle dont l'Union européenne pourrait s'inspirer pour déterminer la forme à donner à l'eurohypothèque »[923], le modèle français de l'hypothèque rechargeable semble préférable, d'autant qu'il réalise l'équilibre que le droit suisse veut introduire en adoptant la nouvelle « cédule hypothécaire accessoire ». Aussi souple que la cédule, l'hypothèque rechargeable est naturellement protectrice des intérêts du constituant. L'introduction de son mécanisme dans les pays européens[924] n'est pas de nature à bouleverser le droit des sûretés immobilières, ni l'équilibre des rapports créancier-constituant.

---

[920] Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 2.2.2.3, article 843.

[921] Message concernant la Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 2.2.2.3, article 853.

[922] P.-A. GIRARD, « La cédule hypothécaire suisse », *Droit et patrimoine*, novembre 2005, p. 72.

[923] Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 1.3.4.

[924] Le droit français n'a pas rompu avec la tradition européenne dominante. Tant la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, la Finlande, les Pays-Bas, la Suède, l'Ukraine en encore l'Autriche connaissent la sûreté réelle immobilière accessoire, Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 1.3.2. Seuls l'Allemagne, la Suisse, l'Espagne, la Slovénie, l'Estonie et la Hongrie reconnaissent des institutions comparables à la cédule hypothécaire, développant

Section 2 : Le principe de spécialité quant à l'assiette

285. Annonce. La spécialité quant au bien grevé n'est pas une spécificité française. De nombreux pays européens, et parfois bien au-delà de l'Europe, les pays africains membres de l'OHADA ou la Chine, connaissent, aussi, le principe de spécialité. A l'inverse, dans les pays de *common law,* les sûretés immobilières générales sont, en principe, admises et leur constitution n'implique pas que les immeubles affectés soient désignés dans le titre constitutif de la sûreté. Cependant, les législations qui n'imposent pas le respect du principe de spécialité lors de sa constitution obligent nécessairement à spécialiser le bien lors de l'inscription de l'hypothèque. De plus, bien que la généralité de l'hypothèque immobilière soit admise lors de la constitution, les restrictions théoriques qui lui sont apportées, tout autant que l'absence de pratique de ces hypothèques immobilières générales, témoignent de l'existence d'un principe international que les pays étrangers l'imposent dès la constitution de l'hypothèque (§1), ou seulement lors de l'inscription de l'hypothèque (§2).

§1 Les législations reconnaissant le principe de spécialité quant à la constitution

286. Annonce. Le principe de spécialité quant à la constitution est en vigueur dans de nombreux pays européens (A), même l'Angleterre sacrifie au rite de la spécialité (B). Au-delà de l'Europe (C), le principe est implanté en Afrique, autant qu'en Chine.

A) Les pays européens autres que l'Angleterre

287. La spécialité de l'hypothèque dans les pays dotés d'un système de publicité confortatif. Les pays d'Europe occidentale, pays de droit écrit, connaissent le principe de spécialité quant au bien grevé. Ainsi, la Belgique connaît une stricte spécialisation de l'immeuble au stade de la constitution. L'article 78, alinéa 1er de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire reprend la teneur de l'ancien article 2129 du Code civil, dans sa version antérieure au décret de 1955[925]. La

un caractère non accessoire au regard de la créance garantie, Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 1.3.2.

constitution de l'hypothèque doit mentionner la nature (maison d'habitation, à usage de commerce, usine, terrain à bâtir…) et la situation (adresse et mentions cadastrales avec tenants et aboutissants) de chacun des immeubles grevés[926]. En Italie, l'hypothèque est, également, spéciale[927]. L'acte constitutif doit « contenir toutes les indications nécessaires pour permettre l'individualisation de l'immeuble hypothéqué et, notamment, sa nature, la commune sur laquelle il se trouve, et les données d'identification au cadastre » (article 2826 du Code civil italien)[928]. L'hypothèque n'est, donc, pas plus spéciale en France qu'en Belgique ou en Italie. Le principe est, également, connu des pays reconnaissant un système de publicité constitutif[929].

288. La spécialité de l'hypothèque dans les pays dotés d'un système de publicité constitutif. Ainsi, le principe de spécialité hypothécaire existe aussi en Allemagne[930]. Le principe est, même, de l'essence de la sûreté immobilière, dès lors que l'hypothèque et la *grundschuld* n'existent qu'autant qu'elles sont inscrites au livre foncier. Or, le livre foncier (*Grundbuch*) répertorie les immeubles par fiches, sous ses données cadastrales[931]. Ainsi, l'acquisition du droit (*hypothek* ou *grundschuld*) est nécessairement spéciale, dès lors que la sûreté naît au moment de son enregistrement au livre foncier[932] et que l'enregistrement nécessite l'identification de l'immeuble. Il n'y a, alors, pas de distinction à établir entre la spécialité constitutive et la spécialité publicitaire ; la spécialité est inhérente au système de publicité constitutif. Il en va de même, en Suisse, où le gage immobilier, sous forme d'hypothèque ou de cédule hypothécaire, conclu en la forme authentique[933], doit

---

925 Art. 78 de la loi du 16 décembre 1851 : « Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance », *in Code civil,* Bruylant, 6ème éd., 2008, p. 318.

926 F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4ème éd., 2004, n°604 ; F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°42.

927 *Prévention et gestion du contentieux en Europe,* Editions législatives, 2003, p. 384, 385 ; F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°56.

928 *Prévention et gestion du contentieux en Europe*, Editions législatives, 2003, p. 386.

929 La France, la Belgique, l'Italie, le Portugal adoptent un système de publicité confortative, alors que l' Allemagne, la Suisse, la Grèce, la Hollande et l'Espagne adoptent un système de publicité constitutive. Pour une présentation de ces systèmes, F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°2 et s.

930 F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°115.

931 A l'exception de certains Lands (Hessen et Baden-Württemberg), G-S. HOK, « *The third real estate forum : mortgage lending in Europe* », *Law of land registration and mortgages in Germany*, rapport concernant les sûretés réelles en Allemagne. Livre foncier, sûretés réelles, exécution forcée, droit international privé, procédures collectives, accessible sur www.hypotheca-europae.net.

932 *Prévention et gestion du contentieux en Europe*, Editions législatives, 2003, p. 65 et 72.

contenir une désignation spéciale de l'immeuble grevé[934]. Encore, en Grèce, où la législation hypothécaire a été influencée par le droit allemand et suisse[935], l'hypothèque n'existe qu'à compter de son inscription sur le registre des hypothèques[936] et l'inscription ne peut être requise que sur présentation du titre et de deux bordereaux contenant, notamment, « la description de l'immeuble [portant indication] de son espèce, de sa situation et de ses limites »[937]. Le droit d'inscrire l'hypothèque, lui-même, est accordé par une déclaration unilatérale du débiteur « faite devant notaire dans laquelle on doit spécifier l'immeuble grevé de l'hypothèque »[938]. L'hypothèque conventionnelle générale est, également, prohibée en Espagne[939], aux Pays-Bas[940], en Autriche[941], ainsi qu'en Ecosse[942]. La situation est aujourd'hui la même en Angleterre qui retient une conception objective de la publicité foncière.

---

933 Article 799 du Code civil Suisse, *in Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Editions Payot Lausanne, 6ème éd., 1999.

934 Article 797 du Code civil Suisse, *in Code civil suisse et Code des obligations annotés*, Editions Payot Lausanne, 6ème éd., 1999 ; F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°95.

935 G. S. MARIDAKIS, *La tradition européenne et le Code civil hellénique*, Milan, Dott. Antonino Giuffre-Editore, 1954, p. 167, 178.

936 Article 1268 du Code civil hellénique, *in Code civil hellénique,* traduit par P. MAMOPOULOS, mise à jour par M. TSITSEKLIS-SOURIADAKIS, Editions ANT. N. SAKKOULAS, 2000.

937 Article 1306 du Code civil hellénique, *in Code civil hellénique,* traduit par P. MAMOPOULOS, mise à jour par M. TSITSEKLIS-SOURIADAKIS, Editions ANT. N. SAKKOULAS, 2000.

938 Article 1266 du Code civil hellénique, *in Code civil hellénique,* traduit par P. MAMOPOULOS, mise à jour par M. TSITSEKLIS-SOURIADAKIS, Editions ANT. N. SAKKOULAS, 2000.

939 F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP éd. N*, 1968, n°75 ; A. CARRASCO PERERA, « *Interests in land and transfert of land* », in *Land law in comparative perspective*, Kluwer law international, par M.E. SANCHEZ JORDAN et A. GAMBARO, 2002, p. 67.

940 S. VAN ERP, « *A comparative analysis of mortgage law : searching for principles* », *in Land law in comparative perspective*, Kluwer law international, M.E. SANCHEZ JORDAN et A. GAMBARO, 2002, p. 80.

941 Art. 448 Code civil général autrichien : « Toute chose qui est dans le commerce peut servir de gage. Si elle est mobilière, c'est un gage mobilier ou gage au sens étroit ; si elle est immobilière, c'est une hypothèque ou gage foncier », art 451 : « Pour acquérir réellement le droit de gage [… le créancier hypothécaire] doit faire transcrire sa créance de la manière prescrite pour l'acquisition de la propriété des biens immobiliers. Le titre seul ne donne qu'un droit personnel et non réel sur la chose ». L'article 433 : « L'acte doit contenir l'indication exacte des personnes qui transmettent et acquièrent la propriété ; de la propriété qui doit être transmise et de ses parties composantes […] », in *Code civil général autrichien*, Haut commissariat de la République française en Autriche, A. PEDONE, traduit par M. DOUCET, 1947.

942 S. FARRAN et D. CABRELLI, « *Exploring the interfaces between contract law and property law : a UK comparative approach* », *Maastricht Journal of European & Comparative law*, 2006, p. 419 : « *Registration, as in the case of sale, creates the real right and conforms with the publicity principle at the heart of Scots property law. Moreover, the specificity principle is strictly applied in the case of standard securities to the extend that the property subject to the security must be described in a great amount of detail – otherwise, the standard security will be held by the courts to be invalidly constituted* ».

B) L'Angleterre

289. La spécialité du *legal mortgage.* Le droit anglais[943] connaît deux catégories de sûretés réelles[944] conventionnelles sur les immeubles[945] : le *mortgage*, équivalent de l'hypothèque[946], et la *charge*[947]. La première est constituée par un transfert de propriété[948], reconnu en *common law* ou seulement en *equity*[949], par le constituant (*mortgagor*) au profit du créancier hypothécaire (*mortgagee*), la seconde est une sûreté sans dépossession, ni transfert de propriété[950]. Le *legal mortgage,* qui est un acte de vente,

---

[943] Pour une étude du droit des sûretés immobilières, voir M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°535 et s.

[944] La sûreté réelle confère deux droits réels (*real rights*) : le droit de suite et le droit de préférence, A.L. DIAMOND, *A review of security interests in property*, *Department of trade and industry, 1989, p. 10.*

[945] Nous traduirons le terme « *real property* » par le terme « immeuble », bien que la traduction soit approximative. En effet, la distinction entre *real property* et *personal property* ne correspond pas exactement à la distinction des biens immeubles et meubles. Pour l'emploi de cette traduction en dépit de son approximation et la justification, M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°11 à 13 ; A. BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du « droit de propriété », *RGD*, 1990, 21, p. 172 ; A. GRENON, « *Major differences between PPSA legislation and security over movables in Québec under the new civil code* », *CBLJ*, 1995-96, vol. 26, p. 395. Sur l'origine de la règle, A.A. LEVASSEUR, « L'hypothèque ou *mortgage*, mode de transfert de la propriété à titre de garantie dans le droit américain », *in Liber amoricum Guy HORSMANS,* Bruylant, 2004, p. 701. L'assimilation par les comparatistes est usuelle (N. KASIRER, « Le *real estate* existe-t-il en droit civil ? », *RGD*, 1998, vol. 29, p. 465-482) et, même en Angleterre, dans les milieux non-professionnels comme professionnels (P. BIRKS, « *Before we begin : five keys to land law* », *in Land law, themes and perspectives*, *Oxford University Press*, *1998, p. 470-471*). Les manuels de « *personal property* » empruntent, également le raccourci, voir H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press, 2007, n°1.04.*

[946] Pour la justification de la traduction du terme *mortgage* par le terme hypothèque, en raison de l'usage et dans la mesure où le *mortgage* est la sûreté conventionnelle par excellence en droit anglais tout comme l'hypothèque en droit français, M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°535. La fonction de sûreté immobilière remplie par l'hypothèque et le *mortgage* est identique (B. PIERRE, « *Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law* », *RGD*, 1997, vol. 28, p. 261), bien que le droit anglais et le droit français utilisent des méthodes différentes. Le constituant anglais transfère son droit à son créancier, et *equity* lui reconnaît un *equitable right of redemption*. Le transfert de propriété du bien, dont le constituant reste possesseur, associé à l'*equitable right of redemption,* veritable droit réel reconnu au débiteur permet l'assimilation du *mortgage* à l'hypothèque de droit civil (selon M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°537, l'*equity* considère le *mortgagor* comme le propriétaire du fonds sous réserve de l'hypothèque). Selon G. WATT, l'économie du *mortgage* est de conférer une sûreté sur un immeuble à un créancier tout en maintenant le propriétaire en possession, le *mortgage* est, donc, l'équivalent de notre hypothèque, « *The eurohypothec and the English mortgage* », *MJ,* p. 181, *in fine* et s. : « *The dishonesty at the heart of the English mortgage is the suggestion that the English mortgage conveys an ownership estate in land. The truth is that the English mortgage is in essence a hypothecary transaction by which a borrower, who retains possession of his land, grants security over his land for repayment of a loan* ».

[947] Voir cependant, pour la relativité de la distinction, M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°537-3 et n°540.

[948] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°535.

[949] Le *mortgage* peut être *legal* ou *equitable.* La qualification dépend du mode de création du droit, du point de savoir si les formalités prévues par la loi ont été observées. En général, toutes les formalités doivent être respectées pour la création d'un *legal interest* alors que la création d'un *equitable interest* est plus souple. Le *legal interest* doit être créé par un contrat écrit formel (*deed*), M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°1.3.4.1. Les droits potentiellement légaux (*by deed*) lorsqu'ils ne sont pas enregistrés ont valeur de droits équitables, ainsi en va-t-il du *mortgage.* L'equitable mortgage peut être, par ailleurs, consenti au terme d'un écrit qui se distingue du *deed* notamment par l'absence de témoin (n°1.3.4.2). L'*equitable mortgage* confère des droits moins efficaces, au *mortgagee,* que le *legal mortgage* (n°10.11). Egalement, Cl. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, juin/juillet 1992, p. 143, n°3 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°8.

[950] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°517 ; G. McCORMACK, *Secured credit under English and American law*, *Cambridge University Press*, *2004, p. 40* : «[…] *the technical difference between a «mortgage» and a*

suppose, notamment, que le bien soit identifié dans le titre constitutif[951]. Mais, si les conditions de validité du *legal mortgage* ne sont pas réunies, l'Equité reconnaît l'existence d'un *equitable mortgage* dont l'efficacité est moindre que celle du *legal mortgage*. Cette distinction traditionnelle fondée sur la nature de l'hypothèque, selon qu'elle est reconnue en *common law* ou en équité, n'est, actuellement, plus centrale, elle a cédé la place à une classification fondée sur l'enregistrement du droit de propriété affecté en garantie[952].

290. L'enregistrement du *legal mortgage of registered title*, constitutif de droit. Depuis 1926, en Angleterre, il faut distinguer selon que les titres de propriété immobilière sont ou non enregistrés (*registered land* ou *land of registered title*)[953] au registre foncier (*Land Registry)*. Actuellement, plus de 90% des titres immobiliers sont enregistrés et la tendance, impulsée par le *Land Registration Act 2002* (entré en vigueur le 13 octobre 2003) qui remplace l'ensemble de la législation relative à l'enregistrement, s'accentue[954], si bien que le système des titres enregistrés est, aujourd'hui, le système de droit commun en Angleterre[955], ce qui justifie de limiter l'exposé au seul régime des hypothèques portant sur les titres de propriété enregistrés (*mortgage of registered land*). En droit anglais, la publicité n'est pas seulement destinée à assurer l'opposabilité de la sûreté aux tiers, elle créé le titre entre les parties[956]. L'acquisition du *legal mortgage* n'intervient, donc, qu'au jour de l'accomplissement de la publicité. Or, la publicité, comme en droit allemand, suppose l'identification des biens grevés. Le système est

---

«charge» lies in the fact that a mortgage involves a conveyance of property subject to a right of redemption, whereas a charge conveys nothing and merely gives the chargee certain rights over the property as security for the loan ».

951 M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°579.

952 En raison de l'importance accordée à l'enregistrement, la distinction entre *equitable* et *legal security* tend à devenir mineure, R. GOODE, *Legal problems of credit and security, Sweet & Maxwell, 3ème éd., 2003, 1-12* ; M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°1.3.5.

953 Les biens immobiliers enregistrés sont l'objet d'une règlementation distincte (*LPA 1925, the common law, LRA 2002*), les biens immobiliers non enregistrés sont régis par le LPA 1925, la *common law* et le LCA 1972, M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°1.6. « Les droits enregistrés correspondent à ceux pour lesquels un titre a été reconnu par le conservateur […] », M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°294.

954 M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°1.6, p. 18 : « *That said, it is also important to appreciate that « registered land » is the system intended to govern land law well into the 21th century and that it is already overwhelmingly the predominant system* », et n°1.1, p. 2.

955 « *Although unregistered land cannot be ignored, the system of unregistered title « has had its day » and will be phased out of existence within the foreseeable future […]. Registered title is incontestably the primary regime of modern law […]* », K. GRAY et S.F. GRAY, *Land law*, 5ème éd., 2007, p. 59; M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°1.1, p. 2 et n°1.6, p. 18.

956 Ch. HARPUM et J. BIGNELL, *Registered Land. The New Law*, *Jordans*, 2002, 1.3 ; *Land Registration Act 2002, Chapter 9, Explanatory Notes*, p. 27; M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°292 et 306 et n°541 : La « sûreté n'est complètement constituée et le droit de *common law* créé qu'au moment où le titulaire de la charge est inscrit comme son propriétaire, celui-ci recevant alors un certificat de charge. […]. L'enregistrement joue ainsi un double rôle, celui de constituer valablement l'hypothèque entre les parties et d'assurer sa publicité à l'égard des tiers ».

fondé sur l'enregistrement des titres de propriété portant sur les immeubles[957], qui porte la désignation physique du fonds de terre[958] et de l'*estate* qui l'affecte au *property register*[959]. L'enregistrement de la sûreté ne peut intervenir que si elle contient une description du bien grevé par référence au registre ou d'une toute autre manière permettant d'identifier les biens sans se référer à d'autres documents[960]. Ainsi, le *legal mortgage of registered land* est spécial quant au bien grevé[961].

C) Au-delà de l'Europe

291. L'influence du droit français[962] sur la constitution de l'hypothèque en Afrique et en Chine. Au-delà de l'Europe, le principe a, également, été exporté, dans les pays africains de la zone franc, membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Ces pays ont harmonisé leur droit des sûretés et adopté un acte uniforme sur le droit des sûretés, le 17 avril 1997. Cette réforme s'est inspirée du droit français[963]. Ainsi, l'article 120 de l'Acte uniforme dispose que « L'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles présents et déterminés » ; il est l'équivalent de l'article 2418 du Code civil français[964]. Le principe de spécialité imprègne donc le droit africain. Il est également connu du droit chinois[965].

---

[957] Pour une étude détaillée de la distinction, A. CLARKE et P. KOHLER, *Property law. Commentary and materials*, *Cambridge University Press*, 2005, p. 539 et s.

[958] M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°2.2, p. 29.

[959] L'inscription du titre de propriété comprend trois volets : l'identification du bien, normalement par référence à un plan et l'indication de la nature du titre enregistré (*property register*); l'identification du titulaire du droit enregistré (*proprietorship register*); l'identification des droits des tiers sur le titre de propriété (*chargeregister*).

[960] *Land Registration Act 1925* (25) (2) (a), *in Blackstone's. Statutes on property law*, *Oxford University Press*, 12ème éd., 2004, p. 150.

[961] Le *legal mortgage* qui n'est pas publié produit, tout de même, des effets en équité. M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°541.

[962] L'influence du droit français persiste et les emprunts anglo-saxons restent discrets, F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA,* Presses Universitaires d'Afrique, 1998, n°12.

[963] D'une manière générale, P. BOUREL, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007, p. 971 et s.

[964] F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. YANKHOBA NDIAYE et M. SAMB, *OHADA. Sûretés*, Bruylant, 2002, n°447 à 449 et voir la référence, au n°477, à l'ancien article 2129 du Code civil lorsque la spécialité quant au bien grevé est évoquée.

[965] S. LI, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008, n°82.

§2 Les législations reconnaissant le principe de spécialité quant à l'inscription

292. Annonce. Le Québec, connaît, à présent, l'hypothèque d'universalité immobilière. Cette hypothèque d'universalité n'est pas autre chose qu'une hypothèque générale. Cependant, la généralité n'est accessible qu'aux professionnels. L'ouverture du droit québécois à la généralité est due à l'influence du droit américain. Aux Etats-Unis, des clauses d' « *after acquired property* » peuvent être introduites dans les actes de constitution d'hypothèque, ce qui permet à la sûreté de s'étendre aux biens à venir du constituant. Pourtant, la clause ne déploie ses effets qu'autant que les biens affectés en garantie ne sont pas affectés à un usage d'habitation. Par ailleurs, aussi bien au Québec (A), aux Etats-Unis (B), en Colombie britannique (C) ou encore en Angleterre (D), l'opposabilité de la sûreté immobilière générale est subordonnée au principe de spécialité quant à l'inscription. En outre, la pratique se détourne de la généralité, principalement usitée lors des transactions mobilières. La spécialité quant à l'inscription est un principe commun aux pays de droit civil et de *common law*[966] et réduit considérablement l'utilité de la reconnaissance d'une hypothèque immobilière générale.

A) Le Québec

293. Le maintien du principe de la spécialité de l'hypothèque. Le Québec, province du Canada de tradition civiliste[967], marqué par son expérience du bilinguisme et du bi-juridisme[968], a, sous l'influence du droit américain[969], réformé sa législation sur les sûretés. La conception fonctionnelle américaine de la sûreté réelle n'a pas été retenue, mais l'hypothèque, qu'elle soit mobilière ou immobilière, avec ou sans dépossession[970], est devenue la sûreté de droit commun. Et, dorénavant, l'hypothèque peut affecter une universalité immobilière[971]. La reconnaissance de l'universalité

[966] S. VAN ERP, « *A comparative analysis of mortgage law : searching for principles* », *in Land law in comparative perspective*, *Kluwer law international*, M.E. SANCHEZ JORDAN et A. GAMBARO, 2002, p. 74 et 81.

[967] Le Canada est un Etat fédéral mais la compétence en matière de propriété et de droit civil relève de chaque province. Le Québec est la seule province parmi les dix provinces canadiennes où il existe un système de droit civil et un Code civil, J. AUGER, « Problèmes actuels des sûretés réelles », *RJT*, 1997, vol. 31, p. 624. Le Québec a adopté en 1866 le Code civil du Bas-Canada, fondé sur le Code Napoléon.

[968] A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, p. 78.

[969] La réforme a tenu compte de l'article 9 du *Uniform Commercial Code* des Etats américains et aussi du *Uniform Personal Property Security Act* adopté par les provinces canadiennes, tout en souhaitant que l'état du nouveau droit « puisse s'intégrer, aussi intimement que possible au reste du système juridique civiliste », Office de révision du Code civil, Comité du droit des sûretés, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 6.

[970] Dans le premier cas elle est aussi appelée « gage », article 2665 al. 2 CcQ.

immobilière semble, ainsi, remettre en cause le principe de spécialité[972]. Il n'en est rien ; le principe de spécialité n'est que très partiellement écarté. D'une part, lorsque l'hypothèque porte sur une universalité comprenant des immeubles présents, la spécialité est toujours requise[973], car chacun des immeubles « doit être traité, tant en ce qui concerne les règles de constitution et d'opposabilité de l'hypothèque, comme s'il était l'unique objet de l'hypothèque » [974]. L'article 2694 du Code civil du Québec reprend, donc, l'ancienne solution et n'autorise l'hypothèque immobilière « qu'autant que l'acte constitutif désigne de façon précise le bien hypothéqué »[975]. Le traitement de l'hypothèque sur biens présents ne diffère, donc, pas de celui retenu en France. Appliquée aux immeubles, « […] la notion d'universalité n'est [donc] qu'un mythe en ce qu'elle ne trouve aucune application théorique ou pratique »[976]. L'universalité ne prend, alors, consistance qu'au stade de la constitution et au regard des biens à venir[977]. C'est, donc, seulement l'hypothèque générale de biens à venir qui est admise. Mais, il faut, encore, limiter le reflux du principe au seul cas où le constituant exploite une entreprise[978], car l'hypothèque d'universalité a été conçue comme un outil d'exploitation à disposition de l'entrepreneur[979]. En droit québécois, la sûreté immobilière sur immeubles à venir est conçue pour affecter des actifs mobiliers d'exploitation. Elle permet à l'entrepreneur de tirer crédit de ses actifs circulants. Une telle restriction de la généralité de l'hypothèque immobilière permet,

---

971 Article 2665 al. 1er CcQ : l'hypothèque est « mobilière ou immobilière, selon qu'elle grève un meuble ou un immeuble, ou une universalité soit mobilière, soit immobilière ».

972 D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 14.

973 D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 14.

974 J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 624.

975 Article 2694 CcQ, D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *Rapport Brisbane*, p. 42.

976 J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 624.

977 J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 624. Encore qu'il faille émettre quelques doutes. Le recours à l'universalité de fait devrait permettre de maintenir la sûreté en dépit de la modification des éléments grevés. Cependant, certaines dispositions laissent entendre que le renouvellement des immeubles est lié à la subrogation. Or la subrogation révèle l'existence d'une affectation *ut singuli*. Ainsi, l'hypothèque grevant une universalité subsiste et se reporte sur le bien de même nature qui remplace celui qui a été aliéné dans le cours des activités de l'entreprise (article du Code civil). Une telle interprétation limiterait sérieusement l'innovation introduite par le législateur qui se réfère, d'ailleurs, à une universalité d'immeubles, et non à l'universalité des immeubles du constituant. La validité de l'affectation générale des immeubles à venir du constituant ne semble, pourtant, pas mise en cause par la doctrine et la jurisprudence n'a pas encore eu à juger de la validité de l'hypothèque générale.

978 Article 2684 C.c.q.

979 La constitution d'une hypothèque sur universalité peut être combinée avec celle d'une hypothèque ouverte. Cette hypothèque peut porter aussi bien sur des meubles que des immeubles, des biens particuliers ou une universalité de biens. Là encore, la sûreté est réservée à la personne ou au fiduciaire qui exploite une entreprise. Elle est constituée sur les biens de l'entreprise (article 2686 du Code civil du Québec). Conçue sur le modèle de la *floating charge* (le mot « hypothèque ouverte » est traduit dans le Code civil du Québec par « *floating charge* »), ses « effets sont suspendus jusqu'au moment où, le débiteur ou le constituant ayant manqué à ses obligations, le créancier provoque la clôture de l'hypothèque en leur signifiant un avis dénonçant le défaut et la clôture de l'hypothèque ».

selon la doctrine québécoise, d'affirmer que l'hypothèque « […] conventionnelle, est encore assujettie, sous le *Code civil du Québec*, à la règle de la spécialité »[980]. D'autant que la validité de la constitution de l'hypothèque sur universalité d'immeubles n'emporte pas l'opposabilité de l'hypothèque sur cette universalité.

294. Le principe : la spécialité de l'inscription. L'hypothèque qui « grève une universalité d'immeubles ne prend rang, à l'égard de chaque immeuble, qu'à compter de l'inscription de l'hypothèque sur chacun d'eux »[981]. Le Code civil du Québec distingue entre les immeubles présents et les immeubles à venir. Pour les premiers, le Code civil impose une désignation individuelle des biens grevés, aussi bien au stade de la constitution[982], que de l'inscription. Concernant les biens à venir, l'inscription de l'hypothèque sur les immeubles acquis postérieurement s'obtient par présentation, au registre foncier, d'un avis désignant l'immeuble acquis en indiquant le numéro qui lui est attribué sur le plan cadastral[983]. Dans même, l'hypothèque ouverte ne peut produire ses effets que si elle a été préalablement publiée et si elle a été inscrite contre chacun des immeubles[984]. La spécialité de l'inscription rend, donc, nécessaire la désignation spécifique de chacun des immeubles compris dans l'universalité[985]. Le principe de spécialité de l'inscription conserve, en tout état de cause, un caractère obligatoire.

B) Les Etats-Unis

295. Le *mortgage* américain : validité de l'*after-acquired property clause*. Traditionnellement, aux Etats-Unis, comme en Angleterre, le *legal mortgage* ne peut affecter des biens qui n'existent pas et qui n'appartiennent pas au débiteur au moment du contrat, de la même manière qu'une personne ne peut vendre un bien dont elle n'est pas propriétaire. Mais, en équité, la clause d'*after acquired property*

---

[980] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 624 ; L. POUDRIER-LEBEL, « La création de l'hypothèque immobilière conventionnelle », *RGD*, 1992, vol. 23, p. 407.

[981] Article 2949 al. 1er C.c.q.

[982] Voir supra n°293.

[983] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 624 ; article 2949 alinéa 2 et 3 du Code civil du Québec.

[984] Article 2716 C.c.q.

[985] J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 625.

contenue dans un *mortgage* est valable[986], dès lors qu'il résulte clairement des termes du contrat que les parties ont entendu grever les biens à venir[987]. Actuellement, la loi en vigueur dans de nombreux Etats, admet que le constituant peut affecter en garantie un immeuble alors même qu'il n'en est pas propriétaire au moment de la constitution, dès lors qu'il en acquiert ultérieurement la propriété[988]. Le *Uniform Land Security Interest Act,* portant sur les sûretés immobilières, promulgué par la *National conference of commissioners on uniform states law* (*section* 205) en 1985, bien qu'il ne soit pas adopté par tous les Etats, a admis la validité d'une telle clause[989], entre les parties[990]. Pour autant, la portée de la clause est limitée : l'extension de l'affectation ne concerne que les biens qui présentent un lien, physique ou d'utilisation, avec le bien originairement affecté[991]. De plus, lorsque l'immeuble est affecté à l'usage d'habitation du constituant[992], la clause ne permet pas d'étendre l'affectation à d'autres biens que celui décrit dans le titre[993].

296. L'opposabilité aux tiers de l'*after-acquired property clause*. De plus, le système de publicité anéantit, en pratique, les effets de la clause d'affectation générale[994] contenue dans le *mortgage*. La publicité foncière est organisée dans chaque comté, à partir de l'identification des parcelles de

---

[986] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997 : « *This clause includes in the property mortgaged all other property, real or personal, of the types which the mortgagee is expected to acquire. Since the common law refused to recognize an attempted grant unless the grantor had a current interest of some kind, the enforcement of these clauses became a matter of equitable jurisdiction* ».

[987] G. S. NELSON et D. A. WHITMAN, *Real estate transfer, finance and development, Cases and materials*, *West Publishing*, 4ème éd., 1992, p. 852, et la jurisprudence citée p. 853.

[988] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [2], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 2003.

[989] G. S. NELSON et D. A. WHITMAN, *Real estate transfer, finance and development, Cases and materials*, *West Publishing*, 4ème éd., 1992, p. 856.

[990] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13, *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997.

[991] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 2003 : « *The mortgagor may be expected to acquire others lands, or new tools, machinery or equipment, as against which the mortgagee desires to have a claim. Such a situation calls for the inclusion of an «after-acquired property» clause in the mortgage instrument. This clause includes in the property mortgaged all other property, real or personal, of the types which the mortgagee is expected to acquire. Since the common law refused to recognize an attempted grant unless the grantor had a current interest of some kind, the enforcement of these clauses became a matter of equitable jurisdiction. As between mortgagor and mortgagee the covenant is fully effective, provided only that the subsequently acquired property has some practical relation to the property originally mortgaged. Unless there is some connection, either physically or in use, between the two properties, the lien does not extend* ».

[992] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [2], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 2003.

[993] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [2], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 2003, voir, également, la disposition du Code de commerce uniforme qui exclue le jeu de l'*after-acquired clause* lorsque les biens affectés sont des biens de consommation (UCC §9-204 (b) « [*When after-acquired property clause not effective.*] *A security interest does not attach under a term constituting an after-acquired property clause to : (1) consumer goods* […] », *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007

[994] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997.

terre[995]. Aussi, le créancier qui prête dans un comté ne peut être informé de l'existence de la sûreté initiale, publiée dans un autre comté relativement à autre bien situé dans ce comté. De plus, même si l'immeuble est acquis dans le même comté, le registre ne contient pas de mention de l'affectation sauf si l'acte initial identifiait le bien, ce qui n'est généralement pas le cas[996]. Or, la clause d'*after-acquired property* n'est opposable au tiers acquéreur que si un avis est enregistré. Chaque nouvelle acquisition doit donner lieu à une publicité qui identifie le bien nouvellement acquis et se référer au *mortgage* contenant la clause d'*after acquired property*. Ainsi, comme en droit français ou comme pour la *floating charge,* en droit anglais, il est nécessaire de procéder à une publicité spéciale de la sûreté lors de l'entrée d'un nouvel immeuble dans le patrimoine du constituant. Ce n'est que lorsqu'il aura été informé de l'acquisition d'un nouvel immeuble par le constituant que le créancier pourra publier son titre qui fera désormais partie de la chaîne des transactions portant sur le bien[997]. Figurant dans la « chaîne des titres », la sûreté immobilière sera, alors, opposable aux ayants cause postérieurs. A défaut, l'acquéreur ou le prêteur ne peuvent avoir connaissance de l'affectation après une recherche raisonnable dans les registres. Il faudrait les obliger à consulter l'index *grantor/grantee* dans chaque conté, ce qui est jugé « lourd et déraisonnable »[998]. Le titre publié est, alors, traité comme un titre non publié dès lors qu'une personne ne peut en avoir connaissance après une recherche raisonnable dans le registre. En définitive, là encore, l'admission de la sûreté immobilière générale est restreinte, lors de la constitution, et, lorsqu'elle est admise, l'opposabilité de la sûreté générale trouve, toujours, sur son chemin la nécessité de procéder à l'individualisation des immeubles grevés pour procéder à l'inscription de la sureté.

C) Les provinces anglo-saxonnes du Canada

297. *PPSA*, la réforme en Colombie britannique[999]. Les provinces anglo-saxonnes du Canada connaissent, également, la sûreté réelle immobilière générale[1000]. Pour prendre l'exemple de la

[995] La publicité est fondée sur l'identification de chacune des parcelles contenues dans l'acte ainsi que sur l'identification des personnes. La publicité est partiellement organisée autour d'un registre des *grantors* et des *grantees*, S. F. KURTZ et H. HOVENKAMP, *Cases and materials on american property law. American casebook series*, 4ème éd., 2003, p. 1166 ; *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997.

[996] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997.

[997] *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], *Michael Allan Wolf ed°, LexisNexis, Matthew Bender*, 1997.

[998] « *burdensomme* » et « *unreasonable* », 76 *Curpus juris secundum Registland* § 2. *General considerations*, le système de publicité foncière des Etats Unis présente des accointances avec le système de droit français. C'est un système de publicité confortatif. La nullité du contrat ne peut, donc, être purgée par sa publicité.

Colombie britannique, y sont admis la *floating charge* et le *security interest* sur le modèle de l'article 9 *UCC*. Antérieurement à la réforme, la *floating charge,* affectant des biens immobiliers, était enregistrée au bureau du responsable de la compagnie *in the register of corporate mortgages*[1001]. Elle devait être également enregistrée, en vue de son opposabilité aux tiers, conformément au *Land Title Act*[1002]. Mais le système de publicité foncière n'est adapté qu'au droit relatif à des parcelles de terre spécifiques[1003] et non à la publicité de la *floating charge*. Le *floating chargeholder* pouvait donc certainement publier sa sûreté concernant ses biens présents qu'il pouvait identifier lors de la publicité, mais concernant ses immeubles à venir il devait procéder à l'enregistrement au fur et à mesure de ses acquisitions[1004]. Aussi, en théorie, si la *floating charge* pouvait être enregistrée sur chaque parcelle de terre selon le *Land Title Act*, en pratique, elle n'était enregistrée que sur le *corporate registry securities*[1005]. De plus, si la publicité de la *floating charge* ne la transformait pas, juridiquement, en une *fixed charge*, elle avait le même effet que la création d'une *fixed charge.* Elle restreignait la liberté de disposer du débiteur, car la mainlevée de la *floating charge* publiée devait être obtenue. Il y avait donc une incompatibilité pratique entre l'enregistrement d'une *floating charge* non cristallisée sur une parcelle de terre spécifique et la liberté de disposer du débiteur constituant[1006] soulignée par la *Law Reform Commission of British Columbia*. Pour remédier à cette difficulté, la loi a été modifiée[1007] et le *register of corporate mortgages* supprimé. Suite à la réforme, il faut, à présent, distinguer selon que la *floating charge* est ou non cristallisée. La publicité de la *floating charge,* non cristallisée, est interdite selon le *Land Title Act.* Cependant, pour maintenir l'opposabilité de la *floating charge* au *trustee* de la faillite ou au titulaire d'une éventuelle autre *floating charge*, la sûreté doit être enregistrée au *Personal Property Registry* (la plupart des *floating charges* sont constituées sur des biens meubles et ont vocation à être enregistrées sur ce registre). Puis, après la cristallisation, le titulaire de la charge doit enregistrée sa sûreté sur chaque

---

[999] A propos d'autres provinces, R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 132.

[1000] Elles ont adopté un *Personal Property Security Act* (*PPSA*) sur le modèle du *Uniform Commercial Code.*

[1001] *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989, p. 4 et 7.

[1002] En effet, le titulaire d'une *floating charge* enregistrée sur le *corporate securities registry* pouvait être primé par le *floating chargee* qui enregistre sur les immeubles selon la procédure du *Land Title Act*. C'est la principale faiblesse du système, R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 137.

[1003] *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989, chapitre 1, note de bas de page n°6 et p. 7.

[1004] *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989, p. 9, note de bas de page n°13.

[1005] R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 132.

[1006] *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989, p. 8.

[1007] Voir les propositions de la commission, *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989, p. 9 et s.; solutions retenues, R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 140.

immeuble dont le débiteur est propriétaire. La règle générale est, alors, celle de priorité selon l'ordre des inscriptions[1008]. L'opposabilité de la *floating charge* sur les immeubles est, donc, spéciale quant au bien grevé. Cette nécessité de procéder à la publicité spéciale de la sûreté immobilière se retrouve en droit anglais lorsque la généralité de la sûreté est admise.

D) L'Angleterre

298. La validité, en équité[1009], des sûretés immobilières générales : *equitable mortgage of registered title* et *floating charge.* En Angleterre, l'*equitable mortgage of registered land*[1010] est admis. Ainsi, le *mortgage*, déficient au regard des conditions exigées par la *Common law* (description des biens, acquisition future…[1011]), ne confère pas un titre *legal* au créancier hypothécaire, en revanche ce titre « imparfait » au regard de la *common law* est reconnu en équité. En vertu de la maxime « *Equity treats as done that which ought to be done* », l'Equité traite la convention en vue de conférer une sûreté comme une sûreté. Cette conception facilite la constitution de sûreté sur des biens à acquérir sans nouvel acte de constitution postérieur, ni description spéciale des biens grevés[1012]. Alors que la loi ne confère aucun effet à la convention sur biens futurs, *Equity* la tient pour valable dès lors qu'une contrepartie a été fournie ; elle prend effet dès que le bien vient à existence[1013]. Cette approche d'*Equity* constitue la base de la reconnaissance de la *floating charge*[1014]. La sûreté réelle immobilière[1015],

---

[1008] Cependant, la Commission, conserve une règle de *common law,* entre deux *floating charges* cristallisées, priorité est donnée à celle enregistrée en premier au *Personal Property Registry*, peu importe la date d'enregistrement à l'égard des immeubles au *Land Registry*, *Law Reform Commission of British Columbia*, *Report on floating charges on land*, janvier 1989, p. 10.

[1009] Le créancier hypothécaire en équité a des droits identiques au créancier hypothécaire de *common law*, simplement, alors que le droit de *common law* est opposable à tous, le droit équitable n'est pas opposable à l'acquéreur, qui de bonne foi, obtient un droit de *common law* à titre onéreux en ignorant l'existence du droit équitable, M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°55.

[1010] En revanche, si le titre de propriété affecté n'est pas enregistré, l'*equitable mortgage* devra être enregistré conformément au *Land Charge Registry* (*Land Charge Act 1972)* en vue de son opposabilité aux tiers. Ce système d'enregistrement de la sûreté diffère de celui mis en place par le *Land Registry Act* 2002. La publicité y est personnelle, elle opère à l'encontre du propriétaire du bien grevé et non relativement au bien grevé. Ce système de publicité personnelle est nommé *« named-based » system of registration,* M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°1.6.2, p. 20. L'acquéreur d'un bien immobilier dont le titre n'est pas enregistré devra, donc, procéder à une recherche relative à tous les noms des anciens propriétaires pour identifier les charges pouvant grever le bien. Ce système d'enregistrement est, à présent, marginal et a vocation à disparaître, M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°3.6, p. 102.

[1011] R.J. SMITH, *Property Law*, *Pearson Education Limited*, 4ème éd., 2003, p. 559.

[1012] R. GOODE, « *The changing nature of security rights* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 2.

[1013] Pour cette distinction, M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996, p. 160, n°7.3.1.3.

[1014] M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996, p. 151, n°7.3.1.3. Sur la décision *Holroyd v. Marshall* et ses développements postérieurs, voir not. R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, *Sweet & Maxwell*, 3ème éd., 2003, 2-12.

[1015] La *charge* et l'*equitable mortgage* peuvent porter sur des meubles tout autant que sur des immeubles.

qu'elle soit une *charge* ou un *mortgage*, en équité, peut donc grever des biens futurs identifiés par la référence à une catégorie dans l'acte constitutif, elle peut, ainsi, être générale et affecter tous les immeubles présents et à venir du constituant. Cependant, la généralité de l'assiette de la sûreté est généralement réservée aux sûretés portant sur des biens destinés à être cédés par leur propriétaire, des biens circulants. Si bien que la généralité est, bien souvent couplée, avec la sûreté flottante réservée, en pratique, au commerce des meubles[1016]. Par ailleurs, l'opposabilité de la sûreté immobilière générale est soumise à l'identification du bien lors de l'accomplissement de la formalité de publicité.

299. La spécialité de *l'equitable mortgage of registered title*. L'*equitable mortgage of registered title*, au même titre que le *legal mortgage of registered title,* suppose une inscription au registre foncier identifiant le bien, assiette matérielle de la sûreté. En effet, lorsque l'hypothèque, reconnue en équité, concerne un droit de *common law*, la loi ne la distingue pas de l'hypothèque de *common law* : elle est assujettie aux mêmes mesures de publicité[1017]. Le créancier devra inscrire un avis qui porter l'identification de l'assiette de la sûreté. A défaut de publicité, le créancier hypothécaire en équité bénéficie d'une protection médiocre[1018]. La distinction entre l'*equitable mortgage* et le *legal mortgage of registered title* est, donc, gommée au stade de l'opposabilité de la sûreté.

300. La *floating charge on land*[1019] (*of registered title*). A peine d'inopposabilité[1020], les *charges* et *mortgages*[1021] sur les immeubles doivent être enregistrées dans un registre public (*The Register of Company Charges*)[1022] dans les 21 jours de la constitution de la sûreté[1023]. Elles sont, également,

---

[1016] Notamment, mais la remarque est usuelle, R.M. GOODE et L.C.B. GOWER, « *Is Article 9 of the Uniform Commercial Code exportable ? An English reaction* », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumer credit and secured transactions*, J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 38 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », RDAI, 1995, p. 145, n°15.

[1017] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°543.

[1018] M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005, n°10.8.6, p. 371.

[1019] Pour les développements sur la publicité de la *floating charge on land*, voir le « Manuel de la *floating charge* », F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris I, 1995, n°389 et p. 298 et s. ainsi que les développements relatifs à la publicité n°389.

[1020] F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Paris I, 1995, n°388 ; sanction reprise par le *Companies Act 2006,* H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007, n°8.01.

[1021] *Companies Act 1985*, section 396 (4) : « *In this chapter, « charge » includes mortgage* ».

[1022] Il est chargé de tenir un registre des sûretés pour chaque société. Toute personne peut requérir auprès du conservateur un certificat attestant des sûretés qui ont été portées à sa connaissance. Il ne faut pas confondre avec le *Company register of charges* qui est un registre tenu par les sociétés à responsabilité limitée à leur siège social dans lequel sont consignées les sûretés consenties par la société et sont

publiées sur le registre des *charges* et *mortgages,* prévu par le *Company Act 1985*, tenu par la société elle-même. De plus, lorsque la *floating charge* porte sur des biens immobiliers, enregistrés au *Land registry*, elle doit être inscrite, à l'encontre de chacun des biens immobiliers (section 860 (7) *of the Companies Act* 2006)[1024]. La publicité de la *floating charge* sur les titre de propriété, enregistrés, de la société est spéciale quant au bien grevé : les biens dont la société est propriétaire au jour de la publicité de la *floating charge* doivent être désignés en vue de la publicité et, concernant les biens à venir, la charge doit être publiée à l'encontre de chaque nouvel immeuble acquis. A défaut la *floating charge* sera inopposable aux créanciers postérieurs[1025]. Lors de la cristallisation, il conviendra d'inscrire à nouveau la charge afin d'assurer son opposabilité en tant que *fixed charge*[1026]. Dès lors, la sûreté immobilière générale sur les immeubles ne présente guère d'utilité. Elle est, principalement, usitée en matière mobilière. Ce sont, d'ailleurs, les nécessités du commerce mobilier qui ont poussé à la reconnaissance, en droit anglais, de la *floating charge*. Aussi, bien que le principe de spécialité quant au bien grevé, lors de l'inscription, soit seul obligatoire, en pratique, l'hypothèque est spéciale dès sa constitution. Le principe de spécialité quant au bien grevé est un principe de droit international. En dépit d'approches différentes, les droits de *Common law* poursuivent les mêmes objectifs que le droit français poursuit au moyen du principe de spécialité. La stigmatisation de ses objectifs poursuivis à l'étranger permet de mettre en lumière l'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières.

---

annexées des copies de chaque titre de sûreté. Toute personne peut consulter le registre et prendre connaissance du détail des sûretés ce qu'il ne peut pas faire en consultant le registre des sociétés, J. WILKINSON, *Company law*, *Textbook, Old Bailey Press*, 2ème éd., 2000, p. 175.

[1023] Système en vigueur sous le *Companies Act* 1985, repris par le *Companies Act* 2006, H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007, p. 337 et s.

[1024] H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007, n°1.04.

[1025] F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Paris I, 1995, p. 300.

[1026] F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Paris I, 1995, p. 300.

Chapitre 2 : L'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières

301. La liberté du débiteur. Le principe de spécialité, une fois ressourcé, n'est pas un obstacle à la sûreté réelle sur stocks en garantie du crédit d'exploitation ou à la reconnaissance d'une sûreté flottante « à la française »[1027]. A cet égard, le droit français n'a plus guère à envier aux systèmes de sûretés générales admis à l'étranger et notamment au système de la *floating charge* anglaise. Cependant, il reste, tout de même, que le principe de spécialité ne permet pas d'adhérer totalement au système de la *floating charge* et qu'il rend le droit français hostile à la reconnaissance du *security interest* de droit américain qui permet de constituer la sûreté réelle sur l'ensemble des biens meubles du débiteur, ou sur une catégorie d'entre eux. En effet, dans ces systèmes, si le constituant semble libre de disposer des biens qui forment l'assiette de la *floating charge* ou du *security interest*, cette liberté est surveillée et peut être remise en cause, à tout moment, par le créancier. En réalité, le constituant n'est pas libre. Lorsqu'un débiteur consent une sûreté générale à son créancier, il lui devient impossible d'obtenir de nouveaux concours bancaires sans l'accord de son créancier. La distinction entre les systèmes de *common law* et le droit français n'est, pourtant, pas aussi tranchée et les approches de la sûreté générale en *common law* sont même distinctes[1028] : la *floating charge* de droit anglais n'est pas le *security interest* de droit américain. Le système mis en place par les Etats-Unis, fondé sur une analyse fonctionnelle des sûretés mobilières[1029], offre une sûreté mobilière générale plus efficace que la *floating charge,* car elle empiète plus sur la liberté du débiteur. L'inexistence du principe de spécialité à l'étranger dans les systèmes de sûretés mobilières de *common law* est donc rationnelle. Le *security interest* est inaccessible en France, car le système de l'article 9 du Code de commerce uniforme est fondé sur la privation de la liberté du débiteur, qui est contrôlé par le créancier ; en droit anglais, le contrôle du créancier sur le débiteur est moins intense. En droit français, la liberté du constituant de la sûreté réelle est totalement préservée au moyen du principe de spécialité qui laisse le constituant « maître »

[1027] Voir supra l'évolution liée à la résurgence du principe de spécialité en droit interne, n°150.

[1028] H. C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 40 n°29 : « *I would also add that there is no single common law approach. The law in the U.S. before the adoption of Article 9 differed in many respects from (although it certainly also had similarities to) that prevailing in England. Indeed although most of the same results can be achieved in England today as can be obtained under Article 9, the law and its expression are sufficiently different that the Law Commission of England has proposed modification of the companies law regime to make it, and its registry, more closely resemble Article 9 in structure and approach. Thus, the matter of reform of the law of security over movables cannot be viewed through a civil versus common law lens* ».

[1029] Toutes les opérations visant à la constitution d'une garantie sur un bien meuble sont regroupées sous le concept unique de *security interest*, que la sûreté soit constituée avec ou sans dépossession, qu'elle résultant d'un transfert ou d'une réserve de propriété.

de ses engagements et aliénations. Il n'en demeure pas moins que tous les systèmes de sûretés mobilières générales, même le système du *security interest*, sont axés sur la recherche d'une meilleure conciliation des intérêts du créancier et du débiteur, car la libre activité du débiteur est la condition de son développement économique qui profite tout autant au débiteur qu'à son créancier. Aussi, la liberté des transactions (section 1) et la liberté d'engagement (section 2) du constituant sont des objectifs communs.

Section 1 : La liberté des transactions

302. Annonce. En droit français, le principe de spécialité permet de préserver la liberté des transactions du constituant. Celui-ci peut décider, sans subir de contrainte, de conserver des biens libres de sûreté et les aliéner sans subir la gêne du droit de suite. Par l'effet même du principe, tous les biens qu'il aura laissé en dehors de l'assiette de la sûreté réelle, circuleront facilement. En *common law*, par principe le débiteur n'est pas libre de décider d'aliéner les biens qui forment l'assiette de la sûreté. Cependant, lorsque la sûreté réelle est générale, les droits anglais et américain permettent au constituant de continuer à disposer des biens grevés sans qu'il soit assujetti à l'accomplissement d'une quelconque formalité destiné à purger le droit de suite du créancier, car, soit la sûreté réelle ne confère aucun droit de suite au créancier à l'égard du tiers acquéreur, soit le droit de suite du créancier est écarté dans la circonstance où la transaction est effectuée dans le cours normal des affaires du débiteur. Ainsi, l'acquéreur « dans le cours normal des affaires » n'a rien à craindre des droits du créancier. Les transactions mobilières sont fluides en dépit de l'existence de la sûreté réelle générale. La sûreté réelle générale ne porte pas atteinte à la fluidité des transactions mobilières, car, qu'elle soit consentie sans (§1) ou avec droit de suite (§2), le constituant est autorisé à disposer des biens grevés « sans la charge ». Il n'en demeure pas moins que la fluidité des transactions mobilières n'est que le résultat de l'autorisation du créancier.

§1 Les sûretés générales sans droit de suite

303. Annonce. La *floating charge* est l'emblème des sûretés réelles mobilières générales. Cependant, si les droits continentaux regardent avec intérêt l'instrument fabriqué par *Equity*, il faut tout de même avoir conscience des inconvénients de la sûreté réelle générale. Le constituant de la *floating charge* (le

floating chargor) est, dans un premier temps, autorisé par le créancier à disposer des biens compris dans la *floating charge*. Cette faiblesse de la *floating charge* est le corollaire de sa souplesse. La sûreté réelle générale ne confère pas de droit de suite au créancier, *floating chargee*. L'instrument n'est pas un étau dans lequel le débiteur est privé de toute liberté d'agir et obligé de requérir expressément l'autorisation du créancier pour céder les biens dont il fait commerce ou, d'une manière générale, pour exercer son activité. L'avantage du système mis en place de l'autre côté de la Manche est même certain pour le débiteur, car le créancier est amené à exercer un contrôle sur l'activité du débiteur sans pour autant le contraindre. Ainsi, les difficultés de l'entreprise peuvent être anticipées. Le mécanisme de la *floating charge* a conquis de nombreux droits étrangers. Le droit québécois a transposé l'institution et connaît aujourd'hui la *floating charge* sous le terme évocateur d' « hypothèque ouverte ». La sûreté réelle générale n'emporte pour le créancier aucun droit de suite et, par conséquent, ne porte aucunement atteinte à la fluidité des transactions mobilières. C'est, seulement, lors de la cristallisation de la sûreté réelle que l'atteinte à la liberté du débiteur fait, à nouveau, surface. La *floating charge* (A), en droit anglais, et l'hypothèque ouverte de droit québécois (B) sont des sûretés générales à peu près équivalentes.

A) La *floating charge* de droit anglais

304. La spécialité du gage avec dépossession : le *pledge*. Le droit anglais connaît trois sûretés mobilières : le *pledge*, sûreté avec dépossession ; le *mortgage*, translatif de propriété des biens assorti d'un *equitable right of redemption* ; la *charge*, qui n'implique ni le transfert de propriété ni celui de la possession. Le *pledge* porte nécessairement sur un bien individualisé par la remise de la chose au créancier. Aucune autre formalité n'est requise en vue de la validité du gage[1030]. Un contrat de gage portant sur des meubles à venir est, donc, nul ; *Equity*[1031] ne lui accorde aucun effet.[1032]. Le *pledge* est spécial quant à son assiette.

305. La spécialité de la sûreté mobilière sans dépossession : le *mortgage on personal property*. La sûreté sans dépossession consentie, par écrit, sur les biens meubles est soumise au *Bill of Sales Act*

[1030] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, 2004, t. 418, n°520-2.

[1031] Des juridictions d'exceptions ont forgé un ensemble de principes, connus « sous le nom de « *Equity* » pour corriger les rigueurs du droit appliqué par les juridictions de droit commun (« *Common law* ») », M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°1.

[1032] M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, n°520-2 : « […] il n'existe pas de gage équitable, la possession étant une notion du *common law* à laquelle l'*equity* n'a jamais touché ».

(1878) Amendment Act 1882[1033]. Elle est consentie, à peine de nullité (*void*), dans une certaine forme, devant témoin, et enregistrée dans les 7 jours à peine de nullité. Elle doit être accompagnée d'une annexe listant les biens grevés (1882 Act, s.4). De ce fait, le *mortgage on personal property* et la *charge*[1034] ne peuvent contenir une clause d'*after-acquired property*[1035] : c'est-à-dire une clause qui permet d'ouvrir la sûreté à des biens acquis postérieurement par le constituant. La sûreté sans dépossession ne peut porter sur la globalité des biens à venir, ceux dont on ne connaît pas l'identité[1036]. Le *mortgage on personal property* est spécial quant au bien grevé[1037]. L'application des formalités requises par le *Bill of sales Act 1882* a détourné la pratique de la constitution de telles sûretés[1038]. Mais, le *Bill of Sales Act 1882* ne s'applique pas à la sûreté consentie par les sociétés à responsabilité limitée (*company*)[1039]. Seules sont concernées les sûretés consenties par des personnes physiques et les sociétés à responsabilité illimitée (*partnership*)[1040] qui ne peuvent donc recourir à la *floating charge*[1041] ou constituer un *mortgage* avec clause d'*after-acquired property*.

306. La *floating charge*. Une *company* peut donc constituer une sûreté générale. La difficulté est de combiner l'existence de la sûreté réelle et la nécessité dans laquelle se trouve le constituant de la sûreté de conserver la possibilité de vendre les biens affectés sans subir aucune contrainte à raison de l'existence de la sûreté. La jurisprudence anglaise a répondu de manière originale en autorisant la

---

[1033] R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, Sweet & Maxwell, 3ème éd., 2003, 1-13.

[1034] *The Bill of Sale Act 1878 (Amendment) Act* 1882 s'applique aussi bien au *mortgage* qu'à la *charge*, M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996, p. 159, n°7.3.1.10.

[1035] M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996, p. 160, n°7.3.1.13. Sur la nécessité de procéder à un nouvel acte lorsque le bien entre dans le patrimoine et l'absence de reconnaissance, *at law*, des clauses d'*after-acquired property*, R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 625.

[1036] *Chitty on contracts,* vol. 2, *Specific contracts, Sweet & Maxwell*, 29ème ed., 2004, n°38-482.

[1037] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 630 : « *English law, in contrast to that of a number of other states, does not require specificity of assets for the purpose of security except where the Bills of Sale Acts apply. Accordingly, in the case of transactions outside those Acts, the security agreement may be expressed to cover specific asset, a class of assets, or, indeed, all the debtor's assets, present and future, without description. The absence of any requirement of particularity greatly facilitates charges on after-acquired property in general and floating charges in particular* ».

[1038] *Chitty on contracts*, vol. 2, *Specific contracts*, *Sweet & Maxwell*, 29ème éd., 2004, n°38-483.

[1039] *Bill of Sales Act 1878 (Amendment) Act 1882, s.17*. La *company* a la personnalité morale. D'une manière générale, elle est à responsabilité limité, E. MACINTYRE, *Business Law*, *Pearson Education Limited*, 2ème éd., 2005, p. 484, n° 16.3.2.1.

[1040] Les *partnerships* n'ont pas la personnalité morale et sont à responsabilité illimitée, E. MACINTYRE, *Business Law*, *Pearson Education Limited*, 2ème éd., 2005, p. 437. Depuis avril 2000, il est possible de constituer un *partnership* à responsabilité limitée, p. 589.

[1041] M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996, p. 160, n°7.3.1.13. Accordée sur des biens à venir, la *floating charge* consentie par un particulier est, sauf vis-à-vis du débiteur, « nulle et inopposable au *trustee* de la faillite et aux autres créanciers », M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004, p. 396 note de bas de page n°31 ; J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°698.

floating charge, institution spécifiquement créée par *Equity* pour juguler la tension générée par la rencontre de ces deux nécessités peu compatibles[1042]. Un premier pas fut franchit dans une décision célèbre rendue en 1862 (*Holroyd v. Marshall*)[1043] : *Equity* y admet la validité de la charge sur des biens qui n'étaient pas encore la propriété du constituant sans que sa validité ne dépende de la conclusion d'un nouvel acte, dès lors que le créancier avait autorisé le remplacement des équipements[1044]. La solution n'était pas transposable aux créances et aux stocks, pour lesquels il n'est pas envisageable que le constituant requiert le consentement du créancier à chaque fois qu'il vend un bien faisant partie de son stock[1045]. La *floating charge*[1046] est évoquée pour la première fois dans une décision de la *Court of Appeal of Chancery* en 1870 (*Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company*).

307. Le critère de la *floating charge*[1047] : la liberté de disposer « *in the ordinary course of business* ». Pour autant, si, vue du continent, les anglais semblent avoir percé le mystère de la sûreté flottante, cette vision est inexacte[1048]. Le concept de *floating charge* est constamment débattu. En France, la *floating charge* est, traditionnellement présentée, par opposition à la *fixed charge* : l'assiette de la deuxième est constituée de biens déterminés, alors que l'assiette de la *floating charge* est constituée

---

[1042] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 677.

[1043] R. R. PENNINGTON, « *The genesis of the floating charge* », *The Modern Law Review*, nov. 1960, pour l'argumentation détaillée de *Lord Westbury* dans la décision, p. 635, pour l'opinion de *Lord Chelmsford* qui a prévalu, postérieurement, dans plusieurs affaires, p.636, puis la *floating charge* s'est, par la suite, imposée progressivement, p. 642.

[1044] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 676.

[1045] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 677.

[1046] Voir les extraits des trois décisions rendues au début du 20ème siècle et identifiant les critères de la *floating charge*. Ainsi, une charge présentant ces trois caractéristiques est une *floating charge* : la charge porte sur une catégorie de biens présents et futurs appartenant à une société ; les biens appartenant à cette catégorie changent continuellement dans le cours normal des affaires ; la société est libre de gérer ses affaires courantes. Pour ces décisions et leurs commentaires, R. GOODE, « *Charges over book debts : a missed opportunity* », *LQR*, 1994, vol. 110, p. 592. Transposer la *floating charge* dans nos concepts de droit civil est source de difficulté. Pour simplifier, la nature de la *floating charge* varie selon qu'elle est ou non cristallisée. Avant la cristallisation, le bénéficiaire ne disposerait que d'un droit personnel, qui deviendrait réel et se fixerait sur les biens du débiteur lors de la cristallisation. Cependant, avant la cristallisation, le *floating chargeholder* n'est pas un créancier ordinaire, et après la cristallisation il n'est pas exactement titulaire d'un droit réel. Cette inadéquation des concepts de droit civil pour rendre compte de la *floating charge* est due à son origine : la *floating charge* est une création originale d'*Equity*, sur ce débat et cette présentation, voir la législation écossaise, qui a introduit, en 1961, la *floating charge* et dont le système des droits réels est beaucoup plus proche du système français que du système anglais (l'Ecosse ne connaît pas de sûreté en équité), G.L. GRETTON, « *Mixed systems : Scotland* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 280 et 286 ; sur la nature de la *charge*, voir, R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 677 et s. Pour une description de la *floating charge*, R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 55.

[1047] Pour les descriptions judiciaires les plus connues, voir notamment les citations des passages par S. WORTHINGTON, « *Proprietary interests in commercial transactions* », *Clarendon Press. Oxford*, 1996, p. 76-77.

[1048] R. GOODE, « *Charges over book debts : a missed opportunity* », *LQR*, 1994, vol. 110, p. 592 : *« One of the fascinations of personal property security law is the elusive character of its fundamental concepts. Every year one finally discovers the ultimate truth as to these basic questions. And every year last year's certainty is changed to doubt and the ultimate truth is found to be an illusion. A problem that has troubled the courts fot at least a century is the concept of security over present and future debts. Can security be created over all a company's future debts ? Is a charge over book debts necessarily a floating charge ? Is a charge confined to existing debts necessarily a fixed charge ? And what precisely is the relationship between security over a debt and security over its proceeds ?* ».

par une universalité (*fund*). La sûreté « porte sur une entité abstraite distincte des biens déterminés qui la composent ». Dans une première étape, « la charge flotte, plane, tel un vautour, pour utiliser une image fréquemment utilisée par les auteurs anglais. Au moment de la *crystallisation*, le vautour s'abat sur les biens du débiteur et le *floating charge* devient *fixed charge* : cette fois, ce sont les biens pris individuellement qui sont directement grevés de la sûreté »[1049]. En réalité, le critère de distinction entre la *floating charge* et la *fixed charge* n'est ni celui de l'objet de la sûreté (fixe ou circulant[1050]), ni celui de son identification spécifique dans le titre constitutif[1051], car une sûreté peut être flottante alors même que l'objet grevé est précisément identifié et individualisé[1052]. Le critère essentiel de la *floating charge* est l'autorisation, accordée au constituant de disposer de l'assiette de la sûreté[1053], sans droit de suite[1054], *in the ordinary course of business*, sans aucune obligation de remplacement ou contrôle exercé

[1049] M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°9 : « C'est comme si pendant cette période la sûreté planait sur les actifs de l'entreprise (d'où l'appellation évocatrice de *floating charge*). Mais si l'entreprise se voyait retirer sa liberté de disposition, dans les conditions convenues entre elle et son créancier, la *charge* cessait d'être en suspens et grevait immédiatement les actifs qui à ce moment-là composaient son patrimoine, ainsi que tous nouveaux actifs qui y entreraient par la suite. Il y avait *cristallisation*. La *charge* se convertissait de *floating* en *fixed charge*» ; Cl. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, juin/juillet 1992, n°15 ; F. DAHAN, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *JDI,* 1996, p. 381 et s.

[1050] Il n'en demeure pas moins qu'il existe une présomption selon laquelle la charge sur une assiette circulante est une charge flottante, alors que la charge sur une assiette stable est présumée fixe, R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 680.

[1051] P. LAGARDE, obs. sous Paris, 19 janvier 1976, *RCDIP*, 1977, p. 131 : « La *floating charge* s'oppose, en droit anglais, à la *specific* ou *fixed charge*. Cette dernière n'est autre que la sûreté réelle spéciale connue du droit français. C'est une sûreté qui porte sur un bien défini du débiteur et sur lui seul ».

[1052] R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 141, « *The British Columbia Court of Appeal has recognized that it is the existence of a licence that permits the debtor to deal with the property in the ordinary course of business which defines the essential nature of a floating charge. Accordingly, a mortgage of specifically described properties could nevertheless constitute a floating charge if the mortgagor was permitted to deal with these properties in the ordinary course of business* »; à l'inverse une *charge* sur tous les biens presents et à venir peut être une *fixed charge*, P. ALI, *The law of secured finance. An international survey of security interests over personal property*, *Oxford university press*, 2002, p. 116, n°4. 107, « *Thus, the fact that a charge encompasses both the present and future property of a security provider, or only the security provider's future property, is not determinative of whether the charge is floating or fixed* » et p. 285, n°9.28 ; une assiette flottante peut être l'objet d'une *fixed charge*, F. DAHAN, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *JDI,* 1996, p. 386.

[1053] R. GOODE, *Commercial law*, *LexisNexis UK and Penguin Books*, 3ème éd., 2004, p. 680 ; P. R. WOOD, « *Is the English law of security interests sleepwalking ?* », *BJIBFL*, 2005, p. 211; P. ALI, *The law of secured finance. An international survey of security interests over personal property*, *Oxford university press*, 2002, p. 117, n°4. 108 et s. : « *This distinction between the conduct of a business and the property utilised in carrying on the business reveals the critical distinction between floating and fixed charges, viz the freedom of the security provider to deal with the secured property outside the control of the secured party […]. In contrast, where secured property is subject to a fixed charge, the security provider is unable to deal with that property or transfer an unencumbered interest in it, without the secured party having first consented to release the charge* ». La question essentielle est celle du contrôle du créancier sur le bien grevé ; R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 55 : « *The creditor's security thus attaches to a constantly shifting fund of assets, and it is only when the debtor's authority to manage those assets is brought to an end by an express or implied term of the charge document that the charge « crystallises », that is, becomes fixed, fastening on all the assets within the charge then owned or subsequently acquired by the company. At this point, the creditor's rights over the assets become those of the ordinary secured creditor under a fixed, or specific, charge.[…]. Since it is the essence of a floating charge that the debtor company remains at liberty to deal with its assets in the ordinary course of business […]* »; S. WORTHINGTON, « *Proprietary interests in commercial transactions* », *Clarendon Press. Oxford*, 1996, p. 74-75.

[1054] Le droit anglais assure la protection des acquéreurs. La règle *nemo dat quod non habet* est appliquée mais combinée avec la nécessité de protéger les transactions commerciales. Si bien que l'acquéreur, de bonne foi, voit son titre consolidé. Passage connu de la décision *Bishopsgate Motor Finance Corporation Ltd. V. ransport Brakes Ltd.*, rendue par Lord Justice Denning, en 1949 : « *In the development of our law, two principles have striven for mastery. The first is the protection of property. No one can give a better title than he himself possesses. The second is the*

par le créancier. A l'opposé, le constituant d'une *fixed charge* ne peut être autorisé à disposer sans l'autorisation du créancier. La *fixed charge*, si elle porte sur des actifs circulants, ne peut « qu'entraîner une paralysie totale de l'entreprise débitrice, qui, pour vendre les produits de sa fabrication ou employer sa trésorerie pour faire face à ses frais d'exploitation, aura à chaque fois à demander l'accord de son créancier »[1055]. La liberté de disposer des biens (sans droit de suite), *in the ordinary course of business*, est largement entendue : le *floating chargor* peut disposer de ses biens, même à des conditions inhabituelles[1056], ou encore consentir une *fixed charge,* qui primera la *floating charge*[1057]. En réalité, l'expression est inadaptée dans la mesure où toute transaction[1058] effectuée par le constituant est considérée comme « *in the ordinary course of business* », dès lors qu'elle n'aboutit pas à une cessation de l'exploitation[1059]. En tout état de cause, le constituant reste libre de disposer des biens. En revanche, la cristallisation prive la société de la liberté de disposer des actifs soumis à la *floating charge :* la *floating charge* se transforme en *fixed charge*[1060]. Elle prendra rang, vis-à-vis des créanciers chirographaires, au jour où elle a été constituée, en tant que *floating charge*[1061]. La *floating charge* est particulièrement adaptée à la constitution de sûreté sur des actifs circulants[1062]. Une telle sûreté offre une garantie incertaine au créancier dès lors que les actes de disposition du constituant seront opposables au créancier titulaire de la sûreté. En revanche, une fois l'autorisation du créancier levée, le droit anglais témoigne de la privation de liberté du débiteur : tous les biens qui seront acquis postérieurement à la cristallisation entreront dans l'assiette de la *floating charge* cristallisée et il ne sera

---

protection of commercial transactions. The person who takes in good faith and for value without notice should get a good title. The first principle has held sway for a long time, but it has been modified by common law itself and by statute so as to meet the needs of our own times », cité par A.L. DIAMOND, *A review of security interests in property*, *Department of trade and industry*, 1989, p. 71. La protection de l'acquéreur est, à present, formulée dans le*Sale of Goods Act*, pour le détail des dispositions, A.L. DIAMOND, *A review of security interests in property*, *Department of trade and industry*, 1989, p. 72.

1055 M. ELLAND-GOLDSMITH, « Sûretés de droit anglais et financements de projets », *RDBF*, mars/avril 2004, 158.

1056 F. ODITAH, *Legal aspects of receivables financing, Sweet & Maxwell*, 1991, 5.12.

1057 M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°13.

1058 A l'exception de la constitution d'une seconde *floating charge* générale (en revanche, une *floating charge* limitée est autorisée), A. McKNIGHT, « *The reform of English law concerning secured transactions : Part. 1*», *JIBLR*, 2006, p. 507.

1059 R. CALNAN, « *Floating charges : a proposal for reform* », *BJIBFL*, 2004, p. 343.

1060 M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°11 et 13. Par ailleurs, il arrive souvent qu'une *fixed charge* dégénère en *floating charge,* car, en dépit des « restrictions apportées dans l'acte constitutif, le débiteur exerce *de facto* et avec le consentement tacite du créancier, des pouvoirs de disposition incompatibles avec l'existence d'une *fixed charge*. C'est par exemple le cas de la *charge* portant sur des créances ou sur des soldes de comptes bancaires lorsque le débiteur peut, sans en référer au créancier, procéder au recouvrement des créances, utiliser leur produit, ou gérer le compte bancaire », M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°12.

1061 R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 56.

1062 R. GOODE, «*The exodus of the floating charge* », *in Corporate and commercial law : modern developments, in honour of Professor* R.R. *PENNINGTON*, par D. FELDMAN et F. MEISEL, *Lloyd's of London Press Ltd*, 1996, p. 193.

plus question, pour le débiteur, de céder ses biens sans obtenir l'autorisation de son créancier. Le droit québécois a transposé l'institution en adoptant l'hypothèque ouverte.

B) L'hypothèque ouverte en droit québécois

308. La précarité des droits des créanciers[1063]. « L'hypothèque ouverte est celle dont certains des effets sont suspendus jusqu'au moment où, le débiteur ou le constituant, ayant manqué à ses obligations, le créancier provoque la clôture de l'hypothèque en leur signifiant un avis dénonçant le défaut et la clôture de l'hypothèque »[1064]. Elle est soumise aux dispositions de droit commun sur l'hypothèque[1065]. Elle vise, notamment, à remplacer la charge générale ou flottante sur l'ensemble des biens de la compagnie auparavant autorisée par la Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales. Cette nouvelle sûreté ne confère que des droits précaires au créancier puisque son rang est déterminé à la date de l'inscription de l'avis de clôture (article 2955 du Code civil du Québec). Cette clôture « est provoquée par la signification au débiteur et au constituant d'un avis dénonçant le défaut et la clôture de cette hypothèque (art. 2715 du Code civil du Québec) »[1066]. La clôture transforme l'hypothèque ouverte en une hypothèque ordinaire ; elle grève les biens dont le constituant est propriétaire au jour de la clôture (article 2719 du Code civil du Québec). Les biens qui ont été aliénés avant la clôture restent en dehors de l'assiette de la sûreté. L'article 2719 du Code civil du Québec apporte une précision importante : lorsque l'hypothèque ouverte porte sur une universalité de biens, ceux qui sont acquis après la clôture font également partie de l'assiette de l'hypothèque[1067]. Elle est une réplique de la *floating charge,* l'institution est caractérisée par l'absence de contrainte exercée sur le constituant lors de la vente des biens grevés mais elle manifeste certainement une privation de liberté du constituant. En raison du faible rang accordé au créancier,

---

[1063] D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 20.

[1064] L'article 2715 al. 1er CcQ.

[1065] D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 20.

[1066] D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 20.

[1067] D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 21.

l'hypothèque ouverte est peu pratiquée[1068]. C'est, ainsi que le droit québécois a adopté la sûreté sur universalité mobilière, en s'inspirant du *security interest* américain.

§2 Les sûretés générales avec droit de suite

309. Vue d'ensemble sur le *security interest*. Le modèle américain présente bien plus d'avantages pour le créancier mais contraint bien plus le constituant. Les Etats-Unis se sont dotés d'un Code de commerce uniforme dans la deuxième moitié du vingtième siècle[1069]. Le *security interest* est l'emblème du nouveau Code de commerce. Le système américain des sûretés mobilières, repris par les provinces canadiennes de *common law*[1070], est fondé sur une analyse fonctionnelle des sûretés mobilières : toutes les opérations visant à la constitution d'une garantie sur un bien meuble sont regroupées sous le concept unique de *security interest*, que la sûreté soit constituée avec ou sans dépossession, qu'elle résultant d'un transfert ou d'une réserve de propriété. Le *security interest* est régi par les dispositions de l'article 9 du Code de commerce uniforme (*UCC*). Le droit américain distingue, à l'instar du droit français[1071], la constitution (*attachment*) et l'opposabilité aux tiers (*perfection*) de la sûreté[1072]. Le *financing statement*, document enregistré équivalent du bordereau, assure l'opposabilité de la sûreté. Le *security interest*, par principe, interdit la cession des biens sans demander l'autorisation de la cession au créancier ; mais, par principe, également, le constituant est autorisé à

[1068] D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 21 ; le créancier préférera utiliser l'hypothèque sur une universalité qui prend rang à la date de sa publicité, A. GRENON, « *Major differences between PPSA legislation and security over movables in Québec under the new civil code* », *CBLJ*, 1995-96, vol. 26, p. 398, note de bas de page n°30.

[1069] Le premier texte officiel du Code paraît en 1951 sous le titre de « *1952 Offical text* ».

[1070] De nombreuses provinces canadiennes ont pris pour modèle l'article 9 UCC (Alberta, British Columbia, Manitoba, Saskatchewan, Yukon), voir A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°1.

[1071] En dépit de la conception fonctionnelle retenue, le *UCC* n'est pas une formulation législative de la *common law*, mais a été influencé par le droit allemand, D. E. ALLAN, « *Security : some mysteries, myths, & monstrosities* », *Mon. Univ. L. R.*, 1989, p. 340, note de bas de page n°11, et voir la citation de S. HERMAN, « *Llewellyn the civilian : spéculations on the contribution of continental experience to the Uniform Commercial Code* », *Tul. L. R.*, 1982, vol. 56, p. 1125.

[1072] § 9-203 (a) UCC (validité) et 9-308 et s. (opposabilité), *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007. « L'*attachment* décrit le fait qu'une sûreté, une fois certaines conditions réunies, prend effet entre les parties à l'égard d'un bien. Pour qu'il y ait *attachment*, c'est-à-dire pour que la sûreté existe véritablement sur le bien et le grève, trois conditions doivent être remplies. Premièrement, le créancier doit avoir donné valeur ou se soit obligé d'avancer les fonds promis à un débiteur, deuxièmement, le constituant doit avoir acquis des droits dans le bien grevé et, troisièmement, le créancier doit avoir pris possession du bien ou il faut qu'un écrit créant l'hypothèque ait été signé par le débiteur », L. PAYETTE, « La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau *Code civil du Québec* », *RGD,* 1992, vol. 23, p. 376. Pour l'exposé de ces notions voir également, A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Y. GUYON. Aspects actuels de droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 697 ; G. McCORMACK, « *Personal Property Security Law Reform in England and Canada* », *JBL*, 2002, p. 121.

disposer de ses biens *in the ordinary course of business*. Le système de publicité du *security interest* diffère du système français. Alors que le système français, mis en place par la réforme, est resté fidèle à tradition européenne du *transaction filing*, le système de *notice filing* retenu en droit américain ne repose pas sur la publicité du titre, mais avise seulement les tiers de l'existence du *security interest*. Le *security interest* de droit américain est pris pour modèle (A) par l'ensemble de la communauté juridique anglo-saxonne. Sa flexibilité repose à la fois sur l'autorisation de disposer des biens grevés dans le cours normal des affaires accordée par le créancier au débiteur (B) ainsi que sur un système de publicité appelé « *notice filing* » (C).

A) Le modèle américain

310. Annonce. Le modèle du *security interest* offert par son voisin américain (1°) a inspiré le législateur québécois qui a introduit en 1995 dans sa législation l'hypothèque d'universalité mobilière (2°). Le succès du *security interest* est tel que toutes les propositions d'harmonisation, à l'échelle internationale, et de réforme des droits nationaux incitent à adopter le modèle américain, qui tend à devenir la norme (3°).

1°) Le *security interest* de droit américain[1073]

311. Le droit antérieur à l'article 9 UCC : l'incompatibilité de l'autorisation de disposer et de l'existence de la sûreté réelle. Antérieurement à l'adoption du Code de commerce uniforme, les tribunaux, pendant le dix-neuvième siècle, était hostile à la sûreté générale. Il s'agissait de protéger le débiteur contre l'omnipotence du créancier et de ne pas encourager les prêts sans commune mesure avec les capacités du débiteur[1074]. Il fallait, également, assurer aux créanciers chirographaires une réserve de biens libres (*cushion of free assets*)[1075]. C'était le résultat de la doctrine *Benedict v. Ratner*[1076] : le

---

[1073] Pour une étude détaillée d'ensemble, J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997 ; A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Y. GUYON. Aspects actuels de droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 697.

[1074] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.01 : « *The notion of a comprehensive security interest floating over all of the assets of a debtor enterprise provoked long-standing fears : the floating lien could be used to shield the debtor's assets from the claims of unsecured creditors, to give the secured creditor a stranglehold on the debtor, even to encourage excessive lending unrestrained by the debtor's wealth producing capacities. For centuries courts had resisted floating liens because of such fears* ».

[1075] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.01.

contrat de sûreté conférant une liberté de disposer de l'assiette au constituant était considéré comme une fraude aux droits des créanciers chirographaires. En effet, la constitution d'une sûreté générale permettait au créancier qui en était titulaire et au débiteur d'organiser frauduleusement l'insolvabilité du débiteur à l'égard de ses créanciers chirographaires (*the* « *shielding effect* »)[1077] : les créanciers chirographaires pouvaient être trompés par l'image d'un débiteur libre de disposer de ses biens, sans aucun contrôle du créancier. Aussi, dès lors que le créancier autorisait le constituant à disposer des biens grevés, le créancier était censé avoir renoncé à sa sûreté[1078]. L'autorisation de disposer était incompatible avec l'existence de la sûreté réelle au profit du créancier. Le droit américain est revenu sur cette position, non pas en recourant au concept de *floating charge*[1079], mais, plus radicalement, en adoptant le *security interest* (article 9 du Code de commerce uniforme) qui permet de combiner les effets d'une sûreté *fixed* avec l'autorisation de disposer : le *security interest* est inopposable à l'acquéreur dans le cours normal des affaires[1080].

312. Le traitement différencié de l'autorisation de disposer avec le maintien de la sûreté en droit anglais. En effet, bien que l'article 9 *UCC* soit, parfois, présenté comme offrant la possibilité de constituer une *floating charge* et que *le security interest* soit, de temps à autre, désigné sous le terme évocateur de « *floating lien* »[1081], notamment lorsqu'il porte sur les stocks[1082], le *security interest* et la

---

[1076] La règle était posée depuis 1925 dans l'affaire *Benedict v. Ratner*, G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 297. Elle a été abandonnée lors de l'adoption de l'article 9 UCC. « *Under this rule and its subsequent elaborations a creditor who purports to take a security interest and then permits his debtor to use the proceeds or otherwise to act as though no security interest had been created, will not be able to enforce security interest against other creditors* », « *Article 9 of the Uniform commercial code : priorities among secured creditors and the « floating lien »* », P. F. COOGAN, *Harvard Law Review,* 1959, p.853; P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[5] [a] : la constitution d'une sûreté générale était remise en cause car elle permettait au créancier général et au débiteur d'organiser frauduleusement l'insolvabilité du débiteur à l'égard de ses créanciers chirographaires et des employés de l'entreprise (*the « shielding effect »).* Une telle sûreté ne permet pas de réserver un *« cushion of free assets »* aux créanciers chirographaires. La doctrine de *Benedict v. Ratner* a été, par la suite, abandonnée, J.S. ZIEGEL, « *Canadian perspectives on chattel security law reform in the United Kingdom* », *CLJ,* 1995, vol. 54(2), p. 436.

[1077] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[5] [a].

[1078] Pour cette comparaison avec le droit américain, R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 59. En Angleterre une telle sûreté aurait été qualifiée de *floating charge*, G. McCORMACK, *Secured credit under English and American law*, *Cambridge University Press*, 2004, p. 74.

[1079] En revanche, le droit anglais, par le concept de *floating charge*, a trouvé une réponse originale à l'incompatibilité d'une sûreté « *fixed* » constituée sur tous les actifs du débiteur et de l'autorisation de disposer des biens grevés sans aucun droit sur le produit de la disposition, alors que le droit américain n'a jamais connu la *floating charge,* voir J.S. ZIEGEL, « *Floating charges and the OPPSA : a basic misunderstanding* », *CBLJ*, 1994, vol. 23, p. 477.

[1080] Pour cette comparaison avec le droit américain, R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 59.

[1081] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[1] : «*The story told by the drafters as to how they went about validating the floating lien is familiar. Article 9, as they told it, was designed to make it easy for the principal secured*

floating charge ne doivent pas être confondus. En droit anglais, la combinaison de l'autorisation de disposer avec le maintien de la sûreté au profit du créancier est réalisée dans le concept de *floating charge*. D'une efficacité moindre que la *fixed charge*, la *floating charge* autorise, certes, le constituant à disposer de l'assiette de la sûreté dans le cours normal de ses affaires mais elle ne prend rang que lors de la cristallisation, si bien que toutes les *fixed charges* postérieurement constituées lui sont opposables. En droit américain, le *security interest* permet la constitution d'une *fixed charge* combinée avec l'autorisation de disposer du constituant dans le cours ordinaire de ses affaires[1083]. Il prend rang au jour de sa constitution. Le *security interest* est, donc, une sûreté plus efficace pour le créancier que la *floating charge*. Transposer en droit anglais, l'article 9 *UCC* est une *fixed charge* accompagnée d'une autorisation de disposer, alors qu'en droit anglais, la constitution de la *fixed charge* est, radicalement, incompatible avec l'autorisation de disposer du bien grevé.

.

313. La constitution du *security interest* sur une catégorie de meubles. Le *security interest* est un contrat solennel dont la validité est subordonnée à la rédaction d'un écrit[1084]. Cet écrit doit contenir une description des biens grevés[1085], sauf si le bien grevé est en possession du créancier[1086]. Le bien grevé doit être identifié de manière raisonnable[1087] par un inventaire détaillé ou l'indication d'une catégorie prédéfinie par le *UCC*, ou d'une quantité[1088]. La description des biens grevés a donné lieu à

---

creditor of a debtor enterprise to take a general security interest covering all of the debtor enterprise's personal property assets or all of the broad classes of its assets such as its inventory and receivables. Such a security interest «floated» in the sense that it was not tied to specifically identified existing items of collateral owned by the enterprise or to specifically identified existing debt owed by the enterprise. It covered whatever assets were in the collateral pool at a particular time including assets acquired by the debtor enterprise after execution of the security agreement (after-acquired property). It secured whatever debt was at any particular moment owed by that enterprise to the secured creditor including advances made by the creditor after the execution of the credit documents (future advances). The drafters of Article 9 concluded that personal property security law had already evolved to the point where a business could encumber all of its assets including inventory and receivables. […]. The first was a security agreement describing the collateral in terms of broad classes of assets and containing an after-acquired property clause and «dragnet» or future advances provision. […]. By these means the principal creditor could get what the comments to Article 9 described as a «continuing general lien» or floating charge ».

1082 P. WINSHIP, « *Selected security interests in the United States* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 271.

1083 G. McCORMACK, *Secured Credit under English and American law*, *Cambridge University Press*, 2004, p. 75.

1084 J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°378 ; A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Y. GUYON. Aspects actuels de droit des affaires*, Dalloz, 2003, p.704.

1085 L'identification des biens grevés peut provenir de leur désignation dans d'autres documents que l'acte de sûreté lui-même, S. O. WEISE, « *U.C.C. Article 9 : Personal Property Secured Transactions* », *The Business Lawyer*, 1999, vol. 54, p. 1943.

1086 A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, p. 55.

1087 UCC §9-108 (a), *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007 : « […] a description of personal or real property is sufficient, whether or not it is specific, if it reasonably identifies what is described ».

1088 UCC §9-108 (b) (1) [*specific listing*], (2) [*category*], (4) [*quantity*], *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

un abondant contentieux ; il s'agissait de savoir si le *security interest* pouvait porter sur tous les biens présents et à venir du débiteur[1089] (« *all personal property* », « *all business assets* », *« all goods », « all corporate assets* »)[1090]. La jurisprudence était hostile à la validité de ces clauses « super-génériques » (« *super-generic » description of collateral*)[1091]. La loi, entrée en vigueur au 1er juillet 2001, a consacré la position de la jurisprudence[1092] : les descriptions « super-génériques » sont prohibées, elles n'identifient pas raisonnablement les biens grevés. En revanche, la constitution d'un *security interest* sur une catégorie de biens[1093] est valable. Le *security interest* sur une catégorie de meubles est une sûreté générale ; une telle sûreté s'étend, nécessairement, aux biens à venir correspondant à la catégorie grevée.

314. L'effet du *security interest* sur les biens acquis postérieurement. Dès lors que la convention de sûreté prévoit expressément[1094] l'affectation des biens postérieurement acquis, ils « sont grevés automatiquement, soit qu'ils viennent en complément des biens déjà grevés, soit qu'ils se substituent à eux (biens de remplacement, biens fongibles) »[1095] : le *security interest* est automatiquement *attached* dès lors que le bien est acquis par le constituant[1096]. Du point de vue de l'opposabilité, le *security*

[1089] A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Aspects actuels de droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 704 : « Une description qui ferait référence « à tous les avoirs du débiteur » ou « à tous les biens meubles » du débiteur ne serait pas « suffisante » car elle ne permettrait pas d'identifier avec une précision suffisante le bien nanti ».

[1090] Pour un exposé général du contentieux, P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.03[3] [b], ces descriptions sont super-génériques. Bien qu'elles permettent au juge d'identifier avec précision l'objet de la sûreté, elles ne sont pas valables.

[1091] R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 167, la décision phare prohibant la description « super-générique » date de 1972, *In re Fuqua*, elle a été reprise par l'ensemble des juridictions américaines. Pour la jurisprudence hostile aux descriptions «super-génériques », P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.03[3] [b].

[1092] UCC §9-108 (c) [*supergeneric description not sufficient*] : « *A description of collateral as « all the debtor's assets » or « all the debtor's personal property » or using words of similar import does not reasonably identify the collateral* », *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

[1093] Les parties doivent utiliser les catégories prédéfinies par le Code. L'utilisation de ces catégories est, également, source de difficultés, P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.03[3] [c] : pour un exemple cité parmi d'autres, un *security interest* sur tout le stock d'un aviculteur ne comprend ni les volailles, ni les œufs, qui doivent être identifiés par la catégorie « *farm products* » plutôt que celle d' « *inventory* ».

[1094] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.04[2] [a], pour la discussion à propos de décisions émanant de certaines juridictions, hostiles au *floating lien*, jugeant que le *security interest* sur le stock ou les créances d'exploitation, sans autre précision, ne s'étend pas aux biens venir.

[1095] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°173. Voir l'exception pour les biens de consommation afin d'éviter que le créancier n'obtienne une sûreté sur tous les biens d'un consommateur, n°174.

interest est automatiquement « *perfected* » dès lors que le nouveau bien acquis correspond à la catégorie indiquée dans le *financing statement*[1097]. Le principe est que le créancier qui a enregistré le premier est préféré au créancier postérieur même pour les biens, entrant dans l'assiette de la garantie, et acquis postérieurement par le constituant[1098].

315. Le rapprochement du gage sur stocks. En admettant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une catégorie de biens, le droit américain a répondu à un besoin économique. Les entreprises clefs nécessaires au développement de l'économie n'étaient plus les entreprises de chemin de fer, les aciéries, qui possédaient suffisamment d'assiette fixes (immeubles et équipement) pour consentir un crédit sur des assiettes spécifiques, mais les constructeurs automobiles, les fabricants d'appareil … Dans ces entreprises, l'essentiel de la richesse est constitué par les stocks et les créances d'exploitation. Dès que ces éléments sont des assiettes « liquides », un régime efficace de financement implique que le créancier puisse obtenir une garantie « flottante » sur l'ensemble de ses actifs circulants[1099]. En France, le législateur n'a pas admis le gage sur catégorie. Pourtant, le gage sur biens fongibles n'est pas si éloigné du *security interest*. Il est adapté à toutes les activités de production de produits standardisé, et s'il exclut, par là même, toute autre catégorie que les stocks, il n'en demeure pas moins que les autres biens appartenant à l'entreprise ne sont pas destinés à la vente, l'activité de l'entreprise n'est donc pas freinée par l'absence d'autorisation de disposer ou l'existence du droit de suite. En tout état de cause, l'autorisation de disposer des choses fongibles devrait être implicite dès lors que le constituant est tenu d'une obligation de renouvellement. L'AUS élabore également un nantissement des stocks[1100] ; le débiteur « conserve le droit de vendre les stocks nantis » (art. 104). Le modèle américain se diffuse dans le monde entier.

[1096] R.C.C. CUMING, « *The internationalization of secured financing law : the spreading influence of the concepts UCC, article 9 and its progeny* », *in Making commercial law. Essay in honour of* R. *GOODE*, Ross CRANSTON, *Clarendon Press. Oxford*, 1997, p. 499 ; S.O. WEISE, « *UCC Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business lawyer*, 2001, vol. 56, p. 1840.

[1097] P. WINSHIP, « *Selected security interests in the United States* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 271.

[1098] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[4].

[1099] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[2].

[1100] Article 100 AUS (Acte Uniforme sur les Sûretés) : « Les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises destinées à la vente peuvent être nantis sans dépossession par l'émission d'un bordereau de nantissement, à condition de constituer un ensemble déterminé de choses fongibles avant l'émission du titre ». « Le débiteur conserve le droit de vendre les stocks nantis, mais il ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliataire », article 104, alinéa 4 AUS. Un état des stocks nantis est, constamment, mis à disposition du créancier, article 104, alinéa 3 AUS, Acte uniforme portant organisation des sûretés, adopté le 17 avril 1997, et paru au JO OHADA n°3 du 1er octobre 1997, accessible sur www.Droit-Afrique.com.

2°) L'hypothèque sur universalité de biens meubles en droit québécois

316. L'abandon de la spécialité mobilière. En droit québécois, l'hypothèque peut grever une universalité de biens mobiliers (article 2665 CCQ). L'acte constitutif de l'hypothèque mobilière sans dépossession doit être établi par écrit à peine de nullité absolue[1101]. Il doit contenir une description suffisante du bien qui en est l'objet ou s'il s'agit d'une universalité de meubles, l'indication de la nature de cette universalité (article 2697 CCQ). Les propositions consignées dans le rapport de l'Office de révision du Code civil témoignaient déjà d'une volonté d'abandonner la spécialité des sûretés réelles mobilières[1102]. La réforme s'est inspirée de l'article 9 *UCC* bien que la structure maintenue soit celle de la *civil law*[1103]. L'article 53 proposé ne laissait planer aucune incertitude sur la validité de l'hypothèque générale sur tous les biens meubles du constituant : « Lorsque l'hypothèque générale grève les biens compris dans une universalité, la description de la masse suffit. Lorsqu'elle grève tous les biens du constituant, la mention de ce fait tient lieu de description. […]. Dans le cas des biens mobiliers, la description générale de la masse ou de l'universalité sera suffisante. Cette description générale suffit pour couvrir tant les biens futurs que les biens présents »[1104].

[1101] Article 2696 du Code civil du Québec.

[1102] Voir antérieurement à l'adoption du Code civil du Québec, la généralité de la sûreté mobilière sur les biens de la société consentie selon l'article 427 de la loi sur les banques, P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3ème éd., 1999, Les éditions Thémis, n°3-29. Les sûretés réelles sur les biens de la compagnie pouvaient prendre plusieurs formes régies soit par les dispositions du Code civil du Bas Canada, soit par la loi sur les connaissements, les reçus et les cessions de biens en stock, la loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations ou encore la loi sur les banques. La réforme a opéré une clarification. Il ne reste en pratique que deux lois applicables : la loi sur les banques (article 427) et le Code civil du Québec. Elle peut garantir un prêt ou une avance de fonds consentis par la banque à un acheteur, expéditeur ou marchands en gros ou au détail, fabricants, agriculteurs, éleveurs de bétail, pêcheurs et sylviculteurs. Les biens grevés doivent être l'objet du commerce de l'emprunteur. En général, la garantie affecte la matière première, le produit en cours de fabrication, le produit fini, l'inventaire présent et futur et selon la jurisprudence, les comptes à recevoir nés de la vente des biens affectés à la garantie. Les biens grevés font l'objet d'une description dans un écrit qui mentionne également le lieu d'attache. Une description générale est suffisante. Ainsi est valable l'affectation de « tous les biens de la (des) catégorie (s) décrite (s) ci-dessous, dont le soussigné est actuellement ou peut par la suite devenir propriétaire, savoir : bijoux, breloques, épinglettes, pendentifs, bibelots, horloges et montres-chaînes et tous les autres articles pouvant être vendus dans le commerce, gardés en magasin ou en transit… », (n°3-16), ou encore l'affectation de « tous les stocks présents et futurs du soussigné, dont notamment, mais sans limitation, les vêtements de toute nature et leurs accessoires, ainsi que tous les biens présents et futurs servant à leur emballage » (n°3-16). L'emplacement peut être indiqué comme étant « en quelque lieu que les biens cédés puissent se trouver » (n°3-16).

[1103] R. A. MACDONALD, « *Change of terminology ? Change of law ?* », *RGD*, 1992, vol. 23, p. 358-359. Bien que l'Office de Révision du Code civil ait souhaité rapprocher le régime des sûretés réelles des règles connues tant aux Etats-Unis que dans les autres provinces du Canada, le législateur n'est pas allé jusqu'à introduire une sûreté unique hypothécaire. Le Code n'a pas retenu ce que l'on a appelé la présomption d'hypothèque, car « L'introduction d'une telle présomption risquait d'aller à l'encontre de la conception civiliste du droit des obligations et des sûretés. Elle aurait entraîné également une incertitude juridique considérable en raisons des litiges que ne manquerait pas de soulever la difficulté de qualifier certaines conventions, sans parler de l'impossibilité de mesurer toutes les conséquences de l'adoption d'un principe étranger à notre droit, qui, de plus, est traité de diverses manières dans les provinces anglaises », Gouvernement du Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 2644-2649, p. 1654, cité par D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002, p. 5.

[1104] Office de révision du Code civil, Comité du droit des sûretés, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 267.

L'hypothèque sur universalité de meubles n'est pas autre chose qu'une hypothèque générale[1105], et ce bien que le terme d'« hypothèque générale », employé par l'Office de révision du Code civil, n'ait pas été repris dans le nouveau Code civil du Québec. L'exigence de description des biens grevés n'est plus une question de forme[1106], elle est une simple question de détermination de l'objet grevé. Ainsi, la constitution d'une hypothèque grevant « tous les meubles présents et à venir » ou « l'universalité des biens présents et à venir » du constituant comporte une indication suffisante de l'objet de l'hypothèque, elle ne laisse subsister aucun doute sur l'objet hypothéqué[1107].

317. L'universalité et la déterminabilité. Il faut ajouter que le terme « universalité » ne recouvre pas une entité cohérente intrinsèquement. Il s'agit seulement d'un moyen commode pour désigner un ensemble de biens qu'ils soient ou non de même nature[1108]. Ainsi, l'hypothèque peut être constituée sur l'ensemble des créances du constituant, ou celles dues par des clients remplissant certaines caractéristiques ou de celles dues ou à devoir par un client dénommé[1109]. Il suffit d'indiquer dans le titre constitutif « le critère de rattachement ou le dénominateur commun »[1110]. L'application de ce critère ou de ce dénominateur doit permettre de conclure que l'hypothèque grève ou non ce bien. D'ailleurs, l'article 2666 CCQ dispose que l'hypothèque grève l'ensemble des biens compris dans l'universalité. Ce n'est donc pas l'universalité, entité abstraite qui est grevée[1111]. Ainsi, l'effet d'enveloppe caractéristique de l'universalité est écarté lorsque l'universalité ne porte que sur les biens présents : l'hypothèque ne grève pas les biens acquis ultérieurement à sa constitution même s'ils correspondent à la description de l'universalité[1112]. La réforme au Québec rapproche le droit des sûretés québécois du droit des sûretés américain. Le droit de suite a été introduit en matière mobilière. Cependant, il est écarté lorsque les biens meubles sont vendus dans le cours ordinaire des

---

[1105] Voir la liaison entre l'hypothèque sur universalité et l'hypothèque générale par l'Office de révision du Code civil, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 266.

[1106] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°797.

[1107] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°798.

[1108] Les biens peuvent être grevés individuellement ou en « catégorie » dans le cadre d'une universalité, P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3ème éd., 1999, Les éditions Thémis, n°3-17.

[1109] Pour ces exemples, L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°462.

[1110] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°463.

[1111] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°464.

[1112] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°468.

activités de l'entreprise[1113]. Pour autant, les sûretés québécoises se distinguent des PPSAs [1114]. La réforme du droit des sûretés a donc atteint l'objectif qu'on lui donnait déjà en 1969 : « L'hypothèque sera spéciale dans la majorité des cas, mais aussi générale dans certains autres comme le financement des entreprises commerciales, et générale non seulement quant aux biens, présents ou futurs, mais aussi quant aux créances du débiteur. C'est là la notion américaine de charge flottante. L'hypothèque pourra aussi, dans certains cas, être flottante dans le sens britannique du terme, c'est-à-dire ne pas affecter juridiquement les biens hypothéqués tant et aussi longtemps qu'un terme ou un condition ne se réalisera pas, mais sans effet rétroactif »[1115]. L'hypothèque sur universalité et l'hypothèque ouverte ont transposé dans le droit québécois la sûreté générale de *common law*. Les projets d'harmonisation du droit des sûretés mobilières s'inspirent tous de la solution américaine.

3°) L'inspiration des projets d'harmonisation par le droit américain

318. CNUDCI (Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international), projet de guide législatif sur les opérations garanties[1116]. Ainsi, la CNUDCI a constitué un nouveau groupe de travail, le groupe VI, chargé d'élaborer un régime juridique pour les sûretés sur marchandises faisant l'objet d'une activité commerciale. Le rapport établi, suite à la première session du 20 au 24 mai 2002, propose la création d'une sûreté globale. De même, l'article 8 de la convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, adoptée le 12 décembre 2001 à New-York, prône une position souple. Les créances peuvent être désignées individuellement ou de « toute autre manière, à condition qu'elles soient identifiables à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession. Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances »[1117].

[1113] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°337.

[1114] A. GRENON, « *Major differences between PPSA legislation and security over movables in Québec under the new civil code* », *CBLJ*, 1995-96, vol. 26, p. 392.

[1115] Y. CARON, « L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumers and secured transactions*, sous la direction J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 385.

[1116] Equipe de travail menée par R. GOODE.

[1117] G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et droit*, juillet-août 2003, p. 26 et s. pour l'intégralité du texte de la convention.

319. La loi modèle BERD. Un modèle de loi sur les transactions garanties a été établi par la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD) en 1994, afin de dégager les grandes lignes d'un droit des sûretés mobilières sans dépossession utile aux pays de l'Europe Centrale et de l'Est. Cette loi met l'accent sur l'assiette de la sûreté qui peut être mobile ou statique, comme dans le cas des stocks ou des créances. Il est alors proposé de permettre la constitution de la sûreté sur une assiette tournante et de permettre aux parties de décrire l'assiette d'une manière globale. L'identification de la catégorie est seule nécessaire et non l'identification de chaque élément[1118]. Le *security interest* est recommandé dans la loi modèle de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement[1119].

320. L'organisation des Etats américains (OEA)[1120], créée en 1948, regroupe les 35 pays des deux Amériques, depuis 1991. L'OEA mène un projet d'uniformisation ou d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques. Le premier projet de « Loi type » élaboré, lors d'une réunion d'experts au mois de février 2000, s'est inspiré directement de l'article 9 UCC. Le projet promeut sept principes, dont l' « application automatique du « *Security Interest* » original à « l'*after acquired property* » (i.e. biens de remploi) » et la protection de l'acheteur qui acquiert un bien dans le cours des activités d'une entreprise[1121]. Le rôle du Québec est loin d'être négligeable au sein de l'OEA , tant il est vrai que les pays d'Amérique Latine sont pour la majorité de tradition civiliste. Aussi, l'adoption du modèle fonctionnel américain ne fait pas l'unanimité[1122]. Mais, le principe de

---

[1118] J. L. SIMPSON et J-H. M. ROVER, « *General principles of a modern secured transactions law* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 152.

[1119] CNUDCI, Groupe de travail VI (sûretés), première session, New-York, 20-24 mai 2002, *Sûretés. Projet de guide législatif sur les opérations garanties. Rapport du Directeur général. Additif*, n°40 ; J. SIMPSON et J. MENZE, EBRD, « *Ten years of secured transactions reform* », BJIBFL, 2001, p. 5, l'objectif d'imposer le droit américain n'est pas caché, p. 5 : « *Apart from the United States and some countries that have followed the US example, there are few countries in the world that have a coherent, comprehensive and effective legal framework for non-possessory security over movables. [..]. The good example that does exist, in the United States, is not easily adapted to other countries and especially countries where the law is based on a civil law tradition and that are far from being accustomed to the sophistication of American market economy practice. One principle that guided the drafting of the Model Law was to produce a text that was compatible with civil law concepts and, at the same time, to draw on common law systems that have developed many useful solutions to accommodate modern financing techniques. It was a deliberate design that the Model Law was prepared by a civil and a common lawyer [Jän-Hendrick ROVER and J. SIMPSON]. In addition, the drafters were assisted by an international advisory board comprising 20 eminent lawyers from 15 different jurisdictions […]* ». Pour la composition : notamment, pour le Canada, R.C.C. CUMING; pour le Royaume-Uni, A. L. DIAMOND, P. R. WOOD, J. EDWARDS, H. PIGOTT; pour l'Allemagne, U. DROBNIG, P. ZIER ; et pour la France, Ch. GAVALDA.

[1120] Le paragraphe est élaboré à partir de l'article de A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, p. 51 et s.

[1121] A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, p. 64.

[1122] A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, voir les pistes de réflexions, p. 82.

spécialité mobilière ayant été écarté par le Québec, il semble bien que l'étendue de la sûreté ne donne plus lieu à contestation.

321. L'adoption de lois nationales inspirées du modèle américain. Le modèle du *security interest* s'est étendu au Canada et en Nouvelle-Zélande, ainsi qu'à quelques pays d'Europe[1123], en Australie[1124]. Le Mexique a adopté, le 23 mai 2000, une nouvelle loi sur les sûretés mobilières inspirée du modèle américain[1125]. Les québécois ont transposé la technique sous la forme de l'hypothèque d'universalité de biens meubles.

B) L'autorisation d'aliéner les biens grevés « *in the ordinary course of business* »

322. Annonce. Le droit américain (1°) et le droit québécois (2°) autorisent la vente des biens grevés « *in the ordinary course of business* », sans qu'il soit nécessaire de demander l'autorisation expresse au créancier. Cette autorisation implicite assure la fluidité des transactions mobilières ainsi que la sécurité juridique des tiers.

1°) Le droit américain

323. Droit américain, l'absence de droit de suite à l'égard de l'acquéreur en cas de cession dans le cours normal des affaires. Aux Etats-Unis, la *perfection* de la sûreté est un mode d'opposabilité aux tiers de la sûreté[1126], équivalent à l'enregistrement d'un bordereau sur un registre de publicité[1127].

[1123] CNUDCI, Groupe de travail VI (sûretés), première session, New-York, 20-24 mai 2002, *Sûretés. Projet de guide législatif sur les opérations garanties. Rapport du Directeur général. Additif*, n°40.

[1124] Le projet de réforme est éloigné de l'article 9 UCC, la réforme n'emporte l'adhésion de la pratique, A. DUGGAN, « *Personal property security law reform : the australian experience to date* », 1996, *CBLJ*, vol. 27, p. 177.

[1125] A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, p. 71.

[1126] A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform commercial code*. Ves une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 705 et s. ; A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°110 : « Le terme de *Perfection*, […], signifie qu'aucun créancier du débiteur ne peut plus obtenir en justice un droit sur les biens grevés (saisie) qui soit supérieur en rang au droit « parfait » du créancier garanti. Ainsi une sûreté parfaite ne peut être remise en cause par un créancier saisissant ou par le syndic de faillite, puisque ce dernier se voit accorder les droits d'un créancier saisissant à partir de la date de la requête de mise en faillite [section 9-301 (3)] ».

[1127] L'article 9 *UCC* admet quatre modes de perfection : l'enregistrement d'un bordereau, la dépossession, l'opposabilité automatique et le contrôle. La notion de « *control* » introduite en 1994 dans le UCC a été étendue lors de la réforme intervenue en 1998, en vigueur au 1er juillet 2001. La notion n'est pas clairement établie : c*ontrol « has no unified meaning in the concrete. However, the various uses of control are supposedly linked by an underlying theme : in all situations where the Code specifies that control exists the creditor has acquired the power to dispose or transfer the asset*

Le *security interest,* dès lors qu'il est opposable (*perfected*), confère un droit de suite[1128]. Cependant, le droit de suite ne peut être opposé à l'acquéreur dans le cours normal des affaires[1129] (acquéreur *in the ordinary course of business*[1130]). L'opposabilité du droit de suite du créancier, titulaire d'un *security interest* général, est donc limitée. La solution est dictée par un impératif économique. Le droit américain ne vise pas particulièrement à protéger le tiers acquéreur, mais à favoriser l'écoulement des stocks, à privilégier l'activité économique[1131]. En revanche, lorsque l'acquéreur n'acquiert pas le bien dans le cours ordinaire des affaires de l'entreprise, la sûreté réelle lui est opposable. C'est le cas lorsque l'acquéreur n'a pas acquis son bien « auprès d'une personne dont l'activité commerciale habituelle est la vente de choses pareilles. Il a acquis des biens faisant partie du matériel utilisé par le vendeur, et non des marchandises destinées à la vente »[1132]. En Ontario, où le *Personal property security act* transpose le *security interest,* la jurisprudence énumère certains éléments permettant de déterminer si une vente est effectuée dans le cours ordinaire des affaires : le lieu de la transaction, les parties à l'acte, la quantité et le prix de vente. Aucun de ces éléments n'est en lui-même déterminant, mais les tribunaux doivent examiner toutes les circonstances entourant la transaction pour déterminer si la vente a bien eu lieu dans le cours ordinaire des affaires[1133].

---

involved in a specified manner », P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, 2000, chapitre 6, « *Understanding control : the new path to perfection and priority* », §6 D.01. Voir également sur la notion de *control*, A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform commercial code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 713 et s. Quant à l'opposabilité automatique, elle est prévue pour les transactions courantes d'un montant peu élevé, telle que l'acquisition de biens de consommation (bien utilisé ou acheté pour être principalement utilisé dans un but personnel, familial ou domestique). Dans ce cas, le rapport entre la lourdeur de l'enregistrement et l'intérêt présenté par l'enregistrement d'une telle sûreté fait pencher la balance en faveur de l'efficacité de la sûreté, en dépit de son caractère occulte. En effet, « Il est inconcevable, […], d'exiger des consommateurs qu'ils se livrent à des recherches des registres d'inscriptions pour s'assurer qu'ils sont bien avertis de l'existence ou pas de sûretés sur les biens de consommation qu'ils désirent acheter, sans oublier que ces consommateurs pourraient aussi avoir à engager des frais, comme des honoraires d'avocats par exemple » (p. 707).

[1128] Section 9-306 (2) : « Sauf disposition contraire de cet Article, une sûreté suit les biens grevés nonobstant leur vente, échange ou tout autre acte de disposition, à moins que cet acte de disposition n'ait été autorisé par le créancier garanti dans la convention de sûreté ou d'une autre façon, et continue aussi dans tous les produits identifiables, en ce et y compris dans les créances recouvrées par le débiteur », A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°177 ; S.O. WEISE, « *UCC Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business lawyer*, 2001, vol. 56, p. 1847 : « *A security interest continues in collateral notwithstanding its sale by the debtor unless the secured party expressly or impliedly « authorizes » the sale* ».

[1129] L'acquéreur « dans le cours normal des affaires » est « toute personne qui acquiert dans le cadre normal de ses affaires, des marchandises à un commerçant dont l'activité commerciale habituelle consiste en la vente de choses pareilles », J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997**,** n°885, qui souligne le rapprochement avec l'article 2280 du Code civil.

[1130] Pour la traduction, J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997**,** n°415 : « Appartiennent à cette catégorie, les personnes qui achètent dans des conditions normales et de bonne foi, sans avoir connaissance du fait que cette vente est faite en violation d'un *security interest*, des marchandises à un professionnel vendant habituellement des biens du même genre ».

[1131] J. F. DOLAN, « *Fundamentals of the Uniform Commercial Code* », *in in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 13.

[1132] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°252.

324. L'autorisation implicite de vendre les biens en stocks. Lorsque la sûreté porte sur des marchandises en stock destinées à la vente, leur disposition est réputée être autorisée par le créancier[1134], ainsi, contrairement au droit français, l'autorisation de disposer des biens fongibles en stock est implicite. Dès lors que le constituant est autorisé à céder le bien grevé, expressément ou implicitement, la sûreté se reporte sur le produit identifiable de la vente[1135]. Le *financing statement* n'a pas besoin de mentionner que les produits de la vente des biens grevés sont grevés au même titre que les biens d'origine vendus[1136]. Lorsque les produits en espèces ont été mélangés à d'autres espèces sans que leur origine puisse être déterminée ou lorsque « ces produits sont acquis avec les produits en espèces de la vente des biens grevés mais qu'ils ne sont pas couverts par l'état de financement d'origine, le créancier est requis de procéder à l'enregistrement d'un nouvel état de financements couvrant les produits ». En revanche, lorsque les produits sont identifiables, l'opposabilité de la sûreté sur les produits remonte à la date de l'enregistrement de l'état de financement des produits d'origine[1137]. Les produits grevés peuvent être des biens de deuxième génération, c'est-à-dire qu'ils sont acquis avec des produits en espèces provenant de la vente des biens grevés à l'origine. Dans ce cas, la description des biens grevés dans l'état de financement doit indiquer le type de biens grevés auquel ils appartiennent. Cette formule permet de faire porter la sûreté sur une masse rotative de stock. Le créancier bénéficie sur les biens entrés en stock postérieurement à l'enregistrement de l'état de financement du rang de la sûreté d'origine. Ainsi, le droit français et le droit américain permettent l'engagement des stocks. Mais alors que le droit français impose le remplacement par le constituant des biens grevés, le droit américain admet, d'une manière générale, le report de la sûreté sur tous les produits de la vente et les biens acquis au moyen des fonds dégagés lors de la vente des biens d'origine, mais sans imposer une obligation de remplacement au constituant[1138].

[1133] A. GRENON, « La loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario », *RJT*, 1995, vol. 29, p. 616.

[1134] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°177.

[1135] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°175 : « Le report de la sûreté sur le produit non seulement de la vente mais aussi de la disposition, sous quelque forme que ce soit, des biens grevés est un élément essentiel du fonctionnement du système élaboré par l'Article 9. Il constitue le corollaire de la reconnaissance de la validité d'une sûreté lorsque le débiteur est autorisé à faire usage des biens grevés » ; Section 9-306 (3).

[1136] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°175 et s.

[1137] UCC § 9-315, *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

2°) Le droit québécois

325. Les biens aliénés dans le cours des activités de l'entreprise. Le droit québécois, sur le modèle américain, prévoit l'absence de droit de suite de l'hypothèque portant sur des biens aliénés dans le cours des activités de l'entreprise[1139]. La notion même d'aliénation « dans le cours des activités de l'entreprise » est controversée. L'expression couvre nécessairement les biens destinés à la vente mais qu'en est-il des biens d'équipements qui sont remplacés pour cause de vétusté ? S'il s'agit d'une aliénation dans le cours des activités, l'acquéreur acquiert les biens libres de toute charge et l'hypothèque se reporte sur les biens acquis en remplacement. En revanche, si on limite l'article 2674 C.c.Q[1140]. aux biens habituellement vendus par l'entreprise, l'aliénation de l'équipement ne provoquera pas le report de l'hypothèque et le créancier devra, pour conserver son droit de suite, procéder aux formalités de l'article 2700 C.c.Q. Le créancier devra produire, au registre des droits personnels et mobiliers, un avis de conservation de l'hypothèque. « Cet avis doit être inscrit dans les quinze jours qui suivent le moment où le créancier a été informé, par écrit, du transfert du bien et du nom de l'acquéreur ou le moment où il a consenti par écrit à ce transfert ; dans le même délai, le créancier transmet une copie de l'avis à l'acquéreur »[1141].

C) L'inscription de la sûreté réelle générale

326. Les Etats-Unis : le système du « *notice filing* ». Le droit américain retient un système de publicité des sûretés mobilières dénommé « *notice filing* ». Dans le système du *notice filing,* le formulaire *(financing statement*), remis en vue de la publicité, ne décrit pas l'opération garantie par la sûreté[1142]. Il

---

[1138] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°180, bien que le terme de charge flottante ne soit pas utilisé par le Code, la section 9 -204 (1) autorise la continuation de la sûreté sur les biens acquis postérieurement et la section 9-205 autorise le débiteur à disposer des biens sans être tenu d'en rendre compte à son créancier.

[1139] D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane*, p. 24.

[1140] Article 2674 du Code civil du Québec : « L'hypothèque qui grève une universalité de biens subsiste mais se reporte sur le bien de même nature qui remplace celui qui a été aliéné dans le cours des activités de l'entreprise. Celle qui grève un bien individualisé ainsi aliéné se reporte sur le bien qui le remplace, par l'inscription d'un avis identifiant ce nouveau bien. Si aucun bien ne remplace le bien aliéné, l'hypothèque ne subsiste et n'est reportée que sur les sommes d'argent provenant de l'aliénation, pourvu que celles-ci puissent être identifiées ».

[1141] Article 2700, alinéa 2, du Code civil du Québec. Aux termes du troisième alinéa dudit article, « l'avis doit indiquer le nom du débiteur ou du constituant, de même que celui de l'acquéreur, et contenir une description du bien ».

[1142] J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°773 et s.

comporte des mentions succinctes : noms du débiteur et créancier, signature du débiteur, adresse du créancier et du débiteur et une description sommaire des biens grevés. Le but est d'avertir les tiers de l'existence d'une sûreté ; le créancier potentiel, peut, alors, prendre contact avec le créancier inscrit pour connaître les détails de l'opération garantie, notamment sur le montant de la créance garantie et l'identification précise des biens grevés. Cependant, le créancier n'est pas tenu de répondre à ces demandes de renseignements[1143]. « C'est là une lacune certaine »[1144]. La fonction du *financing statement* est, simplement, d'informer les tiers de l'existence d'un *security interest*. Il est, même, possible de procéder à la publicité de la sûreté alors même que celle-ci n'est pas encore constituée[1145]. Le système est fondé sur l'information, qui peut être délivrée alors même que la sûreté n'existe pas encore[1146]. L'inscription peut être réutilisée pour plusieurs transactions successives[1147]. Depuis la dernière réforme de l'article 9 UCC, une description générique des biens grevés suffit à remplir ce rôle[1148]. A l'opposé du bordereau pour le gage mobilier français, le *financing statement* doit simplement décrire les biens de manière à ce que les tiers puissent raisonnablement les identifier. A cet égard, une désignation mentionnant « tous les biens d'équipement » ou « tout le stock » du constituant est valable[1149]. Ce système tranche avec le système antérieur dans lequel la communication de la

[1143] « Seul le débiteur est en droit d'obtenir du créancier inscrit qu'il approuve ou corrige un relevé signé du débiteur indiquant le montant total de la dette restant à payer à une certaine date ainsi que, éventuellement, une liste des biens grevés (Section 9-208). Le créancier inscrit est tenu de répondre dans le délai de deux semaines, faute de quoi il sera tenu responsable de tous dommages causés au débiteur de ce fait », A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°120, pour une comparaison avec le PPSA de la province de Saskatchewan (n°122). Voir, cependant, la législation en Ontario, l'article 18 de la Loi sur les sûretés mobilières, oblige le créancier à « fournir certains renseignements relatifs au contrat de sûreté à la partie débitrice, au créancier ou à la créancière en vertu d'un jugement ou au titulaire d'un intérêt sur les biens grevés, dans un délai de 15 jours de la réception d'un avis écrit. La partie créancière qui refuse de collaborer à cet égard sera tenue responsable de la perte ou du préjudice qui en résulte », A. GRENON, « La loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario », *RJT*, 1995, vol. 29, p. 606.

[1144] J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°388 et 389.

[1145] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°101.

[1146] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°139.

[1147] G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 287, cite le *Scottish Law Commission discussion paper* « *Registration of rights in securities by companies* » (octobre 2002) : « *The most characteristic difference between notice filing and traditional systems of registration is that notice filing is parties-specific rather than transaction-specific. What is filed are not the details of a particular security but notice that certain parties have entered into, or may in future enter into, a secured transaction in relation to specified property. This approach has certain implications. A notice may be filed in advance of the transaction and the proposed transaction may never take place. The same notice may serve a series of connected transactions. And the information given on the register is necessarily rather general in character, being an invitation to further inquiry rather than a full account of the right in security* ».

[1148] S.O. WEISE, « *UCC Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business lawyer*, 2001, vol. 56, p. 1843.

[1149] J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997, n°781.

convention de sûreté était requise ainsi qu'une description exacte des biens grevés et du montant garanti par la sûreté[1150].

327. Les pays européens : le système du « *transaction filing* ». A l'inverse, la publicité des sûretés mobilières dans les pays européens est fondée sur la publicité de l'acte constitutif de la sûreté (*transaction filing* ou *agreement filing*). Cette publicité s'opère par dépôt de l'acte constitutif lui-même ou d'un bordereau reprenant les termes de l'acte constitutif[1151]. Le système du *notice filing* américain est inconnu des pays européens, même de l'Angleterre. En effet, enAngleterre, où un processus de réforme des sûretés mobilières est engagé, le rapport consultatif de la commission des lois sur les sûretés en matière de sociétés ne fait pas l'unanimité. Il y est proposé de supprimer la *floating charge*, d'abandonner le système de *transaction filing* pour adhérer à un système de *notice filing*[1152] et de refondre l'ensemble du système des sûretés mobilières sur le modèle de l'article 9 UCC[1153]. La doctrine autorisée est divisée sur la question[1154], car le système ne serait, alors, plus qu'un système de *notice filing* dont l'efficacité serait, certainement, inférieure à celle du système en vigueur[1155].

328. La publicité de l'hypothèque d'universalité au Québec. Au Québec[1156], l'hypothèque d'universalité est opposable à raison d'une simple publicité indiquant la nature de biens composant l'universalité de biens affectée. Elle prend rang à l'égard de chacun des meubles composant l'universalité, à compter de l'inscription de l'hypothèque sur le registre sous la désignation du constituant et sous l'indication de la nature de l'universalité[1157]. La publicité de l'hypothèque sur

---

[1150] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières,* LGDJ, 1990, n°113.

[1151] Y. CARON, « L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumers and secured transactions*, sous la direction J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 391, qui distingue l'enregistrement par avis (*notice of intention*) ou par le dépôt de l'acte lui-même (*agreement filing)* où l'enregistrement se fait par dépôt de l'acte ou par bordereau.

[1152] L'adoption du *notice filing* sur le modèle de l'article 9 *UCC* impose notamment de supprimer la *floating charge* et de procéder à l'enregistrement de tout *security interest,* et donc des cessions de créances ou encore des ventes assorties de clause de réserve de propriété, G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 286-309 ; R. CALNAN, « *The reform of the law of security* », *BJIBFL*, 2004, p. 88.

[1153] M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145, n°55 et s.

[1154] Partisan de la réforme et de l'adoption d'un système sûreté mobilière basé sur l'article *9 UCC* et le *notice filing*, R.M. GOODE ; défenseur de la position adverse, G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 286-309.

[1155] R. CALNAN, « *The reform of the law of security* », *BJIBFL*, 2004, not. p. 90 : « *Doing away with much of this information is a retrograde step, and will make the register less valuable for the business community* ».

[1156] G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 290.

universalité n'est pas limitée à une quantité déterminée de choses fongibles. Elle emporte, comme en droit américain, l'affectation de toute la catégorie désignée. Le système permet ainsi d'assurer l'opposabilité d'une sûreté assise sur une quantité variable de biens. Les sûretés mobilières globales sont publiées sous l'indication de la catégorie affectée. Le registre comporte des fiches établies au nom du constituant. La recherche des sûretés précédemment constituées ne peut être opérée qu'à partir de l'identité du constituant. Dès lors que le bien est passé entre les mains d'un acquéreur, le tiers ne pourra, s'il ne connaît, pas l'identité du précédent propriétaire connaître l'existence de sûretés antérieures. Si bien que, pour assurer le droit de suite du créancier, un avis d'aliénation du bien hypothéqué doit lui être transmis. La réception de ce document lui permet d'inscrire un avis de conservation d'hypothèque mentionnant l'identité de l'acquéreur. Toute recherche menée du chef de cet acquéreur, proclame ainsi l'existence de l'hypothèque. A défaut d'inscription de l'avis de conservation dans les 15 jours de la réception de l'avis d'aliénation, le créancier perd son droit de suite[1158]. Toute constitution d'une sûreté réelle générale doit nécessairement autoriser le constituant à disposer des biens grevés sans avoir à demander expressément l'autorisation à son créancier sous peine de nuire à son activité économique. Les droits de *common law* l'ont bien compris. Aussi, bien qu'ils placent l'activité patrimoniale du débiteur sous contrôle du créancier, ils lui accordent l'autorisation de vendre les biens « dans le cours normal de ses affaires » sans qu'il en résulte un quelconque alourdissement lors de la vente. L'autorisation d'aliéner n'est pas la manifestation d'une liberté du débiteur mais d'un contrôle avisé du créancier qui « doit laisser en vie sa proie ». Par ailleurs, le contrôle exercé sur l'activité patrimoniale du débiteur, lorsque la sûreté réelle concédée est générale, l'empêche d'obtenir de nouveaux soutiens financiers auprès d'un autre créancier que celui qui est titulaire de la sûreté réelle générale.

Section 2 : La liberté d'engagement

329. Le monopole du créancier sur les engagements du débiteur. La sûreté réelle générale implique une plus grande dépendance du débiteur à l'égard du créancier, titulaire de la sûreté réelle générale. Elle confère au créancier le monopole sur les engagements du débiteur. Elle introduit le système de

---

[1157] Article 2950 Code civil du Québec : « L'hypothèque qui grève une universalité de meubles ne prend rang, à l'égard de chaque meuble composant l'universalité, qu'à compter de l'inscription qui en est faite sur le registre, sous la désignation du constituant et sous l'indication de la nature de l'universalité ».

[1158] L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* Les Editions Yvon Blais, 2ème éd., 2001, n°337.

la banque unique, car le débiteur aura bien du mal à trouver un financement s'il ne peut proposer qu'une sûreté réelle de deuxième rang qui passerait après une sûreté réelle générale consentie pour un montant indéterminé. La sûreté réelle générale a pour effet de tarir les sources de financement du constituant. Le débiteur, constituant de la sûreté générale, devient ainsi captif du créancier titulaire de la sûreté réelle générale. Cette situation de monopole n'est pas tenable même dans les pays qui reconnaissent la sûreté réelle générale. Le législateur remédie, alors, à la situation de monopole du créancier titulaire de la sûreté réelle générale en permettant au débiteur de consentir une sûreté réelle spéciale, qui permet au créancier postérieur de primer le créancier titulaire de la sûreté réelle générale même antérieurement consentie à la sûreté spéciale. Ainsi, la sûreté réelle spéciale est réintroduite et prime la sûreté réelle générale ; le principe de spécialité est, dans les pays qui connaissent le principe de généralité, l'exception : par principe, la sûreté réelle est générale, mais elle est primée par la sûreté réelle spéciale. Dans la mesure où il est titulaire d'un droit de préférence sur toute une catégorie de biens, voire même plusieurs catégories de biens, appartenant au débiteur, sa sûreté générale lui permet également de s'imposer dans tous les conflits qui l'opposent aux créanciers chirographaires. Dès lors, le créancier chirographaire bénéficie d'un très faible degré de protection. Aux Etats-Unis, on fait valoir que le créancier chirographaire aura pris en compte dans le coût du crédit le prix du risque encouru[1159]. En France, par l'effet indirect du principe de spécialité, la situation des créanciers chirographaires est plus enviable. Les pays étrangers admettant la sûreté réelle générale permettent de rompre le monopole des engagements du constituant en lui offrant, sous certaines conditions, la possibilité de consentir à un autre créancier une sûreté réelle spéciale (§1), si bien que seul le crédit chirographaire reste sacrifié (§2).

§1 La résurgence de sûretés réelles spéciales prioritaires

330. La préservation des moyens de crédit du débiteur. La sûreté réelle générale est opposable aux créanciers titulaires de sûretés réelles postérieures en date. Pourtant, la généralité de la sûreté ne permet pas d'assurer une efficacité sans faille au créancier qui en est titulaire. Le débiteur conserve un crédit indépendant, limité à certains biens particuliers[1160]. Ainsi, en droit anglais, le créancier, *fixed*

[1159] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°300 : « Le crédit non garanti est d'ailleurs plus cher, non seulement parce que le risque de non-paiement en cas de défaut est plus grand, mais aussi parce que, faute de disposer d'une sûreté, le créancier chirographaire est astreint à contrôler régulièrement la santé financière de son débiteur, et qu'un tel contrôle est plus onéreux qu'un simple contrôle de l'existence et de la valeur des biens grevés ».

[1160] En droit américain pour la limitation du *security interest* à l'égard des créanciers postérieurs, des acquéreurs des biens compris dans l'assiette de la sûreté, P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A,

chargee, prime le créancier titulaire d'une *floating charge* (A). En droit américain, le créancier titulaire d'un *security interest*, contenant une clause d'*after-acquired property*, est primé par le créancier titulaire d'une sûreté réelle en garantie du prix d'achat (*Purchase money security interest – PMSI*) (B). Enfin, au Québec, l'hypothèque mobilière antérieure en date est primé par les sûretés-propriétés consenties postérieurement, qui joue le rôle du *PMSI* reconnu en droit américain (C).

A) La constitution d'une *fixed charge* au profit d'un créancier postérieur en droit anglais

331. La priorité de la *fixed charge* sur la *floating charge* postérieurement consentie. En droit anglais, le constituant de la *floating charge* est libre de consentir une *fixed charge* postérieurement à la constitution de la *floating charge*. En effet, la constitution de la *floating charge* n'empêche pas la constituant de disposer de ses biens, même compris dans la sûreté générale antérieurement consentie. La *fixed charge* prime la *floating charge* bien que la *fixed charge* soit postérieurement consentie à la *floating charge*. C'est seulement lors de la cristallisation que la *floating charge* se transforme en *fixed charge*. Ainsi, avant la cristallisation, le *floating chargor* est libre de consentir une *fixed charge* ce qui lui permet d'obtenir du crédit d'un autre créancier que le *floating chargee*.

B) Le *purchase money security interest* : la « superpriorité » accordée au créancier postérieur pour garantir un prix d'achat, en droit américain

332. La reconnaissance du *purchase money security interest*. Le *purchase money security interest* (*PMSI*) permet au constituant de porter atteinte au monopole du créancier sur l'ensemble des biens relevant des catégories affectées. Le *PMSI* est une « sûreté pour prix d'achat » : « une sûreté : (a) prise ou retenue par le vendeur des biens grevés en garantie de tout ou partie de leur prix ; ou (b) prise par une personne qui, en effectuant des avances ou en encourant une obligation, fournit une contrepartie financière permettant au débiteur d'acquérir des droits sur les biens grevés ou leur

---

Secured Transactions under the Uniform Commercial Code, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.02[3] : « *Advancement of the facilitation interest was not the only goal of the drafters of Article 9. [...]. The debtor has an interest in maintaining its own privacy and economic independence. Unsecured creditors are understandably concerned with sufficient access to the debtor's assets to satisfy their claims. Buyers of inventory in ordinary course must of necessity be protected from the floating lien : inventory exists to be sold; requiring creditor consent to each sale would be much to slow and costly. […]. It is important to recognize that the drafters of Article 9 did not design an unrestricted floating lien. Built into the Article 9 scheme are limitations on the floating lien calculated to prevent it from being used unfairly to shield the debtor's assets or to give the creditor undue leverage over its buyer and to allow for the negotiability of certain forms of collateral* ».

usage, dans la mesure où cette contrepartie financière est bien utilisée dans un tel but »[1161]. Le PMSI, postérieur en date, a la priorité sur le *security interest*, même portant sur l'ensemble des biens mobiliers du constituant[1162]. Cette priorité évite le monopole du premier créancier ; il est « conçu comme une limite à la toute-puissance qu'un premier créancier pourrait retirer du fait qu'il a inscrit ou parfait sa sûreté en premier. C'est avant tout une *mesure de protection* du débiteur à l'encontre d'un créancier qui aurait enregistré le premier un état des financements sur les biens grevés, mais refuserait de faire de nouvelles avances à son débiteur. Cette protection est d'autant plus nécessaire que l'Article 9 UCC autorise la continuation de la sûreté sur les biens acquis ultérieurement par le débiteur et qui viennent s'ajouter aux biens grevés (*After Acquired Collateral*) »[1163]. Cette sûreté est l'équivalent, en droit français, d'un privilège de prêteur de deniers et de la clause de réserve de propriété. Pour bénéficier de ce statut privilégié, la somme prêtée doit effectivement être affectée à l'achat des biens. Le *purchase money security interest* ne peut porter que sur les biens vendus[1164]. Il se reporte sur les produits identifiables de la vente des biens grevés[1165]. Lorsqu'il porte sur des biens de consommation, le PMSI est, automatiquement, acquis au créancier et opposable sans qu'il soit besoin d'assurer l'opposabilité par la prise de possession ou l'inscription de la sûreté[1166].

333. ***Cross-collateralization of purchase-money security interests in inventory.*** Encore faut-il souligner que le PMSI peut, à présent, s'étendre à d'autres financements lorsque les biens grevés sont des stocks, ce qui affaiblit l'efficacité du *security interest* global. C'est, d'ailleurs, un des points majeurs de la réforme intervenue en 2000. Les *cross-collaterisation clause* sont, à présent, admises par le

---

[1161] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°238, exposant la définition du PMSI énoncée par la section 9-107 UCC.

[1162] Le PMSI a « essentiellement pour but de procurer une superpriorité à une personne qui finance le coût d'acquisition d'un bien, dans des circonstances où l'acquéreur aurait antérieurement consenti à un tiers (e.g. un premier banquier) une sûreté sur l'ensemble de ses biens présents et futurs ; en l'absence de cette superpriorité, la sûreté du premier banquier, vu son antériorité, prendrait rang avant la sûreté de celui qui a financé le bien », M. DESCHAMPS, « La réforme du droit québécois des sûretés », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 45 ; « Le PMSI permet à un débiteur de consentir une sûreté affectant des biens de même nature, en général destinés au fonctionnement d'une entreprise, auxquels le montant d'un emprunt est entièrement dévolu et permet d'en faire l'acquisition, cette sûreté échappant à la règle de publicité et d'opposabilité « *prior tempore, potior jure* » et conférant automatiquement, au créancier titulaire d'un PMSI, un premier rang sur ces biens. Ce créancier peut souvent être le vendeur même desdits biens », A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *R.N.*, 2001, vol. 103, p. 67 note de bas de page n°35.

[1163] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°237.

[1164] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°238.

[1165] R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 344 ; S.O. WEISE, « *UCC Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business lawyer*, 2001, vol. 56, p. 1840.

[1166] K. MEYER, « *Purchase money security interests under the revised article nine of the Uniform Commercial Code* », *in Security interests in mobile equipment*, Ywan DAVIES, 2002, p. 261.

§9-103 (b) (2) du Code de commerce uniforme[1167]. Ainsi, le créancier qui finance l'acquisition de stocks par un premier prêt assorti d'un *purchase-money security interest* garantissant la créance de prix d'acquisition des biens financés, mais également toutes les autres créances à l'encontre du débiteur, peut faire jouer le *purchase-money security interest* pour garantir la deuxième avance qui a permis d'acquérir d'autres stocks, alors même que le débiteur aura remboursé le prêt qui lui a permis d'acquérir les premiers stocks[1168]. En revanche, l'extension du *purchase-money security interest* initial n'est admise que dans les transactions commerciales[1169], à l'exclusion des « *consumer-goods transactions* »[1170]. De plus, le Code de commerce uniforme admet, depuis 2001, que lorsque le créancier qui bénéficie d'un PMSI, accorde un nouveau crédit pour refinancer les biens, il continue à bénéficier du PMSI initial pour garantir le refinancement ou le renouvellement du crédit[1171]. Toute extension de l'efficacité du PMSI consacre une atteinte au *security interest* global. Ainsi, le système américain vide au fur et à mesure le *security interest* de son efficacité et reconnaît, de plus en plus, la liberté du crédit du constituant de la sûreté.

334. PPSA. Adoption du *security interest*. Au Canada, les provinces anglo-américaines ayant adopté le PPSA ont supprimé la distinction entre la *floating charge* et la *fixed charge*. Toutes les sûretés sont regroupées sous l'unique concept de *security interest*. Le *security interest* général pend rang à la date de sa perfection (possession ou enregistrement). Il est doté de la même efficacité que le *security interest* sur un bien particulier. Pour autant, le *security interest* affectant tous les biens du débiteur constituant ne prime pas toutes les sûretés inscrites postérieurement[1172]. De même qu'en droit américain, celui qui finance l'acquisition d'un bien (le vendeur ou le prêteur de deniers) aura une priorité sur le *security*

[1167] §9-103, (b) UCC : « *A security interest in goods is a purchase-money security interest : […] (2) if the security interest is in inventory that is or was a purchase-money collateral, also to the extent that the security interest secures a purchase-money obligation incurred with respect to other inventory in which the secured party holds or held a purchase-money security interest* », *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

[1168] Voir l'exemple, *Official comment* 4., sous §9-103 UCC, *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

[1169] K. MEYER, « *Purchase money security interests under the revised article nine of the Uniform Commercial Code* », *in Security interests in mobile equipment*, Ywan DAVIES, 2002, p. 264.

[1170] *Official comment* 7., sous §9-103 UCC, *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007.

[1171] *Official comment* 7., sous §9-103 UCC, *in Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007; K. MEYER, « *Purchase money security interests under the revised article nine of the Uniform Commercial Code* », *in Security interests in mobile equipment*, Ywan DAVIES, 2002, p. 269.

[1172] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 131. L'adoption de la notion unitaire de *security interest* embrasse à la fois les charges que l'on pouvait autrefois qualifiées de *floating* et de *fixed*.

interest, même antérieurement enregistré, affectant tous les biens présents et à venir du constituant. Le PMSI regroupe, sous le même concept de PMSI, le prêteur qui avance les fonds en vue de l'acquisition, mais également le vendeur qui retient la propriété de la chose.

335. *PPSA.* Limitation des « *all moneys clauses* » dans les clauses de réserve de propriété. Ainsi, les droits du vendeur sous réserve se trouvent amoindris. En effet, l'efficacité des « *all moneys clause* » est remise en question. Le PMSI ne confère de priorité que dans la mesure où les sommes garanties ont été employées à l'acquisition des biens objets du PMSI[1173]. La garantie n'est qu'une garantie du prix d'achat de ces biens. Pour les autres créances du vendeur ou du prêteur, celui-ci est primé par le *security interest* général. Il est, à leur égard, seulement titulaire d'un *security interest* ordinaire[1174]. Les titulaires de clause de réserve de propriété devront nécessairement rendre publics leur contrat pour obtenir la priorité. Ainsi, la priorité accordée au créancier est parfois requalifiée de PMSI en *floating lienor* (called « *transformation rule* »). En effet, lorsque le PMSI contient une « *all obligations » clause* et une « *after-acquired property clause* », l'opération signifie que chacun des biens financés ou vendus garantit non seulement son propre prix d'acquisition, mais également le prix des autres acquisitions. La jurisprudence (*Southtrust Bank v. Borg-Warner Acceptance Corp.[1175])* décide que le financier, bénéficiant d'une telle disposition, est déchu du statut de PMSI. Les rôles du *floating lienor* et du *purchase money lender* sont différents : le PMSI requiert l'existence d'une relation unique entre la créance et le bien grevé[1176]. Cependant, en pratique, sauf pour les petits financements de matériel (ordinateur, tracteur…), la plupart des financements postérieurs sont effectués avec l'accord du *floating lienor*[1177], car le contrat de sûreté prévoit, en général, que l'octroi d'une sûreté subséquente est une cause de déchéance du terme. La portée de la protection accordée au débiteur doit donc être nuancée.

[1173] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 134.

[1174] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 131.

[1175] Exposé, P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.05[1][b].

[1176] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.05[1][b].

[1177] P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002, §7.05[1][e].

C) La superpriorité conférée aux sûretés-propriété au Québec

336. L'absence de reconnaissance d'un PMSI au Québec[1178]. Contrairement à l'orientation empruntée par le Code de commerce uniforme et les *PPSAs,* le Québec n'a pas reconnu l'existence d'un *PMSI*. Cependant, le Code civil du Québec permet en plusieurs circonstances de parvenir au même résultat, au moyen d'une quasi-sûreté. Ainsi, la réserve de propriété et le crédit-bail sont couramment utilisés pour atteindre le même objectif qu'un *purchase money security interest* : comme l'hypothèque ne peut affecter le bien d'autrui, le titulaire de la réserve ou le crédit-bailleur pourra opposer son droit de propriété au titulaire d'une hypothèque antérieure grevant l'universalité des biens du débiteur (puisque le bien n'est pas entré dans le patrimoine du débiteur). « Les quasi-sûretés du droit québécois jouent donc un rôle semblable à celui d'un *purchase-money security interest*. Le prêteur qui fait des avances directement au débiteur pour financer l'acquisition de biens ne pourrait toutefois (contrairement au *UCC* et aux *PPSAs*) bénéficier d'une superpriorité équivalente en obtenant une hypothèque sur les biens nouvellement acquis. Les biens étant devenus la propriété du débiteur, ils se trouveraient grevés par une hypothèque de rang antérieur ayant pu être consentie sur l'universalité des biens du débiteur »[1179]. Cependant, ainsi qu'on le souligne en droit québécois, la reconnaissance de la réserve de propriété et du crédit-bail ne permet pas de garantir la créance de celui qui fournit le crédit pour acquérir un bien. En définitive, d'une manière générale, les systèmes qui reconnaissent les sûretés générales tentent, tout de même, de préserver la liberté du constituant de la sûreté générale. Il n'en demeure pas moins que le principe de spécialité respecté dès la constitution de la sûreté réelle est le seul garant de la liberté du débiteur. Les « grands perdants » dans ces systèmes sont les créanciers chirographaires.

§2 Le sacrifice des créanciers chirographaires

337. Droit anglais. En droit anglais, le créancier chirographaire peut saisir les biens du constituant sans avoir à subir le droit du créancier garanti. Ainsi, la *floating charge* permet le maintien d'un « coussin

---

[1178] Y. CARON, « L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumers and secured transactions*, sous la direction J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 388 ; A. GRENON, « *Major differences between PPSA legislation and security over movables in Québec under the new civil code* », *CBLJ*, 1995-96, vol. 26, p. 401, pour l'inexistence du PMSI en droit québécois.

[1179] M. DESCHAMPS, « La réforme du droit québécois des sûretés », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 45.

d'assiette libre » pour les créanciers chirographaires tant qu'elle n'est pas cristallisée. En réalité, l'objectif n'est pas été atteint car les créanciers n'ont pas le contrôle de la cristallisation, si bien qu'ils subissent la *floating charge*. Mais, l'étendue de la *floating charge* était, généralement, justifiée par le contrôle que le créancier exerçait sur l'activité du débiteur. En effet, le créancier est censé contrôler l'activité du débiteur. L'intervention du créancier, titulaire de la sûreté générale, bénéficiait, ainsi, aux créanciers chirographaires. Cependant, la question de la protection des intérêts des créanciers chirographaires s'est, à nouveau posée, en droit anglais dès lors que le créancier, titulaire d'une *floating charge*, absorbait tout l'actif de la société débitrice, si bien qu'en raison de l'étendue de la sûreté, les créanciers chirographaires n'étaient jamais désintéressés. Une solution pragmatique a été élaborée et les intérêts des créanciers chirographaires sont, désormais, pris en considération dans la procédure collective du constituant.

338.Le *top slicing*. La reconnaissance de la sûreté réelle mobilière flottante entraîne une nécessaire dégradation de la situation des créanciers chirographaires, car la sûreté réelle flottante « gelée » au jour de l'ouverture de la procédure collective s'étend sur tous les actifs de la catégorie grevée et si le créancier titulaire de la sûreté réelle flottante ne prime pas le créancier titulaire de la sûreté sur stocks, il prime le créancier chirographaire. Actuellement, en France, les créanciers chirographaires n'ont que peu de chance d'obtenir le recouvrement de leur créance[1180]. En Angleterre, dès lors que les droits du *floating chargee* sont efficaces dans la procédure collective[1181], le caractère exorbitant de la sûreté « – aboutissant à réserver l'intégralité des actifs d'une entreprise à un seul créancier au détriment des créanciers chirographaires qui, la plupart du temps, ne récupéreront rien – [à inciter] à prendre des dispositions qui font de la *floating charge* une sûreté moins solide à différents égards que la *fixed charge* »[1182]. L'*Enterprise Act 2002* a modifié ses priorités et reconnus le droit des créanciers chirographaires au désintéressement : les *floating charges* constituées après le 15 septembre 2003 sont

[1180] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 6ème éd., 2009, n°37, 85% des procédures se soldent en une liquidation et, dans seulement 5% de ces cas, les créanciers chirographaires obtiennent un paiement qui ne dépasse, en tout état de cause, jamais 10% de leur créance.

[1181] Pour une analyse intéressante de la *floating charge* comme une priorité dans la faillite plutôt que comme une véritable sûreté, G.L. GRETTON, « *Mixed systems : Scotland* », *in Emerging financial security markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998, p. 289 : « *Its effect is almost entirely confined to bankruptcy. This leads me to the suggestion that a floating charge is, as a matter of substance, not a security, but a right of priority in bankruptcy. In other words, where the law recognizes a floating charge, it thereby allows a debtor to agree with his creditor that if he becomes bankrupt, the principle of paritas creditorum will be excluded* », et la note de bas de page n°31 : «*In a sense any right of security is a right of priority in bankruptcy, but an ordinary security, unlike a floating charge, relates to particular assets : the principle of specificity […]* ».

[1182] M. ELLAND-GOLDSMITH, « Sûretés de droit anglais et financements de projets », *RDBF,* mars-avril 2004, p. 158.

soumises au *top slicing*. Le liquidateur doit mettre de côté, au profit des créanciers chirographaires, un certain pourcentage des actifs qui auraient servis à désintéresser les titulaires de *floating charges*. Si l'actif net de la société (après paiement des coûts de réalisation et des créanciers préférés) est inférieur 10.000 livres, le pourcentage est de 50% ; si l'actif net excède, le pourcentage est de 50% jusqu'à 10.000 livres, 20% sur le reste, avec un plafond de 600.000 livres. Enfin, si le montant net est inférieur à 10.000 livres, le liquidateur n'a rien à distribuer aux créanciers chirographaires s'il considère que la procédure est disproportionnée eu égard à son coût[1183]. La reconnaissance du *top slicing* est la démonstration que dans un système reconnaissant la sûreté générale, les droits des créanciers chirographaires ne sont pas garantis (c'est, au demeurant, l'essence même de la situation du créancier chirographaire) et que l'on est amené à améliorer la situation des créanciers chirographaires[1184] en portant atteinte à l'étendue des droits du créancier garanti par une sûreté générale. D'ailleurs, d'une manière générale en Angleterre, les droits du créancier, titulaire d'une sûreté réelle générale sont amoindris. L'*enterprise Act 2002* supprime le droit accordé au créancier nanti de nommer un *administrative receiver* afin de recouvrer leurs créances. Jusqu'à présent, la procédure d'administration était rarement utilisée pour redresser l'entreprise. Son but implicite était de réaliser les actifs de la société et d'apurer le passif de manière la plus efficace. Dorénavant, l'administrateur aura le devoir d'œuvrer pour la survie de l'entreprise. Ce n'est que lorsque les chances de redressement seront irrémédiablement compromises, que l'administrateur procèdera à la meilleure réalisation de l'actif possible. Il représentera l'ensemble des créanciers et ne prendra pas seulement en compte les intérêts des créanciers titulaires de sûretés. Le *top slicing* anglais n'est pas isolé. En Suède, l'assiette de la sûreté générale est limitée à 50% de l'actif grevé[1185]. Ainsi, la tendance serait à une convergence des droits anglais et français, aussi bien concernant le droit des entreprises en difficulté que des sûretés réelles.

[1183] E. MACINTYRE, *Business law*, *Pearson Education Limited*, 2ème éd., 2005, p. 583, 19.1.3.1.

[1184] L'idée avait déjà été proposée en 1982, par le *Cork Committee*, de mettre de côté 10% des actifs réalisés au profit des créanciers chirographaires. Sur l'origine amusante de cette idée suggérée par R. GOODE à un membre du *Cork Committee* pour désamorcer l'hostilité à l'encontre de la *floating charge*, R. GOODE, «*The exodus of the floating charge* », *in Corporate and commercial law : modern developments, in honour of Professor R.R. PENNINGTON*, par D. FELDMAN et F. MEISEL, *Lloyd's of London Press Ltd*, 1996, p. 202, note de bas de page 30.

[1185] Evoquée par U. DROBNIG, « *Present and future of real and personal security* », *in La convergence des systèmes juridiques au 21è siècle*, BRUYLANT, 2006, p. 573 n°37 ; J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 15, n°26.

339. Droit américain. En droit américain, le créancier chirographaire ne bénéficie d'aucune protection[1186]. Le système mis en place favorise le crédit garanti sur assiette mobilière. L'absence de sûreté réelle est un choix que le créancier chirographaire doit assumer[1187]. Les créanciers chirographaires sont « soit des créanciers qui acceptent de financer un débiteur qui n'est plus en mesure d'accorder des sûretés de premier rang sur ses biens, soit des fournisseurs liés au débiteur par un courant continu d'affaires et qui ne jugent pas nécessaire de se faire attribuer une sûreté parce que leurs créances sont à très court terme. Dans un cas comme dans l'autre, un choix est opéré par le créancier chirographaire. Dans le premier cas, il aurait pu « racheter » une sûreté de premier rang, dans le deuxième cas, il aurait pu se faire consentir une sûreté sur les marchandises livrées. S'il a préféré prêter sans garantie, c'est qu'il a nécessairement inclus dans le prix du crédit, représenté par le taux d'intérêt du prêt ou le coût des marchandises vendues, le prix du risque encouru »[1188]. Les créanciers qui ne prennent pas de garanties ajustent en contrepartie le coût du crédit ou refusent de prêter. Deux arguments sont fréquemment avancés : le débiteur insolvable est libre de disposer de ses biens comme il l'entend, les sûretés qu'il a concédées doivent être respectées ; la sûreté est une récompense en contrepartie de la surveillance effectuée du débiteur dans l'administration de ses affaires[1189]. En effet, la surveillance profite à l'ensemble des créanciers. Cependant, cet argument s'il vaut pour les sûretés assises sur des biens spécifiques, est de moindre valeur lorsque l'assiette est constituée par l'ensemble de l'actif du débiteur, notamment par ses stocks et ses créances d'exploitation, car justement concernant cette assiette le créancier est libre d'en disposer sans la charge et sans avoir à en référer au créancier. La constitution d'une sûreté globale conférant, dès le départ une sûreté inconditionnelle, sur l'ensemble du patrimoine n'incite, donc, pas le créancier à exercer un contrôle efficace sur l'activité du débiteur[1190]. D'ailleurs, aux Etats-Unis, avant l'article 9 UCC, le créancier assumait l'obligation de contrôler l'activité du débiteur sur ses assiettes circulantes, sous peine de voir sa sûreté remise en cause en raison d'une fraude aux droits des créanciers

[1186] La protection des créanciers chirographaires était, auparavant assurée par la doctrine *Benedict v. Ratner*. Cette doctrine a été abandonnée. L'article 9 ne distingue pas entre la *floating* et la *fixed* charge : l'existence d'une sûreté est devenue compatible avec la liberté de disposer dans le cours normal des affaires (R. GOODE, «*The exodus of the floating charge* », *in Corporate and commercial law : modern developments, in honour of Professor R.R. PENNINGTON*, par D. FELDMAN et F. MEISEL, *Lloyd's of London Press Ltd*, 1996, p. 200), voir supra n°311. La réforme de 1999 n'a pas promu les créanciers chirographaires, S.L. HARRIS et C.W. MOONEY, « *How successful was the revision of UCC article 9 ? : reflections of the reporters* », *Chicago-kent law review*, 1999, vol. 74, p. 1357.

[1187] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°402.

[1188] A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990, n°299.

[1189] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 142.

[1190] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 142.

chirographaires[1191]. En Angleterre, la solution a été d'adopter la *floating charge*. La *floating charge* créée les conditions d'un meilleur contrôle du créancier sur les *circulating assets*. Elle permet au créancier d'inciter le débiteur à cesser ses affaires dès lors qu'il entrevoit l'état de cessation des paiements. Le contrôle sur l'activité est efficace. La vulnérabilité de la *floating charge* est le gage d'un meilleur contrôle exercé par le créancier. En adoptant un concept unique de sûreté, les PPSAs ont éliminé l'idée d'une récompense accordée au créancier en contrepartie du contrôle exercé sur le débiteur et de la promptitude à prendre le contrôle de ses activités. Le créancier global de premier rang est certain d'obtenir un désintéressement à la hauteur de tous les actifs. L'absence de distinction entre la *fixed* et la *floating charge* adoptée au Canada sur le modèle de l'article 9 UCC a, d'ailleurs, donné lieu à discussion. Elle ne semble, pourtant, pas provoquer un accroissement des litiges et ne change pas significativement la situation des créanciers chirographaires[1192].

340. Conclusion du titre 2. La compatibilité du principe ressourcé avec l'environnement international. La question qui a suscité ce travail était celle d'une comparaison avec les autres pays et l'on se demandait si le principe de spécialité en droit français était un frein à la compétitivité du droit des sûretés réelles français à l'heure où des pays de plus en plus nombreux semblaient adhérer au modèle américain qui ne le connaît pas. Il apparaît que le principe de spécialité est parfaitement compatible avec l'environnement international. En effet, la liberté du débiteur qu'il préserve, tant celle de son crédit, que celle d'aliéner ses biens, permet d'éviter que le débiteur soit sous contrôle du créancier, tant pour obtenir de nouveaux concours bancaires que pour céder ses biens. En effet, la comparaison du droit français des sûretés réelles avec les droits étrangers n'aboutit pas au constat d'un retard du droit français des sûretés réelles, mais à souligner des approches différentes d'une même situation. Les pays de droit civil et les pays de *common law* « partent » de conceptions différentes du crédit. Le droit français est imprégné par la liberté économique du débiteur : liberté de ses engagements et de ses transactions ; il organise, de manière restrictive mais efficace, les droits des créanciers qui sont traités comme autant d'atteintes à la liberté du débiteur. En droit américain, notamment, le créancier est omnipotent ; il contrôle le débiteur. Pour autant, cette subordination du débiteur au créancier ne saurait exister qu'en s'accordant avec la nécessité de reconnaître au débiteur

[1191] C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 142.

[1192] J.S. ZIEGEL, « *Canadian perspectives on chattel security law reform in the United Kingdom* », *CLJ,* 1995, vol. 54(2), p. 437 : « *[…] it may be thought that this abolition of the distinction between fixed and floating charges is altogether too generous to secured parties. On the whole, the Canadian experience is otherwise. We have found that it has made no perceptible difference to most unsecured creditors and has provoked only a modest amount of litigation* ».

un minimum d'autonomie économique. Ainsi, le droit américain « part » de l'assujettissement du débiteur au créancier et lui organise des zones de « respiration » de manière à ne pas étouffer son activité économique. Aussi, le ressourcement du principe de spécialité ne serait nullement un frein à la compétitivité du droit des sûretés réelles français mais il serait la marque de son originalité qui pourrait, si elle était mise en valeur, séduire les pays qui songerait à modifier leur droit des sûretés réelles ou dissuader certains pays que le connaîtrait de l'abandonner. Ainsi, non seulement le principe de spécialité des sûretés réelles ne serait pas un frein à la compétitivité du droit des sûretés réelles français, mais il serait même l'instrument de cette compétitivité. Il confèrerait au droit français un équilibre que ne connaît pas le droit américain car il permettrait de protéger la liberté économique du constituant dont le constituant est privé en droit américain. Cette protection serait accentuée lorsque la sûreté serait à destination domestique. Il protègerait, en sus, le constituant contre le risque de l'endettement : l'insolvabilité.

341. Conclusion de la deuxième partie. L'orientation du principe en droit contemporain. La réforme est intuitivement revenue à la source originelle du principe de spécialité, ce qui lui a permis de le maintenir en droit français tout en l'assouplissant. Il faut, donc, poursuivre le ressourcement du principe de spécialité afin de le mener à terme sa reconstruction en droit contemporain. Suivant cette démarche, la reconceptualisation du principe ne sera pas une rupture avec la tradition de protection de la liberté du constituant et de la solvabilité du débiteur. La reconstruction du principe de spécialité peut, alors, sur le chemin de son retour aux sources, laisser entrevoir des solutions qui semblaient jusqu'à présent inaccessibles, telles que la sûreté professionnelle, la sûreté *omnibus* ou encore la sûreté flottante « à la mode française ». Le chemin de sa rationalisation en droit contemporain est, donc, galvanisant. Il permet d'insérer le droit français dans la compétition internationale. A l'heure de la colonisation par le droit américain des systèmes juridiques étrangers, le principe de spécialité ressourcé pourrait participer à promouvoir le droit français à l'étranger, car il poursuivrait à la fois l'objectif qui avait justifié son introduction en droit français en 1804, développer les transactions économiques, tout en préservant la protection du débiteur contre le surendettement, objectif cher au législateur contemporain. L'équilibre vers lequel tendrait le principe de spécialité serait ainsi propice à son exportation dans les systèmes juridiques étrangers. Le droit des sûretés réelles français se distinguerait essentiellement du droit américain, car si le *security interest* est certainement un instrument souple, il est également, en dépit des adaptations qui visent à préserver les moyens de crédit du débiteur et des facilités qui lui sont accordées afin de lui permettre d'exercer son activité au quotidien, un moyen pour le créancier de tenir sous son joug le débiteur. Le système américain

« ficèle » le constituant de la sûreté réelle, alors que le système français le reconnaît libre et lui confère les moyens d'exercer en toute liberté ses activités patrimoniales : libre de s'engager et de céder ses biens sans avoir à demander l'autorisation du créancier ou à la subir implicitement. L'orientation du principe pourrait, cependant, intéresser les pays de *Common law* car, en réalité, leur droit des sûretés immobilières connaît déjà le principe de spécialité et leur droit des sûretés mobilières en exprime la nécessité. Par ailleurs, la reconnaissance dans l'ordre international d'un dispositif protecteur lorsque la sûreté est à destination domestique, de manière à protéger le constituant contre le risque du surendettement, pourrait recueillir de nombreux suffrages.

Conclusion

R. DEMOGUE[1193],

« […] Les esprits se perdent dans une sorte d'algèbre aboutissant à des solutions que l'on déclare mauvaises, mais que l'on accepte quand même. Il faut pour cela réviser certaines notions techniques, même en apparence les plus sûres. Ce que l'on connaît le moins, ce sont toujours les principes généraux ».

342. Du principe de spécialité des sûretés à la spécialité des sûretés. Suite à la réforme du droit des sûretés réelles, opérée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, le principe de spécialité a été assoupli. Cependant, son application demeure incertaine. La thèse ouvre la voie au remaniement conceptuel du principe en remontant à ses origines en droit hypothécaire. Le retour aux sources du principe de spécialité de l'hypothèque, « mère » des sûretés réelles, permet de se rendre compte qu'il n'a jamais été correctement rationnalisé. Aussi, la rigidité qu'il a introduite pendant deux siècles en droit des sûretés n'était due qu'à une mauvaise conceptualisation par la doctrine traditionnelle. Le retour aux sources du principe de spécialité est la clef de son remaniement conceptuel en droit contemporain. En effet, le législateur, lorsqu'il a introduit le principe en droit hypothécaire en 1804, n'entendait nullement rigidifier le droit des sûretés, mais protéger la liberté d'engagement du constituant, tout autant que la liberté de ses transactions. Le principe de spécialité est, dans l'état d'esprit du début du dix-neuvième siècle, un moteur de l'économie moderne. La doctrine moderne n'a pas su saisir les nécessités pratiques qui ont imposé le principe en droit français. Cette absence de discernement est le corollaire d'une conception aseptisée du droit des sûretés. D'une manière générale, le droit des sûretés a toujours été « écrasé » par la *summa divisio* binaire des droits

[1193] R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTDCiv.* 1906, p. 319.

patrimoniaux, les droits accessoires ne forment qu'une sous-catégorie des droits personnels et réels principaux. Or, le droit des sûretés n'est pas un droit écartelé entre le droit des biens et le droit des obligations. L'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 invite, d'ores et déjà, en ouvrant un nouveau titre dans le Code civil spécialement dédiées aux sûretés, à prendre en considération sa spécificité. Pour surgir dans toute son originalité, il doit être écarté du droit des biens et des obligations. Certes, les sûretés réelles et personnelles sont des droits accessoires, mais elles sont accessoires au droit de gage général, qui n'est autre que le crédit. Le droit de gage général est au cœur du droit des sûretés qui le renforce. Le crédit et les sûretés doivent, aujourd'hui, faire preuve d'autorité et oser défier le droit des biens et des obligations pour se construire. Quant au droit des biens et au droit des obligations, ils doivent accepter d'abandonner une partie de leur « pré carré » pour faire naître le crédit, car, bien que le Code civil en 1804 l'ait institué, celui-ci n'est pas encore né en droit car il a été absorbé par la créance. Or, le crédit est la confiance. Il est une utilité économique autonome de la créance mais cette utilité n'est pas patrimoniale, ce qui empêché son émergence en droit moderne. L'obligation le porte encore en son sein, tout autant que la propriété, ce qui perturbe d'ailleurs, certainement, leur propre compréhension. Les matières principales ne sont pas le droit des obligations, le droit des biens et le droit des sûretés, mais le droit des obligations, le droit des biens et le droit du crédit, celui de la confiance, autour duquel gravitent en satellite les sûretés. Si la doctrine contemporaine n'osait franchir le pas de la remise en cause de l'ordonnancement patrimonial binaire des droits, le droit des sûretés réelles s'adapterait au coup par coup comme il l'a toujours fait ; l'économie n'en serait pas affectée[1194]. En revanche, le droit des sûretés se compliquerait davantage et cette complexification conduirait, peut-être, à terme, à opter pour une solution aussi radicale que celle retenue aux Etats-Unis qui a adopté une sûreté réelle mobilière fonctionnelle. Or, la notion fonctionnelle est, elle-même, le constat d'un échec de la raison : aucune fonction n'existe sans une notion qui fonctionne. Si la raison ne perçoit que la fonction, elle doit persévérer pour faire apparaître la notion. Par ailleurs, le droit des sûretés réelles est lui-même étouffé par le droit des contrats. En effet, la sûreté n'est pas une richesse ; elle est une contrainte exercée par le créancier sur le constituant. Or, le contrat est l'instrument privilégié de la circulation des richesses. Aussi, le contrat n'est pas le réceptacle approprié à la sûreté, car l'application du droit commun des contrats conduit nécessairement à rigidifier le droit des sûretés. Aussi, une fois n'est pas coutume, le contrat,

[1194] A titre d'exemple, CATALA soulignait, notamment, à propos de la théorie du patrimoine, qu'il serait naïf de croire qu'elle est un frein au développement de l'économie : comment des pays comme la Grande-Bretagne et la France pourraient-ils « se situer à des niveaux de développements équivalents, si l'un d'eux traînait le boulet d'une théorie maléfique diffusant d'insupportables inconvénients sur des points névralgiques du commerce juridique ? », P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTDCiv.* 1966, p. 185 n°1.

habituellement glorifié pour la souplesse qu'il procure aux parties, est un carcan dans laquelle elles sont enserrées en droit des sûretés et qui empêche le droit des sûretés de faire montre de sa flexibilité. L'inéluctable mouvement d'autonomisation du droit des sûretés, enclenché par la réforme du droit des sûretés en 2006, ira en s'accentuant et se fera donc nécessairement au dépend de la prééminence du contrat et des droits patrimoniaux. La cohérence du droit des sûretés est certainement la promesse du vingt-et-unième siècle.

Bibliographie

I - Droit français

A) Ouvrages et articles anciens

- ACCARIAS, *Précis de droit romain*, t. 2, 4ème éd., 1891
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par E. BARTIN, 6ème éd., 1938
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 3, par R. RAU et Ch. FALCIMAIGNE, 5ème éd., 1900
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, 3ème éd., 1863
- C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. 2, 4ème éd., 1869
- G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906
- BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 14, *Les sûretés personnelles et réelles*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 1948
- M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, COSSE et DELAMOTTE, 1846
- M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 9, *Traité des personnes et des choses, du domaine de propriété, de la possession, de la prescription, de l'hypothèque, des fiefs, des cens, des champarts*, H. PLON, 2ème éd., 1861
- *Code civil annoté*, Ed. FUZIER-HERMAN, t. 4 (article 1582 à 2281), 1898
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6ème éd., 1931
- A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, avec le concours de M. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 8ème éd., 1935
- *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlemens, avis du Conseil d'état*, par J-B. DUVERGIER, t. 11, 2ème éd., 1835

- A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, art. 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880

- A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET DE SANTERRE, t. 9, art. 2092 – 2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 2ème éd., 1889

- M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 19, Alex-Gobelet libraire-éditeur, 1835

- A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. LAROSE et FORCEL, 1883

- P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, MDCCCXXVII, Observations du Tribunal de cassation

- P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 15, MDCCCXXVII

- L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques. Livre III, titres XVIII et XIX du Code civil*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898

L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques. Livre III, titres XVIII et XIX du Code civil*, t. 2, A. Pedone éditeur, 1897

- L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 416

- T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 13, *Privilèges et hypothèques*, F. Pichon successeur éditeur, 1900

- L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûreté*s, Sirey, 3ème éd., 1939

- F. LAURENT, *Principes de droit civil français,* t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3ème éd., 1878

- *Les six Codes, collationnés sur le texte original précédés de la Charte constitutionnelle et de ses lois organiques, et des lois sur l'organisation judiciaire*, Ladrange, libraire, quai des Augustins, n°19, Alex Gobelet, libraire, rue Soufflot, n°4, Paris, 1829

- P. de LOYNES, « Le Code civil et le crédit. Régime hypothécaire, régime de la transmission de la propriété », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, 1904

- V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 2, 5ème éd., 1859

- J-C. PERSIL, *Régime hypothécaire ou commentaire sur le XVIIIè titre du livre III du Code civil relatif au privilèges et hypothèques*, 4ème éd°, t. 1, 1833

- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, *Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, avec le concours de E. BECQUE, t. 13, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1927
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927
- P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868
- P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec les lois sur la transcription, sur la tenue des registres hypothécaires, sur l'hypothèque maritime, etc.*, t 2, 3ème éd., 1876
- P. PONT, *Explication du Code Napoléon*, t. 10, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 1, 2ème éd., 1868
- *Répertoire général alphabétique de droit français*, t. 14, 1895, *V°* Contrainte par corps
- *Répertoire général alphabétique du droit français*, A CARPENTIER et G. FREREJOUAN DU SAINT, t. 14, 1895, *V°* Contrat
- *Répertoire alphabétique du droit français*, t. 23, 1900, *V°* Hypothèque
- *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. 9, Dalloz, 1922, *V°* Privilèges et hypothèques
- L. RIGAUD, *Le droit réel. Histoires et théories*, A. NAUZE, Imprimeurs-Editeurs, 1912
- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. 3, *Sûretés réelles. Publicité foncière. Contrats civils. Principaux contrats*, LGDJ, 1958
- G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, t. 2, *Obligations. Contrat. responsabilité. Droits réels. Biens. Propriété*, 1957
- TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente. Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil*, t. 2, 2ème éd., 1835

B) Thèses

- N-H. AYMERIC, *Essai sur une théorie générale du compte en droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 2008

- L. BARBE, *Le warrant agricole*, thèse, Paris I, 1988
- R. BAUCHARD, *Publicité et spécialité des hypothèques, étude critique de la législation actuelle envisagée au point de vue économique*, thèse, Poitiers, Librairie des Facultés, A. Michalon, 1907
- E. BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, 1891
- Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, thèse, Paris II, 1984
- G. CASTIAU, *La publicité et la spécialité des hypothèques dans leurs rapports avec la protection des incapables : loi belge du 16 décembre 1851, projets de réforme français*, thèse, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908
- M. J. CHEREST, *De la mobilisation du crédit hypothécaire au moyen de titres négociables (cédule et lettre de rente). Etude comparative de droit suisse et d'histoire du droit français*, thèse, Paris, 1912
- J. CHEZLEPRETRE, *La réforme du cadastre et du régime hypothécaire*, thèse, Lille, 1926
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 248
- A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, thèse, Paris I, 2007
- Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Editions Panthéon Assas, 2005
- Ph. DUTILLEUL-FRANCOEUR, *La revendication*, thèse, Paris II, 2003
- B. FROMIONT-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse, Paris II, 1998
- G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912
- G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969
- J. GRASSET, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil,* thèse, Montpellier, 1907
- D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUF d'AIX-MARSEILLE, 2001
- M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. CXXXVII, 1975
- G. GUILHAUME, *Des origines du notariat*, thèse, Toulouse, 1867
- J. C.-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (étude critique de la législation française)*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1897
- Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, collection de thèses, t. 37, Defrénois, 2009
- P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904
- B. MAUBRU, *La transmissibilité de l'hypothèque*, Toulouse, thèse, 1979

- V. MOLKHOU, *Le crédit et les relations entre les banques et les PME*, thèse, Aix-Marseille II, 1999
- F. ROY, *De la spécialité du gage hypothécaire en droit français*, thèse Bordeaux, Rochefort, 1895
- A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904
- G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897
- R. VIGUIER, *De l'obligation avec ou sans hypothèque*, thèse, Montpellier 1907

C) Ouvrages collectifs

- Actes du colloque « L'apport du guide législatif de la CNUDCI à la réforme du droit des sûretés », publiés *Banque et droit*, septembre-octobre 2004
- Groupe de travail relatif à la réfome du droit des sûretés, Rapport à Monsieur Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice
- H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 4ème éd. refondue par JULLIOT de la MORANDIERE et A. WEILL, Dalloz-Sirey, 1964
- H. CAPITANT, Fr. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations. Contrats spéciaux. Sûretés*, 12ème éd., Dalloz, 2008
- Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, *Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire*, nov. 2004
- La documentation française, *L'authenticité*, sous la direction de L. AYNES, 2013
- *Le droit du crédit au consommateur*, ouvrage collectif sous la direction d'I. FADLALLAH, Litec, 1982, p. 287

D) Manuels contemporains

- P. ANCEL, *Droit des sûretés,* LexisNexis, 6ème éd., 2011
- P. ANCEL, *Droit des sûretés,* LITEC, 3ème éd., 2004
- Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, Litec, 11ème éd., 2011
- L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 6ème éd., 2012
- J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, SIREY, 13ème éd., 2010

- A-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010
- A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12ème éd., 2010
- A. BENABENT, *Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9ème éd., 2011
- P. BONASSIES et Ch. SCAPEL, *Droit maritime*, LGDJ, 2ème éd., 2010
- Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9ème éd., 2011
- M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 3ème éd., 2012
- D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 2, *Partie spéciale*, PUF, 2ème éd., 2010
- M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9ème éd., 2010
- J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème éd., 2010
- J. CARBONNIER*, Droit civil*, vol. 2, *Les biens. Les obligations*, Quadrige/PUF, 1ère éd., 2004
- A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce,* t. 2, Librairie du Recueil Sirey, 2ème éd., 1948
- G. CORNU, *Droit civil. Les biens*, Montchrestien, 13ème éd., 2007
- G. CORNU, *Droit civil. Les personnes*, Montchrestien, 13ème éd., 2007
- G. COUCHEZ*, Voies d'exécution*, Sirey, 9ème éd., 2007
- A. COURET, H. LE NABASQUE, M-L. COQUELET, Th. GRANIER, D. PORACCHIA, A. RAYNOUARD, A. REYGROBELLET et D. ROBINE, *Droit financier*, Dalloz, 2ème éd., 2012
- Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Montchrestien, 9ème éd., 2007
- Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence*, Montchrestien, 10ème éd., 2010
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2ème éd., 2010
- J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 1. L'acte juridique. Le contrat – Formation – Effets – Actes unilatéraux – Actes collectifs,* Dalloz, 14ème éd., 2010
- J. FRANCOIS, *Traité de Droit civil sous la direction de Ch. LARROUMET,* t. 4, *Les obligations. Régime général*, Economica, 2ème éd., 2011
- Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 6ème éd., 2005

- Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12ème éd., 2003

- D. HOUTCIEFF, *Droit commercial. Actes de commerce. Commerçants. Fonds de commerce. Instruments de paiement et de crédit*, Sirey, 3ème éd., 2011

- Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les biens. Droits réels principaux*, t. 2, Economica, 5ème éd., 2006

- Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations. Le contrat*, 1ère partie, *Conditions de formation*, Economica, 6ème éd°, 2007

- A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 1ère éd., 2009

- D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8ème éd., 2011

- J-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2ème éd., 2010

- Y . LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé,* Dalloz, 9ème éd., 2007

- Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, Defrénois, 4ème éd., 2010

- Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5ème éd., 2011

- Ph. MALAURIE, L. AYNES et P-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5ème éd., 2011

- G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987

- P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 10ème éd., 2010

- H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, 2ème vol., *Biens. Droits de propriété et ses démembrements*, 8ème éd., par Fr. CHABAS, Montchrestien, 1994

- H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, 1er vol., *Sûretés. Publicité foncière*, Montchrestien, 7ème éd., 1999, par Y. PICOD

- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996

- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Droit spécial des sûretés réelles,* LGDJ, 1996

- A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989

- M. PEDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial. Commerçants et fonds de commerce. Concurrence et contrats du commerce*, Dalloz, 3ème éd., 2011

- Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, 2ème éd., 2011

- A. REYGROBELLET, *Fonds de commerce*, Dalloz, 2005

- J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 6ème éd., 1995
- L. RUET, *Les baux commerciaux*, Defrénois, 2ème éd., 2006
- R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. 2, LGDJ, 1944
- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 6ème éd., 2012
- R. TENDLER, *Les sûretés*, Dalloz, 1983
- Fr. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8ème éd., 2009
- Fr. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Dalloz, 8ème éd., 2010
- Fr. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2009
- Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2ème éd., 1998
- P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil,* t. 1, *Introduction au droit - Personnes - Famille – Personnes protégées – Biens – Obligations – Sûretés*, LGDJ, 33ème éd., 2011

E) Articles

- G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », *Banque et droit*, septembre/octobre 2004, p. 26
M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 6.
- G. ANSALONI, « Crédit *revolving* et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP éd. E,* 2008, p. 11 n°8, n°16
- J-L. AUBERT, « Le droit de disposer de l'immeuble », *in Etudes offertes à Jacques FLOUR*, Répertoire du notariat defrénois, p. 14 et s.
- L. AYNES, « Présentation générale de la réforme », *D.* 2006, p. 1289
- L. AYNES, « L'authenticité », *Droit et patrimoine*, dossier, septembre 2009
- L. AYNES, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine*, septembre 2007, p. 68
- L. AYNES, « Droit des sûretés : où en est la réforme ? », *Droit et Patrimoine*, octobre 2004, p. 10
- L. AYNES, « Conclusion » *in* « Réforme des sûretés : premiers bilans », *Droit et patrimoine*, avril 2012, p. 99
- L. AYNES et P. CROCQ, « Le projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC*, 2006, p. 91

- L. AYNES et Ph. DUPICHOT, « Janvier 2006 – octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 89
- L. AYNES et Ph. DUPICHOT, « Janvier 2006 – octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », *Droit et patrimoine*, janvier 2008, p. 90.
- E.BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226
- B. BOCCARA, « La loi n°71-585 du 16 juillet 1971 sur les baux commerciaux », *JCP éd. G*, 1972, I, 2445
- Th. BONNEAU, « A propos des prétendus comptes courants », *in Mélanges en l'honneur de Yves GUYON. Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 136
- BULTE, *JCP,* 1973, n°5578
- M. CABRILLAC, « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP*, 1979, p. 496
- M. CABRILLAC, *Rép. com. Dalloz*, v° « Warrant hôtelier », octobre 2005, n°25
- J. CALAIS-AULOY, « De la notion de commerçant à celle de professionnel », *in Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 82
- P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *RTDCiv.* 1966, p. 185 n°1.
- A. CERLES, in « La réception de l'ordonnance sûretés par les praticiens », *P. Aff,* 28 avril 2006, n°85, p. 10
- A. CERLES, obs. sous Cass. com. 13 novembre 2003, *Revue de droit bancaire et financier*, juillet/août 2004, p. 250
- A. CERLES, « Cession de flux de créances et bordereau Dailly », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, septembre-octobre 1993, p. 202.
- A. CERLES, « L'hypothèque rechargeable », *RLDA*, mars 2007, p. 100.
- A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection », *in Etudes offertes au Doyen Philippe SIMLER*, Dalloz – LexisNexis, 2006, p. 273
- M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1931, p. 611
- C-E. CLAEYS, « La notion de possession. Pour une approche pédagogique nouvelle », *in Etudes dédiées à la mémoire de Gérard DEHOVE*, PUF, 1983, p. 117

- A. COURET, « Endettement et financement de l'entreprise », *G.Pal.,* 1999 (2ème sem.), p. 1360.

- L. CREMIEU, « Le fonds de commerce, universalité juridique », *Rev. fonds com.* 1935

- P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, 2006, p. 291, n°7

- P. CROCQ, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC*, octobre 2005, p. 30

- P. CROCQ, *Rép. civ. Dalloz*, v° Nantissement, mai 2000, n°16

- P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 63

- Ph. DELEBECQUE, « Le régime des hypothèques », *JCP éd°G*, 2006, Etudes 8, p. 29.

- R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTDCiv.* 1906, p. 319.

- J. DERRUPPE, *Rép. com. Dalloz*, V° « Nantissement de fonds de commerce », janvier 2000

- U. DROBNIG, « La réforme française du droit des sûretés réelles », *D.* 2007, p. 1488

- J-P. DUMAS et M. COHEN-BRANCHE, *Rep. com Dalloz*, « Cession et nantissement de créances professionnelles », février 2006, n°6.

- A. DUPARCQ, « Suppression du registre des inscriptions en matière hypothécaire », *Journal des notaires et des avocats*, 1918, art. 31919, suite art. 31944, 31973, 32017 ; pour la proposition de loi antérieure, *Journal des notaires et des avocats*, 1916, art. 31275.

- M-A. DUPUIS-FLANDIN, « Le warrant agricole, une sûreté à redécouvrir », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 789, n°896

- M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre », *Def.* 19991, art. 35085, p. 897

- D. FENOUILLET, « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC*, 2005, p. 304.

- Cl. FERRY, « La cession de flux de créances en droit commun », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, septembre-octobre 1993, p. 199

- A. FOURNIER, *Rép. civ. Dalloz*, « Hypothèque conventionnelle », avril 2007

E. FREMEAUX et G. DAUBLON, « La réforme du droit des sûretés », *Def.* 2006, art. 38420, p. 1093

- E. GARAUD, *JClass. Comm.*, « Fonds de commerce. Nantissement », fasc. 209, 2006

- A. GOURIO, « L'hypothèque rechargeable », *RDBF*, septembre-octobre 2006, p. 39

- M. GRIMALDI, « L'hypothèque », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 74

- M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670
- M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, 1195
- M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt hypothécaire », *JCP éd. N*, 2006, p. 947
- M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », *RDC,* 2005, p. 796
- M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 51.
- M. GRIMALDI, « L'acte uniforme portant organisation des sûretés », *P. Aff.*, 13 octobre 2004, p.30, n°6.
- P. GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », *RTDCiv.* 1954, p. 1, n°19
- L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 439.
- Instruction du 31 décembre 1971, *JCP,* 1972, III, 38911, n°54,
- M. LECUYER, « Des PME... », *G.Pal.,* 1999 (2ème sem.), p. 1365
- D. LEGEAIS, *RTDCom.* 2006, p. 639
- D. LEGEAIS, « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », *in Mélanges offerts à Paul DIDIER. Etudes de droit privé*, Economica, 2008, p. 237.
- R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz, V°* Biens, 2009
- D. R. MARTIN, « De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi) », *RDBF*, mars/avril 2006, p. 43
- Ch. MOULY, *Jclass. Civil, art. 2114 à 2117*, « Hypothèques. Définitions. Caractères. Effets », 2002
- J-L. NAKAMURA, « La relation banque-PME », *Revue d'économie financière*, n°54, p. 48
- J. PATARIN, *Rép. com.. Dalloz,* v° « Nantissement de films », 1974
- H. PERRET, « Remembrement et régime de la propriété immobilière », *JCP*, 1959, I, 1499
- K. PHAM et S. DAVY, « Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable », *G. Pal.,* 6 au 10 mai 2005, p. 1536.
- Y. PICOD, *Rep. Com. Dalloz,* v° « Nantissement de l'outillage et du matériel », février 2008, n°12.
- S. PIEDELIEVRE, « La directive du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs », *D.* 2008, p. 2615.

S. PIEDELIEVRE, *Rép. civ. Dalloz,* « Antichrèse », septembre 2005, n°18.

- G. PIETTE, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA*, mars 2007, p. 91
- S. REZEK, « Du principe de spécialité des inscriptions grevant un fonds de commerce », *JCP, éd. N*, 2004, 1401, p. 1294.
- J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 1997, p. 10
- D. ROBINE, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *BJ,* juillet 2006, p. 880, n°13
- D. SAVOURE, « L'hypothèque rechargeable », *JCP, éd. N,* 2007, 1175, p. 31
- J-P. SENECHAL, « Les prêts substitutifs », *JCP, éd. N*, 1987, I, p. 15
- Ph. STOFFEL-MUNCK, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *in* « Réforme des sûretés : premiers bilans », *Droit et patrimoine*, avril 2012, p. 56
- J. STOUFFLET, « Rapport de synthèse », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 50
- J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP, éd. G*, supplément au n°20, Etude 5, n°13, p. 21.
- H. SYNVET, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine*, septembre 2005, p. 66
- H. SYNVET, « Le nantissement de compte », *Droit et patrimoine,* juillet-août 2007, p. 63
- H. SYNVET, « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », *in Etudes offertes à Jacques BEGUIN. Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 726
- S. TANAGHO, « L'hypothèque des biens à venir », *RTDCiv.* 1970, p. 441
- Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Droit et patrimoine*, mai 2007, p. 44.
- Ph. THERY, « La différenciation du professionnel et du particulier », *Droit et patrimoine*, avril 2001, p. 57
- F. VAUVILLE, « Les ajustements hypothécaires de la réforme des sûretés », *Defrénois*, 2007, p. 1327.
- Cl. WITZ et M. STORCK, *JClass. Civil*, *Art. 2129 à 2133*, « Hypothèques. Spécialité de l'hypothèque. Extension de l'hypothèque aux améliorations. Hypothèque des biens à venir », fasc. 110, 2002, n°3

F) Autres

- L. CHOPARD, G. GALZY et J. HEMMELE*, La loi Dailly. Six ans de jurisprudence et de pratique bancaire*, Castelange diffusion, 1988

- A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit. Etude juridique*, Etablissements Emile BRUYLANT et Librairie générale de droit, 1945
- R. GOFFIN, *Dette à court terme et dette à long terme*, mémoire DESS, 2001-2002
- Institut d'études bancaires et financières, *Les petites et moyennes entreprises*, Berger-Levrault, 1989, p. 67
- I. MEJRI, Le choix par l'entreprise de la structure de sa dette au regard de sa maturité, mémoire DEA, 2001-2002
- Observatoire européen des PME, *6ème rapport*, Commission européenne, 2000, p. 152
- Rapport d'enquête sur l'hypothèque et le crédit hypothécaire, Inspection générale des finances et Inspection générale des services judiciaires, novembre 2004
- Ph. ROUSSELOT et J.F. VERDIE, *La gestion de trésorerie*, Dunod, 1999, p. 177.
- G. ROUYER et A. CHOINEL, *La banque et l'entreprise, techniques actuelles de financement*, La revue banque éditeur, 3ème éd., 1996, p. 83.

F) Jurisprudence

- Colmar, 18 avril 1806, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE*, II, 134
- Rouen, 24 avril 1812, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE,* 4ème vol., II, 36
- Cass. req. 26 janvier 1814, *Recueil général des lois et arrêts par L.-M. DEVILLENEUVE et A.A. CARETTE,* 4ème vol., I, 521
- Cass. req. 11 juin 1817, *S.* 1818, I, 41
- Cass. 14 juin 1831, S 1831, I, 357
- Cass. req. 10 août 1831, *S.* 1831, 1, 371
- Bordeaux, 24 janvier 1833*, S.* 1833, II, 569
- Douai, 17 décembre 1833, *D.* 1834, II, 279
- Pau, 23 août 1834, *S.* 1835, II, 120, *D.P.,* 1835, 22, 29
- Paris, 20 août 1841, *S.* 1841, II, 511
- Nancy, 30 mai 1843, *S.* 1843, II, 43.547, *D.P.,* II, 209
- Riom 18 janvier 1844, *S.* 1844, I, 166
- Bordeaux, 6 mai 1848, S. 1849, 2, 609.

- Besançon, 30 novembre 1848, *S.* 1848, II, 729
- Cass. req. 11 décembre 1848, *D.P.* 1848, I, 234
- CA Montpellier, 7 juin 1849, *D.P.*, 1851, 2, 156
- Cass. civ. 21 novembre 1849, *D.P.* 1849, I, 275
- Cass. civ. 22 mars 1852, *S.* 52, I, 308
- Cass. civ. 26 avril 1852, *D.* 1852, p. 131
- Cass. req. 8 mars 1853, *D.P.* 1854, I, 341, *S.* 1855, I, 214.
- Rouen, 18 décembre 1856, *DP.*1857, II, 157
- Cass. civ. 1er mai 1860, *S.* 1861, I, 267, *D.P.* 1860, I, 510
- Cass. req. 5 novembre 1860, *D.*, 1861, I, 301, *S.* 1861, I, 85
- Rouen, 3 août 1864, *S.* 1866, II, 127
- Cass. civ. 12 mars 1867, *S.* 67, I, 221, *D.P.* 67, I, 347
- Cass. req. 4 décembre 1867, *S.* 1868, I, 252
- Cass. civ. 17 août 1868, *D.* 1868, I, 398, *S.* 1868, I, 377
- Cass. civ. 25 novembre 1868*, S.* 69, I, 128 ; *D.P.* 69, I, 149
- Cass. 4 mars 1873, S. 1873, I, 305, *D.P.* 1873,I,247
- Cass. com. 18 mai 1978, *BC* IV, n°138
- Cass. civ. 24 mai 1892, *D.P.* 1892, I, 327 ; *S.* 1892, I, 289
- Paris, 11 avril 1892, *S.* 1894, 2, 131, *D.P.* 94, 2, 79
- Cass. civ. 27 novembre 1893, *S.* 1894, I, 349, *D.P.* 1894, I, 566
- Cass. req. 21 novembre 1894, *DP,* 1895, I, 277
- Douai, 28 novembre 1901, *D.* 1905, II, 457
- Cass. req. 3 novembre 1903, *DP*, 1906, I, 529
- Cass. civ. 31 octobre 1906, *DP* 1906, I, 528.
- Rouen, 14 novembre 1908, *D.* 1911, 2, 313, note J. PERCEROU
- Cass. req. 19 décembre 1909, *S.* 1810, I, 101
- Cass. civ. 25 avril 1910, *D.* 1911, 364
- Cass. civ. 4 janvier 1911, *D.* 1911, I, 249, note M. PLANIOL.
- Cass. civ. 22 février 1911, *D.P.*, 1915, I, 25, note G. RIPERT
- Trib. Civ. Lyon 30 juin 1911 et T. com. Marseille 22 juillet 1912, *D.* 1914, II, 95
- T. com. Lyon 17 avril 1912, *Journal des faillites*, 1912, p. 454
- Civ. 13 novembre 1912, *D.P.* 1913, I, 433, note DE LOYNES, *S.* 1914, I, 150

- Cass. req. 22 avril 1913, *D.* 1913, 1, p. 225, note FEUILLOLEY ; *S.* 1917, I, p. 113, note E. NAQUET
- CA Bourges, 5 novembre 1913, *D.* 1914, II, 142
- Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1916, I, 5, obs. Ch. LYON-CAEN
- Cass. civ. 17 juin 1918, *S.*, 1922, I, 313, note H. ROUSSEAU
- CA Orléans, 5 décembre 1919, *GPal.* 1920, 1, 569, *S.* 1920, 2, 127
- T. Com. Cherbourg, 6 janvier 1922, *GPal.,* 1922, I, 369
- Paris, 19 juin 1924, *DP,* 1924, II, 129, note H. LALOU
- Cass. civ. 12 juin 1936, *DH,* 1936, 411.
- Cass. civ., 21 juillet 1937, *DP*, 1940, I, p. 17, note P. VOIRIN
- Trib. civ. Lille, 17 novembre 1937, *DH,* 1938, 95
- CA Douai, 12 juillet 1938, *DH*, 1939, somm. p. 22

Cass. civ. 6 février 1939, *S.* 1941, I, 145, obs. R. RODIERE, *D.* 1939, I, 53, obs. J. PLASSARD

- Trib. com. Charleville, 29 août 1951, *JCP* 1952, II, 7037, note A. COHEN, *RTDCom.* 1952, p. 69, obs. A. JAUFFRET
- Montpellier, 29 octobre 1952, *D.* 1953, somm. 31
- Cass. com., 5 novembre 1963, *BC* III, n°460
- Cass. civ. 1ère, 22 mars 1966, *BC*, I, n°201
- Civ. 3ème, 17 juillet 1968, p. 137 , *RTDCiv.* 1969, obs. G. CORNU
- Cass. civ. 1ère, 15 février 1972, *BC*, I, n°50
- Cass. com. 19 décembre 1972, *BC,* IV, n°340
- Cass. civ. 3ème, 23 janvier 1973 et Paris, 19 janvier 1976, *RCDIP*, 1977, p. 131, obs. P. LAGARDE
- Cass. civ. 3ème, 5 mars 1980, *BC*, III, n°51
- Agen, 27 février 1985, *JCP, éd. G,* 1986, II, 20604
- Cass. com. 15 juillet 1986*, JCP, éd. G*, 1986, II, 20695.
- Cass. civ. 1ère, 30 juin 1987, *BC*, I, n°210
- Versailles, 2 juin 1988, *D.* 1989, somm. p. 185, obs. M. VASSEUR
- Conseil d'Etat, 23 novembre 1988, *Revue de droit rural*, 1989, p. 169
- Versailles, 4 juin 1992, *JCP, éd. E,* 1993, I, 268, n°23, obs. Delebecque

- Cass. com. 9 juin 1992, *BC*, IV, n°233, Rev. soc. 1993, p. 94, note Ph. DELEBECQUE, Banque 1992, 1167, obs. J-L. RIVES-LANGE, *RTDCom.* 1992, p. 844, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE
- Cass. com. 13 octobre 1992, *BC*, IV, n°301, *JCP, ed. E,* 1993, II, 395, obs. J. STOUFFLET
- Cass. com. 23 mars 1993, non publié, *Le quotidien juridique*, 3 juin 1993, p. 2.
- Cass. civ. 3ème, 7 avril 1993, *BC*, III, n°55
- Cass. com, 10 janvier 1995, *D.* 1995, 203, note A. COURET.
- Cass. com. 20 mai 1997, *BC*, IV, n°152, *JCP éd. E*, 1998, 172, n°5, obs. SIMLER.
- Cass. civ. 3ème, 17 juillet 1997, *Def.* 1997, p. 1346, obs. Ph. DELEBECQUE
- Cass. com. 23 novembre 1999, *BC*, IV, n°209
- Cass. civ. 1ère, 20 mars 2001, *BC*, I, n°76, *D.* 2001, JP, 3110, note L. AYNES
- Cass. com. 13 novembre 2003, non publié, pourvoi n°01-10724, *RDBF*, juillet-août 2004, p. 250, obs. A. CERLES
- Com. 21 janvier 2004, *BC*, IV, n°13.
- Civ. 1re, 15 mars 2005, *PAff*, 12 mai 2005, n°94, p. 12
- Cass. com. 3 octobre 2006, *BC*, IV, n°193, *JCP éd. E*, 2007, 1679, obs. P. COUDERT, *D.* 2006, 2731, obs. V. AVENA-ROBARDET
- Lyon, 15 février 2007, *BICC,* 15 juin 2007, n°1334
- Cass. com. 2 mai 2007, non publié, pourvoi n°06-11246
- Cass. civ. 3ème, 18 juin 2008, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *JCP, éd. G*, 2008, I, 211, n°17.
- Cass. com. 30 septembre 2008, *D.* 2008, p. 2501, obs. A. LIENHARD

II – Droit anglais

A) Manuels

- H. BEALE, M. BRIDGE, L. GULLIFER, E. LOMNICKA, *The law of personal property security*, *Oxford University Press*, 2007
- *Black's Law Dictionary*, *Thomson West*, 8ème éd., 2002
- *Blackstone's. Statutes on property law*, *Oxford University Press*, 12ème éd., 2004
- M. BRIDGE, *Personal property law*, *Blackstone Press Limited*, 2ème éd., 1996

- *Chitty on contracts, The Common Law Library. The law of contracts* vol. 2, *Specific contracts, Sweet & Maxwell*, 29ème ed., 2004
- A. CLARKE et P. KOHLER, *Property law. Commentary and materials*, *Cambridge University Press*, 2005
- G. McCORMACK, *Secured Credit under English Law and American Law*, *Cambridge University Press,* 2004.
- M. DIXON, *Modern land law*, *Cavendish Publishing Limited*, 5ème éd., 2005
- R. GOODE, *Legal problems of credit and security*, *Sweet & Maxwell*, 3ème éd., 2003
- R. GOODE, *Commercial law, LexisNexis UK & Penguin Books*, 3ème éd., 2004.
- K. GRAY et S.F. GRAY, *Land law*, 5ème éd., 2007, p. 59
- Ch. HARPUM et J. BIGNELL, *Registered Land. The New Law*, *Jordans*, 2002
- E. MACINTYRE, *Business Law*, *Pearson Education Limited*, 2ème éd., 2005
- F. ODITAH, *Legal aspects of receivables financing, Sweet & Maxwell*, 1991
- R.J. SMITH, *Property Law*, *Pearson Education Limited*, 4ème éd., 2003
- J. WILKINSON, *Company law*, *Textbook, Old Bailey Press*, 2ème éd., 2000
- S. WORTHINGTON, *Proprietary interests in commercial transactions*, *Clarendon Press. Oxford*, 1996
- *Land Registration Act 2002, Chapter 9, Explanatory Notes*

B) Articles

- H. BEALE, « *Reform of the law of security –Another view* », *BJIBFL*, 2004, p.117
- A. BERG, « *Charges over book debts : a reply* », « *Brumark Investments Ltd and the «innominate charge* », *JBL*, 2001, p. 532
- P. BIRKS, « *Before we begin : five keys to land law* », *in Land law, themes and perspectives*, *Oxford University Press*, 1998, p. 470
- M. G. BRIDGE, « *Fixed charge and freedom of contract* », *LQR,* 1994, vol. 110, p. 340
- M. G. BRIDGE, « *How far is article 9 exportable ? The English experience* », *CBLJ*, 1996, vol. 27, p. 210
- R. CALNAN, « *The reform of the law of security* », *BJIBFL*, 2004, p. 88
R. CALNAN, « *Floating charges : a proposal for reform* », *BJIBFL*, 2004, p. 343
- G. McCORMACK, « *The law commission consultative report on company security interests : an irreverent riposte* », *MLR*, 2005, vol. 68, p. 287

- G. McCORMACK, « *Personal Property Security Law Reform in England and Canada* », *JBL*, 2002, p. 121

- F. DAHAN, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *JDI,* 1996, p. 386.

- A.L. DIAMOND, *A review of security interests in property*, *Department of trade and industry*, 1989

- M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés réelles mobilières du droit anglais », *RDAI*, 1995, p. 145.

- M. ELLAND-GOLDSMITH, « Sûretés de droit anglais et financements de projets », *RDBF*, mars/avril 2004, 158

- S. FARRAN et D. CABRELLI, « *Exploring the interfaces between contract law and property law : a UK comparative approach* », *Maastricht Journal of European & Comparative law*, 2006, p. 419

- E. FERRAN, « *Fixed charge on book debts – The story continues* », *CLJ*, 2000, vol. 59, p. 456

- R. GOODE, « *The changing nature of security rights* «, *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998.

- R.M. GOODE et L.C.B. GOWER, « *Is Article 9 of the Uniform Commercial Code exportable ? An English reaction* », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumer credit and secured transactions*, J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969

- R. GOODE, «*The exodus of the floating charge* », *in Corporate and commercial law : modern developments, in honour of Professor R.R. PENNINGTON*, par D. FELDMAN et F. MEISEL, *Lloyd's of London Press Ltd*, 1996, p. 193.

- R. M. GOODE, « *The English floating charge* », *in Lectures on the common Law*, vol. 2, *Kluwer Law and Taxation publishers*, 1989, p. 55.

- A. McKNIGHT, « *The reform of English law concerning secured transactions* : Part. 1 », (2006) *JIBLR*, p. 497, and « *The reform of English law concerning secured transactions* : Part. 2 », (2006) *JIBLR,* p. 497part II, p. 587.

- D.W. MCLAUCHLAN, *LQR*, 1999, vol. 115, p. 365

- R. R. PENNINGTON, « *The genesis of the floating charge* », *MLR*, nov. 1960, p. 631

- J. SIMPSON et J. MENZE, EBRD, « *Ten years of secured transactions reform* », *BJIBFL*, 2001, p. 5

- G. WATT, « *The eurohypothec and the English mortgage* », *MJ,* p. 181

- Cl. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, juin/juillet 1992.

- P. R. WOOD, « *Is the English law of security interests sleepwalking ?* », *BJIBFL*, 2005, p. 21

- P.R. WOOD, « *Fixed and floating charge* », *CLJ*, 2001, vol. 60, p. 472.
- G. YEOWART, *« Book debt charges after Spectrum Plus »*, *BJIBFL*, 2004 , p. 297.

C) Thèses

- F. DAHAN, *La floating charge dans les rapports internationaux de droit privé*, thèse, Paris I, 1995
- M-F. PAPANDREOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens,* LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 418, 2004

III – Droit nord-américain

- A-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, 1990
- D. E. ALLAN, « *Security : some mysteries, myths, & monstrosities* », *Mon. Univ. L. R.*, 1989, p. 340
- B.A. CAMPBELL, « *Contracts jurisprudence and article nine of the Uniform Commercial Code : the allowable scope of future advance and all obligations clauses in commercial security agreement* », *The Hastings Law Journal*, 1986, vol. 37, p. 1042.
- J. B. McDONNEL, in P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, 2000, chapitre 6, « *Understanding control : the new path to perfection and priority* »
- G. McCORMACK, « *Personal Property Security Law Reform in England and Canada* », *JBL*, 2002, p. 121
- R.C.C. CUMING, « *The internationalization of secured financing law : the spreading influence of the concepts UCC, article 9 and its progeny* », *in Making commercial law. Essay in honour of* R. *GOODE*, Ross CRANSTON, *Clarendon Press. Oxford*, 1997, p. 499
- P.F. COOGAN, W.E. HOGAN, D.F. VAGTS, J.B. Mc DONNELL, *Bender's Uniform Commercial Code*, Volume 1A, *Secured Transactions under the Uniform Commercial Code*, chapitre 7, « *The floating lien reasserted* », par J.B. McDONNELL, 2002
- J. F. DOLAN, « *Fundamentals of the Uniform Commercial Code* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 13.
- A. DUGGAN, « *Personal property security law reform : the australian experience to date* », 1996, *CBLJ*, vol. 27, p. 177

- S.L. HARRIS et C.W. MOONEY, « *How successful was the revision of UCC article 9 ? : reflections of the reporters* », *Chicago-kent law review*, 1999, vol. 74, p. 1357

- S. F. KURTZ et H. HOVENKAMP, *Cases and materials on american property law. American casebook series*, 4ème éd., 2003

- *Law Reform Commission of British Columbia, Report on floating charges on land*, janvier 1989

- A.A. LEVASSEUR, « L'hypothèque ou *mortgage*, mode de transfert de la propriété à titre de garantie dans le droit américain », *in Liber amoricum Guy HORSMANS,* Bruylant, 2004, p. 701

- A.A. LEVASSEUR, « L'article 9 du *Uniform Commercial Code*. Vers une systématisation du droit des sûretés », *in Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Aspects actuels de droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 697

- R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 167

- R.M. LLOYD, « *The new Article 9 : its impact on Tennessee law (part I)* », *Tennessee Law Review*, 1999, vol. 67, p. 344

- K. MEYER, « *Purchase money security interests under the revised article nine of the Uniform Commercial Code* », *in Security interests in mobile equipment*, Ywan DAVIES, 2002, p. 261

- G. S. NELSON et Dale A. WHITMAN, *Real estate transfer, finance and development, Cases and materials,* West Publishing, 4ème éd., 1992

- NELSON & WHITMAN, *Real estate finance law*, 4ème ed. 2002

- *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [2], Michael Allan Wolf ed., LexisNexis, Matthew Bender, 2003

- *Powell on real property*, vol. 4, § 37.13 [1], Michael Allan Wolf ed., LexisNexis, Matthew Bender, 1997

- J-F. RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Les presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997

- H.C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque & Droit*, sept.-oct. 2004, p. 40

- *Uniform commercial code. Official text and comments*, *The American Law Institute and National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 2007

- C. WALSH, « *The floating charge is dead ; long live the floating charge – a canadian perspective on the reform of personal property securities law* », *in Perspectives on commercial law*, par A. MUGASHA, Prospect, 1999, p. 131

- S. O. WEISE, « *U.C.C. Article 9 : Personal Property Secured Transactions* », *The Business Lawyer*, vol. 54, août 1999, p. 1943
- S.O. WEISE, « *UCC Article 9 : personal property secured transactions* », *The Business lawyer*, 2001, vol. 56, p. 1840
- P. WINSHIP, « *Selected security interests in the United States* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, Kluwer Law International, 1998, p. 271
- Cl. WITZ, « Les sûretés mobilières anglo-américaines au regard du droit français des sûretés », *Revue de droit bancaire et de la bourse*, juin/juillet 1992, p. 143
- R.J. WOOD, « *The floating charge on land in the western provinces* », *CBLJ*, 1992, vol. 20, p. 132
- J.S. ZIEGEL, « *Floating charges and the OPPSA : a basic misunderstanding* », *CBLJ*, 1994, vol. 23, p. 477

IV – Droit québécois

A) Manuels

- M. BOUDREAULT, *Les sûretés*, Wilson & Lafleur Ltée, 2004
- P. CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3ème éd°, 1999, Les éditions Thémis
- Office de révision du Code civil, Comité du droit des sûretés, *Rapport sur les sûretés réelles*, Montréal, 1975, p. 6
- L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec,* Les Editions Yvon Blais, 2ème éd°, 2001

B) Articles

- J. AUGER, « La spécialité de l'hypothèque », *in Mélanges Jean Pineau,* Thémis, Montréal, 2003, p. 610
- J. AUGER, « L'hypothèque garantissant des obligations futures non identifiées : l'hypothèque volante ! », *La Revue du Notariat* (1995) vol. 1997, 470
- J. AUGER, « Problèmes actuels des sûretés réelles », Rapport à l'occasion des journées portugaises organisée par l'association Henri Capitant, 20-23 mai 1996, (1997) 31 *RJT*, p. 624
- A. BOUDREAU-OUELLET, « Aspects conceptuels et juridiques du « droit de propriété », *RGD*, 1990, 21, p. 172

- J.E.C. BRIERLEY, « Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec », *RIDC*, 1995, vol. 1, p. 40
- Y. CARON, « L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumers and secured transactions*, sous la direction J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 385
- P. CIOTOLA, « Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés : les incertitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs » (1997) 31 *R.J.T.* 701
- M. DESCHAMPS, « La réforme du droit québécois des sûretés », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 43
- M. GOUDREAU, « De l'acte commercial à l'acte de l'entreprise dans le *Code civil du Québec* », *RGD*, 1994, vol. 25, p. 236
- A. GRENON, « *Major differences between PPSA legislation and security over movables in Québec under the new civil code* », *CBLJ*, 1995-96, vol. 26, p. 395
- A. GRENON, « La loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario », *RJT* , 1995, vol. 29, p. 606
- N. KASIRER, « Le *real estate* existe-t-il en droit civil ? », *RGD*, 1998, vol. 29, p. 465
- R. A. MACDONALD, « *Change of terminology ? Change of law ?* », *RGD*, 1992, vol. 23, p. 358
- L. PAYETTE, « La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau *Code civil du Québec* », *RGD,* 1992, vol. 23, p. 376
- L. POUDRIER-LEBEL, « La création de l'hypothèque immobilière conventionnelle », *RGD*, 1992, vol. 23, p. 407
- D. PRATTE, « Les transferts de propriété à titre de garantie face aux sûretés réelles classiques : la situation du Québec », *Rapport Genève*, 2002
- D. PRATTE, « Le présent et l'avenir des sûretés réelles et personnelles en droit québécois », *rapport Brisbane,* communiqué par D. PRATTE
- Gouvernement du Québec, ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice, le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les publications du Québec, 1993, art. 2644-2649

V – Droit suisse

1°) Manuels, monographies, thèses, Code

- *Code civil suisse et code des obligations annotés*, Editions Payot Lausanne, 6ème éd., 1999

- Ph. DUDAN, *Le principe de spécialité de la créance garantie par gage : étude de droit bancaire*, thèse, Lausanne, Librairie de l'Université F. Rouge et Cie S.A., 1948
- N. IYNEDJIAN, *Les sûretés globales*, thèse, Lausanne, Editions Schulthess Zurich, 1999
- P-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. 3, *Servitudes personnelles. Charges foncières. Droits de gage immobiliers. Droits de gage mobiliers*, 2ème éd°, Editions Staempfli, 1996
- Union internationale du notariat latin, *La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande*, rapport rédigé par Me H. G. WEHRENS, 1988
- Prise de position du Conseil fédéral du 6 septembre 2000, suite à la motion 00.3236 déposée par P. JOSSEN-ZINSSTAG le 5 juin 2000, accessible http://search.parlament.ch
- Conseil fédéral suisse, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels)*, 27 juin 2007, 1.2.

2°) Articles

- L. AESCHLIMANN et B. FOEX, « Sûretés mobilières : limites et réforme du droit suisse », p. 27, *in Journée 2005 de droit bancaire et financier*, sous la direction de L. THEVENOZ et C. BOVET, accessible sur http://www.swlegal.ch
- P-A. GIRARD, « La cédule hypothécaire suisse », Droit et patrimoine, novembre 2005, p. 68
- Ch. JAQUES, « La réutilisation des cédules hypothécaires et le remploi des hypothèques dans le cadre d'une exécution forcée », *Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier*, août 2005, p. 209
- P-H. STEINAUER, « A propos de la constitution des cédules hypothécaires », *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, septembre-octobre 1997, p. 289

VI – Droit belge

1°) Manuels

- *Code civil belge*, MARABOUT, 2008.
- A. DIERYCK, *Les ouvertures de crédit. Etude juridique*, ETABLISSEMENTS EMILE BRUYLANT et LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT, 1945.
- M. GREGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, BRUYLANT, 2006.

- T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, LARCIER, 4ème éd°, 2004.

2°) Articles

- J-L. LEDOUX, « L'hypothèque pour toutes sommes : une panacée ? », note sous BRUXELLES, 8 octobre 1999, *RCJB*, 2001, p. 361.
- I. MOREAU-MARGREVE, « L'hypothèque pour toutes sommes », *JT*, 9 mars 1996, p. 182
- I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note sous Cass., 1ère chambre, 8 avril 1976, *RCJB*, 1980, p. 121
- A-M. STRANART, « L'hypothèque pour « toutes sommes », *RB*, 1991, p. 145
- A. STRANART-THILLY, « Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles et la publicité foncière », *RB*, 1975, p. 212
- A.M. STRANART-THILLY, « L'hypothèque constituée pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *RNB*, 1979, p. 548 et s.

3°) Jurisprudence

- MONS (2è ch.), 11 septembre 2006, *JT*, 2006, p. 747.
- Cass. 1ère chambre, 4 octobre 1963, *Pas.* 1964, I, 112, obs. F.D.

VII – Autres pays

1°) Allemagne

- G-S. HOK, « *The third real estate forum : mortgage lending in Europe* », *Law of land registration and mortgages in Germany*, rapport concernant les sûretés réelles en Allemagne. Livre foncier, sûretés réelles, exécution forcée, droit international privé, procédures collectives, accessible sur www.hypotheca-europae.net, p. 11.

2°) Autriche

- *Code civil général autrichien*, Haut commissariat de la République française en Autriche, Editions A. PEDONE, traduit par M. DOUCET, 1947.

3°) Grèce

- G. S. MARIDAKIS, *La tradition européenne et le Code civil hellénique*, Milano, DOTT. ANTONINO GIUFFRE-EDITORE, 1954.
- *Code civil hellénique,* traduit par P. MAMOPOULOS, mise à jour par M. TSITSEKLIS-SOURIADAKIS, éditions ANT. N. SAKKOULAS, 2000.

4°) Ecosse

- G.L. GRETTON, « *Mixed systems : Scotland* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, Kluwer Law International, 1998, p. 280

5°) Chine

- S. LI*, Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse, Paris II, 2008.

6°) OHADA

- F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA,* collection Droit Uniforme, Presses Universitaires d'Afrique, 1998.
- F. ANOUKAHA, J. ISSA-SAYEGH, A. CISSE-NIANG, I. Y. NDIAYE, M. FOLI, M. SAMB, *OHADA. Sûretés*, Bruylant, 2002.
- P. BOUREL, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007, p. 969.
- M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *P. aff.*, 13 oct. 2004, p. 30.

VIII - CNUDCI

- G. AFFAKI, « L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque », *Banque et droit*, juillet-août 2003, p. 26.

- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail VI, première session, New-York, 20-24 mai 2002, *Sûretés. Projet de guide législatif sur les opérations garanties. Rapport du Directeur général. Additif*, n°40.
- J-F. RIFFARD, « Le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties : un projet actuel et nécessaire », *Banque et droit*, septembre-octobre 1997, p. 10
- H. C. SIGMAN, « L'influence du modèle américain sur le projet de guide législatif de la CNUDCI : mythe ou réalité », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 40
- « La CNUDCI », Entretien. Trois questions à Valéry TURCEY, *D.* 2008, p. 1392.

IX - Droit européen

- F. BURSAUX, « L'organisation de la publicité foncière et l'hypothèque conventionnelle dans divers pays de l'Europe occidentale », *JCP, éd. N*, 1968, n°42
- *Prévention et gestion du contentieux en Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, Italie)*, Editions legislatives, 2003.
- Résolution du Parlement européen sur le crédit hypothécaire dans l'Union européenne (2006/2102 (INI)), *JO de l'Union européenne*, 14 novembre 2006, C 314 E/140, accessible sur http://eur-lex.europa.eu
- G. WATT, « *The eurohypothec and the English mortgage* », *MJ,* p. 181

X - Approches comparées

- P. ALI, *The law of secured finance. An international survey of security interests over personal property*, *Oxford university press*, 2002
- Y. CARON, « L'article 9 du Code Uniforme de Commerce peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois », *in Aspects of comparative commercial law : sales, consumers and secured transactions*, sous la direction J.S. ZIEGEL et W.F. FOSTER, 1969, p. 385.
- A. CARRASCO PERERA, « *Interests in land and transfert of land* », in *Land law in comparative perspective*, Kluwer law international, par M.E. SANCHEZ JORDAN et A. GAMBARO, 2002, p. 67

- G. McCORMACK, « *Personal Property Security Law Reform in England and Canada* », *JBL*, 2002, p. 121

- G. McCORMACK, *Secured Credit under English Law and American Law*, *Cambridge University Press*, 2004, p. 74.

- S. FARRAN et D. CABRELLI, « *Exploring the interfaces between contract law and property law : a UK comparative approach* », *MJ*, 2006, p. 419

- A. LEDUC, « Récents développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », *RN*, 2001, vol. 103, p. 67

- B. PIERRE, « *Classification of property and conceptions of ownership in civil and common law* », *RGD*, 1997, vol. 28, p. 261

- J. L. SIMPSON et J-H. M. ROVER, « *General principles of a modern secured transactions law* », *in Emerging financial markets and secured transactions*, *Kluwer Law International*, 1998

- S. VAN ERP, « *A comparative analysis of mortgage law : searching for principles* », *in Land law in comparative perspective*, *Kluwer law international*, M.E. SANCHEZ JORDAN et A. GAMBARO, 2002, p. 80.

- J.S. ZIEGEL, « *Canadian perspectives on chattel security law reform in the United Kingdom* », *CLJ,* 1995, vol. 54(2), p. 436.

Annexe

Dispositions originelles du Code civil

Titre XVIII[1195]

Des privilèges et hypothèques

Décrété le 28 ventose an XII. Promulgué le 8 germinal suivant.

(19-29 mars 1804)

Chapitre premier.
Dispositions générales.

2092. Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.

2093. Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

2094. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques.

[…]

Chapitre III.
Des hypothèques

2114. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation.

Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles.

Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.

[1195] Extraits, *Les six Codes, collationnés sur le texte original précédés de la Charte constitutionnelle et de ses lois organiques, et des lois sur l'organisation judiciaire*, Ladrange, libraire, quai des Augustins, n°19 ; Alex Gobelet, libraire, rue Soufflot, n°4, Paris, 1829.

2115. L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisées par la loi.

2116. Elle est, ou légale, ou judiciaire, ou conventionnelle.

2117. L'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi.
L'hypothèque judiciaire est celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires.
L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions, et de la forme extérieure des actes et des contrats.
[…]

Section I
Des hypothèques légales

2121. Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont :
Ceux des femmes mariées sur les biens de leur mari ;
Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur ;
Ceux de la nation, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

2122. Le créancier qui a une hypothèque légale, peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées.

Section II
Des hypothèques judiciaires

2123. L'hypothèque judiciaire résulte des jugements, soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus. Elle résulte aussi des reconnaissances et vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé.
Elle peut s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir, sauf aussi les modifications qui seront ci-après exprimées.

Section III
Des hypothèques conventionnelles

2124. Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.

[…]

2127. L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

2129. Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui, soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur, déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance. Chacun de tous ses biens présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque.

Les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués.

2130. Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y demeure affecté à mesure des acquisitions.

2131. Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujétis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra, ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque.

2132. L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie, est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu.

[…]

Chapitre IV

Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques.

[…]

2148. Pour opérer l'inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilège ou à l'hypothèque.

Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre ; ils contiennent :

1° Les noms, prénoms, domicile du créancier, sa profession s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau ;
2° Les noms, prénoms, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle, que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans les cas l'individu grevé d'hypothèque ;
3° La date et la nature du titre ;
4° Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée ; comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité ;
5° L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son hypothèque.
Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule inscription, pour ces hypothèques frappent tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau.
[…]

Chapitre V

De la radiation et réduction des inscriptions

[…]
2161. Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur. On y suit les règles de compétence établies dans l'article 2159.
La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles.

2162. Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en fonds libres le montant des créances en capital et accessoires légaux.

2163. Peuvent aussi être réduites comme excessives, les inscriptions prises d'après l'évaluation, faite par le créancier, des créances qui, en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention, et qui par leur nature sont conditionnelles, éventuelles ou indéterminées.

2164. L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges, d'après les circonstances, lesprobabilités des chances et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits vraisemblables du créancier avec l'intérêt du crédit raisonnable à conserver au débiteur ; sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'évènement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.

2165. La valeur des immeubles dont la comparaison est à faire avec celle des créances et le tiers en sus, est déterminée par quinze fois la valeur du revenu déclaré par la matrice du rôle de la contribution foncière, ou indiqué par la cote de contribution sur le rôle, selon la proportion qui existe dans les communes de la situation entre cette matrice ou cette cote et le revenu, pour les immeubles non sujets à dépérissement, et dix fois cette valeur pour ceux qui y sont sujets. […] .

Liste des adages cités

Accessorium sequitur principale, 176

Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio, 152

Hypotheca adheret fundo sicut lepra cuti, 190

L'hypothèque ne vient pas de la convention des parties, mais de l'autorité du Roi, 67

Non tantum ob pecuniam sed et ob aliam causam pignus dari potest, 48, 108

Qui n'a que des immeubles est insolvable, 63, 90

Regulariter tantum operatur generalis hypotheca quantum specialis, 65

Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, 129

Solus consensus obligat, 22

Voluntas in mente retenta voluntas non est, 22

Index

A
Accessoires du bien grevé, 169 et s.
Accessoire par affectation, 33
Accessoire par production, 33
Acte notarié, 22 et s., 60 et s.
Action confessoire, 32
Action en revendication, 32
Autonomie patrimoniale, 95 et s.

B
BERD, 319

C
Caractère accessoire à l'obligation, 33
- Détermination de la créance garantie, 43 et s.
- Indépendance structurelle à l'égard de la créance garantie, 33
- Remise en cause de la dépendance fonctionnelle, 34

Caractère accessoire au droit de gage général, 92 et s.

Caractère exprès de l'hypothèque, 51

Caractère public de l'hypothèque, 75 et s.

Cautionnement, 230 et s.
- Cautionnement spécial, 240
- Contrat consensuel, 237, 239, 240
- Crédit *revolving*, 242
- Devoir de mise en garde, 234
- Loyers d'habitation, 242
- Mention manuscrite, 239
- Prêt participatif, 241
- Protection de la caution, 232 et s.
- Solvabilité, 230 et s.

Cédule hypothécaire, 276 et

Cession de priorité, 205

Choses fongibles, 194

Clause d'arbitrage, 195

CNUDCI, 318

Commerçant, 247

Common law, 7, 8, 260 et s.

Compte en cours de fonctionnement, 177 et s.

Condition de fond, 37 et s., 101 et s.

Condition de forme *ad opposabilitatem*, 53 et s.
- Absorption par la publicité foncière, 55, 56

Condition de forme *ad validitatem,* 51 et s.
- Acte notarié, 60 et s.

Condition de forme spécifique, 110 et s
- Enumération des biens grevés, 112 s.
- Enonciation d'une somme d'argent, 116

Consensualisme, 22

Consommateur,
- Droit belge, 273
- Protection de la caution, 250

Crédit, 84 et s.
- Confiance, 84, 88
- Coût, 5
- *V*. Droit de gage général
- Autonomie, 88
- Hypothécaire mobilier, 6

- PME, 4, 5
- *Revolving*, 242, 256, 257

D

Debitum, 85

Dette foncière, 279 et s.

Droit de gage général, 84 et s.
- Caractère intermédié, 70
- Détachement du droit de propriété, 90
- Distinction *obligatio/debitum*, 85
- Droit personnel/réel, 70
- Autonome, 88 et 89
- Principal de l'hypothèque, 34, 92 et s.

Droit de préférence,
- Atteinte à l'autonomie patrimoniale du débiteur, 95 et s.
- Attribut du droit de propriété, 32

Droit de propriété,
- Attributs, 32
- Détachement du droit de saisie, 90

Droit de suite
- Atteinte à l'autonomie patrimoniale du débiteur, 95 et s., not. 97 à 99
- Attribut du droit de propriété, 32
- Revendication, 32

Droit des biens
- Rattachement de l'hypothèque, 31 et s.

Droit des obligations
- Rattachement de l'hypothèque, 33 et s.

Droit d'inscription, 75 et s.
- Exercice du droit d'inscription, 81 et s.
- Genèse, 78
- Prérogative du titulaire de l'hypothèque, 81
- Attribut de l'authenticité, 82

E

Egalité des créanciers, 186
Enumération des biens hypothéqués, 111 et s.

F

Faculté de *re-use,* 196

Floating charge, 7
- Angleterre, 298 et s., 303 et s.
- Colombie britannique, 297
- Liberté du débiteur, 301 et s.

Fonds de commerce, 170 et s.

Force contraignante de l'obligation, 85 et s.

Force exécutoire
- Acte notarié, 71, 73
- Caractère direct du droit de gage général, 70
- Source, 73

Formalisme *ad validitatem*,
- Source de la force exécutoire, 73
- Formalisme de protection, 26, 74

G

Gage mobilier, 159 et s.
- Avant la réforme, 159
- Choses fongibles, 162
- Gage commercial, 161

Gage immobilier, 155

Gêne du constituant, 95 et s., 135 et s.

H

Hypothèque
- Acte de disposition, 24
- Conception non-patrimoniale, 83 et s.
- Conception institutionnelle, 60 et s.
- Détermination de l'assiette, 104 et s.
- Détermination du montant, 107 et s.
- Rattachement au droit des biens, 31, 32
- Remploi en capital, 281

Hypothèque conventionnelle, 18 et s.

- Acte notarié, 22 à 26, 60 et s.
- Analyse contractuelle, 20 et s.
- Caractère mixte, 30
- Convention d'hypothèque, 21

Hypothèque de la chose d'autrui, 124 et s.
- Bien déterminé, 124
- Notion de « bien d'autrui », 132
- Rattachement à la prohibition de l'hypothèque des biens à venir, 125
- Protection des tiers, 126
- Protection du *verus dominus,* 128

Hypothèque générale de l'ancien droit, 60 et s.
- Caractère général implicite, 69
- Caractère réel, 65 et s.
- Caractère tacite, 69
- Désarticulation, 70
- Ensaisinement seigneurial, 66
- Priorité de l'hypothèque spéciale, 64
- Priorité sur l'hypothèque spéciale, 64

Hypothèque judiciaire, 73

Hypothèque légale, 73

Hypothèque *omnibus,* 212 et s.
- Droit allemand, 268
- Droit anglais, 270, 271
- Droit belge, 265
- Droit chilien, 168
- Droit chinois, 272
- Droit Québécois, 266
- Droit suisse, 269

Hypothèque ouverte, 308

Hypothèque rechargeable, 217 et s.
- Compatibilité avec le principe de spécialité, 217
- Crédit hypothécaire mobilier, 6
- Distinction de l'hypothèque abstraite, 219
- Expansion à l'étranger, 276 et s.
- Volonté du gouvernement, 6

Hypothèque sur universalité de biens meubles, 316, 328

I

Immeubles par destination, 176 et s.

Inscription, 27 et s., 75 et s.
- Droit d'inscription, 76 et s.
- Exercice du droit d'inscription, 81
- Histoire de la publicité hypothécaire, 75
- Mode légal d'opposabilité, 80
- Rattachement à la publicité foncière, 27
- Authenticité, 82
- Effet de la publication, 28
- Effet de l'inscription, 29

L

Liberté des transactions, 97, 144 et. , 302 et s.

Liberté de disposer *in the ordinary course of business*, 307, 322

Liberté d'engagement, 96, 136 et s., 329 et s.

M

Modification de l'assiette, 188 et s.
- Choses fongibles, 194
- Clause d'arbitrage, 195
- Faculté de *re-use*, 196
- Remembrement rural, 191
- Translation d'hypothèque, 192

Mondialisation du paradigme américain, 7, 8

Mortgage
- *After-acquired property clause*, 295, 296
- *Dragnet clause*, 274
- *Mortgage on personal property*, 304 et s.

N

Nantissement de compte en cours de fonctionnement, 177 et s.
- Compte courant, 180
- Maîtrise du compte, 181

Nantissement de créances
- Cession du poste client, 165
- De droit commun, 164

- Professionnelles par bordereau dailly, 165

Nantissement de fonds de commerce, 170 et s.

Nantissement de film cinématographique, 202

Nantissement de marchés publics, 202

Notariat, 67

Notice filing, 326

Novation, 206

Nullité absolue, 118

Nullité de l'inscription, 120

O

Obligatio, 63 et s., 85

Obligatio generalis et *specialis*, 63 et s.

Organisation des Etats Américains (OEA), 320

P

Patrimoine,
- Classification bipartite des droits, 19
- Conception patrimoniale du droit des sûretés, 30

Pledge, 304

Prêt participatif, 241

Principe de permanence du support, 190, 203

Principe de spécialité
- Absence d'étude, 17
- Conception patrimoniale, 35 et s.
- Origine hypothécaire, 15
- Présentation sommaire, 2

Principe de spécialité quant à la créance garantie, 43 et s.
- Arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1939, 47
- Détermination du montant de la créance garantie, 46
- Indication de la cause, 47, 48

Principe de spécialité quant au bien grevé, 38
- Détermination des biens grevés, 39
- Détermination du droit réel, 42
- Difficultés d'application, 40, 41

Principe de spécialité quant à la constitution,
- Reconnaissance à l'étranger, 286 et s.
- Tutelle contractuelle, 36

Principe de spécialité quant à l'inscription,
- Absorption par la publicité foncière, 53 et s.
- Reconnaissance à l'étranger, 292 et s.
- Tutelle contractuelle, 36

Principe de spécialité quant au montant,
- Droit français, 107 et s., 200 et s.
- A l'étranger, 262 et s.

Professionnel,
- Constituant, 243 et s.
- Créancier, 249

Prohibition de l'hypothèque des biens à venir, 123 et s.
- Notion de « biens à venir », 131 et s.

Publicité foncière, 27, 28

Publicité hypothécaire
- Conception contractuelle, 27 et s.

Purchase money security interest, 332 et s.

R

Réforme du droit des sûretés
- Contenu, 11
- Mise en place de la réforme, 10
- Spécialité quant au montant, 207 et s.

Relatedness doctrine, 274 et s.

Remembrement rural, 191

Renforcement du droit de gage général, 92

S

Security interest, 311 et s.
- Expansion du modèle américain, 7, 8

Solvabilité, 149, 221 et s.

Subrogation, 204

Surendettement, 221 et s.

Sûreté à destination professionnelle, 254 et s.

Sûretés à destination domestique, 256 et s.

Sûreté flottante générale, 167 et s.
- Créanciers chirographaires, 185, 186
- Ebauche, 182 et s.
- Priorité de la sûreté spéciale, 183
- Publicité, 187

Sûreté *omnibus*
- Admissibilité en droit français, 212
- Hypothèque (étranger), 263 et s.
- Compte courant, 215 et s.
- Nantissement de marchés publics, 202
- Ouverture de crédit, 214
- Warrant, 202

T

Transfert de propriété à titre de garantie
- Droit commun, 157, 166
- Loi n°2007-211 du 19 février 2007, 156

Translation d'hypothèque, 192

U

Universalité,
- Compte d'instruments financiers, 197
- Compte en cours de fonctionnement, 178
- Fonds de commerce, 171

W

Warrant global, 202

Table des matières

ABREVIATIONS DES INTITULES DE REVUES 9

LISTE DES MANUELS ET ARTICLE CITES PAR LE NOM DES AUTEURS 13

RESUME 15

SOMMAIRE 17

INTRODUCTION 19

PREMIERE PARTIE : LE RETOUR AUX SOURCES ORIGINELLES DU PRINCIPE 37

TITRE 1 : L'ARTIFICIALITÉ DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE 41

Chapitre 1 : La mise sous tutelle de l'hypothèque 43

Section 1 : La tutelle du contrat 44

§1 L'acte notarié 46

§2 L'inscription 51

Section 2 : La tutelle du patrimoine 53

§1 L'enracinement de l'hypothèque dans le droit des biens 54

§2 L'enracinement de l'hypothèque dans le droit des obligations 57

Chapitre 2 : L'occultation du principe 61

Section 1 : Les conditions de fond 62

§1 Le principe de spécialité quant au bien grevé 62

A) La détermination des biens à raison du principe de spécialité 63

B) La détermination du droit réel principal 66

§2 Le principe de spécialité quant à la créance garantie 67

A) La détermination de l'obligation à raison du principe de spécialité 67

1°) Les incertitudes liées à la rédaction de l'ancien article 2132 du Code civil 68

2°) La détermination de l'obligation à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 1939 70

B) La détermination de l'obligation à raison du caractère accessoire 74

Section 2 : Les conditions de forme 75

§1 La condition de forme ad validitatem 76

§2 La condition de forme ad opposabilitatem 77

TITRE 2 : L'AUTHENTICITÉ DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ DE L'HYPOTHÈQUE 83

Chapitre 1 : L'émancipation de l'hypothèque 85

Section 1 : La tutelle du contrat 86

§1 L'acte notarié 86
A) La substance de l'hypothèque sous l'ancien droit 87
1°) L'absence de corrélation entre l'existence de l'hypothèque et la détermination des biens 88
2°) L'autorité du titre 91
B) La substance de l'hypothèque en droit moderne 94
§2 L'inscription 99
A) La naissance du droit d'inscription 102
B) L'exercice du droit d'inscription 105
Section 2 : La tutelle du patrimoine 106
§1 La naissance du crédit en droit moderne 107
A) Le détachement du droit de gage général de la créance 109
B) Le détachement du droit de gage général de la propriété 111
§2 L'hypothèque, un instrument du crédit 113
A) Le renfort du droit de gage général 114
B) Les attributs de l'hypothèque 116
1°) Le droit de préférence 116
2°) Le droit de suite 117
Chapitre 2 : La manifestation du principe 121
Section 1 : Le contenu du principe 122
§1 Le principe 123
A) Les conditions de fond 124
1°) La détermination de l'assiette de l'hypothèque 124
2°) La détermination du montant de l'hypothèque 126
B) Les conditions de forme 128
1°) Un mode spécifique d'extériorisation de la volonté 129
a) L'énumération de l'assiette de l'hypothèque 129
b) La déclaration d'une somme d'argent 131
2°) Le caractère impératif 132
a) La sanction 133
b) L'absence d'équipollents 136
§2 Le corollaire 137
A) Le détachement de l'interdiction de l'hypothèque de la chose d'autrui 138
B) La recherche de l'intention du législateur 145
Section 2 : Le fondement du principe 148
§1 La liberté d'engagement du débiteur 149
A) L'atteinte à la liberté d'engagement 150
B) La détermination de l'hypothèque 154
§2 La liberté des transactions 160

DEUXIEME PARTIE : L'ORIENTATION DU PRINCIPE EN DROIT CONTEMPORAIN 167

TITRE 1 : LE RESSOURCEMENT DU PRINCIPE DANS L'ORDRE INTERNE 171
Chapitre 1 : La résurgence du principe originel 173
Section 1 : Le principe de spécialité quant au bien grevé 173

§1 La détermination des biens lors de la constitution de la sûreté 174
A) La reprise des solutions traditionnelles 175
1°) Les sûretés immobilières 175
2°) Les sûretés mobilières 178
a) Le gage 178
b) Le nantissement 181
c) Le transfert de propriété à titre de garantie 184
B) *De lege feranda*, l'admissibilité d'une sûreté réelle flottante 185
1°) Les dérogations apparentes au principe de spécialité 186
a) La sûreté réelle sur les accessoires du bien grevé à titre principal 186
α) Le nantissement de fonds de commerce 186
β) Les immeubles par destination, accessoires de l'immeuble hypothéqué 191
b) Le nantissement de compte en cours de fonctionnement 192
2°) L'ébauche de la sûreté flottante générale 195
§2 La modification du bien postérieurement à la constitution de la sûreté 200
A) L'échange des biens constituant l'assiette de la sûreté 200
1°) La « soi-disant » impossibilité conceptuelle de modifier l'assiette de l'hypothèque 201
2°) Le remembrement rural 202
3°) La translation d'hypothèque 203
B) Le renouvellement des biens constituant l'assiette de la sûreté 204
C) L'augmentation des biens constituant l'assiette de la sûreté 207
Section 2 : Le principe de spécialité quant à la créance garantie 209
§1 La consécration du principe de spécialité quant au montant 210
A) Les régimes spéciaux antérieurs à la réforme 210
B) La modification de l'identité de la créance antérieurement à la réforme 212
C) La consécration législative du principe 214
§2 Les assouplissements dus à la reconnaissance du principe de spécialité quant au montant 217
A) L'indifférence à l'identité de la créance lors de la constitution de la sûreté 217
B) La validité de la sûreté réelle *omnibus* 219
C) L'introduction en droit français de l'hypothèque rechargeable 224
Chapitre 2 : Le débordement du principe originel 229
Section 1 : La nécessité de la protection de la solvabilité du constituant 229
§1 La protection de la solvabilité du constituant de la sûreté réelle 230
A) La sûreté réelle *ad hoc* 230
B) La sûreté réelle rechargeable 233
§2 La protection de la solvabilité du constituant de la sûreté personnelle 234
A) L'insuffisance de la protection par le droit de la consommation 235
B) La soumission des sûretés personnelles à une protection de droit commun 240
1°) La soumission des sûretés personnelles au principe de spécialité quant à la créance garantie 240
2°) De lege lata, l'application du principe de spécialité quant à la créance garantie au cautionnement 242
Section 2 : Le critère de la protection de la solvabilité du constituant 244

§1 Les critères ne prenant pas en considération le but poursuivi par le constituant 245
A) La qualité de personne physique ou morale 245
B) La qualité de commerçant ou de non-commerçant 246
§2 La destination professionnelle ou domestique de la sûreté 249
A) L'existence du critère 249
B) L'efficacité du critère 252
1°) La validité de la sûreté omnibus à destination professionnelle 252
2°) La spécialité de la sûreté à destination domestique 253
TITRE 2 : LA COMPATIBILITÉ DU PRINCIPE RESSOURCÉ AVEC L'ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL 259
Chapitre 1 : L'existence d'un principe international en droit hypothécaire 261
Section 1 : Le principe de spécialité quant au montant 261
§1 L'ouverture des droits étrangers à la validité de l'hypothèque omnibus 262
A) La validité de l'hypothèque pour un montant déterminé 262
1°) Le droit belge 263
2°) Le droit québécois 264
3°) Le droit chilien 266
4°) Le droit allemand 266
5°) Le droit suisse 267
7°) Le droit anglais 268
8°) Le droit chinois 269
B) La protection du consommateur 270
§2 L'expansion de l'hypothèque rechargeable à l'étranger 274
A) La distinction des droits français, suisse et allemand 274
1°) L'inexistence d'une créance abstraite d'un montant déterminé 274
2°) La protection du constituant de l'hypothèque rechargeable 278
B) La possibilité d'un rapprochement des droits français, suisse et allemand 279
Section 2 : Le principe de spécialité quant à l'assiette 281
§1 Les législations reconnaissant le principe de spécialité quant à la constitution 281
A) Les pays européens autres que l'Angleterre 281
B) L'Angleterre 284
C) Au-delà de l'Europe 286
§2 Les législations reconnaissant le principe de spécialité quant à l'inscription 287
A) Le Québec 287
B) Les Etats-Unis 289
C) Les provinces anglo-saxonnes du Canada 291
D) L'Angleterre 293
Chapitre 2 : L'émergence d'un principe international en droit des sûretés mobilières 297
Section 1 : La liberté des transactions 298
§1 Les sûretés générales sans droit de suite 298
A) La *floating charge* de droit anglais 299
B) L'hypothèque ouverte en droit québécois 304
§2 Les sûretés générales avec droit de suite 305

A) Le modèle américain 306
1°) Le security interest de droit américain 306
2°) L'hypothèque sur universalité de biens meubles en droit québécois 311
3°) L'inspiration des projets d'harmonisation par le droit américain 313
B) L'autorisation d'aliéner les biens grevés « *in the ordinary course of business* » 315
1°) Le droit américain 315
2°) Le droit québécois 318
C) L'inscription de la sûreté réelle générale 318
Section 2 : La liberté d'engagement 321
§1 La résurgence de sûretés réelles spéciales prioritaires 322
A) La constitution d'une *fixed charge* au profit d'un créancier postérieur en droit anglais 323
B) Le *purchase money security interest* : la « superpriorité » accordée au créancier postérieur pour garantir un prix d'achat, en droit américain 323
C) La superpriorité conférée aux sûretés-propriété au Québec 327
§2 Le sacrifice des créanciers chirographaires 327

CONCLUSION 335

BIBLIOGRAPHIE 339

ANNEXE 367

LISTE DES ADAGES CITES 373

INDEX 375

TABLE DES MATIERES 381