



Lasaygues & Associés

La Lettre



DIDIER LASAYGUES,
Notaire Associé

ÉDITORIAL

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances, validée le 5 août par le Conseil constitutionnel, a été promulguée et publiée au Journal officiel le 7 août dernier.

Le chapitre III, intitulé *Conditions d'exercice des professions juridiques réglementées*, porte réforme du notariat en certains aspects précédemment évoqués. Parmi ces derniers, figure la création d'une grande profession du droit, permettant l'exercice au sein d'une même structure de diverses activités, dont celles de notaire et d'avocat.

Une telle initiative doit être saluée et nous la saluons, elle affirme le principe de la séparation des professions, garantie indispensable de l'indépendance, donc de la liberté des différents acteurs dans l'exercice de leurs fonctions.

Le texte prévoit certaines mesures en ce sens, comme l'exclusion des capitaux extérieurs aux professions concernées, le respect des règles déontologiques inhérentes à chaque profession, la prise en compte des incompatibilités et des risques de conflits d'intérêts propres à chaque profession, la préservation de l'intégrité des missions liées au statut d'officier public et ministériel, ou encore le droit au secret professionnel des avocats, l'ensemble exerçant dans une même structure.

À cette fin le rôle des ordres professionnels apparaît comme central, or dans un passé pas si ancien ces ordres avaient échoué à bâtir une structure inter professionnelle et nous doutons fortement de leur volonté d'aboutir à l'élaboration d'un corpus déontologique harmonisé permettant l'épanouissement de tous les acteurs de ce vaste projet. Les règles déontologiques de chaque

profession, d'origines très anciennes pour la plupart, sont assez peu solubles entre-elles et peuvent constituer un frein puissant à l'émergence d'une grande profession du droit et de son corpus de règles inter professionnelles. Il existe bien la charte inter professionnelle de 2006, signée par les présidents du Conseil national des barreaux, du Conseil supérieur de l'ordre des experts comptables et du Conseil supérieur du notariat, mais si cette charte fournit quelques pistes d'ordre déontologique, celles-ci sont totalement insuffisantes face aux enjeux de la loi en question.

Il ne suffit pas au législateur d'énoncer des objectifs, il lui faut s'en donner les moyens. À ce titre¹ le travail des ordres sous l'arbitrage de la Commission de Concertation des Professions Libérales² qui « examine, dans le respect des prérogatives des instances ordinales et syndicales, toutes les questions intéressant les professions et les activités libérales » et ne peut émettre que des propositions ou des avis, va s'avérer vite notoirement insuffisant. Dès lors, il apparaît indispensable que soit créée une nouvelle institution chargée de représenter ce nouvel ensemble inter professionnel pour que rapidement il se fonde en une profession unique.

Le terme de « représentation » est ici entendu en un sens générique, impliquant diverses missions, dont celle de doter ces structures futures d'un interlocuteur privilégié auprès des pouvoirs publics. Et la chose est urgente, car la publication des ordonnances relatives à ces créations est en cours. Et ne serait-ce que parce que les ordres professionnels visés relèvent du ministère de la Justice, tandis que l'application desdites ordonnances dépendra du ministère des Finances... 🍷

1. Loi n°66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles.

2. Décret n°2011-200 du 21 février 2011 portant création de la Commission nationale des professions libérales.

FINANCEMENT IMMOBILIER INTERNATIONAL ET SÛRETÉS RÉELLES

*L'importance de la localisation des actifs mobiliers affectés en garantie.
Plaidoyer pour l'application de la lex rei sitae (partie 2)*

→ RETROUVEZ DANS LA PRÉCÉDENTE LETTRE
DE L'ÉTUDE N°22, la première partie de cet article.

10. S'agissant des sûretés réelles mobilières susceptibles de financer l'acquisition ou la construction d'un immeuble, le point de départ est le même qu'en matière de sûretés immobilières. Comme le rappelle invariablement la Cour de cassation en effet, « la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en France »¹. La pratique, en matière de sûretés réelles mobilières, se fait ainsi parfaitement l'écho de la primauté de la *lex rei sitae*, et des contraintes qu'elle impose. Mais cette compétence réelle n'a pas le même sens qu'en matière immobilière. Et pour cause : la mobilité inhérente à ces actifs rend la localisation des actifs grevés de sûretés non seulement plus incertaine, mais surtout, les acteurs économiques profitent de cette mobilité pour localiser leurs actifs à grever en fonction de l'efficacité des règles matérielles nationales qui sont les mieux adaptées à leurs besoins : autrement dit, si la loi de situation des meubles est applicable, une grande liberté est laissée aux acteurs du commerce international pour localiser ces biens. La contrainte que leur impose la loi de situation du bien (C) est contrebalancée par le libéralisme avec lequel il leur est loisible de choisir la situation géographique de ces biens (D).

C → L'emprise de la *lex rei sitae mobilis*

11. Pour préciser le champ d'application de la loi de situation de l'actif servant d'assiette à la sûreté, nous raisonnerons ici à partir de l'exemple

tiré de la clause de réserve de propriété. Le droit français reconnaît la réserve de propriété mobilière de longue date. C'est une sûreté utilisée fréquemment dans la pratique. Néanmoins, insérée dans un contrat international, la clause de réserve de propriété peut être à l'origine d'un différend judiciaire et donner lieu à un conflit de lois, car différentes lois peuvent intervenir pour résoudre ces difficultés. Le choix à opérer, et le sort corrélatif de la sûreté réelle, varie ici selon que le débiteur est *in bonis* (i) ou qu'il bénéficie d'une procédure collective (ii).

I. Lorsque le débiteur est *in bonis*

12. Le principe demeure celui de la soumission de la sûreté à la *lex rei sitae*. Mais sa validité et ses effets doivent aussi tenir compte de la loi du contrat, loi de la source, ou le cas échéant de la clause elle-même. La loi du contrat régit les conditions de validité et les effets personnels de l'acte alors que la *lex rei sitae* détermine son opposabilité aux tiers. Même si la *lex rei sitae* semble primée en droit français, la loi du contrat ne doit pas céder devant cette dernière car elle régit la validité de la clause de réserve de propriété. En conséquence, si le débiteur est *in bonis*, le conflit de lois issu de la clause de réserve de propriété se résout par un rattachement distributif. Dès lors, la clause de réserve de propriété sera efficace et ne produira d'effet dans le pays d'importation que si elle est conclue valablement au regard de la loi du contrat et si elle est reconnue opposable par la *lex rei sitae*.

II. Si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective

13. Il convient de distinguer, en droit international, suivant que l'on raisonne en application du règlement CE n° 1346-2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité ou du droit commun français.

1. Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1969, DIAC : JurisData n° 1969-000268 ; GAJDIP, 7^e éd. n° 48 ; JCP G 1970, II, 16182, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1970, p. 916, note J. Derruppé ; Rev. crit. DIP 1971, p. 75, note P. Fouchard. – Cass. 1^{re} civ., 3 mai 1973 : Rev. crit. DIP 1974, p. 100, note E. Mezger ; JDI 1975, p. 74, note P. Fouchard.

Si le droit commun français est applicable, ce n'est plus deux, mais trois lois qui entrent en concurrence pour régir la clause de réserve de propriété : la loi du contrat, la loi du lieu d'ouverture de la procédure collective et la *lex rei sitae*. La loi compétente pour régir les conditions d'opposabilité de la réserve de propriété sera la loi du lieu d'ouverture. Mais elle doit être distinguée de celle applicable à la validité même de la réserve de propriété. La loi de la faillite ne peut rendre valable une clause de réserve de propriété qui ne l'est pas au regard de la loi du contrat. Inversement, la loi du contrat ne peut permettre une revendication que la loi de la faillite n'autorise pas.

Aussi, comme la loi de la faillite détermine l'opposabilité de la clause de réserve de propriété de même que les conditions de la revendication et que la loi du contrat s'intéresse à la validité de la clause, le conflit de lois se règle, comme précédemment, par un rattachement cumulatif des lois en présence. Partant, l'efficacité de la clause de réserve de propriété est ainsi limitée. L'application cumulative des différentes lois compétentes peut conduire à l'inopposabilité ou à la nullité de la clause. Il est d'ailleurs regrettable que le droit français – et ce même en matière immobilière – n'exige pas que la réserve de propriété soit publiée pour être opposable.

Si le règlement CE n° 1346-2000 est applicable, l'emprise de la *lex rei sitae* est préservée. Alors que, d'une manière générale, l'article 5 du règlement dispose que « L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles – à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification – appartenant au débiteur, et qui se trouvent, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre », son article 7 prévoit une disposition analogue spécialement applicable à la clause de réserve de propriété.

Dans l'un comme l'autre cas, il suffit donc que le bien objet de la sûreté en général, ou de la clause de réserve de propriété en particulier se trouve situé dans un État membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel est ouvert la procédure d'insolvabilité. C'est dire combien est crucial, pour assurer l'efficacité de la sûreté, de savoir dans quel État se trouve le bien qui sert d'assiette à la sûreté en cause.

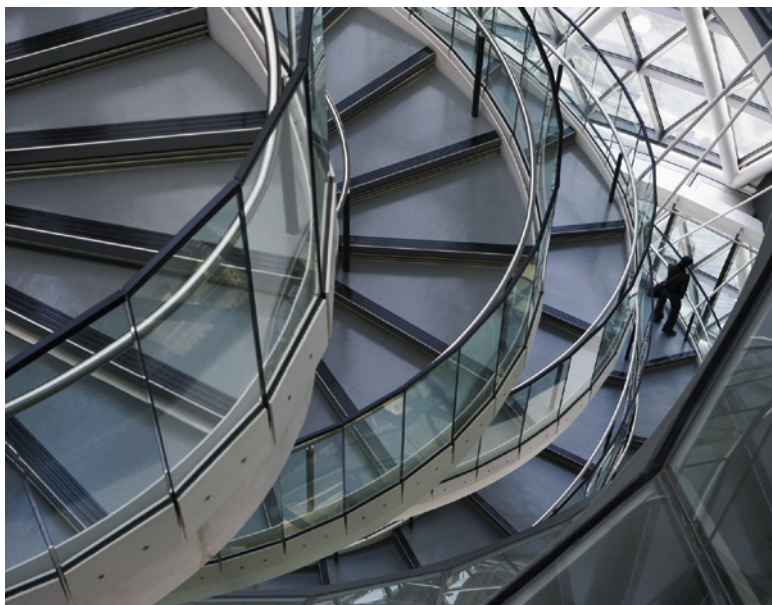
D → La liberté de choisir la *lex rei sitae mobilis*

14. Les biens meubles corporels, les créances et autres meubles incorporels peuvent en effet faire

l'objet d'une localisation volontaire entraînant dans leur sillage le choix de la loi applicable (i) et l'efficacité d'une procédure collective ouverte dans l'Union européenne (ii).

I. Le choix de la loi applicable

15. Le nouveau ratio de solvabilité de Bâle II a donné « une prime » aux sûretés particulièrement efficaces. Or, la rentabilité des établissements de crédits est déterminée sur la base d'un pourcentage de retour sur fonds propres. Cette rentabilité dépend étroitement de l'efficacité des sûretés ainsi choisies pour le créancier bancaire. La localisation des financements internationaux devient alors un véritable facteur de rattachement qui conduira à l'efficacité de la sûreté mobilière choisie. Le gage de l'efficacité d'une sûreté réelle mobilière dépend donc de la compétence de principe de la loi locale, image de la localisation du bien grevé.



II. L'efficacité d'une procédure collective ouverte dans l'Union européenne

16. Le règlement CE n° 1346-2000 contient des règles de localisation et de reconnaissance automatique des sûretés constituées en Europe. Les créances sont localisées par l'article 2 (g) qui se réfère à l'État membre sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur, tel qu'il est déterminé à l'article 3 (1). Il existe cependant une règle générale pour localiser les biens et les droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public en faveur de l'État membre sous (...)

C'est dire combien est crucial, pour assurer l'efficacité de la sûreté, de savoir dans quel État se trouve le bien qui sert d'assiette à la sûreté en cause.

(...) l'autorité duquel ce registre est tenu. Dans la mesure où, en règle générale, la loi applicable à la constitution et à la réalisation des sûretés est la *lex rei sitae*, les règles relatives à la localisation des biens déterminent la loi applicable.

Par conséquent et au vu de ces règles, les créanciers soucieux d'échapper à l'emprise de la procédure d'insolvabilité, pourraient être tentés de déplacer un bien mobilier dont ils ont la disposition sur le territoire autre que celui du centre des intérêts principaux du débiteur. Ils pourraient être tentés d'inscrire leurs sûretés sur un registre public tenu dans un autre État membre que celui du centre des intérêts principaux de leur débiteur. De telles manœuvres, peuvent relever en amont d'une stratégie judicieuse si la localisation coïncide avec l'inscription de la sûreté.

A l'analyse, les créanciers munis de sûretés réelles bénéficient d'une immunité. Ils sont hors concours. Ils ne sont plus réduits à l'avantage d'avoir un meilleur rang issu du droit de préférence ou à celui d'échapper au concours par l'utilisation de la propriété comme garantie ou par l'utilisation de sûretés leur conférant un droit de rétention.

Ces créanciers privilégiés ne sont pas soumis à l'arrêt des poursuites individuelles prescrit par la loi d'ouverture. Les biens grevés échappent au syndic de la procédure. Les droits réels portant sur les biens se situant sur le territoire d'un autre État membre que celui de la procédure dépendent du droit commun de la loi du lieu de leur situation. Dès lors que le créancier ou le tiers bénéficiaire réalise le bien grevé, la distribution du prix respecte le droit commun du lieu de situation du bien, au détriment du droit de l'insolvabilité. Au surplus, l'article 18, § 3 du règlement précise qu'en cas d'inaction du bénéficiaire du droit réel, si le syndic réalise les biens, il respecte le droit commun de la loi du lieu de

situation du bien désintéressant le créancier sans tenir compte de la loi de la procédure collective. Cette immunité remet en cause le caractère collectif des procédures d'insolvabilité et le principe, même galvaudé, de l'égalité des créanciers. La déclaration des créances devient inutile pour ce qui est des répartitions puisque les créanciers titulaires de sûretés réelles sont hors procédure, elle ne reste utile que pour participer à la procédure.

17. L'ouverture de la procédure par les juridictions d'un État membre sur le territoire duquel le débiteur ne dispose que peu ou pas d'actifs conduit au démembrement de la procédure d'insolvabilité. Toutefois ces limites, apportées à l'efficacité de la procédure principale, peuvent dans certains cas être écartées :

- d'une part, si les biens grevés sont situés dans un État où le débiteur possède un établissement, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité territoriale secondaire dans cet État sera possible et elle permettra d'appréhender ces biens dans les conditions fixées par la loi qui lui est applicable² ;
- d'autre part, les règles relatives aux nullités de la période suspecte relèvent de la loi de l'État d'ouverture³. La validité de tout acte préjudiciable aux créanciers peut être contestée par le syndic devant la juridiction de l'État où est situé le bien grevé en application de cette loi.

Il en est ainsi de l'acte constitutif du droit réel mais aussi de l'acte par lequel le créancier a transféré le bien grevé dans un autre État après l'ouverture de la procédure⁴. Néanmoins, le cocontractant qui prétend échapper à la nullité ou à l'inopposabilité prévue par la loi de l'État d'ouverture dispose d'un moyen de défense spécifique : si l'acte litigieux est soumis à une loi différente de la loi d'ouverture, et que cette loi ne permet par aucun moyen de l'attaquer, ni selon le droit de l'insolvabilité (actions en nullité ou en inopposabilité), ni selon le droit commun (action paulienne en particulier), il ne peut être remis en cause⁵. La charge de la preuve de la loi étrangère pèse sur le contractant qui s'oppose à l'action du syndic. 🍷

2. Règl. CE n° 1346-2000, art. 27.

3. Règl. CE n° 1346-2000, art. 4-2 m.

4. Règl. CE n° 1346-2000, art. 5, § 4 ; règl. CE n° 1346-2000, art. 6, § 2 et règl. CE n° 1346-2000, art. 7, § 3, s'agissant du bien grevé d'une clause de réserve de propriété.

5. Règl. CE n° 1346-2000, art. 13.

RETOUR SUR LE DROIT DE RÉTENTION ET SON APPLICATION AU GAGE IMMOBILIER

Le droit de rétention a pour essence suivant les dispositions de l'article 2286 du code civil et du droit positif dans son ensemble, une créance, une détention et un lien de connexité entre les deux.



MARIE-ÉLISABETH MATHIEU

Selon cette analyse, reflet de la doctrine et de la jurisprudence, certains schémas peuvent être proposés en matière immobilière. Cet immeuble ne doit pas être détenu par un tiers mais par le créancier – la banque, le plus souvent – seule titulaire d'un droit de rétention issu d'un gage immobilier en raison de l'existence d'une créance de prêt et, qui elle seule peut le louer à bail. Ce droit de rétention suppose une créance (A) une détention préalable (B) dont l'unique exception en la matière est la conclusion d'un bail (C) par le détenteur – et donc la banque – bail autorisé par l'article 1690 du code civil.

A → La notion de droit de rétention

À la lecture de l'article 2286 du code civil, le droit de rétention est considéré comme une sûreté. Peut se prévaloir d'un tel droit, « celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance, celui dont la créance impayée résulte d'un contrat qui l'oblige à la livrer, celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose et celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ».

Le droit de rétention se définit comme le droit reconnu à un créancier de retenir entre ses mains l'objet qu'il doit restituer à son débiteur, tant que celui-ci ne l'a pas lui-même payé. En d'autres termes, par son inertie, le créancier fait pression sur le débiteur, ou toute autre personne intéressée par le bien. Le droit de rétention peut s'exercer de manière autonome ou être l'apanage d'une sûreté, tel un gage ou une antichrèse. Il rappelle immédiatement l'exception d'inexécution, dont il se dissocie difficilement. La différence fondamentale tiendrait à ce que l'exception d'inexécution se fonderait sur la notion de cause tandis que le droit de rétention jouerait entre des obligations non causales – *par exemple n. Catala-franjou, de la nature juridique du droit de rétention, rtd civ. 1967, p. 9.*

Le droit de rétention naît d'une situation de fait, la détention. Si le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette, la détention du bien objet de la garantie permet au professionnel de se prévaloir d'un droit de rétention : « la détention précède ainsi par hypothèse le droit de rétention, qui trouve en elle l'occasion d'exister » – *voir, le droit de rétention, accessoire de la créance, mélanges m. Cabrillac, 1999, p. 379, n° 8.* Naisant d'un concours de circonstances

concrètes, le droit de rétention non fictif implique une détention réelle, matérielle du bien. Son domaine d'application est, dans ce contexte, circonscrit aux biens corporels.

En raison de ce contexte factuel, on comprend que la théorie du droit de rétention subordonne la reconnaissance d'un tel droit à l'exigence d'un lien de connexité entre la créance et la détention : l'une étant par essence la source de l'autre – *voir en ce sens Aurelie Bardet, Une place pour le droit de rétention ex pari dispari causa, gaz pal, 20 janvier 2009, n° 20, p. 3.*

Cette situation factuelle explique aussi que l'opposabilité du droit de rétention portant sur un immeuble n'est pas soumise à la publicité foncière – *Cass. Civ. 3^e, 16 décembre 1998, bull. Civ. Iii, n° 253 ; rtd civ. 1999, p. 439 ; Jcp 1999. I. 158, n° 8 ; v. Aussi s. Piedelièvre, Remarques sur le rôle perturbateur du droit de rétention dans le droit des sûretés immobilières, Dr. et patr. avril 2000, p. 42.*

L'opposabilité du droit de rétention aux tiers nécessite plusieurs distinctions. Son aspect premier le plus immédiat est que le créancier pourra l'opposer aussi bien aux créanciers chirographaires qu'à ceux privilégiés. (...)



(...) Il a la faculté de refuser de se dessaisir du bien, malgré leur demande. Malgré tout, il existe certaines atténuations à ce principe. Pour exemple, l'existence d'un conflit entre un droit de rétention fictif et un droit de rétention effectif. Le droit de rétention résultant de la détention prime sur la fictivité.

B → Le préalable à la rétention : la détention

« Retenir » n'équivaut pas à « détenir ». On ne saurait retenir ce qu'on ne détient pas le principe en fut très tôt admis – v. Caen, 3 janvier 1849, aff. Moutier, d.P. 51.2.103 Cité par répertoire dalloz, 1858, op. Cit., n° 14, p. 460.

N'est pas assimilable à une dépossession volontaire, privative de rétention, la simple « mise à disposition », sans tradition matérielle. L'exigence d'une créance du rétenteur – v. Par ex. Rouen, 3 mai 1875, s. 1877.2.7 – Retenir, c'est tenir la chose du débiteur jusqu'à ce que sa dette soit acquittée : pour l'exercice de la rétention, il faut, donc, retenir en vue d'obtenir le paiement d'une créance. De nombreuses

hypothèses ne peuvent pas, alors, être considérées comme relevant de la rétention.

À la différence de la possession avec laquelle elle pourrait éventuellement être confondue, la rétention d'une chose ne se caractérise pas par l'intention du rétenteur de se considérer comme propriétaire : seul, le corpus est nécessaire. Le rétenteur ne fait que retenir, sans invoquer un quelconque animus domini, jusqu'à ce que sa créance soit satisfaite : « le droit de rétention (...) ne peut être exercé que si le créancier détient la chose (...) le droit de rétention est un bénéfice accordé par la loi à un créancier qui détient une chose sur son débiteur » – h.L. Et j. Mazeaud, f. Chabas, t. 2, Op. Cit. n° 1131, p. 1178.

L'essence même du droit de rétention est la « faculté d'exploiter cette situation de fait qu'est la détention ». En témoigne une décision de la chambre commerciale du 4 juillet 2000 – bull. Civ. Iv, n° 136 ; d. 2000, A.J., p. 361, Obs. A. Lienhard ; d. 2001, p. 441, Note s. Piedelièvre ; p.-M. Le corre, d. Affaires 1998, p. 1246.

Le droit de rétention issu du gage

avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis conférant à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de la créance, quand bien même le contrat de gage aurait prévu une faculté de substitution avec l'accord du créancier, justifie sa décision la cour d'appel qui retient que le droit de rétention ne peut être limité par le pouvoir, conféré au juge-commissaire par l'article 34, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, d'imposer au rétenteur une substitution de garantie.

C'est pourquoi le droit de rétention ne peut que disparaître avec la détention. Une clause de substitution organisant une subrogation réelle n'y change rien. Dès lors que le titulaire du droit de rétention a manifesté sa volonté de se dessaisir de la chose retenue, le droit de rétention disparaît puisqu'il n'existe que pour et par la détention. La manifestation de volonté de remplacer l'objet détenu par un autre n'a pour effet que de faire naître un nouveau droit de rétention distinct sur le nouveau bien. De ce point de vue, la clause de substitution organise non pas une substitution d'assiette mais

une substitution de garantie. Un aménagement de l'assiette du droit de rétention est donc impossible.

Position de la jurisprudence actuelle – cass. Com., 26 Mars 2013, n° 12-12204, (rejet pourvoi c/ ca paris, 2 déc. 2011)

Le droit de rétention est l'une des meilleures garanties, si ce n'est la meilleure, que connaisse le droit français, dans la mesure où son efficacité est préservée y compris en cas de procédure collective. Toutefois, il ne saurait être question de reconnaître un droit de rétention dès lors qu'un créancier est en possession d'une chose appartenant à son débiteur. Le droit de rétention suppose que soient remplies trois conditions que la jurisprudence a peu à peu élaborées. La première tient à la créance, la deuxième à la détention et la troisième au lien de connexité entre les deux.

L'arrêt observé se prononce sur la première condition: l'existence de la créance. En l'espèce, les sociétés Franfinance et Star Lease avaient conclu avec la société TDLM des contrats de crédit-bail portant sur des véhicules automobiles. Puis, alors que ces contrats avaient été résiliés, la crédit-preneuse fut mise en liquidation judiciaire. Les sociétés Franfinance et Star Lease ont alors demandé la restitution des véhicules au liquidateur. Or ceux-ci avaient été confiés par le commissaire-priseur chargé des opérations d'inventaire par le tribunal, à une société spécialisée dans la gestion et l'enlèvement de véhicules. Et cette dernière refusait la restitution desdits véhicules au motif qu'elle n'avait pas été payée de sa facture de frais de transport et de gardiennage. La société détentrice des véhicules avait alors plaidé que le droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel opposable à tous, et même aux tiers non tenus de la dette. Mais c'était oublier la condi-

tion première de l'exercice du droit de rétention: l'existence d'une créance impayée, certaine, liquide et exigible. La cour de cassation rappelle cette exigence et en conclut à l'incertitude de la créance invoquée comme fondement du droit de rétention. Dès lors, elle juge le droit de rétention inopposable aux propriétaires. La solution rendue est parfaitement logique.

C → La détention préalable à la rétention appliquée au gage immobilier

La situation du gage immobilier conduit également à s'interroger. Ce mécanisme est resté longtemps limité à une pratique confidentielle tant les conditions de sa mise en œuvre étaient contraignantes. La remise d'un immeuble au créancier sans que ce dernier ne puisse le louer était économiquement handicapant pour chacune des parties.

L'ordonnance du 23 mars 2006 supprime cette interdiction. L'article 2390 modernise la sûreté en ce que « le créancier peut, sans perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même ». L'idée de l'antichrèse-bail, née de la pratique et reprise par une décision de la troisième chambre civile de la cour de cassation du 18 décembre 2002, est désormais consacrée par l'ordonnance de 2006.

Cette disposition sort l'antichrèse de son statut de pur cas théorique de sûreté immobilière avec dépossession. Le caractère anti-économique de l'antichrèse disparaît, mais se pose alors la question de l'exercice du droit de rétention.

La jurisprudence retenait jusqu'à présent que la dépossession du débiteur était de l'essence du contrat de gage. Si cette exigence alourdissait la mise

en place du mécanisme, elle permettait au créancier de revendiquer un droit de rétention. La rédaction de l'article 2391 – « le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette » – démontre à l'évidence que cette solution est maintenue concernant les créanciers qui conserveraient la détention du bien.

La question se pose aussi concernant l'hypothèse décrite à l'article 2390. Le créancier ayant donné l'immeuble à bail peut-il revendiquer un droit de rétention ?

- le bail peut d'abord être consenti à un tiers. Bien qu'il y ait matériellement dessaisissement du créancier, cette situation ne semble pas poser de difficulté au regard du droit de rétention. Que le créancier conserve lui-même ou par le biais d'un tiers le bien est sans incidence sur l'exercice du droit de rétention. L'essentiel est que le débiteur soit dessaisi.

- la difficulté réside dans le cas du bail accordé au débiteur lui-même. Celui-ci retrouve l'utilité matérielle du bien. Il est alors notion de dépossession juridique. Celle-ci renvoie directement à l'idée d'une rétention exclusivement juridique c'est-à-dire à un droit de rétention fictif. D'ailleurs, le texte prend soin de distinguer la possession dont bénéficie le créancier quand il donne à bail et la restitution de la chose. Restituer contre un bail, c'est toujours posséder. Restituer sans contrepartie, c'est éteindre le gage immobilier. Cette distinction permet d'appréhender l'hypothèse de l'article 2286 in fine: « le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire ». Il n'y a juridiquement pas, dans l'hypothèse de l'article 2390 du code civil et de l'existence d'un bail, de dessaisissement volontaire, et ce même s'il y a matériellement un dessaisissement volontaire.

Pour autant, à notre avis, l'existence d'un droit de rétention fictif n'est pas certaine. Rien, dans l'ordonnance ou dans le rapport remis au garde des Sceaux n'y fait allusion. Or une fiction juridique ne se déduit pas, elle doit être énoncée. ♣

« Le droit de rétention ne peut que disparaître avec la détention.

Une clause de substitution organisant une subrogation réelle n'y change rien. »

DROIT DES SUCCESSIONS

CARACTÈRE LIMITATIF DES CAS DE RÉVOCATION TACITE DES TESTAMENTS

Cet arrêt de cassation de la Première chambre civile, en réaffirmant le caractère limitatif des hypothèses de révocation tacite des testaments, précise qu'excepté dans les cas visés articles 1035, 1036 et 1038 du Code civil, le juge n'est pas autorisé à chercher à établir la volonté réelle du de cujus de revenir sur une disposition testamentaire antérieure pour conclure à la révocation d'une telle libéralité.

Civ. 1^{re}, 8 juill. 2015, F-P+B, n° 14-18.875.

Extrait: (...) Vu les articles 1035, 1036 et 1038 du code civil; Attendu que la révocation tacite d'un testament ne peut résulter que de la rédaction d'un nouveau testament incompatible, de l'aliénation de la chose léguée ou de la destruction ou de l'altération volontaire du testament (...)

DROIT DES SÛRETÉS

NOTIFICATION DE LA DURÉE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

Par cet arrêt de rejet, la Première chambre civile rappelle que la durée est un élément essentiel dans la durée de la caution et qu'en tant que tel, elle doit être clairement mentionnée, « sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux clauses imprimées de l'acte ».

Civ. 1^{re}, 9 juill. 2015, F-P+B, n° 14-24.287.

Extrait: (...) Mais attendu que l'arrêt retient, à bon droit, que si les dispositions de l'article L. 341-2 du code de la consommation ne précisent pas la manière dont la durée de l'engagement de caution doit être exprimée dans la mention manuscrite, il n'en demeure pas moins que, s'agissant d'un élément essentiel permettant à la caution de mesurer la portée exacte de son engagement, cette mention devait être exprimée sans qu'il soit nécessaire de se reporter aux clauses imprimées de l'acte (...)

DROIT IMMOBILIER

PRESCRIPTION DE L'ACTION EN FIXATION DU LOYER

Il ressort de cet arrêt rendu par la Troisième chambre civile que le mémoire relatif à la fixation du prix du bail renouvelé, même affecté d'un vice de fond - en l'espèce le défaut de concours à l'acte du nu-propriétaire -, interrompt la prescription.

Civ. 3^e, 8 juill. 2015, FS-P+B, n° 14-15.192.

Extrait: (...) Attendu qu'il résulte de l'article 33 du décret du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal et de l'article 2241 du code civil que le mémoire relatif à la fixation du prix du bail renouvelé, même affecté d'un vice de fond, a un effet interruptif de prescription (...)

CONTACTS: Lasaygues & Associés • 142 Boulevard Haussmann • 75 008 Paris • tél.: 01 42 68 83 50 • www.lasaygues.com

ÉQUIPE DE RÉDACTION: Didier Lasaygues, Notaire Associé > didier.lasaygues@lasaygues.com • Hubert de Vulgrenant, Notaire Associé >

hubert.devaulgrenant@lasaygues.com • François Gauthier, Notaire > francois.gauthier@lasaygues.com • Marie-Élisabeth Mathieu, Maître de

conférences à l'Université d'Évry Val d'Essonne, professeur au Centre de formation professionnelle de Notaires de Paris > marie-elisabeth.mathieu@lasaygues.com •

Valérie Depadt-Sebag, Maître de conférences en droit privé à l'Université Paris 13, chargée d'enseignement à Sciences Po

Muriel Michaelis, Secrétaire de rédaction • fannyetflora.com, Graphisme • Ogcommunication, Impression

DROIT DES CONTRATS : LA RÉFORME EST LANCÉE !

L'article 8 de la loi relative à la modernisation et à la simplification du droit, votée le 28 janvier dernier malgré les résistances du Sénat, dispose que le gouvernement est habilité à « prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du Livre III du code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme ».

Le Conseil constitutionnel, à la suite de sa saisine par une soixantaine de députés dénonçant le recours à l'habilitation en raison de l'importance de la réforme – le droit des contrats formant « une partie très importante du droit des obligations qui constitue le cœur du code civil » – a déclaré l'article 8 conforme à la Constitution. Il semble donc que le temps de la refonte du titre III de notre illustre Code civil soit venu. Au-delà de la discussion sur la méthode, on peut se féliciter de la mise en marche du processus de réforme. Cette dernière devrait permettre un bond dans notre temps au droit des contrats qui, aujourd'hui, apparaît bien désuet, tant dans des dires que dans ses non-dits. À titre d'exemples, le titre III, inclus dans le livre III, réduit le contrat aux « différentes manières dont on acquiert la propriété » et, par là, affiche une conception dépassée de son utilisation. De façon plus précise, l'article 1142 selon lequel « toute obli-

gation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », trouve sa raison d'être dans la crainte de la contrainte par corps, aujourd'hui oubliée. En revanche, le processus de formation du contrat, si important dans la pratique, n'est nulle part traité. Des notions relativement récentes, comme celle de groupes de contrats ou d'ensembles indivisibles, restent exclues du code. Sur le plan de la politique contractuelle, le droit des contrats en son état ignore le solidarisme qui, de nos jours, concurrence pourtant sévèrement l'individualisme du XIX^e siècle.

Ce vieillissement de la matière, son inadaptation aux mécanismes de la vie moderne, aux formes nouvelles de circulation des biens, a obligé la jurisprudence, démunie de textes, à user de son pouvoir créateur. Mais, outre qu'il ne revient pas aux juges de transformer le droit des contrats,

l'évolution prétorienne ne se fait pas en un jour, loin de là. Elle se fait au gré des décisions, des revirements, des pourvois en cassation, des résistances des juges du fond... Autant de facteurs d'insécurité pour les justiciables. La mise au point du régime des clauses limitatives au travers de la célèbre jurisprudence Chronopost sert parfaitement la démonstration.

Après quatre projets, le premier, élaboré sous la direction du Professeur Catala, datant de 2005 et le second, rédigé sous la houlette du Professeur Terré en 2008, auxquels s'en ajoutent deux autres émanant de la Chancellerie, il était grand temps que l'évolution projetée se concrétise. C'est chose faite.

La discussion aura lieu sur la base d'un avant-projet constituant une première mouture du texte, dont la rédaction a précédé la demande d'habilitation.

La codification se fera pour partie à droit constant, notamment à partir des solutions dégagées par la jurisprudence et, pour partie, au travers d'innovations qui incarneront les principaux enjeux de la réforme, à savoir la place de la bonne foi et de la loyauté dans le contrat, le rôle du juge face aux dispositions contractuelles, l'agencement du droit commun des contrats et du droit spécial, la prise en compte des données économiques et la sécurité contractuelle. On devrait ainsi assister à la disparition de la cause, à la reconnaissance d'un devoir général d'information, à l'attribution au juge d'un pouvoir de révision du prix (...)

Ces principes généraux ont pour objet la promotion légale de notions cadre passibles de sens multiples et d'interprétations divergentes.

(...) dans le cadre de la limitation du pouvoir de fixation unilatérale de celui-ci...

Le Parlement a strictement encadré les pouvoirs du gouvernement par l'article 8, ce dernier formulant treize précisions qui sont autant d'objectifs. La première est d'affirmer les principes généraux du droit tels que la bonne foi et la liberté contractuelle. Ce sont sur ces deux points que nous avons décidé d'attirer l'attention de nos lecteurs quant aux conséquences d'une telle innovation sur l'ensemble du droit des contrats.

Les principes généraux en droit privé sont l'œuvre de la Cour de cassation qui, depuis quelques dizaines d'années, les crée et les utilise comme fondements à certaines de ses décisions, en dehors de tout appui textuel. Le plus célèbre, à titre d'exemple, est probablement celui qui consacre la théorie de l'enrichissement sans cause au travers de l'action de in rem verso, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui. Par la consécration de ces principes, la jurisprudence en appelle généralement à des valeurs de morale et d'équité. Cependant, la question de leur nature et, par-là, de leur place au sein des sources du droit interroge. De fait, dès lors qu'un pourvoi peut être fondé sur la seule violation d'un principe général, à l'exclusion de toute disposition légale, le principe peut être envisagé comme une norme juridique.

Le projet d'ordonnance, certainement rédigé en vue de promouvoir le droit français au plan européen, prévoit un titre III « des sources d'obligations », dont le sous-titre I, intitulé « le contrat », commence par un chapitre

premier réservé aux « dispositions préliminaires ». Dans ce chapitre, essentiellement constitué de définitions, figurent deux principes respectivement relatifs, l'un à la liberté contractuelle, laquelle doit présider à la volonté de conclure, de même qu'au contenu et à la forme de la convention, l'autre à la bonne foi dans la formation et dans l'exécution du contrat.

Les principes généraux, en passant de l'égide du juge à celle du législateur, se voient conférer une portée nouvelle. Ils devront, en tant que tels, être compris comme des principes matriciels insufflant au droit des contrats son esprit général et représentant pour le juge un guide qui devra lui servir tant en matière d'interprétation de textes précis que de vide juridique. Toutefois, ces principes ont pour objet la promotion légale de notions cadre passibles de sens multiples et d'interprétations divergentes, susceptibles de générer un type nouveau de contentieux, à l'instar de la

notion de dignité ou d'intérêt de l'enfant. On sait que, dans la jurisprudence actuelle, l'obligation de bonne foi entraîne d'autres, comme celle de conseil ou de coopération, symbole du solidarisme ambiant. Or, ces dernières ne se retrouvent pas dans le projet.

Les caractères impératif et indérogeable des articles, bien que non précisés par la loi, relèvent de l'évidence et doivent être sous-entendus. On ne peut imaginer qu'il soit possible de se soustraire à l'application de normes piliers de la matière. Néanmoins, l'absence de sanction risque de poser quelques difficultés, notamment au regard de la bonne foi qui, pour être effective, ne devra pas être confondue avec l'inexécution.

En conclusion de cette première approche du droit à venir, précisons que le Parlement a certes délégué son pouvoir de légiférer, mais en inscrivant dans la loi d'habilitation une série de prescriptions et dans la pleine conscience qu'il retrouvera son pouvoir lors de la ratification de l'ordonnance. La partie a commencé, elle est loin d'être jouée. 🇫🇷

